

Sentencia T-606/10

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Procedencia excepcional para controvertirlos/ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Mecanismo idóneo para la protección derechos fundamentales de concursante que ocupó el primer lugar en concurso de meritos pero no fue nombrado en el cargo público

CONCURSO DE MERITOS-Naturaleza/CONCURSO DE MERITOS-Nominador no puede desconocer el derecho en cabeza del aspirante que ocupó el primer lugar a ser nombrado porque se opondría al principio constitucional del mérito

CONCURSO DE MERITOS PARA PROVEER CARGO DE GERENTE DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Normativa aplicable

PROCESO MEDIANTE EL CUAL SE NOMBRA A LOS GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Nominador deberá nombrar al aspirante que haya obtenido el primer lugar en concurso público convocado para proveer cargo de Gerente de una ESE

CONCURSO DE MERITOS PARA PROVEER CARGO DE GERENTE DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Vulneración de derechos fundamentales de quien, ocupando el primer lugar en proceso público de selección, no es nombrado en el cargo a proveer

CONCURSO DE MERITOS-Orden al nominador de la ESE realizar de forma legal el nombramiento de actor por haber ocupado el primer lugar en el concurso de méritos

Referencia: expediente T-2.537.105

Demandante: Rubén Darío Londoño Londoño

Demandado: Municipio de Armenia y otro

Magistrado Ponente:

Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil diez (2010)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

dentro de la revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia, Quindío, el treinta (30) de noviembre de 2009, al decidir la acción constitucional de tutela promovida por el señor Rubén Darío Londoño Londoño contra el Municipio de Armenia y contra la Gerente de la Empresa Social del Estado Red Salud Armenia, Doctora Beatriz Elena Giraldo Montes.

El presente expediente fue escogido para revisión por medio de auto del veintiséis (26) de marzo de 2010, proferido por la Sala de Selección número Tres (3) y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El demandante, Rubén Darío Londoño Londoño, impetró acción de tutela contra el Alcalde del Municipio de Armenia quien, a su vez, es el Presidente de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia y Nominador del Gerente de dicha entidad, y contra la señora Beatriz Elena Giraldo Montes, actual Gerente de la E.S.E. mencionada, para que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso en materia administrativa, al trabajo y al principio de confianza legítima y buena fe, los cuales considera vulnerados por éstos, al no haber sido designado como Gerente de dicha entidad, a pesar de haber ocupado el primer lugar en el concurso de méritos, realizado para proveer el mencionado cargo y, por el contrario, nombrar al participante que ocupó el segundo lugar de la lista de elegibles.

2. Reseña Fáctica

2.1. En Virtud del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, el cual establece la forma para

nombrar a los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, la Junta Directiva de la Red Salud de Armenia, realizó una convocatoria dirigida a las personas que estuvieran interesadas en participar en el concurso de méritos, que tenía por objeto conformar la terna para designar al Gerente de dicha entidad, para lo cual, profirió el Acuerdo No. 006 de marzo de 2009.

2.2. La Junta Directiva de la E.S.E. Red Salud, designó a la Escuela de Administración y Mercadotecnia del Quindío, EAM, para llevar a cabo el proceso de inscripción de los aspirantes, la revisión de las hojas de vida, la elaboración de la lista de los admitidos, la realización de las pruebas psicotécnicas, las entrevistas y los exámenes escritos. Dicho proceso se realizó de acuerdo al cronograma establecido por la Junta Directiva.

2.3. En razón de la convocatoria publicada, el señor Rubén Darío Londoño Londoño realizó la inscripción para participar en dicho proceso en el cual fue admitido.

2.4. La Escuela de Administración y Mercadotecnia del Quindío, hizo entrega del acta con los resultados del proceso a la Junta Directiva de la E.S.E. Red Salud, la cual, contempla la lista de los aspirantes que tuvieron un puntaje superior a 70 puntos.

2.5. Conforme con los resultados obtenidos por los participantes en el concurso de méritos, los tres primeros lugares fueron ocupados, en orden descendente, por:

1. Rubén Darío Londoño Londoño con un puntaje definitivo de 83.05.

2. Beatriz Elena Giraldo Montes con un puntaje definitivo de 82.17.

3. Mauricio Quintero Zuluaga con un puntaje definitivo de 77.43.

2.6. Del anterior resultado se desprende que el actor ocupó el primer lugar en el concurso de méritos realizado para proveer el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia.

2.7. La Junta Directiva de la E.S.E. Red Salud de Armenia, una vez le fueron entregados los resultados del concurso, procedió a conformar la terna con los aspirantes Rubén Darío

Londoño Londoño, Beatriz Elena Giraldo Montes y Cesar Augusto Beltrán Bocanegra, la cual fue puesta a disposición del Alcalde del Municipio de Armenia, a su vez, presidente de la Junta Directiva de la mencionada E.S.E., y quién tiene la función de nombrar al Gerente de ésta.

2.8. El Alcalde procedió a hacer la designación correspondiente y nombró a la señora Beatriz Elena Giraldo Montes, quien había ocupado el segundo lugar en dicho proceso.

2.8. La señora Beatriz Elena Giraldo Montes fue nombrada Gerente de la E.S.E. Red Salud de Armenia mediante Decreto 030 del 6 de mayo de 2009 y tomó posesión del cargo el 7 de mayo de 2009.

2.9. Por las razones expuestas, el actor presentó acción de tutela contra el Alcalde del Municipio de Armenia, y la actual Gerente de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia, para que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso en materia administrativa, al trabajo y en su caso fueran aplicados los principios de confianza legítima y buena fe, que considera vulnerados por no haber sido nombrado como Gerente de la mencionada E.S.E., no obstante haber ocupado el primer lugar en el concurso de méritos realizado para proveer dicho cargo.

3. Consideraciones de la parte actora

Señaló que en caso de que los estatutos internos de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia, no determine el mecanismo para conformar la terna de la cual será nombrado el Gerente, se debe recurrir a la ley, la Constitución o a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido al mérito en varias oportunidades, tal es el caso de la Sentencia unificadora SU- 136 de 2005, en la que se señaló que éste debe ser el criterio predominante, el cual “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.” Así mismo, “la conformación de la lista de elegibles es la formalización de un derecho subjetivo que surge de la certeza de los resultados del

concurso.”

Puso de presente que con el nombramiento de la señora Beatriz Elena Giraldo, participante que ocupó el segundo lugar en el concurso de méritos, le fue vulnerado el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Destacó que la Sentencia C-266 de 2002, señaló frente al particular que “el concurso público debe tener como función no sólo la escogencia según los méritos y calidades del aspirante, sino el aseguramiento de la igualdad de oportunidades en el acceso a las funciones y cargos públicos”, y, en este caso, dicho criterio no se siguió.

Según la Corte Constitucional, la finalidad del concurso de méritos radica en que las vacantes existentes de la función pública se provean con la mejor opción y los más calificados, es decir con los concursantes que hayan obtenido los mejores puntajes dentro del proceso.

Además, la actuación del nominador vulneró el derecho al trabajo, pues, de manera injustificada, le cerró la posibilidad de ser nombrado, no obstante ocupar el primer lugar de la terna atendiendo los puntajes obtenidos, lo que le había generado la expectativa de acceder al cargo.

Por último señaló, que si bien la ley le dio algo de discrecionalidad al nominador de las Empresas Sociales del Estado, ésta no puede ser confundida con la arbitrariedad, pues ésta obedece al capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley, contrario al poder discrecional, el cual está sometido a normas inviolables.

4. Pretensiones

El actor solicita dejar sin efecto la designación de la señora Beatriz Elena Giraldo como Gerente de la E.S.E. Red Salud de Armenia y, en su lugar, se ordene a la Alcaldesa del Municipio de Armenia que lo nombre en dicho cargo, por ser quien ocupó el primer lugar en el concurso de méritos convocado para proveerlo.

5. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas:

* Copia del Acta No. 02 de 2009, mediante la cual la Escuela de Administración y Mercadotecnia del Quindío estableció los resultados de los participantes del concurso de méritos realizado para proveer el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia (Folios 3 a 4).

* Copia de la Sentencia de la Corte Constitucional, T-329 de 2009, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual, se conoció de un caso en el que el encargado de nombrar al Gerente de una Empresa Social del Estado, luego de realizado el concurso de méritos, eligió al segundo de la lista. En esta oportunidad se señaló que “quién obtiene el primer puesto en un concurso de méritos está en su legítimo derecho a ser nombrado en el cargo por demostrar tener las mejores aptitudes” (Folios 7 a 24).

* Copia del Decreto 1876 de 1994, por medio del cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994, en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-255 de 1995, salvo el numeral 1° del artículo 674 (Folios 25 a 30).

* Copia de la Resolución 793 de 2003, mediante la cual se establecen los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos públicos abiertos para la conformación de las ternas de las cuales se designarán los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial (Folios 31 a 35).

* Copia de la invitación pública realizada por la Junta Directiva de Red Salud de Armenia a las universidades o instituciones de educación para presentar propuestas para realizar el proceso de selección que tiene como fin conformar la terna para nombrar al Gerente de dicha entidad (Folios 77 a 78).

* Copias de las propuestas presentadas por la Universidad Autónoma de Colombia para realizar el respectivo concurso de méritos a través de la Escuela de Administración y Mercadotecnia del Quindío y de la Escuela Superior de Administración Pública (Folios 79 a 93).

* Copia del Acta de reunión ordinaria de la Junta Directiva de Red Salud de Armenia,

mediante la cual se escoge a la Universidad Autónoma de Colombia para llevar el proceso de selección de la terna para designar al Gerente de dicha entidad (Folios 94 a 102).

* Copia del Acuerdo No. 006 del 9 de marzo de 2009, por medio del cual se convoca a concurso público para conformar la lista de elegibles al cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia (Folios 114 a 121).

* Copia del Acta No. 1 de 2009, la cual contiene la lista de los admitidos al proceso de selección por haber cumplido con los requisitos para el efecto (Folios 141 a 142).

* Copia del Acta No. 3 de 2009, mediante la cual se publica la lista de elegibles conformada por 10 participantes (Folio 145).

* Copia de reunión extraordinaria de la Junta Directiva de la E.S.E. Red Salud de Armenia, mediante la cual se define la terna para seleccionar al Gerente de la respectiva entidad (Folios 146 a 151).

* Copia del Decreto 030 del 6 de mayo de 2009, mediante el cual se realizó el nombramiento de la señora Beatriz Elena Giraldo Montes en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia con la correspondiente acta de posesión (Folios 232 a 233).

* Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Beatriz Elena Giraldo Montes, actual Gerente de la E.S.E. Red Salud de Armenia (Folio 234).

* Copia de todos los documentos de los participantes que fueron ternados por la Junta Directiva de la E.S.E. Red Salud, requeridos para participar en el concurso de méritos (Folios 269 a 360).

6. Respuesta de los entes accionados

6.1. Gerente de la Empresa Social del Estado, Red Salud de Armenia, señora Beatriz Elena Giraldo Montes

La señora Beatriz Elena Giraldo Montes allegó escrito de contestación, mediante el cual solicitó no amparar los derechos fundamentales del actor, toda vez que no está demostrado que se hayan vulnerado sus derechos y que, en consecuencia, ésta pueda seguir ostentando

el cargo de Gerente de la respectiva E.S.E.

Afirmó, que la Escuela de Administración y Mercadotecnia del Quindío, fue seleccionada para llevar a cabo el proceso que tenía por objeto conformar la terna para nombrar al Gerente de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia, de conformidad con las directrices que se establecieron. Fue así, como profirió el Acta No. 2 del 16 de abril de 2009, por medio de la cual se publicaron los resultados obtenidos por cada aspirante, así como la calificación de cada prueba. En dicha acta se evidenció que obtuvo un puntaje de 82.17, mientras que el actor obtuvo 83.05. Señaló que entre los dos puntajes había una diferencia de 0.88 puntos, “rango que permite aseverar la aptitud, idoneidad y competencia de cualquiera de los dos aspirantes para ocupar el cargo de Gerente.”

Manifestó que la idoneidad para ocupar el respectivo cargo se constituye por el hecho de haber obtenido una puntuación igual o superior a 70 puntos, pues así lo exige el artículo 6 de la Resolución 165 de 2008 del DAFP. Es decir, que desde el inicio del proceso estaba claramente establecido que el requisito requerido para hacer parte de la lista de elegibles, era superar el puntaje exigido, por lo que una vez ésta fue conformada, todos los aspirantes se encontraban en igualdad de condiciones, sin importar el resultado final que hubieren obtenido dentro del proceso. Una vez se conformó la lista, la Junta Directiva, según los criterios establecidos, procedió a designar la terna, de la cual el nominador, conforme a lo establecido en los estatutos, la designó como Gerente de la E.S.E. Red Salud de Armenia.

De lo anterior, es posible concluir que el proceso de selección llevado por la Escuela de Administración y Mercadotecnia del Quindío, tenía como fin simplemente conformar una lista de aspirantes con aquellos que hubieran conseguido un puntaje igual o superior a los 70 puntos, por lo que no puede afirmarse que de éste proceso se obtuvo un resultado definitivo que definiera el primer puesto en el proceso, pues dichos puntajes tienen relevancia hasta la constitución de la lista de elegibles.

Así mismo, indicó, que en ningún momento la Alcaldesa del Municipio de Armenia, a la vez presidenta de la Junta Directiva de la E.S.E. Red Salud de Armenia y nominadora del cargo de Gerente de esta entidad, contrarió el criterio jurídico de la Corte Constitucional, puesto que actuó conforme a las leyes vigentes al momento de la designación respectiva.

En lo concerniente al nombramiento de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, la

ley ha establecido un procedimiento específico y especial de conformidad con la naturaleza jurídica de estas entidades.

Señaló que las normas reguladoras del caso son, el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, el artículo 4 del Decreto 800 de 2008 y el artículo 6 de la Resolución 165 de 2008, normatividad que, tanto la Junta Directiva de la E.S.E. Red Salud de Armenia, como la Alcaldesa del mismo municipio observaron, las cuales permiten establecer que el proceso de méritos es aplicable sólo para la conformación de la lista con los candidatos que cumplan con el requisito de tener un puntaje igual o superior a 70 puntos, pero “en ninguna medida constituye el derecho directo a acceder al empleo de Gerente por obtener el mayor puntaje.”

Sostuvo que en esta oportunidad no puede hablarse de derechos adquiridos ni vulneración a la confianza legítima, ya que nunca hubo un derecho adquirido por parte de ningún participante, por el contrario, lo que cada uno tenía eran meras expectativas.

Por otro lado, se refirió al requisito de la inmediatez de la acción de tutela, pues ésta fue instaurada 4 meses después de su nombramiento como Gerente de la E.S.E. Red Salud, por lo que esto afecta intereses tanto personales como de la empresa misma, pues actualmente se aprobó por la Junta Directiva un Plan de Gestión “exigido por el Decreto 357 de 2008 y reglamentado por la Resolución 473 de 2008, el cual se constituye en la carta de navegación de la entidad pública, siendo un documento estratégico para la planificación, coordinación y articulación funcional de las actividades de salud inherentes a la naturaleza jurídica de la empresa, permite además establecer una adecuada planeación económica y aplicación de políticas financieras que garanticen a la empresa un equilibrio sostenido, a fin de garantizar a la población objeto, la prestación del servicio de salud de baja complejidad, la cual no puede verse afectada por intereses caprichosos apartados de la realidad de la empresa, vulnerando la continuidad en la prestación del servicio de salud a cargo de la ESE.”

Posteriormente, el Juzgado Octavo Civil Municipal de Armenia, vinculó a la señora Beatriz Elena Giraldo Montes, como persona natural a la parte pasiva de la presente acción, quien allegó escrito de contestación en el que manifestó que la Sentencia T-329 de 2009, proferida por la Corte Constitucional, sólo tiene efectos inter-partes, por tratarse de una providencia de tutela y, además, que dicho fallo es posterior a su nombramiento como Gerente de la E.S.E. Red Salud de Armenia, razones por las cuales no puede ser aplicada al caso concreto.

6.2. Alcaldía del Municipio de Armenia

La Alcaldesa del Municipio de Armenia, dio respuesta a la acción de tutela mediante escrito del 8 de octubre de 2009, en el cual solicitó que se le exonere de toda responsabilidad y que, a su vez, sea declarada improcedente la presente acción.

Señaló que el proceso de méritos no fue realizado conforme con la Resolución 793 de 2003, tal como lo afirma el actor, pues esta disposición no era aplicable al momento en que se desarrolló el respectivo concurso, por cuanto la normatividad aplicable era la Ley 1122 de 2007, artículo 28, la que establece el proceso específico para la designación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, el cual, a su vez, fue reglamentado por el Decreto 800 de 2008 y la Resolución 165 del mismo año.

Indicó, que la actitud del actor le genera alguna preocupación en el sentido de que éste tiene la intención de inducir a error al juez, por cuanto trae a colación disposiciones que no fueron aplicadas en el proceso y, adicionalmente, señala situaciones alejadas de la realidad.

Afirmó, que es cierto que la Escuela de Administración y Mercadotecnia de Armenia fue la entidad encargada de llevar a cabo el concurso de méritos que tenía como único fin conformar la terna para que de ella el nominador procediera a designar el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia.

Lo anterior fue establecido en el artículo 6 de la Resolución 165 de 2008, proferida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, el cual dispuso que, “la lista de candidatos para entregar a la Junta Directiva se elaborará en orden alfabético con quienes hayan obtenido un puntaje ponderado igual o superior a setenta (70) puntos, la cual deberá ser informada en medio de comunicación masivo.

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.”

En razón de lo anterior, la accionada manifestó que la Junta Directiva tenía la facultad de establecer el mecanismo para nombrar la terna. De ahí que hubiera podido adoptar un sistema objetivo mediante el cual se hubiera excluido a los que hubieren obtenido el mayor

puntaje, pues los prerequisites legales para que un candidato sea incluido dentro de la terna son (i) que haya obtenido un puntaje ponderado igual o superior a 70 puntos y, (ii) que la lista de elegibles se encuentre integrada mínimo por cinco (5) aspirantes.

Entonces, es posible concluir que el Decreto 800 de 2008, como la Resolución 165 del mismo año, señalan que la idoneidad profesional y técnica para ocupar el cargo la ostentan quienes hayan superado los setenta (70) puntos, por lo que no necesariamente se debe atender al orden de los puntajes obtenidos por los candidatos para conformar la terna, pues la norma le da la facultad a la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de auto-determinar el mecanismo objetivo para constituir la.

Una vez la Junta Directiva de la E.S.E. remite la terna al nominador del cargo, éste podrá designar al aspirante exigiendo criterios diferentes a la puntuación que se ajusten a los parámetros de objetividad exigidos por la Constitución, tal como ocurrió en el presente caso.

El criterio utilizado por la Junta Directiva para conformar la terna, consta en el Acta de la reunión extraordinaria que se llevó a cabo el día 28 de abril de 2009, en ésta oportunidad se acordó que la terna sería constituida por los dos aspirantes que hayan obtenido los mejores puntajes en la prueba de conocimiento y el participante que haya obtenido el mejor puntaje en la prueba de aptitud.

La accionada señaló que el factor que determinó la conformación de la terna, no fue estrictamente el de la puntuación ponderada, sino la aplicación combinada de componentes individuales que fueron evaluados en el proceso de méritos.

Una vez conformada la terna por la Junta Directiva, la accionada procedió a nombrar en el cargo de Gerente a la señora Beatriz Elena Giraldo Montes, conforme con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 y en los estatutos de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia, Acuerdo 020 de 2008, el cuál en el artículo 4, señaló que “[E]n atención a lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, de la terna que entregue la Junta Directiva para elegir al Gerente, el nominador optará por el aspirante que demuestre tener mayor experiencia profesional en la Empresa Social del Estado RED SALUD ARMENIA, ya sea de manera directa o indirecta, prevaleciendo la primera. Esto por cuanto resulta de suma importancia que quien pretenda dirigir la empresa, tenga de base un claro conocimiento de

su funcionamiento operativo, administrativo y asistencial, así como su rol en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito local.”

De conformidad con lo establecido en el Acuerdo 020 de 2008, y según las hojas de vida presentadas por cada uno de los aspirantes, quien ostentó la mayor experiencia profesional en la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia fue la señora Beatriz Elena Giraldo Montes, pues certificó 3 años, 11 meses y 22 días en dicha institución, contrario a los señores Rubén Darío Londoño Londoño y Cesar Augusto Beltrán quienes no reportaron ninguna experiencia en dicha entidad. Razón por la cual sólo era posible elegir como Gerente, de manera objetiva, a la señora Giraldo Montes.

La Sentencia T-329 de 2009, proferida por la Corte Constitucional, no es aplicable al caso concreto, toda vez que en este evento existe reglamentación específica sobre las condiciones legales que determinan cómo debe proceder tanto la Junta Directiva de la entidad como el nominador del cargo.

Mediante escrito presentado el 11 de septiembre de 2009, los miembros de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia dieron respuesta a la presente acción de tutela a través del cual, le solicitaron al juez de instancia no acceder a las pretensiones impetradas por el accionante, así como la exoneración de la Junta Directiva de toda responsabilidad administrativa.

Respecto a la elección del Gerente de la E.S.E. Red Salud de Armenia manifestaron que, de conformidad con el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, la Junta Directiva deberá realizar un proceso de selección mediante concurso de méritos para conformar la terna, de la cual, el nominador, según estatutos, nombrará el respectivo gerente.

En cumplimiento de la disposición mencionada, el Decreto 800 de 2008 y la Resolución 165 del mismo año, la Junta Directiva, mediante Acuerdo 006 de 9 de marzo de 2009, realizó la convocatoria pública con el fin de conformar la lista de elegibles para nombrar el cargo de Gerente de la E.S.E. Red Salud de Armenia. Así mismo, en dicho Acuerdo se determinaron las condiciones, requisitos y términos del proceso, el cual se inició a través de la Universidad Autónoma de Colombia la cual, a su vez, celebró convenio con la Escuela de Administración y

Mercadotecnia de Armenia EAM, en aras de desarrollar el mencionado proceso.

Indicaron que, a su vez, la Escuela de Administración y Mercadotecnia de Armenia, a través del Acta 03 de 23 de abril de 2009, dando cumplimiento al artículo 6 de la Resolución 165 de 2008, publicó la lista de elegibles conformada por los participantes que superaron los setenta puntos, la cual fue remitida a la Junta Directiva de la respectiva E.S.E.

El 28 de abril de 2009, la Junta Directiva llevó a cabo una reunión extraordinaria en la cual se definieron las condiciones para integrar la terna de candidatos, al respecto señalaron que, con el fin de establecer un mecanismo de selección objetiva, los factores que debían determinar la inclusión en la terna serían, los dos mejores participantes en la prueba de conocimiento y el mejor participante en la prueba de aptitud, dándose de esta forma, cumplimiento al inciso segundo del artículo 6 de la Resolución 165 de 2008.

Indicaron que el mecanismo utilizado por éstos para conformar la terna, no obedece a la aplicación del principio de discrecionalidad, pues se ciñeron a un mecanismo objetivo que les permitió determinar a las personas más idóneas y capacitadas para conformarla.

Posteriormente, a través del Oficio SSMD-1928, la Junta Directiva remitió a la Alcaldesa del Municipio de Armenia, a su vez nominadora del cargo de Gerente de la E.S.E. Red Salud, la terna conformada por los participantes, Rubén Darío Londoño Londoño, Cesar Augusto Beltrán Bocanegra y Beatriz Elena Giraldo Montes, para que de ella procediera a designar a la respectiva autoridad.

Advirtió el ente colegiado que, tanto el proceso adelantado por la EAM, como el desarrollado por ellos para conformar la terna, se ajustó a los parámetros legales vigentes y a los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 que rigen la función administrativa como son, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Señalaron que su labor, como directivos de un ente público, se inspira en la prevalencia del interés general y, por tanto, la selección de aspirantes que cumplieran las capacidades profesionales y técnicas que les permitieran ejercer de manera idónea el cargo de Gerente de la respectiva E.S.E.

Indicaron, que de proceder a nombrar al aspirante que obtuvo el mayor puntaje en el

concurso de méritos como Gerente de la E.S.E. Red Salud de Armenia, no sería necesaria la intervención de la Junta Directiva ni tampoco el nombramiento de una terna. No obstante, esto no fue lo que quiso el legislador, pues éste estipuló la obligatoriedad de la intervención de la Junta Directiva para, a través del mecanismo que ésta determine, integrar la terna de la cual se elegirá el Gerente.

6.4. Participante escogido para conformar la terna para nombrar al Gerente de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia, señor Cesar Augusto Bocanegra

Mediante escrito presentado el 13 de octubre de 2009, el señor Cesar Augusto Beltrán Bocanegra, participante escogido por la Junta Directiva de la E.S.E. Red Salud de Armenia, para integrar la terna, dio respuesta a la acción de tutela interpuesta por el señor Rubén Darío Londoño Londoño.

En dicho escrito señaló, que el concurso público fue un proceso que se ciñó a las disposiciones normativas que regulan este tipo de procesos, por lo que no hubo nada oculto o desconocido para los aspirantes, por el contrario, las condiciones y reglas del proceso fueron claras para todos desde un principio, por lo que éste no considera que se hayan vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad o al debido proceso.

Afirmó, que desde un principio estuvo claro que participó en el concurso con el fin de integrar una lista de elegibles, pues esa era la verdadera y única expectativa, siempre y cuando sacara un puntaje igual o superior a 70 puntos.

Por otro lado, señaló que la Sentencia T-329 de 2009, proferida por la Corte Constitucional, no es aplicable al caso concreto, toda vez que en aquel fallo se evidenció la ausencia de elementos reglamentarios y procesales que pudieran determinar las decisiones de la Junta Directiva y el nominador, haciéndose necesario que se acudiera a la jurisprudencia. Adicionalmente, el mencionado fallo fue dado a conocer después del proceso surtido para llevar a cabo el nombramiento del Gerente de la E.S.E. Red Salud de Armenia.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN¹

1. Decisión de primera instancia

Mediante sentencia del dieciséis (16) de octubre de 2009, el Juzgado Octavo Civil Municipal

de Armenia, dispuso inaplicar por inconstitucional 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 y, como consecuencia, tuteló los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo del señor Rubén Darío Londoño Londoño y ordenó al nominador de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia, realizar en forma legal el nombramiento de quién ocupó el primer lugar en el concurso de méritos.

El Juzgado Octavo Civil Municipal de Armenia, concedió el amparo solicitado por el actor, al considerar que de las pruebas allegadas al expediente se evidenció la vulneración al derecho fundamental del debido proceso, pues el señor Londoño Londoño fue quien ocupó el primer lugar en el concurso de méritos, por lo que al no haberlo nombrado, el nominador desconoció los preceptos y principios constitucionales que deben orientar los procesos de esta índole.

La decisión del nominador de nombrar a la segunda aspirante de la lista en el cargo de Gerente, se amparó en lo establecido por el artículo 4 del Acuerdo 020 del 5 de noviembre de 2008, disposición que contiene los Estatutos de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia, el cual dispone que “[E]n atención a lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, de la terna que entregue la Junta Directiva para elegir al Gerente, el nominador optará por el aspirante que demuestre tener mayor experiencia profesional en la Empresa Social del Estado RED SALUD ARMENIA, ya sea de manera directa o indirecta, prevaleciendo la primera. Esto por cuanto resulta de suma importancia que quien pretenda dirigir la empresa, tenga de base un claro conocimiento de su funcionamiento operativo, administrativo y asistencial, así como su rol en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito local.”

De acuerdo con el artículo transcrito, el Juez de instancia señaló, que si bien es cierto, que la administración cuenta con plena autonomía para nombrar a sus subordinados a través de Acuerdos, también lo es, que dicha facultad no puede desconocer las disposiciones constitucionales y mucho menos vulnerar derechos fundamentales.

En razón de lo anterior, a juicio del juez de primera instancia, el nominador desconoció la prevalencia de la norma Constitucional frente a una norma de menor jerarquía como lo es para el asunto, el Acuerdo 020 de 2008 y la Ley 1122 de 2007, disposición sobre la cual, la Corte Constitucional ya ha sentado un precedente jurisprudencial.

En aplicación del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, el Juez aplicó la Sentencia T-329 de 2009, en la que la Corporación realizó un estudio de dos casos similares al que es objeto de estudio. En dicha oportunidad, se señaló que la disposición contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, según la cual, “la junta directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual”, impide que se garanticen los derechos fundamentales de quien ocupa el primer lugar en la lista de elegibles, razón por la que la expresión contenida en dicha norma deberá inaplicarse por inconstitucional.

En el caso del señor Rubén Darío Londoño Londoño, la aplicación de la Ley 1122 de 2007, específicamente el artículo 28, no respeta sus derechos fundamentales y desconoce la finalidad constitucional del concurso de méritos, razón por la cual, la decisión del Juez fue la de inaplicar la expresión antes dicha y conceder el amparo invocado.

2. Impugnación

2.1. Beatriz Elena Giraldo Montes

La señora Beatriz Elena Giraldo Montes presentó, el 21 de octubre de 2009, escrito mediante el cual impugnó la sentencia proferida por el Juez Octavo Civil Municipal de Armenia, el 16 de octubre de 2009, la cual concedió el amparo solicitado por el señor Rubén Darío Londoño Londoño. En dicho escrito no se señalaron las razones de la impugnación.

2.2. Alcaldía del Municipio de Armenia

La Alcaldesa del Municipio de Armenia impugnó la sentencia de primera instancia manifestando que las decisiones administrativas tomadas en el proceso de elección del Gerente y, en especial, las de la Junta Directiva referentes a estipular el mecanismo para integrar la terna, no sólo se encuentran ajustadas a derecho sino que amparan los derechos fundamentales de los concursantes.

Señaló que las leyes, los decretos, las resoluciones y los acuerdos que fueron aplicados durante todo el concurso de méritos y, posteriormente, en la conformación de la terna y la designación del Gerente de la respectiva E.S.E., existían con anterioridad al proceso y, por ende, fueron conocidos por todos los participantes de éste, por lo que no puede aducirse que hubo vulneración al debido proceso del actor.

La Sentencia en la cual se fundamenta el fallo del Juez de primera instancia es la T-329 de 2009, en la que se analizan dos casos particulares y, por ende, sólo tiene efectos inter-partes, es decir, que sólo es aplicable de manera privativa a los casos individuales que fueron tratados en dicho fallo.

Alegó que la Sentencia T-329 fue proferida el 14 de mayo de 2009, mientras que el nombramiento de la señora Beatriz Elena Giraldo Montes se llevó a cabo el día 6 de mayo del mismo año y, la conformación de la terna se realizó el 28 de abril, por lo que concluyó que el Juzgado Octavo Civil Municipal de Armenia, no podía invocar o tener como base de su decisión, el pronunciamiento de la Corte Constitucional, pues éste es posterior a los hechos, los cuales, ya habían sido consumados con el paso del tiempo.

No es posible afirmar que el precedente constitucional fue desconocido por la Junta Directiva y el nominador del cargo, pues éste no había sido proferido al momento de acaecer los hechos que hoy se disputan en la presente acción de tutela.

Al momento de llevar a cabo todo el proceso para designar al Gerente de la E.S.E. Red Salud de Armenia, se estudiaron algunos precedentes de la Corte Constitucional, mediante los cuales se evidencia un pleno respaldo normativo y jurisprudencial a la decisión tomada en el presente caso, razón por la cual no puede acusarse a la administración de haber desconocido una disposición que no se conocía por el simple hecho de no existir para aquella época.

Sobre este punto concluyó, que si bien la Sentencia T-329 de 2009 constituye un precedente jurisprudencial aplicable a casos similares al planteado en aquella oportunidad, lo será para los eventos que ocurran con posterioridad a la fecha en que ésta fue proferida.

Por otro lado, manifestó, que el juez de tutela al dar la orden de inaplicar la ley bajo el argumento de proteger un derecho fundamental, esta atentando contra la seguridad jurídica del Estado, pues las leyes se presumen válidas y, por tanto, aplicables, pues se supone que éstas ya han superado el control de constitucionalidad “ostentando la legitimidad democrática al amparo de la auto-reproducción del sistema normativo.”

Señaló que en el caso del nombramiento del Gerente de la E.S.E. Red Salud de Armenia, no existió discrecionalidad de parte de la Junta Directiva al conformar la terna, ni del nominador al nombrar en dicho cargo a la participante que ocupó el segundo lugar en el concurso de

méritos, pues con el Acuerdo que contiene los estatutos de la entidad, se amplió el marco legal contemplado en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

Tal como lo ha explicado la Corte Constitucional, en los eventos en que las Empresas Sociales del Estado no tengan un marco legislativo en donde se establezca el procedimiento que se debe seguir para nombrar a su Gerente, será necesario acudir a la regla general que rige los concursos de méritos de la carrera administrativa, los cuales obligan a elegir a quien haya obtenido el primer puesto en dicho proceso.

Con base en lo expuesto, solicitó que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia y en su lugar se declare que no fueron vulnerados los derechos fundamentales invocados por el actor. Así mismo, se solicita que se disponga que la Sentencia T-329 de 2009, no rige para el presente caso, no sólo por ser ésta posterior a los hechos, sino, también, por carecer de similitud en los elementos fácticos.

3. Decisión de segunda instancia

Mediante sentencia del 30 de noviembre de 2009, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia, revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, negó por improcedente el amparo invocado por el accionante Rubén Darío Londoño Londoño.

El Juez que conoció en segunda instancia la presente acción de tutela, negó la protección reclamada por el actor al considerar que, el procedimiento que culminó con la expedición del Decreto 030 del 6 de mayo de 2009, por medio del cual se designó a la señora Beatriz Elena Giraldo Montes como Gerente de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia, se hizo conforme al Acuerdo 020 del 5 de noviembre de 2008, que contiene los estatutos de la Empresa Social del Estado, la Ley 1122 de 2007 y el Decreto 800 de 2008, por lo que las decisiones tomadas por el nominador y, en especial, por la Junta Directiva para acordar el mecanismo para la conformación de la terna se encuentran ajustadas a derecho y protegen los derechos fundamentales de los concursantes.

En cuanto a la aplicación de la Sentencia T-329 del 14 de mayo de 2009, citada como precedente constitucional por el juez de primera instancia, señaló que no tiene aplicación en este caso por ser posterior al proceso de conformación de la terna y al nombramiento de la señora Giraldo Montes. Dicho fallo no tiene efectos retroactivos y, adicionalmente, las

sentencias de tutela no obligan a los jueces constitucionales, contrario a las sentencias proferidas en control abstracto de constitucionalidad y las que tiene por objeto unificar temas específicos.

Por último, señaló el Juez, que si el actor consideró vulnerados sus derechos fundamentales con la expedición del acto administrativo por medio del cual se nombró a la participante que ocupó el segundo lugar en el concurso de méritos, debió acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a demandar dicho acto mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, no, utilizar la acción de tutela, la cual esta consagrada como mecanismo subsidiario, por lo que no puede ser utilizada para iniciar procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA SALA

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En esta oportunidad, el señor Rubén Darío Londoño Londoño actúa en defensa de sus derechos e intereses, que a su modo de ver le han sido conculcados, razón por la que se encuentra legitimado.

2.2. Legitimación pasiva

El Alcalde Municipal de Armenia, Quindío y el Gerente de la Empresa Social del Estado Red Salud del mismo municipio, son autoridades públicas, por lo que, de acuerdo con artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, están legitimadas, como partes pasivas, en el proceso de tutela

bajo estudio, en vista de que se les atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales que invoca el actor.

3. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si existió, por parte de la Alcaldía del Municipio de Armenia y el Gerente de la Empresa Social del Estado Red Salud del mismo municipio, la violación de los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al principio de confianza legítima del señor Rubén Darío Londoño Londoño al no haberlo designado como Gerente de dicha E.S.E., no obstante que obtuvo el primer lugar en el concurso público de méritos convocado por la Junta Directiva de esta institución para proveer dicho cargo.

Antes de entrar al fondo del caso se hará, en primer lugar, el análisis de procedibilidad de la acción de tutela para eventos en donde se controvierten concursos de méritos. En segundo lugar, luego de determinar la procedibilidad, se realizará un análisis jurisprudencial de temas como (i) la naturaleza de los concursos de méritos (ii) el pronunciamiento de esta Corporación frente al procedimiento que ha establecido la ley para los nombramientos de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, para luego abordar el (iii) caso concreto.

4. Procedibilidad de la acción de tutela

La Constitución de 1991 consagró los derechos fundamentales, como uno de los pilares del Estado social de derecho², por lo que para su defensa y eficacia se creó la acción de tutela como mecanismo de protección de aplicación inmediata.

Esta acción se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, y fue creada para la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas, que por alguna acción u omisión de alguna autoridad pública o de los particulares³, son amenazados o, de hecho, vulnerados.

Dicho mecanismo de protección fue reglamentado mediante el Decreto 2591 de 1991, en el que se señalaron los requisitos sobre su procedencia, los cuales han sido precisados por esta Corporación en reiterada jurisprudencia.

En dicho Decreto se estableció, como causal de improcedencia de la tutela, la existencia de

otros medios de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, circunstancia que deberá ser valorada por el juez según la situación fáctica que se presente dentro del caso que se esté analizando.

Lo anterior quiere decir, que la tutela sólo puede invocarse cuando no exista otro medio de defensa judicial o, que existiendo, éste no sea eficaz para la protección de los derechos que se pretenden salvaguardar y evitar un perjuicio irremediable. En el segundo evento la Corte Constitucional tiene dos opciones para conceder el amparo, el primero de ellos se da en los casos en que el juez constitucional dilucide que las acciones ordinarias pueden otorgar un remedio integral al problema que se plantea pero ésta no es lo suficientemente rápida, para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del accionante. Razón por la cual, el amparo se concederá de manera transitoria, hasta tanto se resuelva la vía ordinaria. La segunda opción es en aquellos sucesos en que las acciones ordinarias no dan un remedio total al problema planteado, debiendo la protección darse de manera definitiva.⁴

En los casos en que se pretende dejar sin efectos actos administrativos, la Corte, frente al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela ha señalado que, en tratándose de esta clase de decisiones, antes de acudir a este mecanismo de protección, se deben agotar las vías ordinarias, salvo que para el juez sea evidencie que dichos mecanismos no proporcionan una pronta y eficaz protección a los derechos que invoca el accionante.

No obstante, en el caso de los concursos de méritos, se ha establecido que las acciones ordinarias como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dilatan la obtención de los fines que persiguen. Así mismo, estas acciones no poseen, por la forma como están estructurados los procesos, la capacidad de brindar una solución integral para la violación de los derechos del accionante⁵, razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para dar protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad del concursante que no obstante, debido a sus méritos, ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, no fue nombrado en el cargo público.

La Corte Constitucional en variada jurisprudencia, ha señalado que “[E]n concreto, con respecto a la acción electoral y a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sala Plena de la Corte, en Sentencia de unificación de jurisprudencia, ha determinado que carecen de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral, cuando no se atiende

rigurosamente el orden de las listas de elegibles para proveer cargos en la rama judicial. En tal sentido, la misma sostuvo:

‘Para los propósitos de hacer efectivos los enunciados derechos fundamentales de manera oportuna y cierta, y para asegurar la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución, no es la acción electoral -que puede intentarse ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo- el medio judicial idóneo con efectividad suficiente para desplazar a la acción de tutela. Se trata, desde luego, de una acción pública que puede ser intentada por cualquier ciudadano, pero que no tiende a reparar de manera directa y con la oportunidad necesaria los derechos fundamentales de quienes han participado en el concurso.’

‘Tampoco es idónea la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo objeto difiere claramente del que arriba se expone.’

‘También en reiterada jurisprudencia y 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 causado⁶, 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 administrativo⁷ 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’⁸. (T-388/98 M.P. Fabio Morón. Resaltado fuera de texto)”⁹

El caso examinado versa sobre una persona que dentro de un concurso de méritos, no fue nombrada a pesar de haber obtenido el primer lugar. De conformidad con lo expuesto, la

acción de tutela es la vía más eficaz para reclamar sus derechos, así no haya acudido a la jurisdicción ordinaria.

5. Naturaleza del Concurso de méritos

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 el derecho al debido proceso administrativo tiene rango constitucional, por lo que, desde ese entonces, el que lo desobedezca, podrá ser susceptible de sanción y, a su vez, el afectado podrá promover la defensa de las reglas omitidas por vía de la acción de tutela.

La Norma Fundamental contenida en el artículo 29 consagra, la protección del debido proceso y, dispone, que este derecho consiste “en el respeto a las formas previamente definidas, en punto de las actuaciones que se surtan en el ámbito administrativo y judicial, salvaguardando en todas sus etapas los principios de contradicción e imparcialidad”¹⁰.

Por consiguiente, este derecho puede ser concebido como una reunión de etapas establecidas por la ley, que tienen como finalidad que las autoridades administrativas las cumplan y, a su vez, tienen como objetivo, brindarle a los administrados seguridad jurídica y garantizar su defensa, así como el correcto funcionamiento de la administración y la certeza de la validez de sus actuaciones¹¹.

Este Alto Tribunal Constitucional ha reiterado en múltiple jurisprudencia que “el derecho al debido proceso administrativo se traduce en la garantía que comprende a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, de tal manera que el compromiso o privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado a sus ciudadanos no pueda hacerse con ocasión de la suspensión en el ejercicio de los derechos fundamentales de los mismos. Es entonces, la garantía consustancial e infranqueable que debe acompañar a todos aquellos actos que pretendan imponer legítimamente a los sujetos cargas, castigos o sanciones.¹²”¹³

Así mismo, como consecuencia del poder público del que está revestida la administración, las actuaciones que ésta realice, deben atender al principio de la buena fe, el cual se encuentra previsto en el artículo 83 de la Constitución, y que señala, “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten”.

En conclusión, las relaciones jurídicas que se generen entre la administración y los administrados deben ser leales y consecuentes “con sus conductas precedentes de manera que los administrados no se vean sorprendidos con conductas que, por ser contrarias, defrauden sus expectativas legítimamente fundadas”¹⁴.

Ahora bien, la Carta Política de 1991 dispone, en el artículo 125, que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismo, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (...).”

En observancia del artículo arriba transcrito, se puede colegir que dentro de la organización administrativa del Estado Colombiano hay diversos empleos, así como diferentes formas de acceder a ellos, tal es el caso de los empleos de carrera administrativa que se proveen a través del mérito. Según la Constitución Política, la regla general, es que los cargos de la función pública sean de carrera administrativa, no obstante, el mismo texto establece unas excepciones, según las cuales los cargos a proveer en una entidad u organismo no son de carrera y, por tanto, su elección no se realiza mediante el mérito. Sin embargo, el artículo 2 de la Ley 909 de 2004, señala que el criterio del mérito puede ser usado para proveer cargos de libre nombramiento y remoción.

A su vez, la Carta de 1991 señala que la función pública debe ser desarrollada teniendo en cuenta algunos principios constitucionales como, el mérito, la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la imparcialidad, la transparencia, la celeridad y la publicidad.¹⁵

De acuerdo con lo anterior, la misma Constitución Política señaló que el principio constitucional del mérito es uno de los pilares del Estado Social de Derecho, dispuesto por el artículo primero de la misma norma, pues de éste depende el desarrollo del principio democrático y del interés general. El mérito se materializa a través del concurso público, el cual, tiene como finalidad “evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa¹⁶”.¹⁷

Por tanto, la finalidad del concurso público es hacer que el mérito de los aspirantes que

pretenden acceder a un cargo de la función pública, predomine ante cualquier otra determinación. Este concurso despliega un proceso en el cual se evalúan las calidades de cada uno de los candidatos bajo condiciones de igualdad, y así excluir nombramientos “arbitrarios o clientelistas o, en general, fundados en intereses particulares distintos de los auténticos intereses públicos.”¹⁸

El concurso público, es un procedimiento mediante el cual se garantiza que la selección de los aspirantes para ocupar cargos públicos se funde en la “evaluación y en la determinación de la capacidad e idoneidad de éstos para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo”. De esta manera, “se impide la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios ‘subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante.’¹⁹”²⁰

La Corte Constitucional ha señalado, que si bien, con el concurso de méritos se busca la objetividad en la selección de los ciudadanos para ser nombrados en cargos públicos, para que éstos puedan acceder a la función pública en igualdad de condiciones, en estos procesos, además, se deben analizar y evaluar todos los factores que exhiba un candidato para ocupar un cargo de la administración, por lo que, en virtud de ello, serán tenidos en cuenta factores en los que no es posible la objetividad “pues ‘aparece un elemento subjetivo que, en ciertas ocasiones podría determinar la selección, como sería, por ejemplo, el análisis de las condiciones morales del aspirante, su capacidad para relacionarse con el público, su comportamiento social, etc.’²¹”²². Sin embargo, así exista un elemento subjetivo en la evaluación, la finalidad del concurso es “desterrar la arbitrariedad”²³

Esta Corporación, ha manifestado que el concurso, aparte de buscar la selección objetiva para acceder a los cargos públicos, conlleva una consecuencia adicional, y es que, una vez terminado dicho proceso y se han establecido los resultados de cada aspirante en cada una de las pruebas y ponderado los factores objetivos y subjetivos requeridos para ocupar el respectivo cargo, se nombre al participante más idóneo y capacitado, es decir, aquel que ocupó el primer lugar.

La Corte Constitucional al proferir la sentencia C-588 de 2009²⁴, señaló que “[l]a evaluación de factores objetivos y subjetivos, tiene, a juicio de la Corte, una consecuencia adicional que es la designación de quien ocupe el primer lugar. En efecto, de acuerdo con la Corporación, ‘cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos y una vez apreciados éstos quien ocupará el cargo será quien haya obtenido mayor puntuación’, pues de nada serviría el concurso si, a pesar de haberse realizado, ‘el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias.’ ²⁵”²⁶

Por consiguiente, una vez terminadas las etapas del concurso público, se crea, en cabeza del aspirante que ocupó el primer lugar, un derecho a ser nombrado al cargo público, derecho que no puede ser ignorado por el nominador, pues de hacerlo estaría contrariando la naturaleza de dicho proceso y, por tanto, se opondría al principio constitucional del mérito.

6. Normatividad aplicable para el nombramiento de Gerentes de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.)

Como se venía mencionando, la Carta Fundamental de 1991²⁷, estableció que la regla general para acceder a la función pública es a través del mérito y que los empleos en los órganos y las entidades del Estado son de carrera. Sin embargo, el mismo artículo señaló que, en el evento en que la Constitución no prevea la forma de nombramiento de un funcionario, ésta le otorga esa facultad al legislador.

En virtud de ello, el constituyente le delegó al legislador, la potestad de determinar la naturaleza jurídica de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, pues la Constitución no se ocupó de este tema específico.

Sobre esa base, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política, profirió el Decreto 139 de 1996, el cual estableció los requisitos y las funciones de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado y Directores de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del sector público y, además, se adicionó el Decreto número 1335 de 1990.

El señalado decreto, en el artículo 2º, dispuso que “[l]os Gerentes de las Empresas Sociales

del Estado y los Directores de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Públicas a que hace referencia este Decreto, son empleados públicos de período fijo, nombrados por el Jefe de la Entidad Territorial respectiva, para un período mínimo de tres (3) años, prorrogables, de terna que presente la junta directiva del Organismo o Entidad, de acuerdo con lo dispuesto sobre el particular por la Ley 10 de 1990, para ejercer funciones de dirección, planeación, evaluación y control en la administración y gestión de una Institución Prestadora de Servicios de Salud, de naturaleza jurídica pública y de las Empresas Sociales del Estado.”

Según la citada disposición, cabría entender que la designación del cargo de Gerente de las Empresas Sociales del Estado, aun cuando se trataba de un sistema complejo, era eminentemente discrecional. Lo anterior, radica en que dicha nominación se encuentra en cabeza de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado, quien conforma una terna y, en el jefe de la entidad territorial, a quien le es presentada y con base en ella realiza el respectivo nombramiento.

Posteriormente, el legislador expidió la Ley 1122 de 2007, la cual se encargó de introducir algunas modificaciones al sistema General de Seguridad Social en Salud. Mediante esta ley se modificó lo dispuesto en el Decreto 139 de 1996, haciendo aún más compleja la designación del cargo de Gerente de las Empresas Sociales del Estado, pues incluyó el elemento del mérito.

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

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

En caso de vacancia absoluta del Gerente deberá adelantarse el mismo proceso de selección y el período del Gerente seleccionado culminará al vencimiento del período institucional.

Cuando la vacancia se produzca a menos de doce meses de terminar el respectivo periodo, el Presidente de la República o el jefe de la administración Territorial a la que pertenece la ESE, designará Gerente.”(El subrayado es nuestro).

De manera posterior, el Presidente de la República, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expidió el Decreto 800 de 2008, mediante el cual se reglamentó lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

Este Decreto, estableció que las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado tienen la función de conformar la terna de candidatos de que trata el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, para la designación del Gerente o Director de dichas entidades, de la lista que contiene las personas escogidas mediante concurso de méritos público y abierto.

Así mismo, señaló que la finalidad de los procesos de esta naturaleza, es evaluar los conocimientos y las aptitudes de los aspirantes y, a su vez, determinar si éstos son idóneos para el desempeño del cargo. Dicho proceso deberá ser adelantado bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad.

Concluido el proceso, la junta directiva de la entidad respectiva, conformará la terna, de la lista que envíe la entidad encargada de adelantar el concurso, la cual, deberá estar integrada mínimo con cinco aspirantes.

Lo que se pretendió establecer, con el cambio introducido, es que el mérito fuera el parámetro predominante para el nombramiento de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, para que de esta manera, se objetivice el manejo de estos cargos y se les sustraiga de factores subjetivos que pugnen con el adecuado ejercicio de la función pública, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo²⁸.

Antes de la expedición de la Ley 1122 de 2007, esta Corporación se había pronunciado sobre la designación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, mediante la Sentencia T-484 de 2004²⁹. En esa oportunidad, el demandante, interpuso acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo, por parte de la Gobernación del Huila, toda vez que, aún cuando ocupó el primer lugar en el concurso de méritos, realizado para proveer dicho cargo, no fue nombrado.

En dicha oportunidad, esta Corporación señaló que se estaba en presencia de un cargo de libre nombramiento y remoción y que, de acuerdo con la normatividad vigente, no se exigía la realización de un concurso de méritos, pues, por regla general, para estos eventos la administración discrecionalmente nombraba a la persona que debía ocupar el cargo. Sin embargo, señaló que la administración, para designar esta vacante, podía realizar un concurso de méritos, sin verse obligada a nombrar al aspirante que hubiera ocupado el primer lugar en el concurso.

En ese entonces, la Sala Octava de Revisión, señaló: “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 estos 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 oponente. 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 concurso³⁰.”³¹

En observancia de lo anterior, la decisión de no conceder el amparo a los derechos del accionante se basó, en que no se logró evidenciar que la Gobernación del Huila hubiera generado una afectación a los derechos invocados, toda vez que “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.”³²

En consecuencia, “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 legislación³³ 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.”³⁴

En conclusión, la Sentencia T-484 de 2004, fue concebida bajo el ordenamiento de la Ley 100 de 1993³⁵, la cual no preveía la realización de un concurso de méritos, por el contrario, sólo establecía la discrecionalidad como criterio dominante para la designación del cargo de Gerente de las Empresas Sociales del Estado.

No obstante, con la modificación que incluyó el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, la perspectiva cambió y, en razón a una acción de tutela interpuesta, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-329 de 2009. Dicho precedente decidió, en un caso similar al resuelto por la Sentencia T-484 de 2004, inaplicar por inconstitucional, la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente”, contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, al considerar que ésta vulneraba los derechos fundamentales derivados del concurso público de méritos, pues al establecerse un sistema dual en el nombramiento de los Gerentes de las E.S.E., como es, en primer lugar, el concurso de méritos y, en segundo término, la conformación de la terna, evidenciaba en el segundo momento el elemento discrecional, que no necesariamente tiene en cuenta el mérito de los aspirantes, por lo que se desdibujaba, en gran medida, la naturaleza de dicho concurso.

Dicha Sentencia estableció que “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."36

La Sentencia T-329 de 2009, fue reiterada por la Sentencia T-715 de 200937, en la que en un caso similar, se tuteló los derechos del accionante, inaplicando igualmente la expresión contenida el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, según la cual "la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente"38.

Posteriormente, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-181 de 201039, decidió declarar exequible de manera condicionada, la expresión "la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente" bajo el entendido "de que la terna a la que se refiere deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el respectivo concurso de méritos; de que el nominador de cada Empresa Social del Estado deberá designar en el cargo de Gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje; y de que el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero".

Las razones que esgrimió la Sentencia C-181 de 2010 para tomar dicha decisión, se basaron en que el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, el cual establece un sistema dual para el nombramiento de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado40, "desconoce el principio del mérito como criterio rector del acceso a la función pública y los derechos fundamentales de quienes participan en el concurso (...).

(...) En efecto, cuando el legislador o la administración -como en este caso-, en ejercicio de su libertad de configuración, deciden sujetar a los principios del concurso la provisión de cargos de libre nombramiento y remoción, tienen la obligación constitucional de velar por la realización del principio fundamental que rige estos procedimientos, este es, el respeto del

mérito mediante el favorecimiento del concursante que obtenga el mejor puntaje en las respectivas evaluaciones. En otras palabras, si el legislador o la administración deciden someter a concurso la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción, la Constitución les impone el deber de sujetarse a las reglas propias del concurso fijadas por la ley y la jurisprudencia de esta Corporación. En particular, es obligación del legislador o de la administración garantizar el derecho fundamental de quien demuestra mayores méritos a acceder al cargo por el cual concursa.

En este caso, 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 la junta directiva de la respectiva empresa integra la posterior terna y el nominador elige al nuevo gerente, no están sujetos a ningún criterio de excelencia y pueden, sin respetar el principio del mérito, prescindir del individuo que obtuvo el mejor puntaje, pues la terna puede estar conformada por cualquiera de los candidatos que superaron el concurso, no necesariamente los tres mejores. Este sistema desconoce manifiestamente las reglas generales que rigen los concursos de méritos, y que son una manifestación del principio constitucional del mérito como criterio rector del acceso a la función pública.

Además de que para la conformación de la terna no existe un criterio de excelencia establecido, la figura misma de la terna como opera en la actualidad desconoce el derecho fundamental del concursante mejor calificado a ser nombrado en el respectivo cargo. Como se indicó en apartes previos, esta Corporación de manera reiterada ha señalado, con fundamento en los artículos 13, 29 y 125 superiores, que a quien demuestra mayores méritos y obtiene la mejor calificación en un concurso le asiste un derecho fundamental a acceder al cargo por el cual concursó.

En el mismo sentido, en concordancia con la jurisprudencia constitucional, la Sala estima que la decisión de no nombrar a la persona que obtiene el primer lugar en el concurso de méritos conlleva la vulneración de sus derechos a la igualdad y al debido proceso, 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 la condición de obtener el primer puntaje, puede ser despojado del derecho por motivos ajenos a las reglas de la contienda.

De acuerdo con lo anterior, a juicio de la Corporación, la expresión ‘la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente’, contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, desconoce el principio constitucional del mérito como criterio rector del acceso a la función pública, los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de quienes obtienen el primer lugar en los respectivos concurso, así como el principio de la buena fe.”⁴¹

Como se dijo en el capítulo quinto de la presente providencia, el mérito es un pilar del Estado Social de Derecho y, por ende, el criterio predominante de la función pública, por lo que éste debe ser respetado y, por tanto, al realizar un concurso público en donde se pretenda materializar dicho criterio, el resultado final que se desprende de éste, es el nombramiento de quien haya ocupado el primer lugar en dicho proceso.

En cuanto al nombramiento de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 al haber establecido el criterio del mérito dentro del sistema para la designación de dicho cargo, debe entenderse éste como el criterio predominante durante todo el proceso y no solamente hasta conformar la lista de elegibles. Razón por la cual, la Junta Directiva deberá ceñirse a dicho criterio para conformar la terna y, así mismo, el nominador deberá elegir de aquella, a quien haya ocupado el primer lugar.

En desarrollo del control en abstracto, realizado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-181 de 2010⁴², los pronunciamientos de tutela, que se profieran con posterioridad a ésta, deben adecuarse a lo establecido en la providencia constitucional, teniendo en cuenta que, la excepción de inconstitucionalidad pierde eficacia al existir un pronunciamiento que declare la exequibilidad o, más aún, la inexecuibilidad de una norma.⁴³

Por lo que teniendo en cuenta el artículo 243 de la Constitución, las sentencias proferidas por esta Corporación en ejercicio del control jurisdiccional, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y la declaratoria de exequibilidad o inexecuibilidad de una norma jurídica, hace que ésta sea definitiva en el ordenamiento o que, por el contrario, salga de éste, sin la posibilidad de volver a recurrir a ella⁴⁴.

En efecto, este Alto Tribunal, bajo el control abstracto de constitucionalidad, se pronunció sobre la expresión contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, “la Junta Directiva

conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente”, y declaró su “exequibilidad condicionada”, bajo el entendido de que el principio del mérito, contenido en la norma, debe ser respetado y, por tanto, el nominador deberá nombrar al aspirante que haya obtenido el primer lugar en el concurso público convocado para proveer el cargo de Gerente de una Empresa Social del Estado.

8. Caso Concreto.

El señor Rubén Darío Londoño Londoño interpuso acción de tutela en defensa de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso en materia administrativa, al trabajo y al principio de confianza legítima y buena fe, los cuales considera vulnerados por parte de la Alcaldesa del Municipio de Armenia y la Gerente de la Empresa Social del Estado Red Salud del mismo municipio, por no haber sido nombrado Gerente de la mencionada empresa, no obstante haber ocupado el primer lugar en el concurso de méritos realizado para proveer el respectivo cargo.

El señor Rubén Darío Londoño Londoño fue escogido para participar en el concurso de méritos convocado por la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia para proveer el cargo de Gerente. Como resultado de dicho concurso, el actor, alcanzó el más alto puntaje del proceso de selección, por lo que no solamente fue incluido en la lista de elegibles sino que, además, fue escogido por la Junta Directiva de la referida E.S.E., para conformar la terna de candidatos para acceder al cargo mencionado. Dicha terna fue presentada a la Alcaldesa del Municipio de Armenia, quien es la nominadora de este cargo.

Fue así como, mediante Decreto 030 del 6 de mayo de 2009, la Alcaldesa de del Municipio de Armenia nombró en el cargo de Gerente de la E.S.E. Red Salud, a la señora Beatriz Elena Giraldo Montes, quién había ocupado el segundo lugar de la lista de elegibles.

La Alcaldesa del Municipio de Armenia, así como la Junta Directiva de la E.S.E. Red Salud de este municipio, señalaron que el proceso de selección, así como la conformación de la terna y el posterior nombramiento de la señora Beatriz Elena Giraldo Montes como Gerente de la mencionada E.S.E., se ajustó a la normatividad vigente y a los estatutos de la entidad.

Así mismo, manifestaron que el concurso de méritos tiene como único fin integrar la lista de

elegibles con los aspirantes que hayan obtenido un puntaje igual o superior a los 70 puntos. Por lo que luego de integrada dicha lista, la Junta Directiva procederá, según el mecanismo que ésta adopte, a integrar la terna, la cual posteriormente será entregada al nominador del cargo, quien deberá nombrar Gerente a aquel que cumpla con los requisitos establecidos en los estatutos.

Esta Sala observa, que en el expediente obra el Acta No. 3 del 23 de abril de 2009, mediante la cual se pone en conocimiento la lista de elegibles con los respectivos puntajes de cada aspirante. De ésta se puede dilucidar que los tres primeros lugares fueron para los concursantes:

- | | |
|---------------------------------|--------|
| 1. Rubén Darío Londoño Londoño | 83.05. |
| 2. Beatriz Elena Giraldo Montes | 82.17. |
| 3. Mauricio Quintero Zuluaga | 77.43. |

Así mismo, se encuentra a folios 146 a 150 del expediente, reunión extraordinaria de la Junta Directiva de la E.S.E. Red Salud de Armenia en donde se dijo: “se plantea a los miembros de la Junta Directiva, conformar la terna con los resultados de: los dos mejores puntajes obtenidos en la prueba de conocimiento y con el mejor puntaje en la prueba de aptitud”, dicha propuesta fue aprobada por unanimidad del cuerpo colegiado. Acto seguido se procedió a verificar cuales de los aspirantes de la lista se ajustan a la regla establecida por los miembros. Una vez revisadas las diferentes pruebas la Junta Directiva “decide que ésta será conformada por las siguientes personas relacionadas en orden alfabético:

* Beltrán Bocanegra Cesar Augusto

* Giraldo Montes Beatriz Elena

* Londoño Londoño Rubén Darío”

Posteriormente, basándose en el artículo 4° del Acuerdo 020 de 2008, el cual establece que

“[E]n atención a lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, de la terna que entregue la Junta Directiva para elegir al Gerente, el nominador optará por el aspirante que demuestre tener mayor experiencia profesional en la Empresa Social del Estado RED SALUD ARMENIA, ya sea de manera directa o indirecta, prevaleciendo la primera. Esto por cuanto resulta de suma importancia que quien pretenda dirigir la empresa, tenga de base un claro conocimiento de su funcionamiento operativo, administrativo y asistencial, así como su rol en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito local”, la Alcaldesa del Municipio de Armenia, a la vez nominadora del cargo de Gerente de la E.S.E. Red Salud, nombró a la señora Beatriz Elena Giraldo Montes en dicho cargo, pues de los certificados laborales allegados por los concursantes durante el proceso de méritos, se pudo determinar que ésta era la única que había laborado con la entidad.

Atendiendo a lo anterior, esta Sala observa, que la Junta Directiva de la respectiva E.S.E., procedió de conformidad con la normatividad vigente en la materia, toda vez que, luego de haber realizado la convocatoria pública para proveer el cargo de gerente de la E.S.E. Red Salud de Armenia, conformó la terna de que trata la Ley 1122 de 2007, utilizando un sistema que en su sentir era objetivo, pero que no respetaba el principio del mérito, pues no elegía a los aspirantes que habían obtenido los mejores puntajes integralmente, sino a aquellos que habían obtenido los mejores puntajes en la prueba de conocimiento y aptitud. Así mismo, la Alcaldesa del Municipio de Armenia escogió a la participante que ocupó el segundo lugar en el proceso convocado para tal fin, conforme con la experiencia que de los tres habían tenido en la respectiva E.S.E.

Como se dijo en la parte general de esta providencia “[E]l concurso es así un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impide que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios ‘subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante’45.

A propósito del mérito y del concurso, importa poner de manifiesto que, de conformidad con reiterada jurisprudencia constitucional, el concurso ha de evaluar ‘todos y cada uno de los

factores que deben reunir los candidatos a ocupar un cargo en la administración pública.”⁴⁶

Así mismo, “[L]a evaluación de factores objetivos y subjetivos, tiene, a juicio de la Corte, una consecuencia adicional que es la designación de quien ocupe el primer lugar. En efecto, de acuerdo con la Corporación, ‘cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos y una vez apreciados éstos quien ocupará el cargo será quien haya obtenido mayor puntuación’, pues de nada serviría el concurso si, a pesar de haberse realizado, ‘el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias’⁴⁷.”⁴⁸

En razón de lo expuesto, es pertinente reiterar que la finalidad del concurso de méritos es evaluar un conjunto de componentes que se requieren para desempeñar determinado cargo público, por lo que no puede desconocerse la integralidad de éste, pues de hacerlo, se estaría contrariando el principio del mérito, ya que una de las consecuencias de evaluar diferentes factores y de darle a cada uno de ellos una calificación, es obtener al final del proceso un único resultado del que se desprende la idoneidad del participante para ocupar el cargo.

En consecuencia, esta Sala estima que, la Junta Directiva de la E.S.E. Red Salud de Armenia al haber conformado la terna con los participantes que obtuvieron los mejores puntajes en la prueba de conocimiento y de aptitud, desconoció la integralidad del concurso de méritos, pues sólo tuvo en cuenta uno de varios componentes que se requieren para ocupar el cargo de Gerente de la E.S.E. mencionada.

Así mismo, la designación efectuada por la Alcaldesa del Municipio de Armenia, para proveer el cargo de Gerente de la E.S.E. Red Salud, desconoció el principio del mérito como criterio dominante para la elección de dicho cargo, toda vez que atendió a diferentes reglas que permiten entrever, en todo caso, la discrecionalidad del nominador. En el asunto subjudice, fue quien demostró mayor experiencia profesional en dicha entidad.

Refuerza lo anterior, el reciente pronunciamiento de esta Corporación en la Sentencia C-181 de 2010, en la cual se declaró la exequibilidad condicionada de la expresión contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, la cual señala que “la Junta Directiva conformará una

terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente”, bajo el entendido “de que la terna a la que se refiere deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el respectivo concurso de méritos; de que el nominador de cada Empresa Social del Estado deberá designar en el cargo de Gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje; y de que el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero.”

Atendiendo a lo anterior, para la Sala, el concurso de méritos, sí determina quiénes son los aspirantes que deben estar incluidos en la terna que integra el cuerpo colegiado, así como aquella persona que deba ocupar el cargo, pues éste, debe ser proveído con el concursante más capacitado e idóneo, es decir, por aquel que obtuvo el primer lugar en el concurso de méritos.

Conforme a las anteriores consideraciones, la Alcaldesa del Municipio de Armenia vulneró los derechos fundamentales del actor a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al principio de confianza legítima y buena fe, pues con su actuación desconoció el principio constitucional del mérito, al haber nombrado a la participante que ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles, para el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia y no al concursante que obtuvo el primer puesto en dicho proceso, en este caso, al señor Rubén Darío Londoño Londoño.

En virtud de lo anterior, esta Sala revocará la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia el 30 de noviembre de 2009, la cual negó el amparo a los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso en materia administrativa, al trabajo y al principio de confianza legítima y buena fe, del señor Rubén Darío Londoño Londoño y, en su lugar se confirmará la Sentencia del dieciséis (16) de octubre de 2009, proferida por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Armenia, la cual concedió el amparo solicitado por el actor a sus derechos fundamentales y ordenó al nominador de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia, realizar en forma legal el nombramiento de quién ocupó el primer lugar en el concurso de méritos, en este caso, el señor Rubén Darío Londoño Londoño.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia del 30 de noviembre de 2009, y, en su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso en materia administrativa, al trabajo y al principio de confianza legítima y buena fe, del señor Rubén Darío Londoño Londoño.

SEGUNDO. ORDENAR al nominador de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia, realizar en forma legal el nombramiento de quién ocupó el primer lugar en el concurso de méritos, en el cargo de Gerente de la E.S.E. respectiva, en este caso, el señor Rubén Darío Londoño Londoño, por las razones expuestas en la presente providencia.

TERCERO: Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Mediante Sentencia del 15 de septiembre de 2009, el Juzgado Octavo Civil Municipal de Armenia, concedió el amparo solicitado por el actor y, en consecuencia, ordenó al nominador de la ESE RED SALUD de Armenia que en 48 horas siguientes a la notificación de la presente decisión, se realice el nombramiento de quien ocupó el primer lugar en el concurso de méritos respectivo.

Sin embargo, posteriormente la señora Beatriz Elena Giraldo Montes solicitó la nulidad de la sentencia proferida por no haberla vinculado como persona natural sino meramente como Gerente actual de la Empresa Social del Estado Red Salud de Armenia. Así mismo, tampoco fue vinculado como parte pasiva al presente proceso de tutela al señor Cesar Augusto Beltrán Bocanegra, participante que conformó la terna de candidatos al cargo de Gerente de la mencionada ESE.

Mediante providencia del 2 de octubre de 2009, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Armenia, decidió decretar la nulidad del fallo del 15 de septiembre de 2009, proferido por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Armenia, para que en su lugar el a quo procediera a vincular por la parte pasiva a la señora Beatriz Elena Giraldo Montes como persona natural y al señor Cesar Augusto Beltrán Bocanegra, para que se estos se pudieran pronunciar sobre los hechos y las pretensiones de la tutela presentada por el señor Rubén Darío Londoño Londoño y, así, les sea garantizado sus derechos fundamentales a la defensa y debido proceso.

El Juzgado Octavo Civil Municipal de Armenia, mediante Auto del 5 de octubre de 2009, en virtud de la nulidad decretada, procedió a vincular a la señora Beatriz Elena Giraldo Montes como persona natural y al señor Cesar Augusto Beltrán Bocanegra, para el efecto les fue concedido el término de tres (3) días.

2 Corte Constitucional, Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, MP. Ciro Angarita Barón.

3 En los casos que señale el Decreto 2591 de 1991, artículo 1 y 42.

4 Corte Constitucional, Sentencia SU-961 del 1 de diciembre de 1999, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

5 Corte Constitucional, Sentencia SU-961 del 1 de diciembre de 1999, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

6 Corte Constitucional, Sentencias SU-133 del 2 de abril de 1998, MP. José Gregorio Hernández Galindo Corte Constitucional SU-136 del 2 de abril de 1998, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

7 Corte Constitucional, Sentencia T-333 del 6 de julio de 1998, MP. Antonio Barrera Carbonell.

8 Constitución Política, artículo 40-7°.

10 Corte Constitucional, Sentencia T-214 del 8 de marzo de 2004, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

11 Corte Constitucional, Sentencia T-214 del 8 de marzo de 2004, MP. Eduardo Montealegre Lynett, Sentencia T-224 del 23 de marzo de 2006, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

12 Corte Constitucional, Sentencia T-1263 del 29 de noviembre de 2001, MP. Jaime Córdoba Triviño.

13 Corte Constitucional, Sentencia T-214 del 8 de marzo de 2004, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

14 Corte Constitucional, Sentencia T-048 del 30 de enero de 2009, MP. Rodrigo Escobar Gil.

15 Ley 909 de 2004, artículo 2.

16 Corte Constitucional, Sentencia C-901 del 17 de septiembre de 2008. MP. Mauricio González Cuervo.

17 Corte Constitucional, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, MP. Gabriel Eduardo

Mendoza Martelo.

18 Corte Constitucional, Sentencia T-315 del 25 de junio de 1998, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

19 Corte Constitucional, Sentencia C-211 del 21 de marzo de 2007, MP. Alvaro Tafur Galvis.

20 Corte Constitucional, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

21 Corte Constitucional, Sentencia C-040 del 9 de febrero de 1995, MP. Carlos Gaviria Díaz.

22 Corte Constitucional, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

23 Corte Constitucional, Sentencia C-040 del 9 de febrero de 1995, MP. Carlos Gaviria Díaz, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

24 MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

25 Corte Constitucional, Sentencia C-040 del 9 de febrero de 1995, MP. Carlos Gaviria Díaz.

26 Corte Constitucional, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

27 Artículo 125

28 Corte Constitucional, Sentencia T-715 del 7 de octubre de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

29 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

30 Corte Constitucional, Sentencia T-422 del 19 de junio de 1992, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

31 Corte Constitucional, Sentencia T-484 del 20 de mayo de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

32 Ibidem

33 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.

34 Ibidem.

35 Artículo 192. Dirección de los hospitales públicos. Los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, serán nombrados 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 3 años prorrogables. Sólo podrán ser removidos cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa definidas mediante reglamento del Gobierno Nacional.

36 Corte Constitucional, Sentencia T-329 del 14 de mayo de 2009, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

37 Corte Constitucional, Sentencia T-715 del 7 de octubre de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

38 La Sentencia T-715 del 7 de octubre de 2009, consideró que “a idéntica conclusión arriba esta Sala de Revisión, pero en el sentido de que en el presente asunto se efectuó una interpretación abiertamente inconstitucional de la citada disposición normativa, pues si bien es cierto que mediante la implementación del concurso de méritos, la entidad accionada perseguía la designación de uno de los aspirantes que obtuviese la mejor calificación, también lo es, que procedió de manera discrecional a escoger al Gerente de la E.S.E. Hospital Local María La Baja, sin tener en cuenta para ello el mérito como el criterio determinante para el ingreso a este cargo. Lo anterior, no solamente atenta contra los principios que gobiernan el concurso público de méritos, establecido por la Ley 1122 de 2007 para el nombramiento de Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, como son, a saber: la igualdad, la moralidad, la objetividad, la transparencia y la imparcialidad³⁸, sino que,

también, contra los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo del actor, quien, no obstante haber obtenido el primer puesto en el concurso público de méritos convocado por la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Local de María La Baja, no fue designado en el cargo de Gerente de dicha entidad hospitalaria.”

39 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

40 El artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 implementó un sistema dual para el nombramiento de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, pues en primer lugar, dispuso que se debía realizar un concurso de méritos el cual, esta encaminado a conformar una lista de elegibles y, en segundo lugar, una vez la lista se encuentre integrada, la Junta directiva debe componer una terna que será puesta a disposición del nominador del cargo para que realice el respectivo nombramiento.

41 Corte Constitucional, Sentencia C-181 del 17 de marzo de 2010, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

42 Ibidem.

43 Corte Constitucional, Sentencia T-485 del 21 de julio de 2009, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

44 Corte Constitucional, Sentencia T-485 del 21 de julio de 2009, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

45 Corte Constitucional, Sentencia C-211 del 21 de marzo de 2007, MP. Alvaro Tafur Galvis.

46 Corte Constitucional, Sentencia C-040 del 9 de febrero de 1995, MP. Carlos Gaviria Díaz.

47 Ibídem.

48 Corte Constitucional, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.