

Sentencia T-484/04

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Fundamental

CONCURSO DE MERITOS-Carácter vinculante para el nominador/CONCURSO DE MERITOS-Nombramiento de quien obtuvo el primer puesto

Esta Corporación, en numerosas ocasiones, ha señalado que el concurso público de méritos tiene un carácter vinculante para el nominador, de forma tal que éste debe nombrar a quien ocupe el primer lugar, pues sólo de ésta manera se asegura el respeto de la confianza depositada por los asociados en éstos procesos de selección. Aunque, de igual forma, la Corte ha señalado que existe un margen de razonabilidad por parte del nominador para excluir motivadamente, a quien ocupando el primer puesto, no ofrezca garantía de idoneidad “para ejercer la función a la que aspira”.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN CONCURSO DE MERITOS-Vulneración por nombramiento de quien obtuvo el primer puesto

CARRERA ADMINISTRATIVA-Finalidad

EMPLEOS DE CARRERA Y DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Diferencias

PODER DISCRECIONAL-Alcance/PODER DISCRECIONAL-No se confunde con lo arbitrario

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Procedencia de tutela

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por no afectación de derechos fundamentales/NOMINADOR-Poder discrecional para nombrar cargos diferentes a carrera administrativa/GOBERNADOR-Poder discrecional para elegir de la terna al Gerente del Hospital Universitario

La acción de tutela deberá negarse, por cuanto no se evidencia la afectación de los derechos fundamentales del actor. Como ha sido mencionado, los concursos de méritos vinculan al nominador para nombrar al primero de la lista, en aquellos casos en los cuales se busca proveer un cargo de carrera administrativa. En los restantes casos, el nominador goza de un amplio margen de discrecionalidad para nombrar los restantes empleos de la administración,

y su vinculación a éstos, en virtud de los principios de buena fe y debido proceso administrativo, abarca a los parámetros por ella establecidos, tal como ha sido señalado. En el caso sub examine, la Sala observa que el proceso diseñado estableció un proceso para conformar una terna de aspirantes al cargo de Gerente de la ESE Hospital Universitario y no para elegir al Gerente. En este punto, la Sala considera que al accionante no le fueron conculcados sus derechos, por cuanto el puntaje que obtuvo le dio derecho a conformar la terna, sin que en ningún momento se le desconociera ésta situación. Una vez surtido ese procedimiento, la legislación señala el jefe de la respectiva entidad territorial, en este caso el Gobernador del Huila, nombrará de esa terna al Gerente de la Empresa Social del Estado, sin que pueda entenderse que el resultado del proceso de conformación de la terna vincule la decisión del Gobernador, y limite el poder discrecional que la legislación le ha conferido.

DISCRECIONALIDAD DEL NOMINADOR-No es absoluta

La discrecionalidad no puede tener un carácter absoluto, por cuanto el nominador de todas maneras, sigue vinculado a lo que dispongan la Constitución y la Ley, para la provisión de un cargo. Aunque está implícita en la naturaleza de tales cargos la discrecionalidad del nominador, es claro que ella no es absoluta, pues necesariamente debe ejercerse de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

GOBERNADOR-Discrecionalidad no es absoluta para nombrar Gerente de Hospital Universitario

En el caso concreto, la discrecionalidad del Gobernador del Huila no podría extenderse hasta el límite de poder elegir a alguna persona que no conformara la terna, o que aún conformándola, no cumpliera con los requisitos legales para posesionarse en el cargo, ya sea por ausencia de experiencia profesional, académica o laboral. Sin embargo, en el expediente no obra prueba de que esto sea así, por lo cual la Sala no evidencia que el proceder del Gobernador del Huila, vulnere los derechos fundamentales del actor.

Referencia: expediente T-832614

Acción de tutela instaurada por Hugo Fernelio Falla Casanova contra la Gobernación del Huila

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., veinte (20) de mayo de dos mil cuatro(2004).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Cuarto de Familia de Neiva y por la Sala Civil Familia del H. Tribunal Superior de la misma ciudad, para resolver el amparo constitucional invocado por Hugo Fernelio Falla Casanova contra la Gobernación del departamento del Huila.

I. ANTECEDENTES

El señor Hugo Fernelio Falla Casanova, por intermedio de apoderado, interpuso acción de tutela contra la Gobernación del departamento del Huila por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo, fundado en que no fue designado Gerente de la E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, pese a que ocupó el primer puesto en el proceso de selección pública que realizó la Junta Directiva de la entidad.

1. El 7 de febrero de 2003, la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, considerando la labor desarrollada por el “doctor HUGO F. FALLA CASANOVA Gerente de la Entidad”, a cuyos logros se refiere en detalle, y dada la colaboración prestada por la Secretaría de Salud Departamental para el efecto, emitió la Proposición Número 001 de la fecha, con el propósito de “presentar un sincero reconocimiento por la excelente gestión desarrollada por el doctor HUGO F. FALLA CASANOVA en la Gerencia del HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO y por la eficaz y decidida cooperación de la Secretaria de Salud Departamental en cabeza del doctor ALBINO CASTAÑEDA MANCHOLA Secretario de Salud Departamental.

2. El 11 de marzo siguiente, la Junta a que se hace mención considerando i) su deber de “regular la selección de la terna de aspirantes al cargo de Gerente del HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO”; ii) las políticas para la elección de los altos funcionarios de entidades del sector público, mediante la metodología de la meritocracia o concurso de méritos, previstas en el Decreto 1972 del 3 de septiembre de 2002; y iii) “los postulados constitucionales y legales de transparencia e igualdad”, acordó, reglamentar la selección de la terna de aspirantes a dicho cargo y dispuso, entre otros aspectos, ésta “deberá efectuarse mediante invitación pública, un mes antes del vencimiento del periodo del Gerente del Hospital o dentro de los treinta (30) días calendario, siguientes a la vacancia del cargo”. Y en los meses siguientes, mediante Acuerdos 012, 013 y 014 la Junta en mención modificó y complementó aspectos del concurso, entre éstos lo relativo a los requisitos mínimos que cumplirían los aspirantes, al sistema de calificación, y las etapas en que se adelantaría el proceso.

El Acuerdo 012 definió cómo se contabilizarían los puntos en razón de la entrevista, dispuso que en la cartelera de la Gerencia del Hospital se fijaría “un comunicado donde se estipule la calificación final de cada uno de los aspirantes”, y determinó que “[los] tres candidatos con mejor puntaje” integrarían la terna “que debe ser enviada al Gobernador del Departamento quien es el facultado para elegir de la misma, el Gerente de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO NEIVA-HUILA”. En el Acuerdo 013 de 6 de junio de 2003 se señalaron las fechas de iniciación y culminación del proceso y mediante el Acuerdo 014 del 24 de junio siguiente se reguló lo referente a la publicación de los resultados.

3. El 4 de julio de 2003, los integrantes de la Junta Directiva, previa entrevista con los aspirantes, dirigieron al Gobernador del departamento del Huila “los nombres de los (..) seleccionados que conforman la terna para elegir el Gerente de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO de Neiva”, así: Hugo Fernelio Falla Casanova, Argenis Garavito Arévalo y Jorge Mauricio Escobar López; y se permitieron “recomendar al Señor Gobernador que el nombramiento del nuevo gerente se efectúe, tan pronto queden en firme los fallos de las acciones de tutela que actualmente se encuentran en trámite” -destaca el texto-.

4. El día antes señalado, el Secretario de la Junta Directiva “a petición del interesado”

certificó:

“que los siguientes son los nombres de los aspirantes seleccionados que conforman la terna enviada al Gobernador, para elegir el Gerente de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERITARIO HERNANDO MAONCALEANO PERDOMO de Neiva, con su respectiva puntuación:

1. Hugo Fernelio Falla Casanova 766.25

2. Argenis Garavito Arévalo 730.75

3. Jorge Mauricio Escobar López 658.25”

5. El 17 de julio de 2003, “los médicos, enfermeras, personal administrativo y general” -9 hojas de firmas -, dirigieron al Gobernador del Departamento del Huila un escrito, con copia al Presidente de la República, solicitando “la pronta ratificación en su cargo” del actor, debido a su “su excelente gestión”, y en razón de que el mismo “ocupó el primer lugar en la calificación de méritos dentro del grupo de aspirantes”. El Coordinador (E.) del Grupo de Atención de Emergencias y Desastres del Ministerio de Protección Social, en carta dirigida el mismo día al Director General de la entidad y en referencia a la anterior comunicación, califica la gestión del señor Falla de “exitosa”.

6. Mediante Resolución 376 del 23 de julio de 2003 el Gobernador del departamento del Huila considerando, entre otros aspectos, i) “que el 24 de julio del dos mil tres (2003) al Doctor HUGO FERNELIO FALLA CASANOVA se le vence el periodo como GERENTE de la E. S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo”, ii) “que se encuentra en curso la impugnación formulada por parte del accionante, (..) dentro de la acción de tutela propuesta por Ananías Sastoque”, iii) “que el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva en fallo del 27 de junio de 2003, reconviene al incidentado Gobernador del Huila, para que se abstenga de ejecutar procedimientos que tiendan a desconocer derechos que son objeto de discusión”; y iv) que la señora Danny Quintero de Perdomo, quien viene prestando sus servicios al Hospital, solicita comisión para desempeñar la gerencia del mismo resuelve encargar a la nombrada de las funciones que desempeñaba el actor en la Empresa Social del Estado Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo. La señora Quintero de Perdomo tomó

posesión del cargo el 24 de julio de 2003, “mientras se surten los trámites legales para la escogencia del gerente en propiedad según decreto N.0693 del 23 07 2003”-.

7. El 11 de agosto de 2003, estando en curso la presente acción, el señor Gobernador del departamento del Huila profirió el Decreto 084 de la fecha, a fin de designar “de la terna presentada por la junta Directiva, en oficio 4 de julio de 2003, como Gerente de la E.S.E. Hospital Universitario Armando Moncaleano Perdomo de Neiva al doctor JORGE MAURICIO ESCOBAR LOPEZ, identificado con la cédula de ciudadanía 12.127.878 expedida en Neiva”.

2. Pruebas

En el expediente obran entre otros los siguientes documentos:

1. Fotocopia de la Proposición Número 001 del 7 de febrero de 2003, emitida por la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, para reconocer la gestión del doctor HUGO F. FALLA CASANOVA como Gerente de la entidad.

2. Fotocopia de los Acuerdos 004, 012, 013 y 014 de 11 de marzo, 3, 6 y 24 de junio de 2003, emitidos por la Junta Directiva del Hospital a que se hace referencia para regular el proceso de selección de los integrantes de la terna de aspirantes al cargo de Gerente de la entidad.

3. Fotocopia de la comunicación del 4 de julio de 2003, dirigida al Gobernador del departamento del Huila por los integrantes de la Junta Directiva del Hospital Universitario a fin de hacerle conocer la terna a que se hace mención.

4. Fotocopia de la certificación emitida por el Secretario Ad Hoc de la Junta Directiva, sobre las personas seleccionadas para integrar la terna, y el puntaje alcanzado por cada una de ellas.

5. Fotocopia de la comunicación del 17 de julio de 2003, suscrita por los médicos, enfermeras, personal administrativo y general, con copia al señor Presidente de la República, en la que solicitan al Gobernador del Huila la ratificación del actor en el cargo de Gerente del Hospital, y escrito del Coordinador (E.) del Grupo de Atención de Emergencias y Desastres del Ministerio de Protección Social al Director General del Ministerio en igual sentido.

6. Fotocopia de la Resolución 376 y Decreto 0693 del 23 de julio de 2003, emitidos por el

Gobernador del departamento del Huila para comisionar y encargar a la señora Danny Quintero de Perdomo, como Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo, y acta de posesión de la nombrada de 24 de julio de 2003.

7. Fotocopia del Decreto Número 084 de 2003, dictado por el Gobernador del departamento del Huila para designar en propiedad al doctor Jorge Mauricio Escobar López como Gerente de la E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva.

3. La demanda

a) El señor Hugo Fernelio Falla Casanova invoca la protección constitucional de sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la igualdad, y a la buena fe, porque el Gobernador del departamento del Huila “vencido el término (23 de julio de 2003) que tenía (..) para designarme gerente en propiedad escogió a la licenciada en enfermería DANNY QUINTERIO DE PERDOMO, como gerente encargada del Hospital, burlando con ello la convocatoria y el proceso de selección pública de méritos”.

Conceptúa que la actuación del Gobernador accionado, constituye “una burla al proceso de rango constitucional desarrollado por la Junta Directiva del Hospital, para efecto de la designación del Gerente, pues los principios de transparencia y responsabilidad que dichos procesos deben observar se desconocieron de forma flagrante, al no realizar el nombramiento conforme al resultado del concurso público que me dejó como ganador”.

Asegura que las razones expuestas por el accionado, atinentes a la acción de tutela promovida por uno de los aspirantes a integrar la terna, a la sazón en trámite “no tiene asidero ni constituye impedimento constitucional ni legal para designarme en propiedad, y es una clara muestra del elemento distractor que el mentado mandatario ha utilizado para eludir su responsabilidad de acatar el resultado del citado concurso.”

Considera que le asiste el derecho “cierto e indiscutible” de ser designado Gerente del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva “puesto que ocupé el primer lugar dentro de un proceso o concurso de méritos”, y afirma que no existe vía diferente a la acción de tutela para el restablecimiento de sus derechos fundamentales, porque de acudir a la justicia ordinaria se configuraría un perjuicio irremediable.

b) Más adelante, en respuesta a la intervención del Gobernador accionado, el señor Falla Casanova destaca:

- Que el Gobernador del departamento del Huila preside la Junta Directiva del Hospital y que conjuntamente con su Secretario de Salud representan a la administración en dicha junta, participan de sus decisiones y están, por tanto, obligados a acatarlas.

- Que “no se discute la legalidad y vigencia de los actos administrativos expedido por la Junta Directiva para regular el proceso”, sino la negativa del nominador “a aplicar EL FIN previsto en tales actos: NOMBRAR AL CANDIDATO QUE TENGA MAYORES MÉRITOS”.

- Que tanto el Gobernador, como los aspirantes a integrar la terna, y los medios de comunicación conocieron los puntajes obtenidos por cada uno, antes de la designación de la señora Danny Quintero.

- Que la discrecionalidad del mandatario departamental para escoger entre los integrantes de la terna “queda limitada (..) ante un concurso de méritos, avalado y aceptado por el Presidente de la Junta Directiva (Gobernador del Departamento o su delegado) (..) así lo han señalado otros Tribunales (Tribunal Superior de Bolívar) y la misma Corte Constitucional”.

Intervención pasiva

4.1 Contestación de la Gobernación del departamento del Huila

a) El Gobernador del departamento del Huila, en escrito presentado el 4 de agosto del año 2003, se opone a que el amparo invocado sea concedido “toda vez que la Administración Departamental ha dado cumplimiento estricto a las disposiciones constitucionales, legales jurisprudenciales y estatutarias aplicables al caso que nos ocupa”, para sustentar su planteamiento se refiere a los hechos ya relacionados.

Afirma que el plazo fijado para la designación del Gerente de la E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo vencía el 23 de julio de 2003, y que en consideración a que el 27 de junio anterior un juez constitucional lo reconvino para que se abstenga de ejecutar procedimientos y adoptar decisiones sobre asuntos litigiosos en consideración de la justicia, solicitó a la Junta Directiva del Hospital suspender el proceso de selección de la terna, dada la acción de tutela promovida por el medico Ananías Sastoque contra dicho proceso, y que

“por tal razón hubo de nombrarse provisionalmente a la señora Danny Quintero de Perdomo”.

Para concluir expone que de conformidad con lo previsto en el artículo 10 del Decreto 1892 de 1994, le asiste “la discrecionalidad legal” de escoger a cualquiera de los integrantes de la terna elaborada por la Junta Directiva del Hospital, “sin considerar las ponderaciones o los puntajes (..) pues esta condición no se encuentra plasmada ni en la ley ni en los Acuerdos referenciados, amén de que a la fecha de la presente tutela no se han procedido al nombramiento del Gerente de la E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, por las razones jurídicas ya expuestas”.

b) En una segunda intervención -6 de agosto de 2003-, asegura que “una cosa es la constitución de una TERNA, para elección y otra la configuración de una lista de elegibles, dada la naturaleza técnica de las funciones propias de los empleos públicos, cuales pertenecen al régimen de carrera y por lo tanto debe mediar selección de concurso de méritos y nombramiento en periodo de prueba”.

Sostiene que la Junta Directiva al proferir los Acuerdos que regularon el proceso de selección de aspirantes para integrar la terna, “jamás (..) convocó para realizar un concurso de méritos”, y agrega: “prueba de ello es el artículo 8 del acuerdo 012 de 2003 que expresa: Los tres candidatos con mejor puntaje serán seleccionados para integrar la terna que debe ser enviada al gobernador del departamento, quien es el facultado para elegir de la misma, el gerente de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO NEIVA - HUILA (El resaltado es mío)” (sic).

Finalmente sostiene que el accionante puede acudir a los procedimientos previstos en el Código Contencioso Administrativo, para que los derechos que considera violados le sean restablecidos.

4.2 Intervención de la señora Danny Quintero de Perdomo

El Juzgado Cuarto de Familia de Neiva comunicó a la señora Danny Quintero de Perdomo la iniciación de la acción y ésta intervino en el sentido de asegurar que al señor Falla Casanova no se le está violando ningún derecho fundamental, “pues a él se le venció el periodo para el que fue elegido y queda a criterio del señor Gobernador escoger de la terna que le pasó la

Junta Directiva quien debe ser el Gerente del Hospital General de Neiva una vez estén resueltas las tutelas”.

Pone de presente que se encuentra inscrita en carrera administrativa, y que por consiguiente puede ejercer cargos de libre nombramiento y remoción hasta por el término de 3 años.

Se refiere a las razones tenidas en cuenta por el Gobernador accionado, para encargarla del cargo de Gerente del Hospital hasta tanto fuera resuelta la acción de tutela instaurada por el médico Ananías Sastoque contra la Junta Directiva del Hospital, en razón del proceso de selección, y la califica de “prudente, juiciosa y responsable”.

4.3 Intervención del señor Jorge Mauricio Escobar López

El señor Jorge Mauricio Escobar López, quien conjuntamente con el actor integra la terna presentada por la Junta Directiva a consideración del Gobernador accionado, para la designación de Gerente del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo, interviene en el asunto “en razón a que se me puede afectar con la decisión que su despacho tome”.

Afirma que el Gobernador del departamento del Huila no está obligado a designar como gerente del Hospital a quien ocupe el primer lugar en la terna elaborada por la Junta Directiva de la institución, sino a uno de los relacionados en ella de manera discrecional, porque la obligación de designar a quien ocupa el primer puesto en la lista de elegibles rige para el nombramiento de los funcionarios de carrera, y los directores de los hospitales públicos son empleados públicos con un periodo fijo de 3 años.

Fundamenta su planteamiento en el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, como también en lo señalado en el numeral 17 del Decreto 1876 de 1994, y en lo dispuesto en los artículos 10 del Decreto 139 de 1996, 5 y 13 de la Ley 443 de 1998, y para concluir señala:

“Estudiando la Ley 443 de 1998 encontramos que el artículo 5 establece en La clasificación de Empleos que éstos en los organismos regulados son de carrera, con excepción de: 1) Los de Elección Popular , los de periodo fijo (el subrayado es mío), conforme a la Constitución y a la Ley, aquellos cuyas funciones deben ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme a su legislación y los de los trabajadores oficiales. 2 Los empleos de libre nombramiento y remoción que corresponden a los siguientes criterios: a) los de dirección, conducción y

orientación institucionales, que adelante se indican, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices; b) Los empleos de cualquier nivel jerárquico cuyo ejercicio implica confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos. Es decir que el Director del Hospital de la E.S.E. HERNANDO MONCALEANO PERDOMO no es de carrera”.

5.1 Sentencia de primera instancia

El Juez Cuarto de Familia de Neiva concedió la protección impetrada y en consecuencia ordenó al Gobernador del Departamento del Huila “que en el término de veinte (20) días contados a partir de la notificación de esta providencia proceda a designar al Gerente de la E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo (..) conforme al orden de puntuación asignado a los aspirantes al cargo empezando con el primero de la lista y así de manera descendente”.

Considera el fallador de primer grado que al señor Hugo Fernelio Falla Casanova se le violaron sus derechos fundamentales i) a la igualdad -“ya que mereciendo un trato acorde con los resultados obtenidos en el concurso se le ignoró esa condición de mejor puntaje en igual posición a los que obtuvieron calificaciones inferiores”-; ii) al trabajo -“en la medida en que habiendo el tutelante de manera válida y legal su derecho a ser nombrado se le está negando su prerrogativa a ser llamado a laborar impidiéndole el acceso al cargo para el cual concursó”-; y iii) al debido proceso porque la Administración Departamental sustrajo el cargo de Gerente de la E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de la libre discreción del nominador, de suerte que la designación del funcionario tenía que atender criterios específicos y concretos de valoración.

Agrega que el Gobernador accionado también quebrantó el postulado de la buena fe, porque defraudó la justa expectativa de quienes se presentaron al proceso de selección, confiados en que se elegiría a quien obtuviera el mayor puntaje, y “si nos atenemos al documento en copia al carbón del decreto 0804 del mes de agosto de 2003 (..) el señor Gobernador nombró como gerente de la E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo al Doctor JORGE MAURICIO ESCOBAR LOPEZ tercero en la terna ya mencionada”.

Para sustentar su decisión el A-quo se refiere a las mismas disposiciones citadas por los

intervinientes, se apoya en la sentencia T-256/95 de esta Corporación de la que trae apartes, y concluye:

“Todo esto fluye naturalmente si se tiene en cuenta que una convocatoria pública de las connotaciones del caso precedente tienen como objetivo nombrar a la persona más idónea con el perfil adecuado acorde a la constitución y la Ley, por ende la actividad realizada por la junta directiva de la E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo implica algo más que un cumplimiento meramente formal de unas normas a efectos de que el señor Gobernador elija acorde a sus criterios, sino un verdadero concurso público que evita que el nominador tenga una libertad absoluta para que designe a su arbitrio, pues el nombramiento siempre tendrá que recaer en quien haya obtenido mayor número de puntos.

En síntesis el cargo de Gerente de la E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo es de periodo fijo y no de carrera administrativa pero es evidente que la terna enviada por la junta directiva y el proceso previo a esta conforman un sistema de concurso, lo que conlleva a que la designación recaiga sobre la persona que haya ocupado el primer puesto, en caso contrario se estarían desconociendo derechos fundamentales del tutelante. Todo esto bajo las preceptivas de la ley 100 de 1993 y de la ley 443 de 1998 si se tiene en cuenta que la ley 10 de 1990 fue derogada expresamente.

Además se sabe que las empresas sociales del Estado y en particular la E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo a pesar de ser un ente público de carácter especial, no puede soslayar el debido proceso frente al nombramiento de su gerente violentando con ello el Art. 29 de la Constitución Nacional.”

5.2 Impugnación

a) El Gobernador del departamento del Huila, por intermedio de apoderado, impugna la decisión que se reseña, fundado i) en que de la normatividad constitucional, legal y reglamentaria aplicable al asunto se deduce la “competencia prevalente y autónoma” de su representado para elegir al Gerente del Hospital, varias veces mencionado; ii) en que la jurisprudencia citada en la sentencia resulta inaplicable al caso en estudio, y iii) en que en la providencia se advierte “interpretación errónea de la situación y de la normatividad vigente”.

Para sustentar sus planteamientos sostiene i) que lo considerado por esta Corporación en la sentencia T-256 de 1995, “no tiene las características de [obligatoria]”; ii) que el concurso de méritos previsto en el artículo 125 de la Constitución Política no resulta aplicable a la designación del Gerente del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, por tratarse de una situación regulada por disposiciones legales y reglamentarias, a la luz de la misma disposición; iii) que los acuerdos proferidos por la Junta Directiva de dicho Hospital para “el cumplimiento de la constitución de la terna (..) sólo los obliga a ellos y no al nominador”. Y, a manera de conclusión manifiesta:

“Que las normas legales promulgadas desde el año 1990, han sido unísonas, claras y diáfanas al establecer que el cargo de gerente de este tipo de instituciones se sule de una terna presentada por el jefe de la entidad territorial, quien constitucionalmente debe elegir de la misma; más no conlleva ello una lista de elegibles en orden puntual, primero porque este no fue el espíritu de la Ley y segundo porque el proceso a que tantas veces se ha hecho referencia no lo convocó el Gobierno departamental que dirige el actual nominador, como erróneamente se pretende hacer valer.”

Además, en escrito presentado ante el Ad-quem, con el propósito de sustentar la alzada, entre otros aspectos, señala que el actor no puede esgrimir que se le ha causado un perjuicio irremediable, porque “es un profesional de la medicina altamente especializado, que cuenta con la capacidad productiva para vivir del ejercicio de su profesión”; y agrega que el Dr Falla en la actualidad se desempeña en un cargo de carrera en la E.S.E. Hospital Departamental San Vicente de Paúl de Garzón.

b) El señor Ananías Sastoque Gutiérrez intervino en este estado del proceso “en mi calidad de ciudadano colombiano y con el interés que me asiste por haber sido aspirante a ocupar la terna para la selección del gerente del Hospital Hernando Moncaleano en el proceso de meritocracia desarrollado por la junta directiva de la mencionada entidad IMPUGNO la sentencia de tutela (..)”.

Recuerda que interpuso una acción de tutela contra el mentado proceso, trae a colación lo resuelto en aquella oportunidad, y concluye que la providencia debe revocarse, porque si en su caso el Juez constitucional consideró que “la vía de tutela no es el mecanismo idóneo ofrecido por la ley para resolver el asunto, debiéndose acudir a la acción de nulidad y

restablecimiento del derecho”, la protección invocada por el actor deberá recibir igual tratamiento.

c) El señor Jorge Mauricio Escobar López, por intermedio de apoderado, también interviene en este estado del asunto, a fin de coadyuvar la impugnación de la sentencia de la primera instancia.

Previamente el apoderado del señor Escobar López hace un extenso análisis de las normas que regulan la designación de los directores de los hospitales públicos, como también de la jurisprudencia constitucional sobre los derechos fundamentales de las personas que aspiran a ser designadas en un cargo, por haber culminado satisfactoriamente el concurso a que fueron convocadas, y concluye:

- Que la providencia proferida por el Juez Cuarto de Familia de Neiva debe revocarse, porque el fallador le da “categoría de carrera a un cargo de dirección que es de periodo fijo, desvirtuando los principios que orientan la función pública constitucional en Colombia y que por ende su forma de provisión obedece a finalidades de protección de valores específicos y disímiles.”

Destaca que el señor Escobar López “se sometió a unas reglas predeterminadas por la Ley, la Junta Directiva del Hospital y la Constitución Política, para participar en una invitación pública a conformar una terna (tal vez no hubiese concursado si se tratara solamente de quedar en el primer lugar), saliendo elegido en la misma; enunciarle ahora que solamente el primero en el concurso podría ocupara la gerencia a través de un fallo de tutela constituye ciertamente, y ello sí, una violación a sus derechos fundamentales como el debido proceso, la igualdad y el trabajo, a más de un despojo de competencia que la Ley y la Constitución atribuyen a los Gobernantes.”

d) En el expediente obra un escrito presentado por los trabajadores del Hospital Hernando Moncaleano de Neiva, que no se tiene en cuenta en razón de la ausencia de legitimación sustantiva de quienes lo suscriben.

5.3 Sentencia de Segunda Instancia

La Sala Civil Familia del H. Tribunal Superior de Neiva revocó la sentencia impugnada, porque

las normas que regulan el ingreso al servicio público por concurso de méritos comprenden “un marco jurídico diferente al que gobierna el nombramiento del gerente del Hospital Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva”.

Para fundamentar su decisión el Juez de segundo grado se plantea este interrogante “¿la Junta Directa adelantó un concurso de méritos y calidades con la finalidad de proveer un cargo de carrera administrativa, u otro de aquellos que no siéndolo, su sistema de nombramiento está determinado también por el mérito según la Constitución y Ley?”; que más adelante esa Sala responde apoyada en los artículos 125 y 123 constitucionales, en las previsiones de las Leyes 100 de 1993 y 443 de 1998, y en los términos utilizados por la Junta Directiva del Hospital Hernando Moncaleano Perdomo, para convocar y desarrollar el concurso de méritos.

Sostiene, que de los Acuerdos emitidos por la Junta Directiva del Hospital se deduce con claridad que el propósito de la selección fue integrar la terna, de la que se escogería al Gerente de la entidad y no designar al funcionario, y que de la jurisprudencia de esta Corporación sobre provisión de cargos, al igual que de la sentencia del H. Tribunal Superior de Cartagena que restableció los derechos constitucionales de quien obtuvo el mejor puntaje en un concurso similar, es claro que la obligación de designar al primero de la lista de elegibles rige para los cargos de carrera.

Asegura, que “en una conveniente exaltación de los postulados constitucionales y legales de transparencia y de igualdad de condiciones para todos los aspirantes al cargo de gerente del Hospital y, en el deseo de cumplirlos, la Junta Directiva de esta entidad, consideró en el Acuerdo número 012, necesario reglamentar la selección de la terna que será enviada al señor Gobernador para la escogencia del Gerente”; y agrega “que el compromiso de selección de la terna implica la finalidad del concurso de méritos, que consiste en escoger, como su nombre lo indica, las tres personas que alcancen las más altas calificaciones entre todos los aspirantes, con cuyos nombres se estructura y se envía al Gobernador, para que éste escoja a quien desempeñará el cargo de gerente; racionalidad de la terna.”

Afirma, que la designación de servidores públicos por el sistema de terna ha sido prevista para proveer cargos de periodo fijo, y que “en todos ellos la regla correspondiente dice que se elegirán y escogerán o designarán de las ternas enviadas por quienes tienen el deber de

elaborarlas. La preposición “de” indica, en este caso, origen y procedencia, de modo que el empleo se concreta en una de las personas integrantes de la terna”

Aduce, que el “acto de enviar la terna al Gobernador con las calificaciones de los tres ganadores del concurso para integrarla no deroga las normas que la regulan no cambia su naturaleza y finalidad. La calificación es válida únicamente para formarla con los tres (3) mejores concursantes. Terna, del latín terni, significa conjunto de tres personas propuestas para que se designe de entre ellas la que haya de desempeñar un cargo o empleo (..)”.

Finalmente, considera que la jurisprudencia, en la que el fallador de primer grado apoya su decisión, no resulta aplicable al caso en estudio i) porque “el problema y la solución no surgen de hechos encaminados a examinar el conocimiento de las personas, con el propósito de propósito de elaborar una terna, como su esencia lo enseña, con los tres mejores”; ii) debido a que “las sentencias T-325 de 1995; 475 de 1995; 256 de 1995; 326 de 1995; 719 de 1998; 102 de 2001 y SU 133 de 1998, resolvieron problemas jurídicos concernientes a asimetrías generadas por nombramientos en cargos públicos sometidos a carrera administrativa y judicial, que recayeron en quienes no habían ocupado el primer lugar en la lista de elegibles”; y iii) en razón de que el H. Tribunal Superior de Cartagena concedió la protección fundado en que “la administración del centro hospitalario invocó en la convocatoria pública a las personas interesadas en ocupar el cargo de Gerente de la E.S.E. (..), la ley 443 de 1998, que contiene el sistema de concursos de mérito.”

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala de Revisión es competente para decidir sobre el asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9°, de la Constitución, y 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico planteado.

La jurisprudencia constitucional ha insistido en que la acción de tutela está concebida para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando éstos puedan resultar amenazados o vulnerados, por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares. Su procedencia depende de la inexistencia de otro medio de defensa judicial, o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable que difícilmente puede

superarse si la persona en quien radica el derecho, decide utilizar otras vías que el ordenamiento le ofrezca.

Por tal razón, el juez constitucional debe realizar los siguientes razonamientos, cuando le es solicitado el amparo de un derecho: primero, deberá comprobar si efectivamente el demandante está pidiendo la protección de un derecho fundamental; segundo, deberá establecer si no existe otro mecanismo judicial de defensa, más idóneo que la acción de tutela, para proteger el derecho presuntamente vulnerado; y tercero, deberá determinar si en efecto el derecho fundamental está amenazado o vulnerado.

De acuerdo a los antecedentes planteados, corresponde a la Sala determinar si al accionante le ha sido vulnerado sus derechos fundamentales, al no ser nombrado como Gerente de la E.S.E Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, pese a haber ocupado el primer puesto, en un proceso de selección pública realizado por la Junta Directiva de la entidad.

Por lo anterior, la Sala procederá de la siguiente manera. (i) reiterará y precisará su jurisprudencia sobre el debido proceso administrativo, especialmente en los procesos de concursos públicos de méritos; (ii) determinará si en el presente caso no existen otros mecanismos de defensa judicial y (iii) abordará el análisis del caso concreto, para establecer si los supuestos fácticos de la presente tutela, efectivamente evidencian una vulneración de los derechos fundamentales del demandante.

3. El derecho fundamental al debido proceso administrativo.

La Constitución Política, en su artículo 29, señala que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. La Corte ha destacado que tal exigencia obliga a que tanto las autoridades judiciales como las administrativas, actúen respetando el “conjunto complejo de circunstancias de la administración que le impone la ley para su ordenado funcionamiento, para la seguridad jurídica de los administrados y para la validez de sus propias actuaciones, ya que su inobservancia puede producir sanciones legales de distinto género. Se trata del cumplimiento de la secuencia de los actos de la autoridad administrativa, relacionados entre si de manera directa o indirecta, y que tienden a un fin, todo de acuerdo con disposición que de ellos realice la ley”¹.

Por tal razón, esta Corporación ha indicado que el debido proceso administrativo es un derecho con rango fundamental,² consagrado como la garantía que tienen los asociados a que los actos de la administración tengan como fundamento un proceso justo y adecuado. Sobre este punto, en la sentencia T - 1263 de 2001, esta Corporación sostuvo lo siguiente:

“El derecho fundamental al debido proceso se consagra constitucionalmente como la garantía que tiene toda persona a un proceso justo y adecuado, esto es, que en el momento en que el Estado pretenda comprometer o privar a alguien de un bien jurídico no puede hacerlo sacrificando o suspendiendo derechos fundamentales. El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda -legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales”

En el caso concreto de la participación en concursos públicos, la Corte ha protegido el derecho fundamental al debido proceso administrativo, cuando está probado que diversas irregularidades en el procedimiento de conformación de la lista de elegibles, afectan los derechos de los participantes. Por ejemplo, en la sentencia T - 559 de 2000, la Corte concedió la protección a una persona que se inscribió a un concurso de méritos, el cual, a pesar de haber surtido todas las etapas, fue terminado sin que se eligiera a alguno de los participantes en el concurso. Al respecto, esta Corporación consideró que esa decisión había vulnerado, entre otros, los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso administrativo (artículos 13, 25 y 29 Superiores), pues “la decisión que truncó al peticionario la posibilidad de ser nombrado en el cargo al que aspiraba no respetó las reglas que previamente había fijado la entidad demandada para tener derecho a la vinculación laboral, pues al momento en que aquélla se adoptó, ya no se podían desconocer los derechos adquiridos por una persona, con justo título y buena fe.”³

De igual forma, ha amparado éste derecho fundamental, cuando no es nombrado quien ocupó el primer lugar en el concurso de méritos, pues la Corte ha considerado que con éste proceder, dejan de respetarse las reglas de juego inicialmente dispuestas, lo cual afecta entre otros, el debido proceso, el principio de la buena fe y los derechos adquiridos, como a continuación se expondrá.

4. Alcance del principio de buena fe

En efecto, esta Corporación, en numerosas ocasiones, ha señalado que el concurso público de méritos tiene un carácter vinculante para el nominador, de forma tal que éste debe nombrar a quien ocupe el primer lugar, pues sólo de ésta manera se asegura el respeto de la confianza depositada por los asociados en éstos procesos de selección. Aunque, de igual forma, la Corte ha señalado que existe un margen de razonabilidad por parte del nominador para excluir motivadamente, a quien ocupando el primer puesto, no ofrezca garantía de idoneidad “para ejercer la función a la que aspira”⁴.

Sin embargo, debe destacar esta Sala, que las anteriores consideraciones tienen como referencia a la provisión de cargos públicos de carrera, sin que éstos criterios puedan extenderse prima facie a los demás empleos en los órganos y entidades del Estado.

Es evidente que la jurisprudencia constitucional ha señalado, por ejemplo, que en el sistema de carrera en la Rama Judicial, quien ocupó el primer puesto en la lista de elegibles es quien necesariamente debe ser nombrado, pues “el concurso debe ser objetivo y, por tanto, las razones subjetivas de los nominadores no pueden prevalecer sobre sus resultados al momento de hacer la designación.”⁵ De igual forma, esta Corporación ha señalado que en los concursos de méritos diseñados para proveer cargos de carrera administrativa, el nominador debe elegir a quien obtuvo el primer lugar en el concurso. Esta línea jurisprudencial fue recogida entre otras, en la sentencia T - 095 de 2002, en donde se señaló lo siguiente:

“Prescindir del riguroso orden de mérito deducible del concurso público una vez verificado, equivale a quebrantar unilateralmente sus bases. Establecer un concurso público y señalar un procedimiento que termina por no atribuir al vencedor el cargo o plaza objeto del mismo, elimina su esencia y lo despoja de estímulo. Si en verdad se anuncia por el Estado que un empleo se va a nombrar por concurso y, en últimas se designa al tercero o al segundo mejores aspirantes, pero no al primero, se defrauda la confianza de éste aspirante inducida en virtud de la convocatoria y, de este modo, igualmente, se asalta la buena fe de todos los restantes aspirantes que en teoría han emulado y se han presentado al concurso con miras a ser los primeros y así obtener en justa lid el premio a su mérito - socialmente comprobado -, representado en este caso, por el consecuente nombramiento con apego al resultado

objetivo del concurso. Si, en estas condiciones, el nombramiento recae en quien no es el primero en orden de méritos, ello será así en virtud de la libre voluntad del nominador que habrá transformado el sistema de vinculación a la función pública establecido en la Constitución y la ley, asignándole en la práctica al empleo objeto de concurso el carácter de empleo de libre nombramiento y remoción. De este modo el objeto del concurso, enunciado en la convocatoria, se cambia unilateralmente por la administración con posterioridad al concurso, ya que en estricto rigor no se trataría de un empleo cuyo sistema de nombramiento fuese el del concurso público.

“La situación descrita viola abiertamente los principios de la justicia y de la buena fe (CP arts 2 y 83). El concurso público en el ámbito de la función pública, persigue determinar socialmente quién es la persona que en un momento dado reúne más méritos para acceder al servicio público.”⁶

También en la sentencia SU.086 de 1997, se consideró lo siguiente:

“La Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla (art. 125 C.P.), tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es, para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales.”

Con todo, como ha sido afirmado, la ratio decidendi de esas sentencias tuvo como supuesto la existencia de un concurso público de méritos en un cargo de carrera, sin que puedan extenderse dichos criterios a todos los casos en los cuales ha sido diseñado un procedimiento de éste tipo. Éste trato disímil tiene justificación por cuanto es evidente la diferencia existente entre los empleos públicos de carrera y las restantes y diversas formas mediante las cuales las personas prestan sus servicios al Estado, permitidas por el artículo 125 Superior, y la especialidad del mandato constitucional contenido en esa misma disposición

que señala que “los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso a los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”.

En efecto, la jurisprudencia constitucional⁸ ha señalado que la Carrera Administrativa⁹ es un sistema técnico por medio del cual se garantiza la eficiencia de la administración pública. Para ello, el ordenamiento ofrece igualdad de oportunidades a las personas, estructurando para su ingreso, permanencia y ascenso, un sistema de méritos. Lo anterior, por cuanto así lo permiten las condiciones de los empleados de carrera, dada la naturaleza de las labores y funciones desempeñadas, que no son de carácter directivo ni implican un grado considerable de confianza. En la sentencia C - 942 de 2003, esta Corporación señaló lo siguiente:

“Se debe recordar que la finalidad misma de la carrera administrativa es reclutar un personal óptimo y capacitado para desarrollar la función pública. Con el propósito de garantizar el cumplimiento de los fines estatales, la carrera permite que quienes sean vinculados a la administración bajo esta modalidad, ejerzan de manera calificada la función pública que se les asigna, ya que dicho sistema está diseñado para que ingresen y permanezcan en él aquellas personas que tengan suficientes calidades morales, académicas, intelectuales y laborales para asumir con eficiencia y honestidad dicho servicio. Existe entonces una estrecha relación entre el cumplimiento de los fines del Estado y la prioridad que el constituyente otorga a la carrera administrativa, que se explica en la naturaleza del sistema y en los principios que lo fundan.”

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. Sobre este punto, en la sentencia citada, la Corte razonó de la siguiente manera:

“La mayor estabilidad laboral que la Constitución y la ley brindan a los empleados de carrera frente a la que se predica de los empleados de libre nombramiento y remoción, se justifica en el hecho de que las personas que aspiran a los empleos de carrera deben someterse a unos requisitos y condiciones más rigurosos para acceder a ellos, que los que se exigen a los de libre nombramiento y remoción, quienes serán nombrados por un acto legal y reglamentario,

dictado con fundamento en la potestad discrecional del nominador.” (sentencia C-954 de 2001, MP., doctor Jaime Araújo Rentería)

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 concurso¹⁰.

Estos criterios deben ser análogamente aplicados a los concursos abiertos para proveer cargos de período fijo. Lo anterior, por cuanto es claro que en estos casos, tal y como sucede con los cargos de libre nombramiento y remoción, el nominador goza de un mayor poder discrecional. Al respecto, esta Corporación ha indicado que “La discrecionalidad está instituida en la ley en favor de la administración y todos los actos proferidos en desarrollo de esta atribución están amparados bajo la presunción de legalidad. Particularmente, los preceptos jurídicos que autorizan a una entidad administrativa para nombrar a alguno de los cinco primeros cuando ha mediado previamente concurso, son expresión clara de la potestad discrecional, una de cuyas manifestaciones es la facultad de libre nombramiento y remoción (CP art. 125)”. En este punto, debe precisar la Sala que la discrecionalidad, a la luz de la Constitución, no puede confundirse con lo arbitrario, pues tal y como fue señalado en la sentencia C - 1145 de 2000 “en lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas del derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades”.

Efectivamente, el poder discrecional de la administración se ve limitado, cuando media un

concurso de méritos para proveer un cargo de la administración, pues “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 fundamentales.”¹¹

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. Así razonó esta Corporación, para solucionar ese caso:

“28. Estudiado detenidamente el caso sub-examine bajo esta óptica, esta Sala de Revisión llega a la conclusión que el medio empleado por la entidad administrativa para proveer uno de sus cargos, atendidas las circunstancias del caso, se revela como desproporcionado en cuanto a la relación de fines y medios. 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 opcionado.

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.” (Subrayado fuera de texto)

Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial.

Debe resaltarse que, contrario a lo que afirma uno de los intervinientes dentro del proceso, la acción de tutela es un mecanismo idóneo para proteger los derechos de las personas que han participado en un concurso público de méritos, como a continuación se expone.

Esta Corporación, en la sentencia T - 095 de 200212, recogió las líneas jurisprudenciales sobre la procedencia de la acción de tutela, para lograr la protección de los derechos fundamentales de quienes, a pesar de obtener el primer puesto en un concurso público de méritos, no fueron nombrados. Al respecto, en esa decisión, la Corte indicó lo siguiente:

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

inmediata.

“La Corte estima que la satisfacción plena de los aludidos derechos no puede diferirse indefinidamente, hasta que culmine el proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado. Se descarta entonces en este caso la alternativa de otro medio de defensa judicial como mecanismo de preservación de los derechos en juego, que son de rango constitucional, de aplicación inmediata (art. 85 C.P.) y que no pueden depender de un debate dado exclusivamente en el plano de la validez legal de una elección, sin relacionarlo con los postulados y normas de la Carta Política.” (negrillas de la Sala)

De igual forma, en la sentencia T - 388 de 1999, esta corporación señaló que:

“ ... acogiendo el mandato contenido en el artículo 6 del decreto 2591 de 1991, esta Corporación ha determinado que las acciones contencioso administrativas no consiguen en igual grado que la tutela, el amparo jurisdiccional de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de vinculación de servidores públicos, cuando ello se hace por concurso de méritos, pues muchas veces el agotamiento de dichas acciones implica la prolongación en el tiempo de su vulneración y no consiguen la protección del derecho a la igualdad concretamente, ya que, en la práctica, ellas tan solo consiguen una compensación económica del daño causado¹³, la reelaboración de la lista de elegibles (cuando inconstitucionalmente se ha excluido a un aspirante o se le ha incluido en un puesto inferior al que merece) y, muchas veces, la orden tardía de nombrar a quien verdaderamente tiene el derecho de ocupar el cargo, pero sin que realmente pueda restablecerse el derecho a permanecer en él durante todo el tiempo que dura el proceso contencioso administrativo¹⁴ y con lo cual se ve seriamente comprometido el derecho, también fundamental, a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, en la modalidad de “acceder al desempeño de funciones y cargos públicos” ¹⁵.(Negrillas de la Sala).

Y en la sentencia T- 390 de 1998 reiteró lo siguiente.

“... según reiterada jurisprudencia de esta Corporación, asuntos como el aquí planteado, consistente en determinar si se desconocen los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso de quien no fue nombrado en un cargo, a pesar de haber ocupado el primer lugar en un concurso, son competencia del juez constitucional”.(Negrillas de la Sala)

En este orden de ideas, si bien la jurisprudencia constitucional ha considerado que existe otro mecanismo de defensa judicial para satisfacer las pretensiones de quien considera que no fue nombrado en un cargo, a pesar de haber obtenido el primer puesto en un concurso, también ha precisado que éste medio de defensa judicial no es eficaz para proteger los derechos involucrados. Por tal razón, ha concluido que la acción de tutela se convierte en el único medio judicial eficaz de defensa, con el que cuentan los asociados para buscar la protección de sus derechos fundamentales involucrados. En consecuencia, esta Sala analizará de fondo el presente asunto.

Caso concreto.

En el presente caso, el señor Hugo Fernelio Falla Casanova asegura que ocupó el primer lugar en un concurso público de méritos, elaborado para proveer la terna para el cargo de Gerente del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo. Indica sin embargo, que a pesar de lo anterior no fue nombrado para dicho empleo.

Antes de analizar de fondo el presente caso, debe precisarse que de acuerdo al artículo 194 de la ley 100 de 1993, las Empresas Sociales del Estado son entidades públicas descentralizadas, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. Esa misma disposición señala que el director o representante legal será designado según lo dispuesto por el artículo 192 de la ley 100 de 1993, es decir, “por el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud, conforme a lo dispuesto en la Ley 60 de 1993 y a la reglamentación que al efecto expida el Gobierno Nacional, de terna que le presente la junta directiva, constituida según las disposiciones de la Ley 10 de 1990, por períodos mínimos de tres (3) años prorrogables.¹⁶”. Este cargo, dada su naturaleza directiva, no está clasificado dentro de los empleos de carrera de la administración. Su naturaleza corresponde a un cargo de periodo fijo, que la Corte en sentencia C - 665 de 2000 consideró ajustado a la Constitución, entre otras razones, porque “Como ya se ha anotado, las empresas sociales del Estado tienen una naturaleza jurídica diversa de la que corresponde a los establecimientos públicos, y su función primordial, a diferencia de éstos, no consiste en el cumplimiento de tareas administrativas en un sentido general, sino que radica ante todo en la atención de salud. Por ello, las disposiciones que las rigen son también distintas y, en el caso de las empresas sociales, que por su naturaleza de entidades descentralizadas públicas debían ser creadas por ley, como en efecto lo fueron, el legislador estaba facultado para

establecer su estructura orgánica y por ende, lo relativo al período, nombramiento y causales de retiro de sus directores.”

La Gobernación del Huila estableció a través del acuerdo No. 012 de 2003, un proceso público de selección, para conformar la terna de aspirantes al cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo. En ese proceso, fue evaluada la formación avanzada de los participantes (especialización, maestría o doctorado), la educación no formal realizada (cursos, seminarios, congresos, etc) y la experiencia laboral. El resultado de ese concurso, como fue mencionado, dio como resultado que al señor Hugo Fernelio Falla Casanova, demandante en este proceso, se lo clasificara en el primer lugar, con un puntaje de 766.25, por lo cual entró a conformar la terna con los señores Argenis Garavito Arévalo (730.75) y Jorge Mauricio Escobar López (658.25). Indica que a pesar de ser el primero en el concurso, no fue elegido como Gerente del Hospital.

En efecto, al momento de interponer la acción de tutela, el Gobernador del Departamento del Huila no había realizado el nombramiento en propiedad del Gerente de la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo, por cuanto uno de los participantes, el señor Ananias Sastoque Gutiérrez, interpuso otra acción de tutela en contra del proceso de selección. Por tal razón, de acuerdo a lo expuesto por el Gobernador al Juzgado Cuarto de Familia de Neiva, “en atención y acatamiento de los cánones constitucionales, legales y jurisprudenciales, solicité al Hospital a través del oficio de julio 1 de 2003, suspensión del procedimiento de selección de la terna para nombramiento de Director de la Institución, como quiera que el proceso se encuentra en una situación especial por la tutela instaurada contra la junta directiva y el trámite como tal no podía continuarse so pena de hacerme acreedor a sanciones innecesarias”.

Lo anterior quiere decir, que cuando el accionante solicitó el amparo, no existía un pronunciamiento por parte del Gobernador, del cual se infiriera que él no había sido elegido como Gerente, a pesar de haber ocupado el primer lugar de la lista, dado que se decidió suspender el proceso de nombramiento. Y tal suspensión del procedimiento no tuvo como fundamento argumentos caprichosos y arbitrarios, sino que por el contrario, obedeció a razones justificadas, que buscaron no entorpecer los procesos de tutela en curso. Esas razones, harían improcedente la acción de tutela impetrada, por no existir afectación de un derecho fundamental al momento de ser interpuesta la tutela.

Sin embargo, dentro del curso del proceso, el Gobernador del Huila, a través del decreto 0804 de 2003 del once (11) de agosto de dos mil tres (2003), nombró como Gerente de la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo, al señor Jorge Mauricio Escobar López.

Con todo, aún con éste hecho la acción de tutela deberá negarse, por cuanto no se evidencia la afectación de los derechos fundamentales del actor. Como ha sido mencionado, los concursos de méritos vinculan al nominador para nombrar al primero de la lista, en aquellos casos en los cuales se busca proveer un cargo de carrera administrativa. En los restantes casos, el nominador goza de un amplio margen de discrecionalidad para nombrar los restantes empleos de la administración, y su vinculación a éstos, en virtud de los principios de buena fe y debido proceso administrativo, abarca a los parámetros por ella establecidos, tal como ha sido señalado.

En el caso sub examine, la Sala observa que el proceso diseñado por el Acuerdo No. 012 de 2003, estableció un proceso para conformar una terna de aspirantes al cargo de Gerente de la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo, y no para elegir al Gerente. En este punto, la Sala considera que al accionante no le fueron conculcados sus derechos, por cuanto el puntaje que obtuvo le dio derecho a conformar la terna, sin que en ningún momento se le desconociera ésta situación. Una vez surtido ese procedimiento, la legislación¹⁷ señala el jefe de la respectiva entidad territorial, en este caso el Gobernador del Huila, nombrará de esa terna al Gerente de la Empresa Social del Estado, sin que pueda entenderse que el resultado del proceso de conformación de la terna vincule la decisión del Gobernador, y limite el poder discrecional que la legislación le ha conferido.

En efecto, como ya ha sido señalado, la Corte ha reiterado en múltiples ocasiones, la importancia que tiene la facultad discrecionalidad del nominador, para elegir a quienes serán sus colaboradores directos, pues a través de ésta figura se permite un grado de autonomía en el nombramiento de las personas que colaborarán directamente en la ejecución de las políticas desarrolladas por la administración¹⁸. Pero la Corte también ha precisado que la discrecionalidad no puede tener un carácter absoluto, por cuanto el nominador de todas maneras, sigue vinculado a lo que dispongan la Constitución y la Ley, para la provisión de un cargo. Así lo señaló esta Corporación en la sentencia C - 371 de 2000, en donde dijo lo siguiente:

“aunque está implícita en la naturaleza de tales cargos la discrecionalidad del nominador, es claro que ella no es absoluta, pues necesariamente debe ejercerse de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales. Así, por ejemplo, las personas que deben ser designadas tienen que cumplir con ciertos requisitos, de manera que se garantice la eficacia y la eficiencia en la administración pública, y no por ello puede considerarse que se “desnaturaliza” la facultad de libre nombramiento y remoción o, como lo sugiere uno de los intervinientes, el principio democrático en el caso de que el nominador sea elegido popularmente.”

De igual forma lo precisó la Corte, en la sentencia C - 734 de 2000, dijo:

“La discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional.”

Por ejemplo, en el caso concreto, la discrecionalidad del Gobernador del Huila no podría extenderse hasta el límite de poder elegir a alguna persona que no conformara la terna, o que aún conformándola, no cumpliera con los requisitos legales para posesionarse en el cargo, ya sea por ausencia de experiencia profesional, académica o laboral. Sin embargo, en el expediente no obra prueba de que esto sea así, por lo cual la Sala no evidencia que el proceder del Gobernador del Huila, vulnere los derechos fundamentales del actor. En consecuencia, se procederá a confirmar la sentencia de segunda instancia, que denegó la acción de tutela impetrada.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR el fallo proferido por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Neiva del tres (3) de septiembre de dos mil tres (2003) que revocó el fallo proferido por el Juzgado Cuarto de Familia de Neiva el once (11) de agosto de dos mil tres (2003) y en su lugar denegó la tutela al señor Hugo Fernelio Falla Casanova.

Segundo. Por Secretaria General, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (E)

Salvamento de voto Sentencia T-484/04

DERECHO DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Convocatorias a concurso de méritos (Salvamento de voto)

La jurisprudencia ha considerado el derecho de los ciudadanos a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, motivados en convocatorias a participar en la escogencia por méritos y calidades personales. Es exigible siempre que para la provisión de cargos públicos medie una convocatoria a proveer un cargo por méritos y calidades personales, sin que para el efecto interese que el empleo sea de carrera o de periodo y así la carga para la

administración no radique siempre en elegir al primero de la lista, porque no se descarta que pueden entrar en tensión los derechos de los aspirantes mejor calificados, con intereses de mayor jerarquía constitucional, que el nominador está en la obligación de dilucidar.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN CONCURSO DE MERITOS (Salvamento de voto)

CONCURSO DE MERITOS-Autoridades deben pronunciarse explícitamente si se aportan del resultado del concurso (Salvamento de voto)

Quienes aceptan la invitación de la administración a participar en los concursos para acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, tienen elementos para suponer que la escogencia se hará ponderando las capacidades, la preparación personal, los logros obtenidos en el ejercicio del cargo y las contribuciones individuales al mejoramiento institucional, de cada uno de los aspirantes, sin que para el efecto interese que el cargo sea de carrera o de periodo. Y, tienen, por consiguiente, derecho a exigir de sus autoridades un pronunciamiento expedito sobre su determinación, si resuelven apartarse del resultado del concurso. Así las cosas, como el actor llegó a distinguirse especialmente en dicho proceso, y no fue escogido para el cargo al cual aspiraba, considero, como lo expuse a la Sala, que está legitimado para exigir la manifestación explícita de las autoridades, sobre las prioridades que las condujeron a desconocer la convocatoria, y a apartarse de sus resultados -

DISCRECIONALIDAD DEL NOMINADOR-Límites (Salvamento de voto)

Cabe recordar, que la relativa discrecionalidad que acompaña la designación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, se encuentra limitada en la provisión de cargos de periodo, para el caso el de gerente de una empresa social del Estado del orden departamental, y se restringe aún más cuando media la convocatoria a un concurso público de méritos para proveer el cargo

GOBERNADOR-No motivó su decisión de apartarse del concurso de méritos para nombrar a Gerente del Hospital Universitario (Salvamento de voto)

El Gobernador del departamento tenía que responder a la confianza depositada por actor en el proceso, y actuar en consecuencia, lo que se traduce en que le correspondía armonizar, mediante un pronunciamiento motivado, su deber de optar por el aspirante que a su juicio

interpreta de la mejor manera el interés institucional, con la expectativa derivada del concurso, cual es que la designación obedecería exclusivamente al mérito personal. Ninguna razón esgrimió el Mandatario departamental accionado para justificar, fundado en el concurso, la designación primeramente en encargo de quien no participó en el concurso, y estando en curso la acción de tutela de quien ocupó el tercer lugar, la sentencias que se revisaron han debido revocarse, para, en su lugar, ordenar al Gobernador del departamento hacer explícitas las razones tenidas en cuenta para proferir los Decretos 0693 y 0804 de 2003, refiriéndose en concreto a los hechos y circunstancias que condujeron a la administración departamental a designar a otras personas, en el cargo de Gerente del Hospital Universitario, para el periodo 2003-2006, no obstante que el actor ocupó el primer lugar en el concurso de méritos convocado por la Junta Directiva de la entidad, para proveer tal cargo.

Referencia: expediente T-832614

Acción de tutela instaurada por Hugo Fernelio Falla Casanova contra la Gobernación del Huila

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Con el habitual respeto manifiesto las razones de mi desacuerdo con la decisión mayoritaria de confirmar el fallo proferido por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Neiva -3 de septiembre de 2003-, que revocó el fallo proferido por el Juzgado Cuarto de Familia de la misma ciudad -11 de agosto del mismo año-, que concedía al actor la protección impetrada y ordenaba al Gobernador del Huila designar al Gerente de la E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo conforme al orden de puntuación asignado a los aspirantes al cargo, empezando con el primero de la lista y así de manera descendente.

Aunque de antemano debo puntualizar -como lo expuse ante la Sala-, que la decisión de primera instancia también debía ser revocada para en su lugar conceder al actor la protección constitucional al debido proceso, disponiendo que el Gobernador del departamento del Huila exponga las razones tenidas en cuenta para proferir los Decretos 0693 y 0804 de 2003, refiriéndose en concreto a los hechos y circunstancias que condujeron

a la administración departamental a apartarse de los resultados del concurso público de méritos convocado por la Junta Directiva del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, para proveer el cargo de Gerente de la entidad, para el período 2003-2006.

1. En primer término, considero que la decisión no podía pasar por alto la Directiva Presidencial No. 10 del 20 de agosto de 2002, como tampoco el Decreto 1972 del 3 de septiembre siguiente, pues, como los antecedentes de la decisión lo comprueban, i) la Junta Directiva del Hospital fundó en este Decreto la expedición del Acuerdo 004 de 2003 que convocó a un concurso públicos de méritos para seleccionar la terna de aspirantes al cargo de Gerente del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo; y ii) fue la filosofía de la Directiva Presidencial, desarrollada por el Decreto en comento, la que se dijo orientaría el proceso.

2. De otra parte, si bien la línea jurisprudencial sobre la procedencia de la acción de tutela para el restablecimiento de los derechos constitucionales comprometidos en los concursos de méritos, ha sido proferida dentro del marco de procesos de selección para proveer cargos públicos de carrera, en los términos del artículo 125 de la Carta Política, lo cierto es que en todos los casos ha tenido como orientación restablecer las expectativas legítimas que generan los concursos públicos de méritos en los administrados.

Dentro de este contexto la jurisprudencia ha considerado el derecho de los ciudadanos a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos -artículo 40 C.P.-, motivados en convocatorias a participar en la escogencia por méritos y calidades personales -artículo 83 C.P.-, garantizada por los principios de la función administrativa -artículo 209 C.P.- . Por ello se ha podido concluir que el funcionario que se aparta del resultado de un concurso tiene que desvirtuar “la presunción según la cual el primero de la lista es el mejor”, acompañada de la creencia fundada, según la cual “la administración no produjo el acto por razones del buen servicio administrativo” , puesto que no fue escogido quien demostró ser el mejor.

No es dable en consecuencia sostener que la “ratio decidendi” de la jurisprudencia constitucional en materia del alcance del principio de buena fe, en materia de concursos públicos de méritos “(..) tuvo como supuesto la existencia de un concurso público de meritos en un cargo de carrera”, como tampoco concluir, que la Jurisprudencia elaborado en la

materia no puede extenderse “a todos los casos en los cuales ha sido diseñado un procedimiento de este tipo (..)”.

Lo anterior en cuanto la Carta Política tiene definido que el postulado de la buena fe está presente en todas las actuaciones de la administración, que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y que todos los ciudadanos tienen derecho a participar en la conformación del ejercicio y control del poder político, entre otras actividades mediante el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.

Dentro de este contexto la ratio juris de los pronunciamientos de esta Corte, en materia del respeto de los derechos constitucionales de quienes participan en un concurso de méritos, animados por la confianza que depositan en sus autoridades, es exigible siempre que para la provisión de cargos públicos medie una convocatoria a proveer un cargo por méritos y calidades personales, sin que para el efecto interese que el empleo sea de carrera o de periodo y así la carga para la administración no radique siempre en elegir al primero de la lista, porque no se descarta que pueden entrar en tensión los derechos de los aspirantes mejor calificados, con intereses de mayor jerarquía constitucional, que el nominador está en la obligación de dilucidar.

Además porque como lo expuse en la ponencia o proyecto de fallo que sometí a consideración de la Sala y no fue acogida, “esta Corte haya señalado que el ordenamiento constitucional funda en el mérito, el acceso al poder público, no sólo porque así lo indica el artículo constitucional anotado -125 C.P.-, sino en virtud de los principios orientadores de la función administrativa, relacionados en el artículo 209 superior, porque escogiendo a los ciudadanos que demuestren mayores capacidades para participar en el ejercicio y control político, los nominadores denotan imparcialidad y eficacia en el desempeño de las funciones encomendadas”.

Por ello sostuve ante la Sala, que quienes aceptan la invitación de la administración a participar en los concursos para acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, tienen elementos para suponer que la escogencia se hará ponderando las capacidades, la preparación personal, los logros obtenidos en el ejercicio del cargo y las contribuciones

individuales al mejoramiento institucional, de cada uno de los aspirantes, sin que para el efecto interese que el cargo sea de carrera o de periodo. Y, tienen, por consiguiente, derecho a exigir de sus autoridades un pronunciamiento explícito sobre su determinación, si resuelven apartarse del resultado del concurso.

3. Observa la posición mayoritaria “que el proceso diseñado por el Acuerdo 012 de 2003 (sic), estableció un proceso para conformar una terna de aspirantes al cargo de Gerente de la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo y no para elegir al Gerente”, y a su vez “considera que al accionante no le fueron conculcados sus derechos por cuanto el puntaje que obtuvo le dio derecho a conformar la terna sin que en ningún momento se le desconociera esta situación” -destaca el texto-.

Así las cosas, como el doctor Hugo Fernelio Falla Casanova llegó a distinguirse especialmente en dicho proceso, y no fue escogido para el cargo al cual aspiraba, considero, como lo expuse a la Sala, que está legitimado para exigir la manifestación explícita de las autoridades, sobre las prioridades que las condujeron a desconocer la convocatoria, y a apartarse de sus resultados -artículo 83 C.P.-.

Porque, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, el respeto por las expectativas que generan los concursos públicos en los administrados exige una motivación cualificada de la administración, cuando, haciendo caso omiso del derecho de quien ocupó el primer lugar, recae en otra persona la designación .

4. Otra de las razones que apoya mi discrepancia de la posición mayoritaria, radica en que la Sala sostiene que el resultado de conformación de la terna, para proveer el cargo de Gerente del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo no vincula al Gobernador del Huila, ni limitó el poder discrecional que le ha sido conferido por los artículos 192 y 194 de la Ley 100 de 1993, en cuanto “los concursos de méritos vinculan al nominador para nombrar al primero del lista, en aquellos casos en los cuales se busca proveer un cargo de carrera administrativa. En los restantes casos el nominador goza de un amplio margen de discrecionalidad para nombrar los restantes empleos de la administración, y su vinculación a éstos, en virtud de los principios de buena fe y debido proceso administrativo, abarca a los parámetros por ellas establecidos, tal como ha sido señalado”.

Al respecto cabe recordar, que la relativa discrecionalidad que acompaña la designación de

los funcionarios de libre nombramiento y remoción, se encuentra limitada en la provisión de cargos de periodo, para el caso el de gerente de una empresa social del Estado del orden departamental, y se restringe aún más cuanto media la convocatoria a un concurso público de méritos para proveer el cargo; no sólo porque el programa de la renovación de la administración pública compromete especialmente a los Gobernadores -en la designación de los funcionarios atendiendo exclusivamente a sus méritos-; sino en especial debido a que todas las funciones de los servidores públicos deberán desarrollarse con fundamento en los principios relacionados en el artículo 209 de la Carta Política, al servicio de los intereses estatales, y con total respeto de los derechos fundamentales de los asociados -artículo 2° C.P.-.

Entonces se ha de insistir en que al considerar la terna que la Junta Directiva del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Pedomo de Neiva sometió a su consideración, elaborada previo concurso de merecimientos, el Gobernador del departamento del Huila tenía que responder a la confianza depositada por el Dr. Hugo Hernelio Falla Casanova en el proceso, y actuar en consecuencia, lo que se traduce en que le correspondía armonizar, mediante un pronunciamiento motivado, su deber de optar por el aspirante que a su juicio interpreta de la mejor manera el interés institucional, con la expectativa derivada del concurso, cual es que la designación obedecería exclusivamente al mérito personal.

De suerte que como ninguna razón esgrimió el Mandatario departamental accionado para justificar, fundado en el concurso, la designación primeramente en encargo de quien no participó en el concurso, y estando en curso la acción de tutela de quien ocupó el tercer lugar, legitimando así su decisión y preservando de esta manera la credibilidad de los asociados en la renovación de la administración pública en la cual se encuentra empeñado el Gobierno Nacional, la sentencias que se revisaron han debido revocarse, para, en su lugar, ordenar al Gobernador del departamento del Huila hacer explícitas las razones tenidas en cuenta para proferir los Decretos 0693 y 0804 de 2003, refiriéndose en concreto a los hechos y circunstancias que condujeron a la administración departamental a designar a los señores Argenis Garavito y Jorge Mauricio Escobar López, en el cargo de Gerente del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Pedomo de Neiva, para el periodo 2003-2006, no obstante que el Dr. Hugo Fernelio Falla Casanova ocupó el primer lugar en el concurso de méritos convocado por la Junta Directiva de la entidad, para proveer tal cargo.

Fecha ut supra

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

1 T - 550 de 1992

2 Al respecto puede consultarse la sentencia C - 597 de 2003

3 Esta sentencia sería reiterada en la T - 167 de 2001 y T - 135 de 2003.

4 Cf. Sentencia C - 530 de 1993.

5 Cf. Sentencia SU - 086 de 1999

6 Sentencia C-041 de 1995

7 Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

8 Cf. C - 313 de 2003

9 La carrera administrativa tiene una diversidad de regímenes, que La Corte mediante Sentencias C-391 de 1993 y C-356 de 1994 ha determinado así: “los regímenes especiales creados por la Constitución son: el de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (artículos 217 y 218); Fiscalía General de la Nación (artículo 253) Rama Judicial del poder público (artículo 256, numeral 1°); Contraloría General de la República (artículo 268 numeral 10°), y Procuraduría General de la Nación (artículo 279). Lista a la que hay que agregar la carrera de la universidades del Estado (artículo 69), de acuerdo con lo expresado en la sentencia C-746 de 1999. Además de los regímenes especiales de rango constitucional, pueden existir regímenes especiales de origen legal. Al efecto, el artículo 4° de la Ley 443 de 1998, por la cual se expidieron normas sobre carrera administrativa, dispone que los regímenes especiales de carrera creados por la ley son aquellos que “en razón de la naturaleza de las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan el sistema general”. El mismo artículo 4° determina que estos son los que rigen para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-; en

el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC; en la Registraduría Nacional del Estado Civil; en la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales; los que regulan la carrera diplomática y consular y la docente. Así mismo el parágrafo 2º de dicha disposición establece que "...el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, en razón de que su misión, objeto y funciones básicas consisten en la investigación y/o el desarrollo tecnológico, tendrán un régimen específico de carrera y de administración de su personal, de conformidad con el reglamento que para el efecto adopte el Gobierno Nacional..." Al respecto puede consultarse la sentencia C - 963 de 2003

10 Cf. T - 422 de 1992.

11 Cf. Sentencia T - 256 de 1995.

12M.P. Clara Inés Vargas Hernández

13 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencias SU-133 y SU-136 de 1998.

14 Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, sentencia T-333 de 1998.

15 Constitución Política, artículo 40-7º.

16 Tanto el artículo 192 como el artículo 194 de la ley 100 de 1993, fueron declarados exequibles en las sentencias C - 665 de 2000.

17 Como ha sido señalado, las normas que rigen la elección del Gerente de las Empresas Sociales del Estado están contenidas, entre otras, en la ley 100 de 1993, artículos 192 y 194.

18 Entre otras, puede consultarse la sentencia C - 129 de 1994.