

Sentencia T-329-09

Referencia: expedientes T-2.104.512 y T-2.122.698

Acción de Tutela instaurada por Carlos Arturo Acosta Ortega y Fernando Cajiao Dussan en contra de la Gobernación de Guanía y Alcaldía Municipal de Cunday (Tolima) y otros.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., catorce (14) de mayo de dos mil nueve (2009)

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Los expedientes T-2´104.512 y T-2´122.698 fueron seleccionados y acumulados por presentar unidad de materia en el Auto de la Sala de Selección número Uno de la Corte Constitucional del 29 de enero de 2009, para ser fallados en una sola sentencia.

En consecuencia, la Sala procede a exponer los antecedentes, pruebas y la decisión judicial de cada uno de los expedientes:

1. EXPEDIENTE T-2´104.512

1. ANTECEDENTES

1. SOLICITUD

Carlos Arturo Acosta Ortega obtuvo el primer puesto en el concurso de méritos convocado por la Junta Directiva de la ESE Hospital Manuel Elkin Patarroyo para proveer el cargo de gerente de dicha entidad. En el proceso de selección, la junta conformó una terna de la cual el gobernador escogió a una persona con un puntaje de calificación más bajo que el obtenido por el accionante.

El demandante considera que el Gobernador del Departamento del Guainía vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y al trabajo al no elegirlo gerente de la ESE. Por tanto solicita se le ordene al demandado lo nombre como gerente de la ESE Hospital Manuel Elkin Patarroyo por ocupar el primer puesto en el concurso de méritos.

Fundamenta su petición en los siguientes:

1. HECHOS

1. Narra que el gerente (E) de la ESE Hospital Manuel Elkin Patarroyo, mediante la Resolución No. 0070 de 2008, convocó los servicios de entidades expertas en la selección de personal, universidades públicas o privadas, con el fin de realizar un concurso de méritos para constituir una lista de posibles candidatos a ocupar la vacante de gerente.

1. Explica que de aquella lista, la Junta Directiva de la institución médica conformaría una terna, para que de la misma el Gobernador del Departamento del Guainía eligiera al gerente de la ESE Hospital Manuel Elkin Patarroyo.

1. Indica que para efectuar el concurso y evaluar a los aspirantes se escogió a la Universidad de Cundinamarca.

1. El ocho (8) de marzo de 2008, la Junta Directiva de la ESE Hospital Departamental Manuel Elkin Patarroyo publicó la convocatoria para la conformación de la lista de aspirantes a ser integrantes de la terna, como candidatos al cargo de gerente de dicha institución médica.

1. En el proceso de selección ocuparon los primeros lugares las siguientes personas:

* “Carlos Arturo Acosta Ortega con 81 puntos.

* Mireya Esperanza Suárez Amezquita con 72 puntos.

* Edgar Alirio Pinilla Robayo con 71 puntos.

* Albero José Chaljub Morales con 70 puntos.”

1. Aduce que el 28 de abril de 2008 la Junta Directiva del Hospital Manuel Elkin Patarroyo conformó la terna con los nombres de:

* “Acosta Ortega Carlos Arturo

* Pinilla Robayo Edgar Alirio

* Suárez Amézquita Mireya Esperanza”

1. Afirma que mediante Decreto 0228 de abril 30 de 2008, la Gobernadora (E) Ángela Julieta Camacho Roa, eligió como gerente del Hospital Manuel Elkin Patarroyo a Mireya Esperanza Suárez Amézquita, quien ocupó el segundo lugar del concurso.

1. Arguye que el decreto de nombramiento carece de motivación y desconoce el artículo 125 de la Constitución, pues el nombramiento se realizó sin cumplir los requisitos que determina la Ley.

1. Agrega que la forma de asignar las vacantes públicas se sujeta a las normas previamente existentes. En ese contexto, para ocupar los cargos públicos gerenciales se debe cumplir con ciertos méritos personales y profesionales.

1. Señala que para la designación del gerente de una empresa social del Estado se deben aplicar los artículos 192 de la Ley 100 de 1993 y 28 de la Ley 1122 de 2007, sin desconocer que aquellas normas se interpretan de forma aislada frente a las que regulan los concursos públicos de méritos.

1. Considera que el gobernador no puede seleccionar de manera discrecional a cualquier integrante de la terna, ya que carecería de sentido el concurso, pues la meritocracia debe orientar a escoger al mejor candidato que calificó la universidad o entidad evaluadora, es decir, quien obtenga el puntaje más alto.

1. ACTUACIONES PROCESALES

Es pertinente indicar que dentro del proceso, el juez de segunda instancia, la Sala Unitaria del Tribunal Contencioso Administrativo del Meta, mediante auto del 23 de julio de 2008, declaró la nulidad a partir del auto admisorio de la demanda por no haber

prueba de vinculación a Mireya Esperanza Suárez Amézquita, que posiblemente se afectaría con la decisión.

En consecuencia, una vez regresó el proceso al juez de primera instancia, mediante auto del 1° de agosto de 2008 se ordenó la vinculación de Mireya Esperanza Suárez Amézquita en su calidad de Gerente del Hospital Manuel Elkin Patarroyo.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1. AL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL GUAINÍA

El Gobernador (E) del Departamento del Guainía se opuso a las pretensiones del actor. Afirma que la interpretación propuesta de las normas reguladoras del proceso de selección es errónea, pues en sus apartes se refieren a la selección del gerente de la ESE Hospital Manuel Elkin Patarroyo mediante terna. Por ello, no se vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad y debido proceso.

1. Explica que el proceso de selección se inició el 27 de febrero de 2008 cuando la Junta Directiva firmó el convenio con la Universidad de Cundinamarca, bajo los parámetros legales de la Ley 909 de 2004, el Decreto 785 de 2005, Decreto 334 de 2003 y la Resolución Reglamentaria 793 de 2003.

1. Aclara que de acuerdo con el artículo 7° del Decreto 800 de 2008 no se le aplica la regulación allí descrita, por ser de vigencia posterior a la convocatoria objeto de controversia.

1. Indica que el cargo es de período y no de carrera administrativa. En ese contexto, las

normas que lo regulan son reiterativas en indicar la obligación de integrar una terna, de la cual el jefe de la entidad territorial respectiva elegirá el gerente del hospital.

1. Aduce que las normas describen el procedimiento de selección de acuerdo con la conformación de una terna, pero ocurre de una forma distinta en los procesos para ocupar un trabajo de carrera administrativa, en cuya competencia siempre el primero será el que se elija.

Al respecto expresó:

“En cambio en la designación de los gerentes territoriales, la norma siempre expresa, indica y contiene la conformación de ternas, si fuese lo contrario la normatividad vigente no expresaría la selección de ternas, sino que contemplaría el procedimiento directo, diría nómbrese al primero, pero como estamos frente a un ordenamiento reglado, el deber y la función de todos y cada uno de los participantes en el procedimiento es el de darle cumplimiento a los preceptos legales, que para el asunto es y seguirá siendo la conformación de ternas y la designación de una sola persona de esa terna, sin expresión literal de quien de los tres sea, es la libertad y discrecionalidad que las normas le otorgan al nominador.”

1. Agrega que contrario a lo planteado por el actor, nunca se vulneraron sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, puesto que precisamente todo el trámite de selección se adelantó conforme a lo que establece la Resolución 793 de diciembre de 2003, que reglamentó el Decreto 3344 de 2003.

1. En este contexto, la Junta Directiva del Hospital Manuel Elkin Patarroyo, celebró el convenio con la Universidad de Cundinamarca, la cual efectuó el proceso de selección, en el que los candidatos inscritos en igualdad de condiciones presentaron pruebas y

entrevistas. Una vez realizada la evaluación, se conformó la lista de cuatro aspirantes con quienes obtuvieron el puntaje mínimo necesario para ser incluidos en la terna.

1. Posteriormente, la Junta Directiva escogió de la lista a tres candidatos con los que conformó la terna en la cual quedó incluido el accionante. Acto seguido correspondía al gobernador designar y bajo su discrecionalidad determinó nombrar a una persona distinta. Plantea que lo anterior no constituye vulneración de los mencionados derechos fundamentales.

1. Concluye reiterando que dicho proceso no está regido por las normas de la carrera administrativa, por ser el cargo de período fijo con un procedimiento de selección específico, realizado por la Junta Directiva de la ESE Hospital Manuel Elkin Patarroyo y el Gobernador del Guainía, y con tal transparencia que el señor Carlos Arturo Acosta quedó dentro del grupo escogido por la Universidad y luego también clasificó en la terna, para que al final ya sólo dependiera de la decisión que tomara el gobernador, dentro de las normas legales vigentes.

1. A MIREYA ESPERANZA SUÁREZ AMÉZQUITA COMO TERCERO AFECTADO POR LOS FALLOS DE INSTANCIA

En virtud del Auto del 1° de agosto de 2008 se vinculó a Mireya Esperanza Suárez Amézquita para que en su condición de Gerente de la ESE Hospital Manuel Elkin Patarroyo se pronunciara en lo que considerara pertinente.

Al respecto la vinculada planteó que se inscribió en la página web de la Universidad de Cundinamarca para ocupar mediante concurso el cargo de Gerente de la ESE Hospital Departamental Manuel Elkin Patarroyo.

Indica que cumplía con los requisitos necesarios para aspirar al cargo, razón por la cual se le citó a pruebas de conocimiento el 14 de abril de 2008 y el 15 abril de ese año

a entrevista. Como resultado obtuvo 72 puntos, puntaje que le permitió la inclusión en la lista de elegibles.

Afirma que al resultar en la lista entregada por la Universidad de Cundinamarca a la Junta Directiva del hospital, sus miembros decidieron incluirla en la terna, de conformidad con las estipulaciones del artículo 6° de la Resolución 793, que dice:

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

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

Asegura que ninguna de las normas que rigen la elección del gerente de la entidad hospitalaria exige que se elija a quien mayor puntaje haya obtenido en las pruebas; por el contrario, sostiene que lo establecido es que se requiere obtener un puntaje igual o superior a 70 puntos para poder estar en la lista, lo cual coloca a los participantes que logren dicho requisito en una igualdad de condiciones.

Recalca que el cargo en conflicto no es de carrera administrativa y por ello no se le aplica esta regulación, por tratarse de la elección de un funcionario para ocupar un empleo con período fijo. Por ello, si como sostiene el actor, el cargo fuera de carrera administrativa, lo preciso habría sido elegir al primero de la lista, pero como en el presente caso no se trata del ingreso a la carrera administrativa, lo correcto fue seleccionar a alguien bajo los parámetros del Decreto 3344 de 2003 y la Resolución 793 de 2003, tal como ocurrió.

1. PRUEBAS

A continuación se relacionan las pruebas documentales que reposan en el expediente:

1. Copia de la Resolución No.070 de 2008 suscrita por el Gerente (e) de la ESE Hospital Departamental Manuel Elkin Patarroyo, cuyo artículo 1° ordena:

“La apertura de la convocatoria pública No.7 de 2008, cuyo objeto es la de contratar los servicios de una universidad pública o privada, o con entidades expertas en selección de personal, o a través de convenios de cooperación para la elección de la terna para gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Manuel Elkin Patarroyo.”

1. Copia de la convocatoria hecha por la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Hospital Departamental Manuel Elkin Patarroyo el 8 de marzo de 2008 para iniciar el proceso de selección de la lista de elegibles, de la cual se conformaría la terna con el fin de nombrar al gerente del hospital.

1. Copia del correo electrónico que envió el representante de la Oficina de Extensión y Proyectos Especiales de la Universidad de Cundinamarca al Gerente (e) del hospital. Documento en el cual se especifica:

“1. Las Hojas de vida se deben presentar debidamente foliadas y anexadas al formulario único de inscripción, el cual se encuentra en la página Web www.dafp.gov.co.

“2. Se recepcionarán las hojas de vida durante las fechas y los horarios establecidos, en el numeral séptimo (del 27 de marzo al 2 de abril de 2008 en la Subdirección Administrativa de la ESE Manuel Elkin Patarroyo (...) y en la Universidad de Cundinamarca, Oficina de Extensión y Proyectos Especiales.”

1. Copia del oficio suscrito por la Universidad de Cundinamarca en el cual informa los resultados del proceso de selección de aspirantes a conformar la terna para la selección del gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Departamental Manuel Elkin Patarroyo. En dicho documento se explica como identificar a los aspirantes que superaron la prueba al obtener un puntaje de 70 puntos o superior. Se observa que de diecinueve aspirantes inscritos, cuatro obtuvieron el puntaje mínimo. Al respecto consta:

“Según lo establecido en la Resolución 793 de 2003 del Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP, y teniendo en cuenta los resultados de las diferentes pruebas, los siguientes son los aspirantes con puntajes ponderados igual o superior a 70 puntos, quienes conformaran el listado de elegibles que pueden conformar la terna que permita la elección del gerente de la ESE Hospital Departamental Manuel Elkin Patarroyo del Municipio de Inírida-Guainía.

1. Informe que presentó la Universidad de Cundinamarca, respecto del Convenio Interadministrativo No. 02 de 2008 suscrito entre ella y la ESE Hospital Departamental Manuel Elkin Patarroyo, para la selección del gerente. En ese informe se puntualizan los parámetros de evaluación, entre ellos: un análisis de requisitos mínimos, formación profesional, experiencia en sector salud, prueba de conocimientos y entrevista. El informe concluye lo siguiente:

“(...) todos aquellos aspirantes que alcanzaron un puntaje ponderado igual o superior a 70 puntos, teniendo en cuenta sus resultados consolidados, son profesionales idóneos y aptos para desempeñar el cargo de Gerente de la ESE Hospital Departamental Manuel Elkin Patarroyo del Municipio de Inírida. Queda en manos de la Junta Directiva, la selección de la terna a presentar el nominador para que de ella se elija el profesional que se nombrará como Gerente de la ESE.(...)” (Negrillas por fuera del texto)

ACOSTA ORTEGA CARLOS ARTÚRO

72.015.142

SUÁREZ AMÉZQUITA MIREYA

88.154.938

72

CHALJUB MORALES ALBERTO JOSÉ

63.478.713

70

PINILLA ROBAYO EDGAR ALÍRIO

46.673.351

77

1. Copia del Acta No.11 del 28 de abril de 2008, suscrita por los miembros de la Junta Directiva de la ESE Hospital Departamental Manuel Elkin Patarroyo. Documento que refleja, el análisis del informe de la Universidad de Cundinamarca y con fundamento en dicho documento, la conformación de la terna con los siguientes integrantes:

ACOSTA ORTEGA CARLOS ARTÚRO

PINILLA ROBAYO EDGAR ALÍRIO

SUÁREZ AMÉZQUITA MIREYA

1. Copia de los estatutos de la Junta Directiva de la ESE Hospital Departamental Manuel Elkin Patarroyo, sucritos mediante el Acuerdo No. 001 de 2002.

1. DECISIONES JUDICIALES

1. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA: JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE VILLAVICENCIO

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Villavicencio, mediante providencia del diecinueve (19) de agosto de 2008, negó el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, por considerar que el objetivo esencial de la ley es la conformación de una terna, de la cual se nombra al gerente del hospital, actuación que realizó el Gobernador del Departamento del Guainía conforme a dicha normativa.

Afirma que la regulación legal del proceso de selección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado no indica en ninguna parte la designación del participante que obtenga el mayor puntaje, entre aquellos que hagan parte de la terna. Dice: “lo que se determina es que el nombramiento se hará a una de las personas que la integran (...)”

Agrega que se opera en esa forma por tratarse de un cargo público de naturaleza directiva, lo cual no lo clasifica en los empleos de carrera administrativa, sino en los de período fijo.

Explica que la jurisprudencia de la Corte Constitucional protege el derecho fundamental al debido proceso, el principio de la buena fe y la confianza legítima, cuando en un concurso de méritos para un cargo de carrera administrativa no se elige a quien ocupó el primer puesto. Aclara, que ello no aplica para el asunto, pues la controversia versa respecto a la elección de un cargo con características distintas.

Por último, expresa que en la Sentencia T-484 de 2004, proferida en un caso similar, la Corte no tuteló el derecho por no ser vinculante para el jefe de la entidad territorial los resultados del proceso de conformación de la terna.

1. IMPUGNACIÓN DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Indica el actor en su escrito de apelación que es necesario tener mérito y profesionalización para ocupar empleos direccionales y que en virtud del artículo 49 de la Ley 909 de 2004 la facultad discrecional del nominador se debe sujetar a la competencia profesional, que se demuestra con el resultado obtenido en un concurso de méritos.

El accionante discrepa de las conclusiones del juez de instancia, pues a su parecer, se equivoca al apreciar el concurso de méritos como una prueba que no obliga elegir al aspirante con mejor calificación.

1. FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA.

La Sala Unitaria de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo del Meta, mediante providencia datada el veintitrés (23) de septiembre de 2008, resolvió revocar el fallo del Juez Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Villavicencio y en su lugar conceder la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos. En consecuencia, dejó sin efectos el Decreto No.0228 del 30 de abril de 2008 mediante el cual se nombró en el cargo de Gerente del Hospital Departamental ESE Manuel Elkin Patarroyo a Mireya Esperanza Suárez Amézquita y ordenó al Gobernador del Departamento del Guainía designar a Carlos Arturo Acosta Ortega como gerente del hospital.

Adujo, que de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución Política, en todos los concursos de méritos deben aplicarse los mismos efectos, como en el caso del nombramiento del gerente de la ESE Manuel Elkin Patarroyo.

Indicó que no debe hacerse la distinción entre los empleos de carrera y los de período fijo, pues el principio de la buena fe en las actuaciones administrativas debe garantizar a los administrados el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos. Dice que esa expectativa se logra, al garantizar que la selección se realice mediante la evaluación de la capacidad, preparación y experiencia personal en la función.

Enfatiza que los concursos de méritos fijan los parámetros necesarios y legales para escoger a los trabajadores con mejores aptitudes, condición que repercute en un

desempeño más eficiente de los cargos de la administración.

Consideró que si la administración establece las reglas del concurso de méritos, debe someterse a ellas y a la ley que lo rigen. El no elegir al candidato con mejor calificación rompe la confianza legítima y la buena fe que los participantes depositaron en la administración, pues vulnera los derechos fundamentales de quienes participaron en el concurso y obtuvieron la mejor calificación.

Afirma que la Corte Constitucional en la Sentencia C-040 de 1995, explicó que el objeto del concurso es elegir a quien obtenga el primer puesto, pues no tendría sentido la programación de un concurso para nombrar a quien no resulte ganador. Precisamente, lo que se busca con este mecanismo es eliminar cualquier influencia subjetiva en la decisión y elegir de manera objetiva al más apto.

Argumenta el tribunal que si bien en virtud del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 el jefe del ente territorial posee la discrecionalidad de elegir al gerente de la entidad hospitalaria, no se trata de una discrecionalidad absoluta. La facultad nominadora debe ejercerse armónicamente con los resultados del concurso de tal forma que se llegue al fin perseguido, no hacerlo, contradice el propósito de lograr una administración pública idónea.

Concluye, que el actor al aprobar las pruebas con la mejor calificación adquirió el derecho a ser elegido de acuerdo con los preceptos de la función administrativa que consagra el artículo 209 de la Constitución Política. El no obrar de acuerdo con ello, sería desconocer los objetivos que persiguen los concursos de méritos.

1. EXPEDIENTE T-2.122.698

1. ANTECEDENTES

1. SOLICITUD

El 10 de septiembre de 2008, Fernando Cajiao Dussán interpuso acción de tutela contra el Alcalde Municipal de Cunday (Tolima) y Johana Ortiz Cárdenas, con el fin de solicitar la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso administrativo, puesto que teniendo el puntaje más alto dentro de la terna, no se le eligió como gerente de la ESE Hospital Federico Arbeláez. Fundamenta su solicitud en los siguientes,

1. HECHOS

1. El señor Fernando Cajiao Dussán participó en la convocatoria pública para ocupar el cargo de Gerente de la ESE Hospital Federico Arbeláez.

1. Afirma que el 18 de febrero de 2008 la Junta Directiva de Hospital Federico Arbeláez invitó a participar en el concurso de méritos público para seleccionar los integrantes de la lista de aspirantes al cargo. La lista serviría a la Junta Directiva para elaborar la terna, que se le propondría al alcalde del municipio.

1. Narra que la Universidad Cooperativa de Colombia -Seccional Ibagué-, se encargó de realizar el proceso de conformación de la lista de elegibles. En aquel proceso, se adelantó la inscripción de las personas y la revisión de los requisitos mínimos para ocupar el cargo. Posteriormente se publicó la lista de admitidos al concurso, a quienes se les evaluó la hoja de vida, la experiencia laboral, se les practicó entrevista y pruebas psicotécnicas.

1. Indica que, el 1° de julio de 2008, mediante el Oficio No. 06873 se hizo entrega del

acta con los resultados finales del concurso a la Junta Directiva del Hospital Federico Arbeláez de Cunday.

1. Señala que en esta acta él figura entre los siete participantes que superaron el requisito mínimo de 70 puntos exigidos para ser incluido en ella.

Cajiao Dussán Fernando

75.4

Ramírez Edna Mercedes

73.8

Gutiérrez Patiño Delio

73.8

Ortiz Cárdenas Johana

72.7

Soler Giraldo José Antonio

71.4

Fernández Lopera Sergio

70.8

Valdés Castillo Alba Mery

1. Considera que consiguió el puntaje más alto con 75.4 unidades, lo cual lo coloca en el primer puesto dentro del concurso de méritos.

1. Arguye que el Alcalde del Municipio de Cunday designó como gerente a Johana Ortiz Cárdenas, quien ocupó el cuarto puesto de la lista de elegibles desconociendo así el orden de elección, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual indica que es obligación del nominador seleccionar a quien ocupe el primer lugar en el concurso de méritos.

1. Expresa que la elección, además de requerir el concurso y la conformación de la terna, exige la sujeción de la decisión a los Estatutos de la Junta Directiva del hospital, tal como lo ordena el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

1. Alega que el requerimiento anterior no se cumplió en la elección del gerente de la ESE Federico Arbeláez, al no existir estatuto interno que plasme los parámetros a seguir por parte del alcalde cuando hace la elección de gerente de la mencionada terna.

1. Actuaciones procesales

Mediante auto fechado el diez (10) de septiembre de 2008, el Juzgado Promiscuo Municipal de Cunday (Tolima) admitió la demanda interpuesta y dio traslado a los accionados, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1. A LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE CUNDAY

El secretario Administrativo, en virtud de la delegación que le hicieron el Alcalde Municipal de Cunday, asegura que la elección del gerente del Hospital Federico Arbeláez se hizo bajo los parámetros legales del artículo 1° del Decreto 3344 de 2003.

Aduce que se hizo un concurso cuya finalidad era la conformación de una lista de aspirantes de la cual la Junta Directiva elaboraría la terna.

Indica que, de acuerdo al Acta No. 063 del 7 de julio de 2008 suscrita por la Junta Directiva del Hospital Federico Arbeláez de Cunday, se analizaron los resultados de los integrantes de la lista y con sujeción a los criterios que se evaluaron en el concurso, se procedió a conformar la terna, la cual quedó consignada en el Acuerdo No. 067 de 2008 con los siguientes candidatos: Cajiao Dussán Fernando, Ortiz Cárdenas Johana y Soler Giraldo José Antonio.

Es enfático en señalar que, en concordancia con el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, 1° y 7° del Decreto 3344 de 2003 y con la Resolución 793 de 2003, el criterio legal para seleccionar a quien se ubicó en el cuarto lugar en el proceso hecho por la Universidad Cooperativa de Colombia, obedeció a la discrecionalidad con que cuenta el Alcalde para elegir a cualquiera de los integrantes de la terna.

Afirma que el concurso de meritos no busca escoger directamente a quien obtenga el primer puesto, pues el fin de la convocatoria es conformar una lista de aspirantes, de la cual la Junta Directiva escoge a quienes integrarán la terna, que posteriormente se someterá a consideración del Alcalde, quien elegirá al ocupante del cargo.

Al respecto señala:

“Considerar que el Alcalde debe designar a quien ocupó el primer lugar en el concurso, es no sólo mal interpretar los decretos mencionados sino violar el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 que faculta única y exclusivamente a la Junta Directiva para elaborar la terna y única y exclusivamente al Alcalde para designar el Gerente.”

1. INTERVENCIÓN DE LA GERENTE ELECTA, DRA. JOHANA ORTIZ CÁRDENAS

La Gerente de la ESE Hospital Federico Arbeláez de Cunday se opone a las pretensiones de la demanda al considerar que el actor hace una interpretación errónea de las normas y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues el concurso de meritos para el cargo de gerente de las Empresas Sociales del Estado no busca la elección del participante que ocupe el primer puesto, sino la conformación de una terna de la lista de elegibles con las personas que superen el concurso; cosa distinta a lo que ocurre en los cargos de carrera administrativa, donde se conforma la lista de elegibles con los que superen el concurso y se elige al primero.

Conceptúa que las sentencias de la Corte relacionadas con el tema de los concursos de meritos giran en torno a normas y circunstancias distintas al caso de la elección del gerente de la ESE Federico Arbeláez de Cunday.

Insiste que el demandante pretende someter la elección del gerente al resultado del concurso de méritos, cuando las normas respecto al tema disponen un proceso específicamente distinto. La regla general de nombrar al participante que obtenga el mayor puntaje dentro del concurso de méritos no es absoluta y se aplica cuando las normas así lo dispongan.¹

1. PRUEBAS

A continuación se relacionan las documentales que reposan en el expediente:

1. Copia del aviso convocatorio 01 (de 2008) de junio 4 de 2008, en el cual se indican los requisitos, condiciones y fechas del concurso para conformar la lista de aspirantes a la terna de gerente de la ESE Hospital Federico Arbeláez.

1. Copia del escrito que dirige la Universidad Cooperativa de Colombia a la ESE Hospital Federico Arbeláez, con la lista de los admitidos en el concurso. Entre ellos se evidencia el señor Fernando Dussán Cajiao.

1. Copia del documento que dirige la Universidad Cooperativa de Colombia a la ESE Hospital Federico Arbeláez con los resultados del concurso de méritos.

1. Copia del Acuerdo No. 067 de 2008, suscrito por la Junta Directiva de la ESE Federico Arbeláez de Cunday. De este documento se evidencia que en virtud del proceso de selección se efectuó la conformación de la terna.

1. Copia del Decreto 096 de 2008, en el cual se efectúa el nombramiento de Johana Ortiz Cárdenas como gerente de la ESE Federico Arbeláez, al estar inscrita en la terna que conformó la Junta Directiva de dicha entidad.

1. DECISIONES JUDICIALES

1. PRIMERA INSTANCIA: JUZGADO PROMISCOO MUNICIPAL DE CUNDAY

El Juzgado Promiscuo Municipal de Cunday, mediante providencia del veinticinco (25) de septiembre de 2008, negó el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso administrativo, por no encontrar ninguna irregularidad en la forma como se eligió al Gerente de la ESE Federico Arbeláez.

Considera que en virtud del artículo 2 del Decreto 3344 de 2003 la terna se integra con base en una "lista de candidatos", expresión que no significa la aplicación de un sistema directo de escogencia, de manera que ocupar el primero o último lugar deja de ser importante.

Dice el fallador que, en los términos de la Resolución No. 793 de 2003 la lista de candidatos la integrarán quienes obtengan un puntaje igual o superior a 70 puntos,

requisito que se cumplió entre las personas que conformaron la terna.

Por último concluye en afirmar que, el nominador no tenía la obligación de elegir al primero de la lista, ni al primero de la terna sino a cualquiera de los integrantes de la misma.

1. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL ACCIONANTE

Alegó el actor que la solicitud elevada ante el a quo de ordenar como prueba la expedición de copia de los Estatutos de la Junta Directiva de la ESE Federico Arbeláez no se efectuó, lo cual, cree, es violatorio de su derecho fundamental al debido proceso, puesto que no se analizó dicha documentación, necesaria para establecer si la elección del gerente de la clínica se hizo conforme a los estatutos, tal y como lo indica el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

Considera que de acuerdo con los fallos de la Corte, el juez de primera instancia incurrió en un error al no tener en cuenta que el margen de discrecionalidad de nombramiento se debe someter al concurso de méritos.

1. DE SEGUNDA INSTANCIA: JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE MELGAR

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Melgar, mediante providencia del diez (10) de noviembre de 2008, resolvió la impugnación presentada por el demandante y revocó el fallo de primera instancia, concediendo la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso administrativo, pues encontró que además de conformar la terna mediante concurso de méritos, la decisión de elección del gerente debía someterse a los Estatutos de la Junta Directiva de la ESE Hospital Federico Arbeláez, etapa que no se llevó acabo.

En ese aspecto dice: “Por conclusión, desde que entró en vigencia la Ley 1122 de 2007, la junta Directiva del Hospital Federico Arbeláez ha debido adecuar sus estatutos a las exigencias del artículo 28 ya citado, dicho de otro modo, el Hospital

Federico Arbeláez debió iniciar el respectivo concursos de méritos dentro de los tres meses, contados desde el inicio del periodo del jefe de la Entidad Territorial respectivamente, o sea desde el 1° de enero de 2008, para conformar la terna previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo gerente.”

Aduce que al no adecuarse los estatutos a la Ley 1122 de 2007, se deben aplicar las normas sobre concursos de meritos y la jurisprudencia constitucional que la desarrolla, con ello se suple la omisión de la Junta Directiva del Hospital Federico Arbeláez de no haberlo hecho en su momento.

Con ese argumento, el juez evalúa que el nombramiento de la participante con la cuarta calificación en la lista de aspirantes vulnera los derechos fundamentales de Fernando Cajiao Dussan, quien al incluirse en la terna, sacó el puntaje más alto en el concurso de méritos.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. COMPETENCIA

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Política, y los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991, es competente para revisar las sentencias proferidas por los jueces del Meta y Tolima en los procesos acumulados de la referencia.

1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO EN LAS DEMANDAS

Los expedientes acumulados plantean conjuntamente la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso administrativo, pues los directores de las entidades territoriales demandadas efectuaron sendos concursos públicos con el fin de conformar ternas para ocupar el cargo de gerente, tras lo cual eligieron personas distintas a los demandantes, sin considerar el hecho de que los mismos obtuvieron los primeros puntajes en el concurso y encabezaban las respectivas ternas con la mayor calificación.

Para resolver la controversia la Sala abordará el estudio de los siguientes temas: i) la procedencia de la acción de tutela en los asuntos de concursos de méritos, ii) la protección del derecho fundamental al debido proceso administrativo, iii) fundamentos constitucionales y legales respecto a la elección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado y Directores de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del sector público.

1. LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN LOS ASUNTOS DE CONCURSOS DE MERITOS. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

La acción de tutela se creó como un mecanismo transitorio para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política. El Decreto 2591 de 1991 reglamentó la materia y señaló las reglas básicas de aplicación. El artículo 6º del decreto delimitó su procedencia para situaciones en las cuales no existieran recursos o mecanismos judiciales ordinarios, lo cual no obsta para que se analice en cada caso si el procedimiento correspondiente resulta eficaz de acuerdo con las circunstancias de hecho.

La Corte Constitucional ha dicho en numerosas ocasiones que, en principio, la acción de tutela es improcedente para controvertir asuntos de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

No obstante, las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y reparación directa, que serían las vías ordinarias para discutir este tipo de conflictos, no son siempre eficaces para garantizar la protección de los derechos fundamentales de quienes habiéndose sometido a un concurso de méritos, no son elegidos a pesar de haber ocupado los primeros puestos.

Esto porque el término de duración de los procesos contenciosos suele ser tan amplio que usualmente sobrepasa el término de los cargos para cuya provisión se organiza el concurso, así como los términos de vigencia de las listas de elegibles. En esas condiciones, quien no es nombrado en el cargo, a pesar de haber ocupado el primer puesto del concurso, tiene pocas probabilidades de ver concretado su derecho.

Recientemente en la Sentencia T-720 de 2008 la Corte Constitucional reiteró su posición frente a esos asuntos, de la siguiente manera:

“La no inclusión de una persona en la lista de elegibles o la figuración de ésta en un lugar que no corresponde, según las consideraciones precedentes, puede implicar la violación de derechos fundamentales, entre otros, a la igualdad, al debido proceso y al trabajo.

La acción contenciosa administrativa mencionada, en caso de prosperar, tendría como resultado la anulación del acto administrativo en referencia, esto es la lista de elegibles e igualmente el restablecimiento de derecho.

Sin embargo, cabría preguntarse, en qué consistiría dicho restablecimiento?.

Hipotéticamente podría pensarse que el restablecimiento del derecho lesionado se lograría de dos maneras: 1) reconociendo al afectado el pago de una presunta indemnización. 2) Emitiendo la orden a la administración para que rehaga la lista de elegibles e incluya a quien resultó favorecido con la acción dentro de dicha lista en el lugar que corresponda, según el puntaje real obtenido.

En cuanto al pago de la indemnización, estima la Sala que existen dificultades jurídicas y prácticas para tasarlas, pues los perjuicios morales difícilmente podrían reconocerse, por no darse los supuestos jurídicos y fácticos que para ello se requiere; en cuanto a los perjuicios materiales, realmente no existirían unos parámetros ciertos con base en los cuales pudieran ser no sólo reconocidos, sino liquidados, pues cabría preguntarse, ¿en qué forma se evaluaría el perjuicio consistente en no ser incluido en una lista de elegibles, o en ser ubicado en ésta en un lugar que no corresponda al puntaje obtenido por el interesado?, si se tiene en cuenta que la colocación en dicha lista es apenas un acto preparatorio del nombramiento y, por lo tanto, tan sólo crea una expectativa para ser

designado en el empleo.

Además, el reconocimiento de la indemnización, no puede actuar como un equivalente o compensación de la violación del derecho fundamental, pues lo que el ordenamiento constitucional postula es su vigencia, goce y efectividad en cabeza de su titular; dicho de otra manera, la indemnización que se reconocería no sería idónea para obtener la protección del derecho fundamental que ha sido conculcado por la actuación de la administración.

La orden a la administración para que reelabore la lista de elegibles, con la inclusión en ella del demandante en el proceso contencioso administrativo, carece de objeto y de un efecto práctico, porque dicha lista tiene como finalidad hacer posible la oportuna provisión del cargo o de los cargos correspondientes y para la época en que se dictaría la sentencia, ya la administración habría realizado los nombramientos y las personas designadas han adquirido la estabilidad en el cargo que da su escalafonamiento en la carrera administrativa, estabilidad que no se puede desconocer porque su nombramiento se realizó en forma legítima y con base en un acto que era válido -la lista de elegibles- para la época en que se hizo la designación, y obviamente el escalafonamiento en carrera luego de superado el período de prueba también es legítimo. Es decir, que el resultado del proceso contencioso administrativo no tiene por qué afectar las situaciones jurídicas válidas que quedaron consolidadas, con fundamento en el concurso, en favor de quienes fueron incluidos en la lista de elegibles y fueron designados para los respectivos cargos. Por consiguiente, quien triunfó en el proceso contencioso administrativo no obtiene con su acción el resultado deseado, cual es el de ser nombrado en el cargo correspondiente. Ello es así, porque el restablecimiento del derecho, a juicio de la Sala, no puede ser ordenado en el sentido de que se nombre al citado en el empleo al cual aspira pues semejante obligación no se le puede imponer a la administración, ya que para ser nombrado, previamente debe estar incluido en la lista de elegibles.

Es más, la orden de reelaborar la lista no tiene un sustento jurídico serio, pues a la administración se le conminaría a que modifique un acto administrativo que ya se encuentra extinguido por el agotamiento de su contenido, lo cual, además, como se dijo antes no tiene un efecto práctico.

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. Por lo tanto, la oportuna provisión de los empleos, con arreglo al cumplimiento estricto de las reglas del concurso y el reconocimiento efectivo de las calidades y el mérito de los concursantes asegura el buen servicio administrativo y demanda, cuando se presenten controversias entre la administración y los participantes en el concurso, de decisiones rápidas que garanticen en forma oportuna la efectividad de sus derechos, mas aún cuando se trata de amparar los que tienen el carácter de fundamentales²".

De acuerdo con el citado antecedente, este tribunal constitucional ha entendido que la tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que ocupan el primer puesto en un concurso de méritos y no obtienen el nombramiento que se reclama.

La Sala encuentra que en los asuntos bajo estudio los demandantes de las dos acciones de tutela ocuparon los primeros lugares en los concursos de méritos que fueron adelantados para proveer los cargos de gerente de ESE, lo cual quiere decir que ambos, con la mejor calificación en los procesos de méritos, no cuentan con otro mecanismo judicial distinto de la acción de tutela que les garantice la eficaz protección de sus derechos fundamentales.

Dado que la tutela es procedente por esta razón, pasa la Sala a estudiar el fondo del asunto.

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

El artículo 29 de la Constitución Política establece que "el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas". De la norma

constitucional se deriva que independientemente de la autoridad competente para decidir el conflicto jurídico que involucra a un administrado, éste tiene todas las garantías existentes respecto de la sujeción de la administración a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico vigente.

En la Sentencia T-048 de 20083 se reiteraron los parámetros de aplicación del derecho fundamental al debido proceso administrativo en los siguientes términos:

“(i) el derecho al debido proceso administrativo es de rango constitucional, ya que se encuentra consagrado en el artículo 29 superior;

(ii) este derecho involucra todas las garantías propias del derecho al debido proceso en general, 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;

(iii) 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;

(iv) el debido proceso administrativo debe responder no sólo a las garantías estrictamente procesales, sino también a la efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública, como los son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad;

(v) la adecuada notificación de los actos administrativos de carácter particular tiene especial importancia para garantizar el derecho al debido proceso administrativo, y los principios de publicidad y de celeridad de la función administrativa;

(vi) como regla general las actuaciones administrativas de carácter general o particular están reguladas por el Código Contencioso Administrativo, pero existen - procedimientos administrativos especiales- que, según lo indica el artículo 1° del mismo Código, se regulan por leyes especiales.”

La Corte en varias de sus sentencias ha sido reiterativa en indicar 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.

1. LOS CONCURSOS DE MÉRITOS Y SUS EFECTOS. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha enfatizado la importancia de garantizar el efecto útil de los concursos de méritos en virtud de que el querer del constituyente fue implantar un sistema que garantice los derechos de los ciudadanos que desean ingresar a la función pública en igualdad de condiciones, de tal forma que su vinculación dependa únicamente de sus cualidades intelectuales y psicotécnicas.

Así, la Sentencia SU- 089 de 1999 expresó:

“No se requiere un profundo análisis de los términos usados por el Constituyente para concluir, entonces, que, salvo los casos expresamente definidos por el legislador o por la propia Carta, cuando alguien aspire a desempeñar un cargo al servicio del Estado, debe concursar; que los resultados del concurso son determinantes para los fines del nombramiento; que, por supuesto, la calificación obtenida dentro de aquél obliga al nominador, quien no podrá desatenderla para dar un trato inmerecido -a favor o en contra- a quienes han participado en el proceso de selección; y que, correlativamente, esos resultados generan derechos en cabeza de los concursantes que obtienen los más altos puntajes.”

Esa misma posición se reiteró en la Sentencia SU- 1140 de 2000:

“La Corte ha reiterado, en innumerables decisiones que el acceso a la función pública y el ascenso dentro de ésta, debe darse, por regla general, a través de un concurso de méritos en virtud del cual pueda seleccionarse al mejor candidato⁴. Adicionalmente, ha establecido que quien ocupe el primer puesto en el concurso debe ser vinculado al cargo para el cual concursó⁵. En consecuencia, para la designación de una persona en un determinado cargo judicial basta con que dicha persona reúna las

calidades exigidas por la ley y ocupe el primer puesto del listado nacional de elegibles, siempre que no concurra ninguna causal de inhabilidad ni incompatibilidad para el ejercicio del cargo. De verificarse alguna de las mencionadas causales, deberá nombrarse a quien ocupe el segundo lugar en el concurso.”

El concurso es el proceso que emprende la administración para garantizar una selección objetiva y transparente del aspirante a ocupar un cargo público. Su finalidad es identificar destrezas, aptitud, experiencia, idoneidad moral y condiciones de personalidad de los aspirantes al cargo con un fin específico: determinar su inclusión en la lista de aspirantes, al igual que fijar su ubicación en la misma.

En esta línea se ubica la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia C-040 de 1995:

“Por tanto, quien ocupe el primer lugar, de acuerdo con el puntaje obtenido, será el ganador y excluirá a los demás, en orden descendente. Si se procede de otro modo, habría que preguntarse, como lo hace el demandante, ¿para qué el concurso de méritos y calidades, si el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias? De este campo, es preciso desterrar la arbitrariedad y, justamente, para ese propósito se ha ideado el concurso. En él, por tanto, se ha de calificar no sólo la idoneidad profesional o técnica del aspirante, sino también su solvencia moral, su aptitud física y su sentido social, de acuerdo con la categoría del empleo y las necesidades del servicio. Hay que hacer de la carrera administrativa el instrumento eficaz para lograr una administración pública en la que se garantice la eficiente prestación del servicio público, la idoneidad y moralidad de sus funcionarios y la prevalencia del interés general sobre el particular”.⁶

De acuerdo con lo anterior, una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, el aspirante que obtiene el primer puesto adquiere el derecho a ocupar el cargo. La conformación de la lista obliga al nominador a seleccionar al mejor de los concursantes, pues como lo explicó esta Corporación en la jurisprudencia citada, ningún sentido tendría adelantar una competencia para favorecer a otro que no sea el primero.

Con todo, la jurisprudencia ha dicho que la Administración puede separarse de tal

decisión cuando exista una causa suficientemente poderosa que impida honrar el primer lugar de la lista. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el ganador del concurso presenta antecedentes penales, disciplinarios o de tipo profesional que, al contrastarlos con los resultados de los concursos, evidencien su falta de idoneidad para ocupar el cargo. En todo caso, no podrán alegarse razones de tipo subjetivo, moral, religiosa, raza y política para sustraerse de la obligación de nombrar al primero de la lista.

Al respecto la Corte Constitucional en la Sentencia SU-136 de 1998 arguyó:

“También es claro que, por su misma definición, el concurso debe ser objetivo y que, por tanto, las razones subjetivas de los nominadores no pueden prevalecer sobre sus resultados al momento de hacer la designación. Ello significaría no sólo un inadmisibles quebranto del artículo 125 de la Constitución y el abuso de las atribuciones de nominación sino la evidente vulneración de los derechos fundamentales de quienes, por motivos ajenos a la consideración y evaluación de sus méritos, resultan vetados o descalificados para ejercer los cargos que se ganaron mediante concurso. Y, obviamente, sería palmaria la trasgresión al principio constitucional de la buena fe, ya que, confiados en la lealtad de los entes nominadores, aquéllos habrían participado en el proceso de selección sobre el supuesto de que su triunfo en el concurso equivaldría a la elección o nombramiento. (Subrayas fuera de texto)

Para la Corte, y no a título de concepto u opinión, ni como obiter dictum, sino en acatamiento a la cosa juzgada constitucional, según lo dicho, quien ha ocupado el primer lugar en el concurso adelantado para llenar una determinada plaza de juez o magistrado, como acontece también con los empleados de la Rama Judicial, tiene un derecho de rango constitucional a ser nombrado, sin que por tanto sea legítima la decisión del nominador en el sentido de escoger, por encima del ganador del concurso, a participantes calificados con puntajes inferiores. (Subrayas fuera de texto)

Desde luego, no se trata de forzar la designación de quien, por sus conductas anteriores, no merece acceder al empleo materia del proceso cumplido, pues ello implicaría también desconocer el mérito, que se repite constituye factor decisivo de la carrera. Por eso, la Corte Constitucional afirma que las corporaciones nominadoras gozan de un margen razonable en la selección, una vez elaborada -con base en

los resultados del concurso- la lista de elegibles o candidatos. Tal margen lo tienen, no para nombrar o elegir de manera caprichosa o arbitraria, desconociendo el concurso o ignorando el orden de las calificaciones obtenidas, sino para excluir motivadamente y con apoyo en argumentos específicos y expresos, a quien no ofrezca garantías de idoneidad para ejercer la función a la que aspira. (Subrayas fuera de texto)

Tales razones -se insiste- deben ser objetivas, sólidas y explícitas y han de ser de tal magnitud que, de modo evidente, desaconsejen la designación del candidato por resultar claro que sus antecedentes penales, disciplinarios o de comportamiento laboral o profesional, pese a los resultados del concurso, lo muestran como indigno de obtener, conservar o recuperar la investidura judicial, o acusen, fuera de toda duda, que antes incumplió sus deberes y funciones o que desempeñó un cargo sin el decoro y la respetabilidad debidos.

En otros términos, el aspirante que tiene a su favor el mejor resultado en el concurso sólo puede perder su derecho al nombramiento -caso en el cual debe ser nombrado el segundo de los participantes, en estricto orden de resultados- sobre la base sine qua non de que la Corporación nominadora esté en condiciones de descalificarlo, por mayoría de votos, por causas objetivas, poderosas, con las cuales se motive la providencia que lo excluye. La regla general es el nombramiento. La excepción, el descarte fundamentado y expreso. (Subrayas fuera de texto)

La Corte no admite las consideraciones subjetivas ni los motivos secretos, reservados u ocultos para descalificar a un concursante.

La reserva moral, que fue relevante y muchas veces decisiva en el pasado, no cabe hoy según los principios y mandatos constitucionales. La objeción respecto al nombre de un candidato o funcionario judicial, en cualquier nivel y para cualquier destino, no puede provenir de razones in pectore, guardadas en el fuero interno de uno o varios de los integrantes de la Corporación nominadora. Tiene que proceder de hechos contundentes y efectivos, que puedan sostenerse ante el afectado, quien obviamente, en guarda de sus derechos a la honra y al buen nombre (art. 15 C.P.), al debido proceso (art. 29 C.P.) y a la rectificación de informaciones (arts. 15 a 20 C.P.), al trabajo (art. 25

C.P.) y al desempeño de cargos públicos (art. 40 C.P.), debe poder defenderse.”

De lo dicho se tiene que en caso de no ser posible elegir al ganador del concurso, el nominador deberá argumentar con razones sólidas y objetivas el motivo por el cual considera que el aspirante no satisface las exigencias del cargo, siempre garantizando su derecho a controvertir la actuación administrativa.

1. LOS CONCURSOS DE MÉRITOS EN LA ELECCIÓN DE LOS CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

La regla general en materia de provisión de cargos públicos, según el artículo 125 de la Constitución Política, es el concurso. La norma constitucional advierte que este sistema no será procedente en los cargos de elección popular, libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y demás que determine la ley.

Esta clasificación permite entender que existen distintas clases de empleos en la organización estatal y que no todos se rigen por las mismas reglas. El tipo de cargo determina la forma de vinculación, todo lo cual debe estar regulado en la ley. La Constitución admite de todos modos que un grupo de cargos se proveen por concurso y otros por mecanismos distintos.

No obstante lo anterior, la Ley 909 de 2004, que impulsa la aplicación de los concursos de méritos para el ingreso a los empleos de carrera administrativa, señala en el artículo 2° que los criterios de selección objetiva pueden aplicarse en los procesos de selección de funcionarios destinados a ocupar cargos de libre nombramiento y remoción.

En efecto, el artículo 2° de la citada ley dispone:

“Artículo 2º. Principios de la función pública.

1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.”
(Negrillas por fuera del texto original)

Así las cosas, este tribunal Constitucional ha señalado en varios fallos que a pesar de existir un sistema de vinculación general que es la carrera, al que se accede a través de concurso, el artículo 125 de la Constitución Política abrió la posibilidad de que la administración se sujete a los principios del concurso cuando desee proveer cargos de libre nombramiento y remoción, respetando siempre los lineamientos de respeto al mérito.

La Corte lo reconoció en la Sentencia C-532 de 2006 cuando señaló:

“En consecuencia, de acuerdo con los artículos 125 y 130 de la Constitución Política, las únicas excepciones al régimen general de carrera administrativa serán las derivadas de los sistemas especiales previstos en la Constitución⁷ y de los específicos que expresamente determine el legislador, los cuales, en todo caso, solo serán constitucionales en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general.”⁸ (Negrillas por fuera del texto original)

En este sentido, el legislador tiene la facultad de implementar el sistema de selección que considere apropiado para la provisión de los empleos del Estado. No obstante, si su elección es someter la provisión al concurso, es su deber ajustarse al principio fundamental que rige los concursos, que no es otro que el reconocimiento del mérito, mediante el favorecimiento del concursante que obtenga el mejor puntaje en las

evaluaciones.

1. EL CONCURSO Y LA ELABORACIÓN DE LA TERNA PARA LA ELECCIÓN DEL GERENTE DE LAS ESE

En el caso objeto de estudio se trata de resolver si el concurso de méritos convocado para proveer un cargo de libre nombramiento y remoción debe ajustarse a los principios básicos de los concursos de méritos.

En efecto, pese a que los cargos de gerente de las ESE a que se refieren las demandas no son de carrera administrativa, sino de libre nombramiento y remoción, la ley dispuso un sistema de concurso y la formación de una terna para proveerlos. Los demandantes entienden que la aplicación de los principios de la carrera deben conducir a su nombramiento en el cargo, pues ocuparon los primeros puestos en el concurso.

Para resolver el punto debe indicarse que la Ley 1122 de 2007 en el artículo 28 determinó que el cargo de gerente de las Empresas Sociales del Estado se nombra por concurso de méritos por un período de cuatro años, previa conformación de una terna.

Sobre el punto consta en el citado artículo:

“Artículo 28º. De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.”

Independientemente de que se trate de un cargo de libre nombramiento y remoción, no de carrera, el legislador quiso someter la elección de esos gerentes a un concurso que implica la elaboración de unas pruebas por parte de las universidades y la conformación de una lista elaborada sobre una base de puntaje que asciende de 1 a 100. Adicionalmente, dispuso la elaboración de una terna con los puntajes superiores a 70.

Esta Sala entiende que el sistema aquí previsto se ampara en la autorización concedida al legislador para adoptar sistemas distintos destinados a proveer cargos públicos que no son de carrera. No obstante, dado que la Ley 1122 de 2007 acogió en el caso de los gerentes de las ESE el sistema de concurso, era necesario que los parámetros del mismo respetaran el mérito de los aspirantes.

En principio, este mecanismo resulta armónico con el tipo de cargo por proveer, en cuanto concierne los elementos del mérito y la discrecionalidad en el trámite de nombramiento del funcionario. No obstante, esta Sala evidencia que en el sistema de nombramiento existe un elemento que perturba la concreción del principio de respeto por el mérito del participante. Este elemento es la terna a cuya elaboración la ley encarga a la junta directiva de las empresas.

En efecto, el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 establece en su parte inicial la implementación de los concursos de méritos, pero resuelve incluir en el segmento final un elemento de discrecionalidad que rompe con la filosofía del concurso. La disposición señala que: “Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos” “(...)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.”

Es notorio que la citada norma acude al concurso de méritos para garantizar el nombramiento del aspirante más capacitado, del que ha obtenido mejor puntaje, por lo que resulta contradictorio que, además, prevea un sistema de terna destinado a escoger a un concursante distinto.

Ciertamente, la conformación de la lista de aspirantes depende directa y objetivamente del puntaje obtenido por los concursantes, por lo cual sólo el mérito del participante determina su inclusión en la misma. No obstante, cuando de ese resultado debe conformarse la terna, la Junta Directiva de la respectiva ESE no está sujeta a ningún criterio de excelencia y puede, sin respetar el elemento del mérito, prescindir del individuo que obtuvo el mejor puntaje, con lo cual se rompen las normas generales establecidas en los concursos de méritos.

A juicio de esta Sala, el sistema de terna implica la posibilidad de que los aspirantes a ocupar el cargo no sean los mejores, sino los seleccionados a discreción por la Junta Directiva y el nominador. Además de que para la selección de la terna no existe un criterio legal establecido, es preciso indicar que la figura misma de la terna desconoce la obligación que surge de nombrar al concursante mejor calificado.

La fusión del concurso de méritos con el sistema de terna genera una indeterminación objetiva que desencadena en el desconocimiento de los fines del concurso, pues, en últimas, el nominador puede nombrar a quien no obtuvo el mejor puntaje en la clasificación. De la mano de dicha discrecionalidad, la terna puede formarse con cualquiera de los puntajes mayores a 70, lo cual indica que también la junta directiva ejerce potestad discrecional respecto de la determinación de los aspirantes que podrán ser considerados por el nominador, con lo cual se elevan los índices de indefinición que terminan por afectar la elección de los más capacitados.

Esta circunstancia resulta contraria al principio constitucional de la buena fe pues impide que los concursantes que obtengan los mejores puntajes aspiren con posibilidades serias a ocupar los cargos ofrecidos por el Estado.

Al respecto, esta Corporación señaló en la Sentencia SU-086 de 1999 lo siguiente:

“Y, obviamente, sería palmaria la trasgresión al principio constitucional de la buena fe, ya que, confiados en la lealtad de los entes nominadores, aquéllos habrían participado en el proceso de selección sobre el supuesto de que su triunfo en el concurso equivaldría a la elección o nombramiento. Para la Corte, en acatamiento a la cosa juzgada constitucional, quien ha ocupado el primer lugar en el concurso adelantado para llenar una determinada plaza de juez o magistrado, como acontece también con los empleados de la Rama Judicial, tiene un derecho de rango constitucional a ser nombrado, sin que por tanto sea legítima la decisión del nominador en el sentido de escoger, por encima del ganador del concurso, a participantes calificados con puntajes inferiores.”

La Sala considera que implementar el sistema de concurso para la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción implica la protección del mérito como factor objetivo de selección, por lo que el mismo debe ser garantizado en todas las etapas del proceso, de manera que el nominador se vea obligado a proveer el cargo con quien

encabeza lista. En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional reconoce que la decisión de no nombrar a la persona que obtiene el primer puesto en el concurso de méritos conlleva la vulneración de los derechos a la igualdad⁹ (Art 13 C.P.) y al debido proceso (art. 29 C.P), pues al tiempo que supone un trato discriminatorio que no se funda en razones objetivas de calificación, significa la aplicación de las reglas del concurso sobre bases desconocidas para el concursante, quien prevalido de la confianza legítima de ser nombrado bajo condición de que obtenga el primer puntaje, puede ser despojado del mismo por motivos ajenos a las reglas de la contienda.

Así lo señaló este tribunal en la Sentencia SU-1140 de 2000:

“De todo lo anterior, se deduce con claridad que el hecho de ocupar el primer puesto en el concurso de méritos apareja, en principio, el derecho a ser nombrado en propiedad en el respectivo cargo público. A este respecto, la Corte ha señalado que la figura de la carrera - administrativa y judicial - y del (verdadero) concurso de méritos, constituyen una garantía operativa de los derechos fundamentales a la igualdad (CP art. 13 y 40) y al debido proceso (CP art. 29), derechos que se ven realizados con el nombramiento de quien obtuvo la mejor calificación. Adicionalmente, la carrera y el mérito, cuando son adecuadamente concebidos e implementados¹⁰ sirven para favorecer los intereses de un Estado al servicio del público y no de intereses clientelistas o particulares. El acceso de los mejores a los cargos y funciones públicas debe servir para promover los principios de eficiencia, eficacia, imparcialidad, moralidad y publicidad, de que trata el artículo 209 de la Carta.”

En la misma línea, aunque referido a la carrera administrativa, pero precisamente en relación con el realce del mérito como factor de escogencia, la Corte ha establecido que la omisión de nombramiento en el cargo por proveer de quien ha obtenido el primer puesto vulnera el derecho al trabajo y el derecho al desempeño de funciones y cargos públicos. Así lo indicó en la Sentencia SU-133 de 1998 cuando señaló:

“Así concebida la carrera, preserva los derechos al trabajo (arts. 25 y 53 C.P.), a la igualdad (art. 13 C.P.) y al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40, numeral 7, C.P.), realiza el principio de la buena fe en las relaciones entre las personas y el Estado y sustrae la actividad estatal a los mezquinos intereses de partidos políticos y grupos de

presión que antaño dominaban y repartían entre sí los cargos oficiales a manera de botín burocrático.”

De acuerdo con lo anterior, a juicio de esta Sala, la disposición “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual”, contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 impide que se garanticen los derechos fundamentales de quien ocupa el primer lugar en la lista. Por tanto, la misma considera que la utilización de la terna en el proceso de elección del gerente de la ESE no protege los derechos fundamentales derivados del concurso de méritos, lo que conduce a que la norma legal deba inaplicarse.

- Excepción de inconstitucionalidad

La Corte Constitucional ha definido el concepto de excepción de inconstitucionalidad como la potestad que tiene la autoridad de abstenerse de aplicar una norma de inferior jerarquía a la Constitución por ser abiertamente contraria a ella.

Al respecto se indicó en la Sentencia C-600 de 1998:

“(…)Por vía concreta, frente a la indicada regla general, resulta extraordinario el caso en el que la autoridad que tiene a su cargo aplicar la norma puede legítimamente abstenerse de hacerlo, y más todavía, está obligada a esa abstención, por razón de encontrarla incompatible con la Constitución Política. Esta, que es norma de normas, debe prevalecer y ser aplicada a cambio del precepto inferior que la vulnera (…)”

“ (….)Por vía concreta, frente a la indicada regla general, resulta extraordinario el caso en el que la autoridad que tiene a su cargo aplicar la norma puede legítimamente abstenerse de hacerlo, y más todavía, está obligada a esa abstención, por razón de encontrarla incompatible con la Constitución Política. Esta, que es norma de normas, debe prevalecer y ser aplicada a cambio del precepto inferior que la vulnera.

La inaplicación de una norma de jerarquía inferior con apoyo en el artículo 4 de la Carta supone necesariamente la incompatibilidad entre su contenido y el de los preceptos constitucionales. Si tal incompatibilidad no existe, no cabe la inaplicación y la circunstancia no es otra que la de incumplimiento o violación de los mandatos dejados de

aplicar.

Por el contrario, en el supuesto de un palmario enfrentamiento entre la norma y la Constitución, la obligación del funcionario o autoridad que en principio debería aplicar aquélla es la contraria: no darle aplicación.”

En el caso concreto la aplicación de la ley no respeta los derechos fundamentales involucrados en el concurso de méritos, por lo que la norma que ordena la conformación de la terna resulta abiertamente inconstitucional. Es deber del juez constitucional ordenar la inaplicación del mismo en la elección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado y aplicar los lineamientos constitucionales que rigen los mencionados concursos de méritos.

En el presente asunto, esta Sala inaplicará la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual”, del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, por ser contraria a lo establecido por la Constitución en el artículo 125 y por la jurisprudencia constitucional en la materia, pues instaura un concurso de méritos sobre la base del favorecimiento a los mejores puestos, pero al mismo tiempo permite la configuración de ternas que, por su indeterminación, inutilizan el mérito como criterio objetivo de selección.

1. LA SENTENCIA T-484 DE 2004 NO ES APLICABLE AL CASO BAJO ESTUDIO

La Corte Constitucional en Sentencia T-484 de 2004 analizó el tema de elección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado. En esa ocasión el demandante obtuvo el puntaje más alto en el concurso de méritos para acceder al cargo de Gerente de la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, a pesar de lo cual, y de integrar la terna, no fue nombrado por el gobernador. En dicha ocasión no se tutelaron los derechos fundamentales del actor pues se estableció que el resultado del concurso no vincula la decisión del Jefe de la Entidad Territorial para realizar la selección. Al respecto se señaló lo siguiente:

“(…)Por el contrario, la jurisprudencia constitucional ha destacado la diferencia que tienen

las personas dentro de un sistema de carrera administrativa, de aquellas que están en regímenes diversos, como los de libre nombramiento y remoción o los de período fijo.

Lo anterior implica que quienes tienen como función la dirección de las instituciones públicas, son nombrados discrecionalmente por la administración. Si se da el caso de que la administración decide realizar un proceso de selección por méritos para proveer éstos cargos, en virtud del derecho al debido proceso administrativo y al principio de buena fe, este concurso vincula a la administración, pero dentro del marco que por ella haya sido establecido. En efecto, aún para aquellos casos en los cuales la administración abre un concurso para proveer un cargo de libre nombramiento y remoción, la Corte ha considerado que debe elegirse a quien demostró que tenía mayores méritos, pues de lo contrario traicionaría la confianza legítima del concursante mejor opcionado. Sin embargo, la Corte ha precisado que es necesario demostrar que la política de la administración, consistía en nombrar a quien obtuviera el mayor puntaje en el concurso¹¹.

Pero la Corte ha sido precisa en advertir que esa limitación del poder discrecional del nominador, tiene fuerza vinculante únicamente dentro del marco que ha diseñado la misma administración, como ya ha sido señalado. Así, en la sentencia T - 422 de 1992, la Corte analizó un caso en el cual el Inderena abrió un concurso para proveer un cargo de libre nombramiento y remoción. Surtido el trámite del concurso, la administración no nombró a quien ocupó el primer puesto, y no señaló las razones por las cuales actuó de esta manera. Para resolver este problema, la Corte utilizó dos subreglas que, se repite, tienen análoga aplicación para aquellos casos en los cuales está de por medio el nombramiento de un cargo de período fijo. Señaló que (i) el poder discrecional de la administración se limita al concurso de méritos, por lo cual prima facie debe nombrar a quien ocupó el primer lugar en éste, (ii) siempre y cuando sea evidente que la intención de la administración consistía en elegir al primero del concurso.”

El pronunciamiento anterior tuvo como base lo previsto en la Sentencia T-422 de 1992, en el que sí se tutelaron los derechos fundamentales del accionante a partir de la misma tesis. En ese fallo se expresó:

“(…)Mientras que el señor RANGEL PEÑA demostró ser quien tenía mayores méritos para ocupar el cargo anteriormente desempeñado por él - con lo que cumplía con la finalidad de escoger al mejor -, la autoridad administrativa en uso de su discrecionalidad no lo nombró, sin mediar siquiera motivación para ello, ni acreditar o alegar razones de peso para apartarse del resultado del concurso, invocando el ejercicio de las propias razones, con lo cual acabó traicionando la confianza legítima del concursante mejor oprimado.

La decisión de la autoridad lleva indefectiblemente al descrédito del sistema de concurso por desatención absoluta de sus resultados. Si a la administración le cabía ejercer su potestad discrecional escogiendo a uno de los cinco primeros del concurso, ello había podido hacerlo mediante la elección de otro medio que no tuviera efectos contraproducentes sobre la credibilidad de los sistemas de acceso al ejercicio del poder político, como por ejemplo, incorporando en el concurso público mismo evaluaciones psicológicas, motivacionales o comportamentales de quien aspira a ocupar un cargo determinado.

Además, al acreditar el señor RANGEL PEÑA su condición de persona con más méritos para ocupar el cargo, y estando demostrado que la política del INDERENA era la de elegir a quien ocupara el primer puesto en el concurso público, según lo confirmara en declaración ante el juez de conocimiento el señor SERGIO OCTAVIO GAVIRIA TRESPALACIOS, Subgerente Administrativo y Financiero del Inderena, la carga de la argumentación y de la prueba para no respetar esta situación diferencial se desplazó a la entidad.

(…)Límites al poder discrecional de la administración y del legislador

29. Toda autoridad administrativa en ejercicio de sus facultades discrecionales para el nombramiento de una persona en un cargo, cuando medie previamente concurso, deberá diseñar y ejecutar la evaluación de tal forma que excluya el trato discriminatorio de los aspirantes. Por su parte, las normas que por su indeterminación al otorgar facultades discrecionales a la autoridad permitan un trato discriminatorio deberán ser excluidas del ordenamiento y, mientras ello así sucede, deberán ser inaplicadas en el caso concreto para evitar la vulneración del principio de igualdad.”

El cotejo de los fallos citados permite deducir lo siguiente: en la Sentencia T-422 de

1992 se afirma que si la política de la administración al implementar el concurso de méritos es seleccionar el más apto, es obligación del nominador elegir al que ocupó el primer puesto en el concurso de méritos; por su parte, en la Sentencia T-484 de 2004 se utiliza ese mismo argumento de una forma distinta, pues se indica que la discrecionalidad del nominador se sujeta a los efectos de concurso de méritos, al tener la obligación de elegir al primero de la lista siempre y cuando, se evidencie que la intención de la administración era esa.

La Sala estima que los anteriores fallos no constituyen un precedente jurisprudencial al que tenga que someterse, en la medida que los temas tratados no sometieron a análisis el asunto de la conformación de la terna, que constituye, por sus especiales características, un elemento diacrítico en el estudio correspondiente y, por tanto, un factor por tener en cuenta para la toma de la decisión judicial.

1. ANÁLISIS DE LOS CASOS CONCRETOS

1. EXPEDIENTE T- 2'104.512

Accionante: Carlos Arturo Acosta Ortega. Accionados: Gobernador del Departamento del Guainía y Mireya Esperanza Suárez Amezquita.

En el primer caso objeto de revisión, de acuerdo con la ley y con la jurisprudencia reseñada, procede esta Sala a determinar si el Gobernador del Guainía vulneró los derechos fundamentales de Carlos Arturo Acosta Ortega, al no tener en cuenta que el solicitante obtuvo el puntaje más alto del concurso de méritos para la conformación de la terna de gerente de dicha institución, pues se eligió a Mireya Esperanza Suárez Amezquita, quien fue calificada con el puntaje más bajo.

Como se explicó, el proceso de selección para ocupar el cargo de gerente de las Empresas Sociales del Estado es de aquellos que el legislador puede constituir en virtud del artículo 125 de la Constitución, pero de no resultar tal proceso razonable y justificado, será necesario acudir a la regla general que rige los concursos de méritos de la carrera

administrativa, los cuales obligan a elegir a quien obtenga el primer puesto en la competencia.

El artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 dispuso incluir en la selección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado un concurso de méritos, mediante el cual la Junta Directiva con la lista de aspirantes conformaría la terna. Sin embargo, al efectuar en la práctica todo el proceso de convocatoria, registro de los participantes, evaluaciones y publicación de los resultados, elaboración de la lista de aspirantes o elegibles, la elaboración de la terna surge como mecanismo que desconoce el mérito del aspirante.

La Sala reitera que el sistema de terna para la designación de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado no garantiza que quien obtenga el mejor puntaje sea nombrado en el cargo.

Así sucedió en el presente asunto pues, en virtud del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 y demás normas reglamentarias, la Junta Directiva de la ESE Hospital Manuel Elkin Patarroyo elaboró una terna con los puntajes superiores a 70, desconociendo el hecho de que el aspirante obtuvo el mayor resultado en el concurso: 81 puntos.

En virtud de los principios generales que rigen los concursos de méritos, el señor Carlos Arturo Acosta Ortega tenía derecho a ser elegido en el cargo de gerente de la ESE Hospital Manuel Elkin Patarroyo por haber obtenido el mayor puntaje. En consecuencia, la terna que conformó la Junta Directiva para la escogencia del gerente no es válida, como tampoco lo es la designación hecha por el Gobernador del Departamento del Guainía.

En esas condiciones, la Sala encuentra que el Gobernador del Departamento del Guainía vulneró los derechos fundamentales a la buena fe, al debido proceso administrativo y acceso a desempeñar cargos públicos de Carlos Arturo Acosta Ortega al abstenerse de nombrarlo gerente de la ESE Hospital Manuel Elkin Patarroyo.

Con base en las razones expuestas, la Sala Sexta de Revisión en virtud de la

excepción de inconstitucionalidad inaplicará la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual”, contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 por ser contraria al artículo 125 de la Constitución política. En consecuencia se confirmará el fallo de la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Meta que mediante providencia del catorce (14) de abril de 2008 concedió la acción de tutela.

1. EXPEDIENTE T-2´122.698.

En el presente caso, el Alcalde Municipal de Cunday Tolima decidió nombrar como gerente de la ESE Hospital Federico Arbeláez a quien ocupó el cuarto lugar en la lista de puntajes totales, desconociendo el hecho de que Fernando Cajiao Dussan obtuvo la mayor calificación en el concurso de méritos.

Del examen de los hechos descritos y del acervo probatorio que reposa en el expediente, la Sala encuentra que mediante el Acta 063 de 2008 la Junta Directiva constituyó la terna con Cajiao Dussan Fernando, Ortiz Cárdenas Johana y Soler Giraldo José Antonio.

No obstante, como se deriva de lo dicho en la parte considerativa de esta providencia, el hecho de que la conformación de la terna sea incompatible con la elaboración del concurso de méritos significa que la Sala debe inaplicar la expresión del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 que ordena dicho procedimiento. En esas condiciones la conformación de la terna elaborada por la Junta Directiva del ESE Hospital Federico Arbeláez no tiene efectos jurídicos, como tampoco los tiene la elección hecha por el Alcalde del municipio de Cunday.

Para la Sala, el señor Cajiao participó en un proceso de selección bajo los parámetros que hizo conocer la administración, y obtuvo el primer puesto. En consecuencia, en virtud de lo expuesto por esta corporación, al indicar que quien obtiene el primer puesto en un concurso de méritos esta en su legítimo derecho a ser nombrado en el cargo por demostrar tener las mejores aptitudes objetivas, el actor es quien debe ocupar el cargo de gerente de la ESE Hospital Federico Arbeláez.

En esas condiciones, lo expuesto por el juez de segunda instancia se ajusta a los principios que rigen los concursos de méritos respecto de los cargos de carrera administrativa.

En conclusión, la Sala considera que se vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de Fernando Cajiao Dussán, pues al obtener la calificación más alta en el proceso de méritos debe el Alcalde Municipal de Cunday elegirlo como Gerente de la ESE Federico Arbeláez.

Por las consideraciones precedentes, la Sala Sexta de Revisión concederá el amparo solicitado mediante la inaplicación de la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual”, consignada en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 por ser contraria al artículo 125 de la Constitución política, al desconocer la interpretación que por vía jurisprudencial le ha dado esta Corte al tema de los concursos de méritos, cuya tesis ha sido que quien obtenga el primer puesto es el llamado a ocupar el cargo. Por lo anterior confirmará el fallo que se profirió en segunda instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Melgar mediante providencia del diez (10) de mayo de 2008 en cuanto concedió el amparo de los derechos fundamentales de igualdad y debido proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO. En el expediente T- 2´104.512, CONFIRMAR el fallo de la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Meta que mediante providencia del catorce (14) de abril de 2008 concedió la protección de los derechos fundamentales a Carlos Arturo Acosta Ortega.

SEGUNDO. En el expediente T-2´122.698 CONFIRMAR el fallo que se profirió en segunda instancia el Juzgado Primero Civil del Circuito de Melgar mediante providencia del diez (10) de mayo de 2008 en cuanto concedió el amparo de los derechos fundamentales

a Fernando Cajiao Dussan.

TERCERO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con Aclaración de Voto

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

2 Sentencia T-256 de 1995

3 Conclusiones que se desarrollaron en la Sentencia T-103 de 2006, en un caso en el cual la Corte Constitucional analizó el tema referente a la violación del debido proceso administrativo.

4 Sentencias C-040/95, C-041/95; T-298/95 C-037/96; SU-133 (134, 135,136) /98; .T-315/98; SU-86/99; SU- 257/99, entre otras.

5 Ibídem.

6 Corte Constitucional. Sentencia No. C-040/95, citada (referencia original de la sentencia transcrita).

7 “Sin pretender establecer una enumeración taxativa, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución, en las Sentencias C-391 de 1993, C-356 de 1994 y C-746 de 1999, este Tribunal ha calificado como regímenes especiales de origen constitucional, el de los servidores públicos pertenecientes a las siguientes entidades estatales: (i) las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (C.P. arts. 217 y 218); (ii) la Fiscalía General de la Nación (C.P. art. 253); (iii) la Rama Judicial del poder público (C.P. art. 256-1°); (iv) la Contraloría General de la República (C.P. art. 268-10°); la Procuraduría General de la Nación (C.P. art. 279) y las universidades del Estado (C.P. art. 69).” (Sentencia C-1230 de 2005)

8 Sentencia C-563 de 2000.

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

“Es evidente que la igualdad de oportunidades exige que en materia de carrera, el ente nominador respete las condiciones en las cuales se llamó a concurso.” (SU-133 de 1998)

10 A este respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-063/97 (MP Alejandro Martínez Caballero); T-315/98 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

11 Cf. T - 422 de 1992.