

Sentencia T-715-09

CONTROVERSIAS EN CONCURSO DE MERITOS-Improcedencia general por tutela

CONTROVERSIAS EN CONCURSO DE MERITOS-Procedencia excepcional por tutela cuando los medios de defensa judicial son ineficaces

CONCURSO DE MERITOS-Nombramiento de quien obtuvo el primer puesto

GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Naturaleza jurídica del cargo

ELECCION DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Inicialmente por Decreto 139 de 1996 eran nombrados por el jefe de la entidad territorial de terna propuesta por la Junta Directiva de la entidad

En cuanto tiene que ver concretamente con la naturaleza jurídica del cargo de gerentes de las Empresas Sociales del Estado, preliminarmente se entendía que, de conformidad con el Decreto 139 de 1996, pertenecía a aquellos empleos públicos de período fijo cuyo sistema de nombramiento era especial, en tanto su designación le correspondía al jefe de la entidad territorial respectiva, de terna propuesta por la Junta Directiva del organismo o entidad. Ello suponía, a todas luces, un amplio margen de discrecionalidad, no solo radicado en cabeza de la Junta Directiva para conformar la terna de candidatos, sino también, en el nominador, quien, de la respectiva terna, se encargaba de designar a quien, finalmente, ocuparía el cargo de gerente de una Empresa Social del Estado.

ELECCION DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Posteriormente y según ley 1122 de 2007 serán nombrados por concurso público de méritos

El legislador expidió la Ley 1122 de 2007, en la que dispuso, a través del artículo 28, que los gerentes de las Empresas Sociales del Estado serían nombrados a través de concurso público de méritos. La Ley 1122 de 2007, modificó sustancialmente la forma de designación de los cargos de gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado. En principio, motivado en el hecho de superar la situación deficitaria en la prestación descentralizada del servicio de salud, generada, entre otras razones, por la falta de coincidencia en los períodos de los nominadores y de los propios gerentes o directores. Por ello, entre otras medidas, se adoptaron, las de igualar los períodos de

ejercicio de los cargos de los gerentes de las E.S.E. con el de sus nominadores, definiendo, además, que los períodos de los primeros son institucionales y no personales.

ELECCION DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Decreto 800 de 2008 introdujo la medida de terna de candidatos de los que fueron escogidos mediante concurso de méritos

El Decreto 800 de 2008, reguló parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007. Dicho Decreto introdujo una medida según la cual serían las Juntas Directivas de cada una de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial, quienes conformarían, con las personas que sean escogidas mediante concurso de méritos, una terna de candidatos a efectos de designar a los Gerentes o Directores de dichas entidades. De lo anterior se deduce que en el sistema de nombramiento existe un elemento que perturba la concreción del principio de respeto por el mérito del participante, cual es, precisamente, la conformación de una terna por parte de las Juntas Directivas de cada una de las Empresas Sociales del Estado para, finalmente, nombrar a alguno que haga parte de aquella, sin que para el efecto se tenga en cuenta el mérito como criterio imperante para el acceso al servicio público.

CONCURSO DE MERITOS Y ELABORACION DE TERNAS PARA ELECCION DEL GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Se vulneran derechos fundamentales por cuanto el nominador finalmente escoge discrecionalmente de la terna y no se tiene en cuenta el mérito

CONCURSO DE MERITOS Y ELABORACION DE TERNAS PARA ELECCION DEL GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Corte Constitucional inaplica expresión del artículo 28 de la Ley 1122/07

Esta Sala de Revisión, para resolver el caso concreto, hará uso de la excepción de inconstitucionalidad, tal y como ha procedido este Tribunal en innumerables ocasiones, por lo que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 4 Superior, inaplicará la interpretación que del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 hizo la entidad accionada, a partir de la cual se comprendía que el nominador se encontraba facultado para escoger, de manera discrecional, a quien habría de ocupar el cargo de gerente de la Empresa Social del

Estado Hospital. Allí, lo que debe entenderse es que el nominador debe escoger a quien ocupe el primer puesto, de conformidad con los lineamientos constitucionales que rigen los concursos públicos de méritos.

Referencia: expediente T-2.252.654

Demandante: Gelberto Comas Bazza

Demandado:

Municipio de María La Baja -Bolívar-

Magistrado Ponente:

Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil nueve (2009).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Mauricio González Cuervo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

1. La solicitud

El día 10 de diciembre de 2008, el señor Gelberto Comas Bazza promovió acción de tutela contra el Municipio de María La Baja -Bolívar-, por una presunta violación de sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la igualdad, en la que considera incurrió la entidad territorial demandada, al no proceder a nombrarlo en el cargo de Gerente de la E.S.E. Hospital Local de María La Baja, no obstante haber obtenido el primer puesto en el concurso de méritos, convocado por la Junta Directiva de dicho ente hospitalario para efectos de proveer el mencionado cargo.

2. Hechos relevantes y Pretensiones

2.1. El 9 de julio de 2008, la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado, Hospital Local de María La Baja, expidió el Acuerdo No. 001, mediante el cual realizó una convocatoria para que todo aquel que estuviese interesado, participara en un concurso público de méritos, con el fin de conformar una terna de elegibles para escoger al Gerente de dicha entidad.

2.2. Para llevar a cabo el proceso de selección, se escogió a la Corporación Universitaria del Caribe -CECAR-, institución de educación superior que se encargó, entre otras actividades, de adelantar la inscripción de las personas interesadas, revisar los requisitos mínimos exigidos para ocupar el cargo y publicar la lista de quienes resultaren admitidos al concurso, así como evaluar los antecedentes académicos y laborales, practicar una prueba de conocimientos, una entrevista y un test psicológico a estos últimos.

2.3. Finalmente, el 4 de septiembre de 2008, luego de surtido en su totalidad el proceso de selección, la Corporación educativa encargada del mismo, hizo entrega de un informe en donde constaban los resultados del concurso a la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Local de María La Baja.

2.4. El señor Gelberto Comas Bazza, participó en la mencionada convocatoria pública y, como consecuencia de ello, obtuvo el más alto puntaje del proceso de selección, por lo que no solamente fue incluido en la lista de los cinco elegibles que efectuó la entidad encargada de adelantar dicho proceso, 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 de Gerente, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1122 de 20071, y en el Decreto 800 de 20082

En efecto, el aspirante Comas Bazza, fue valorado con una puntuación total de 94.45 puntos, en una escala de 0 a 100, como consecuencia de lo cual se ubicó en el primer puesto del concurso de méritos.

2.5. Una vez definida por parte de la Junta Directiva de la E.S.E. la respectiva terna, el alcalde del municipio de María La Baja, mediante Decreto No. 0076 de 20 de octubre de 2008, designó como Gerente del Hospital Local al señor Alberto José Batty Vásquez, quien ocupó, con un total de 88.79 puntos, el tercer puesto en la lista de elegibles.

2.6. Merced a la decisión anterior, quien participó de la convocatoria y ocupó el primer lugar de la misma, puso de presente que el proceder de la administración municipal desconoció, por entero, los lineamientos que en materia de ingreso a cargos públicos por vía de los concursos de méritos se han establecido, afectándose, por contera, no solamente principios constitucionales como la buena fe, la confianza legítima y la moralidad pública, sino también, sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la igualdad.

Igualmente, destacó que el proceso de selección que emprendió la administración adoleció de falta de objetividad y transparencia, pues la designación en el cargo de Gerente de la E.S.E. Hospital Local de María La Baja, no tuvo como punto de referencia la evaluación de los méritos y calidades de los aspirantes. Por el contrario, en su entender, dicho proceso se orientó por derroteros marcadamente políticos, que, lejos de darle prevalencia a aquel criterio según el cual debe escogerse al mejor candidato, esto es, a quien obtuvo el puntaje más alto en el concurso, llevaron a seleccionar de manera discrecional a uno de los integrantes de la terna, alterando completamente la finalidad del concurso público de méritos.

2.7. Conforme con tales consideraciones, el señor Comas Bazza acude al recurso de amparo constitucional e insta al juez de tutela para que proteja los derechos fundamentales que resultan transgredidos, de tal manera que se le ordene al Municipio de María La Baja -Bolívar-, designarlo como Gerente o Director de la Empresa Social del Estado Hospital Local de María La Baja, atendiendo para ello a los resultados del concurso de méritos del que fue partícipe.

3. Oposición a la demanda de tutela

Con el objeto de conformar debidamente el contradictorio, el Juzgado Promiscuo Municipal de María La Baja, mediante Auto del 12 de diciembre de 2008, ordenó poner en conocimiento, tanto del Municipio de María La Baja como de Alberto José Batty Vásquez, la

demanda de tutela para que se pronunciaran acerca de las pretensiones y del problema jurídico planteado en ella.

Sin embargo, el término de rigor transcurrió sin respuesta alguna de quien actualmente ocupa el cargo de Gerente de la E.S.E. Hospital Local de María La Baja, esto es, de Alberto José Batty Vásquez.

3.1. Municipio de María La Baja

Mediante escrito del quince (15) de diciembre de dos mil ocho (2008), el Municipio de María La Baja, Bolívar, dio respuesta al requerimiento judicial en los siguientes términos:

- Que, de acuerdo con el decreto 2591 de 1991, la acción de tutela debió ser dirigida contra la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Local, entidad pública descentralizada del orden municipal que cuenta con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía presupuestal, financiera y administrativa. En este sentido, se impondría, a su juicio, la declaratoria de improcedencia del mecanismo de amparo constitucional, por cuenta de la falta de legitimación en la causa por pasiva.
- En todo caso, advierte la inexistencia de vulneración alguna de derechos fundamentales por parte del Municipio de María La Baja, habida cuenta de que el Alcalde dio correcta aplicación a las disposiciones legales relativas al nombramiento del Gerente de la E.S.E. Hospital Local de María La Baja, desde la misma convocatoria pública a participar en el concurso de méritos, hasta la conformación de la terna aprobada por la Junta Directiva de la referida E.S.E.
- Por otra parte, resalta que el actor, al no encontrarse conforme con la dinámica que se presentó en el concurso de méritos, específicamente, en cuanto tiene que ver con la provisión que del cargo de Gerente se realizó, tenía a su disposición los mecanismos ordinarios de defensa judicial, con los cuales hubiese podido controvertir lo establecido en el Acuerdo No.001 de 2008, a partir del cual se delinearón los parámetros básicos para la participación en el proceso de selección del Gerente de la E.S.E. Hospital Local de María La Baja.
- Precisa, así mismo, que el cargo para el cual se postuló el señor Comas Bazza, no es, en

estricto sentido, de carrera, por lo que tal particularidad pone de relieve el amplio margen de discrecionalidad para el manejo de los criterios de participación y selección que bien podía darse en el caso del nombramiento del Gerente de la E.S.E. Hospital Local de María La Baja.

4. Pruebas que obran en el expediente

Dentro del expediente de tutela, se encuentran como pruebas relevantes, las siguientes:

- Copia del Acuerdo No. 001 de 9 de julio de 2008, por medio del cual la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Local de María La Baja, realizó una convocatoria pública a todos los interesados en participar del proceso de selección para proveer el cargo de Gerente en propiedad, de la Empresa Social del Estado Hospital Local de María La Baja (Folios 7 a 10)

- Copia del aviso de invitación para la conformación de la lista de elegibles, a partir de la cual se seleccionó la terna por parte de la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Local de María La Baja para designar al Gerente de dicha entidad (Folio 11)

- Copia de respuesta al derecho de petición elevado por el señor Gelberto Comas Bazza, el 16 de octubre de 2008, ante la Junta Directiva de la E.S.E Hospital Local de María La Baja, en donde se relacionan, entre otros documentos, aquellos que dan cuenta del resultado del proceso de selección adelantado por la Corporación Universitaria del Caribe - CECAR- (Folios 12 a 26)

Entre los documentos adjuntados por vía del derecho de petición, se encuentran: la lista de elegibles (cinco profesionales), la lista de elegibles con puntuaciones totales en su valoración, la lista de elegibles con puntuaciones en estricto orden alfabético y la valoración, tanto de la prueba de conocimiento como de aptitud gerencial y actitudes escritas.

- Copia de respuesta al derecho de petición presentado por el señor Gelberto Comas Bazza, ante la Corporación Universitaria del Caribe -CECAR-, institución de educación superior encargada de adelantar el proceso de selección, en la que se le informa de la

totalidad de las fases o etapas que se surtieron como consecuencia del proceso de selección para proveer el cargo de Gerente de la E.S.E. Hospital Local María La Baja, Bolívar. (Folios 27 a 45)

A dicho escrito de respuesta, se anexa copia del documento original de los resultados del proceso de selección, de los exámenes de conocimiento y de la publicación correspondiente de los resultados en la página web de la corporación.

- Copia de respuesta al derecho de petición radicado por el señor Gelberto Comas Bazza, el 5 de noviembre de 2008, ante la Alcaldía Municipal de María La Baja, por la que se le expide copia del decreto a través del cual se realizó el nombramiento del Gerente de la E.S.E. de dicho municipio, así como de los criterios fijados por la Junta Directiva para la escogencia del mismo (Folios 46 a 50)

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1.1. Primera Instancia

En providencia del dieciséis de enero de dos mil nueve, el Juzgado Promiscuo Municipal de María La Baja -Bolívar-, resolvió denegar el amparo constitucional impetrado, con apoyo en las siguientes consideraciones:

Manifiesta el despacho judicial, que si bien el concurso público de méritos tiene un carácter vinculante para el nominador, de suerte que siempre deberá nombrar a quien haya ocupado el primer lugar, lo cierto es que los funcionarios que tienen a su cargo la dirección de entidades públicas son designados discrecionalmente por la administración.

En ese sentido, como quiera que el cargo de Gerente, en su criterio, es de naturaleza directiva y no, como lo aduce el accionante, de carrera administrativa, el mismo no se encuentra sometido necesariamente a la realización de procesos de selección para que sea proveído.

De acuerdo con esa orientación, el fallador arriba a la conclusión según la cual, no obstante que el señor Comas Bazza haya obtenido el puntaje más alto del concurso, ese solo hecho, per se, no implica que necesariamente tenga que ser elegido como

Gerente, toda vez que, como ya fue puesto de presente, los únicos procesos de selección que vinculan al nominador, son aquellos en que se busca proveer un cargo de carrera administrativa. En los demás casos, en su entender, el nominador goza de un amplio margen de discrecionalidad para efectuar nombramientos.

Como corolario de lo anterior, estimó que la acción de tutela no es un mecanismo idóneo ni eficaz para resolver la controversia planteada, ni siquiera como medio de protección transitorio, en tanto el actor no logró acreditar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

1.2. Impugnación

El señor Gelberto Comas Bazza impugnó el fallo judicial anteriormente reseñado, con fundamento en los mismos argumentos presentados inicialmente en el escrito de tutela.

1.3. Segunda Instancia

Del asunto conoció el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Turbaco -Bolívar-, quien, mediante Sentencia del seis de marzo de dos mil nueve, revocó el fallo judicial proferido en primera instancia.

Para tal efecto, sostuvo, con base en abundante jurisprudencia constitucional, que la designación que realizó el Alcalde Municipal de María la Baja, respecto del cargo de Gerente de la E.S.E. de dicho municipio, vulneró el derecho a la igualdad de oportunidades que se radicaba en cabeza del actor, además de que quebrantó unilateralmente las bases del concurso público, eliminando su esencia y transformando el sistema de vinculación a la función pública establecido en la Constitución Política.

Con todo, para dicho operador jurídico, aún si en gracia de discusión, se aceptara la facultad discrecional de que se inviste el nominador para nombrar a un concursante a pesar de que no obtuvo el mejor puntaje, lo cierto es que ello exige una justificación objetiva y razonable, no siendo suficiente, en modo alguno, la simple invocación de las normas a partir de las cuales se ampara dicho margen de discrecionalidad.

Así las cosas, de cara al asunto bajo análisis, se tiene que la entidad estaba llamada a

explicar, con argumentos suficientes, el favorecimiento que se dio a un concursante distinto de aquel que se ubicó en el primer lugar, como quiera que, de lo contrario, su criterio parecería tornarse arbitrario.

De otra parte, consideró igualmente vulnerado el derecho fundamental al trabajo del actor, habida cuenta de que éste, a pesar de haber obtenido el primer lugar en el concurso de méritos, y tener una expectativa legítima para ocupar el cargo para el cual participó, no fue designado como Gerente, haciéndose nugatorio el ejercicio del mencionado derecho.

Por las razones consignadas en precedencia, y bajo la consideración de que el mecanismo de amparo constitucional resulta más eficaz que aquellos medios ordinarios dispuestos en el ordenamiento jurídico, concedió la protección tutelar de los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad de Gelberto Comas Bazza, como consecuencia de lo cual, le ordenó a la Alcaldía Municipal de María La Baja -Bolívar-, realizar su nombramiento y posesión en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Local de María La Baja.

1.4. Incidente de Nulidad promovido por el actual Gerente de la E.S.E. Hospital Local de María la Baja -Bolívar-

El 13 de marzo del año en curso, el señor Alberto José Batty Vásquez, actual Gerente de la E.S.E. Hospital Local de María La Baja, como consecuencia de la decisión proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Turbaco -Bolívar-, formuló incidente de nulidad, sobre la base de que dicha decisión, por un lado, resulta violatoria del precedente jurisprudencial al conceder la protección tutelar deprecada como mecanismo de amparo definitivo, cuando, por el contrario, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado al respecto destacando que, por regla general, la vía idónea para enervar los efectos de los actos administrativos es la contencioso administrativa y que, en todo caso, de ser procedente la acción de tutela, ésta se concederá de manera transitoria; y, por otro lado, incurre en una causal genérica de procedibilidad de la acción de tutela, al no dar aplicación directa al artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

A más de lo anterior, agregó que la naturaleza del cargo que actualmente ocupa no es de carrera administrativa, por lo que los principios que informan a esta clase de empleo, en

estricto sentido, no le son aplicables.

1. Respuesta al Incidente de Nulidad

A través de providencia del 17 de marzo de 2009, el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Turbaco -Bolívar- despachó desfavorablemente el incidente de nulidad antes mencionado. Para ello, la autoridad judicial concluyó que el tercero afectado con la decisión proferida en segunda instancia no formuló causal de nulidad alguna de acuerdo con lo establecido en el artículo 140 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Agregó, igualmente, que no considera haber incurrido en una vía de hecho, toda vez que, contrario a lo sostenido por el incidentante, la inaplicación del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 y el Decreto 800 de 2008 encuentra su fundamento en el artículo 4 Superior; además de que en este tipo de asuntos, ha sido la misma jurisprudencia constitucional la que ha establecido, en diversas sentencias, la procedencia de la acción de tutela como mecanismo definitivo, atendiendo para ello a la ineficacia de los mecanismos ordinarios de defensa judicial.

De acuerdo con los argumentos expuestos en precedencia, precisó, finalmente, que al peticionario le asiste la posibilidad de solicitar, de considerarlo pertinente, la revisión de la sentencia ante la Corte Constitucional, tal y como lo establece el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 25 de junio de 2009, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Seis de esta Corporación.

2. Problema Jurídico

De acuerdo con la situación fáctica planteada, y las decisiones adoptadas en sede de tutela, en esta oportunidad le corresponde a la Corte decidir, si se ha producido una violación de los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la igualdad del señor Gelberto Comas Bazza, como consecuencia de la decisión de la Alcaldía Municipal de María La Baja -Bolívar-, de no designarlo en el cargo de Gerente de la E.S.E. Hospital Local de María La Baja, no obstante haber obtenido el primer puesto en el concurso público de méritos convocado por la Junta Directiva para proveer el mencionado cargo y estar encabezando la respectiva terna con la mayor calificación.

Para tal efecto, la Sala se ocupará, en primer lugar, de establecer la procedencia del mecanismo de amparo constitucional a propósito de los asuntos en que se controvierten concursos de méritos. En segundo término, de resultar procedente la acción de tutela, deberá revisarse la jurisprudencia constitucional existente en relación con (i) la protección del derecho fundamental al debido proceso administrativo, (ii) los concursos de méritos y (iii) los fundamentos constitucionales y legales a partir de los cuales se rige la elección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado, para luego, finalmente, resolver el problema jurídico expuesto en el asunto sub-exámine.

3. Aspecto de Procedibilidad: La acción de tutela como mecanismo definitivo de protección de los derechos fundamentales -Caso de los Concursos de Méritos-

Tal y como se ha señalado en innumerables pronunciamientos sobre la materia, la acción de tutela, en términos generales, no se configura como un mecanismo judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la Ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se pretende substituir los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer las acciones y recursos judiciales dispuestos dentro de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten³.

Lo anterior encuentra particular sustento en la condición supletiva que el artículo 86 Superior le ha atribuido al recurso de amparo constitucional, en virtud del cual, tal instrumento de defensa judicial solo es procedente de manera subsidiaria y residual, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo éstos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio

irremediable⁴. Dicho de otro modo: en tanto el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales que, desde luego, incluyen aquellos que tienen la connotación de fundamentales, la procedencia excepcional de la tutela se explica, en razón a la necesidad de salvaguardar el orden regular de las competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también garantizar el principio de seguridad jurídica⁵.

Con todo, se ha puesto de presente, en reiterada jurisprudencia constitucional, que tal panorama no es absoluto. De hecho, se ha aceptado que la protección de los derechos constitucionales no es un asunto que haya sido delegado exclusivamente a la acción de tutela, en la medida en que la Carta Política le impone a las autoridades de la República la obligación de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades -C.P. art. 2º-, por lo que debe entenderse que los diversos mecanismos judiciales de defensa previstos en la ley, han sido estatuidos como instrumentos de carácter preferente a los que deben acudir las personas en procura de la efectiva garantía de protección de sus derechos. De ahí que se justifique el carácter subsidiario de la acción de tutela.

Ahora bien, no obstante que la regla general sea aquella según la cual los conflictos jurídicos relacionados con derechos fundamentales deben ser resueltos, en principio, por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas-, deberá ser el juez constitucional, en cada caso en particular, quien determine cuándo ese medio judicial preferente es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para prodigar una protección inmediata, eventos en los que la acción de amparo constitucional se impone como mecanismo directo de protección⁶.

Este último razonamiento encuentra pleno respaldo en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, el cual, al referirse a las causales de improcedencia de la acción de tutela, señala claramente que la existencia de otros medios de defensa judicial tendrá que ser apreciada “en concreto” por el juez, teniendo en cuenta para ello el grado de eficiencia y efectividad del mecanismo judicial frente a las específicas circunstancias en que se encuentre el solicitante al momento de invocar la protección del derecho presuntamente conculcado.

Así las cosas, en tratándose, por ejemplo, de controversias cuya órbita competencial sea del resorte de la jurisdicción contencioso administrativa, como lo son aquellos asuntos relacionados con los concursos de méritos, esta Corporación ha sido consistente en sostener que la acción de tutela resulta, por regla general, improcedente para resolver cuestiones de esta estirpe, toda vez que por su naturaleza excepcional y subsidiaria, no puede reemplazar las acciones contencioso administrativas dispuestas preferentemente en el ordenamiento jurídico. De suerte que la existencia y disposición de otros medios de defensa judicial como escenarios pertinentes para ventilar los diversos litigios y desplegar ampliamente las garantías de orden procesal, permiten suponer que, al rompe, la acción de amparo constitucional se torna en un mecanismo impropio para decidir sobre tales pretensiones⁷.

No obstante lo anterior, esta Corporación ha establecido, igualmente, que en caso de comprobarse que dichos medios ordinarios de defensa judicial no resultaren aptos, idóneos y eficaces para prodigar una protección inmediata a los derechos fundamentales presuntamente transgredidos o amenazados, es evidente que, de manera excepcional, la acción de amparo constitucional se impone como el instrumento calificado y conveniente para salvaguardar las garantías constitucionales fundamentales⁸. Al respecto, esta Corporación ha expresado que:

“La acción de tutela, como mecanismo de protección y defensa de los derechos fundamentales cuando estos han sido violados o se encuentran en amenaza, es, en virtud del artículo 86 de la Carta Política de Colombia, del orden subsidiario y residual⁹, lo que significa que su procedibilidad depende de la inexistencia de otros medios idóneos de defensa al alcance de quien demanda. Sin embargo, puede ocurrir, y así lo ha dicho la Corte, que a pesar de contar los sujetos procesales con los medios ordinarios dentro del proceso para defender sus intereses concretos, ninguno de estos mecanismos actúe de manera efectiva y eficiente. Es precisamente en dichos casos, que el juez de tutela debe hacer un examen razonable y ponderado en cuanto a la validez y efectividad del medio judicial alternativo. Este dinamismo judicial permite en un Estado Social de Derecho el cumplimiento de uno de sus fines, que es, el asegurar la vigencia de un orden justo, de conformidad a lo establecido en el artículo 2 de la Constitución Política”¹⁰.

De manera pues que, aplicando estos conceptos al caso objeto de revisión, cabe resaltar

que si bien puede llegarse a considerar, en principio, que el asunto, como consecuencia de la aplicación del principio de la subsidiariedad, debe declararse improcedente, lo cierto es que acudir al mecanismo ordinario de defensa judicial, cual es, en este caso, la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de la acción electoral, de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de la acción de reparación directa, puede resultar excesivo y desproporcionado, atendiendo para ello al prolongado término de duración que este tipo de procesos pudiese tener.

Particular relevancia toma entonces el asunto, pues en las mencionadas condiciones, quien no es nombrado en el cargo, pese a haber ocupado el primer puesto del concurso, tiene pocas probabilidades de que su derecho sea reestablecido a corto plazo y de manera oportuna¹¹.

En efecto, en una de las primeras decisiones que sobre el tema adoptó esta Corporación, esto es, en Sentencia T-256 de 1995, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional abordó el tema del acceso a la función pública a través de concurso público, a propósito del caso de una aspirante a un cargo de docente que participó en un concurso público de méritos convocado por la Secretaría de Educación de Cartagena y que, pese a haber obtenido uno de los más altos puntajes, no fue incluida en la lista de elegibles.

En ese fallo, la Sala en mención indicó que, si bien la actora tenía a su disposición un medio de defensa judicial diferente a la acción de tutela, como lo era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el mismo no resultaba idóneo para salvaguardar los derechos fundamentales presuntamente quebrantados, en tanto carecía del atributo de la eficacia requerida para su efectiva y real protección.

En ese sentido, la Sala Segunda de Revisión Sostuvo:

“Desde un punto de vista meramente formal, es obvio que contra el acto en cuestión los afectados pueden intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; pero a juicio de la Sala este medio alternativo de defensa judicial no es idóneo y eficaz, por las siguientes razones:

- La no inclusión de una persona en la lista de elegibles o la figuración de ésta en un lugar que no corresponde, según las consideraciones precedentes, puede implicar la

violación de derechos fundamentales, entre otros, a la igualdad, al debido proceso y al trabajo.

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

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

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

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

La orden a la administración para que reelabore la lista de elegibles, con la inclusión en ella del demandante en el proceso contencioso administrativo, carece de objeto y de un efecto práctico, porque dicha lista tiene como finalidad hacer posible la oportuna provisión del cargo o de los cargos correspondientes y para la época en que se dictaría la sentencia,

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

Es más, la orden de reelaborar la lista no tiene un sustento jurídico serio, pues a la administración se le conminaría a que modifique un acto administrativo que ya se encuentra extinguido por el agotamiento de su contenido, lo cual, además, como se dijo antes no tiene un efecto práctico.”¹²

Así las cosas, la Sala concluyó que la acción contencioso administrativa a disposición de la tutelante no era idónea ni eficaz para proteger sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la igualdad. Ello, teniendo en cuenta que la provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, materializa el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad, y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa. Además, consideró que cuando quiera que se presenten controversias entre la administración y los participantes en el concurso, se requiere de decisiones rápidas que garanticen en forma oportuna la efectividad de sus derechos, máxime, si se trata de proteger aquellos de raigambre fundamental.

Bajo la misma línea interpretativa, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia SU-133 de 1998, se pronunció respecto de la eficacia de los mecanismos ordinarios de defensa judicial frente a aquella ofrecida por la acción de tutela, en tratándose de controversias relacionadas con la implementación de concursos públicos de méritos. En la providencia en mención, la Sala puso de presente que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y al debido proceso, de quienes no son nombrados a pesar de haber obtenido el primer lugar en el respectivo concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en la activación de un proceso ordinario, pues de suyo supone una serie de trámites más dispendiosos que los de la acción de tutela y, por lo mismo, dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.

En relación con el punto, la Sala señaló:

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

Tal posición ha sido acogida y reiterada en diversas decisiones adoptadas por esta Corporación, entre las que se encuentran las Sentencias T-388 de 1998 (Sala Octava de Revisión), T-390 de 1998 (Sala Octava de Revisión), SU-086 de 1999 (Sala Plena de la Corporación), T-095 de 2002 (Sala Octava de Revisión), T-720 de 2008 (Sala Tercera de Revisión) y T-329 de 2009 (Sala Sexta de Revisión).

Conforme a lo anterior, esta Sala de Revisión encuentra que del caso concreto emerge una controversia relacionada con la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la igualdad de una persona que, no obstante haber participado en el concurso de méritos y haber obtenido el más alto puntaje en dicho concurso, no fue nombrada en el cargo objeto de la convocatoria pública. Por lo tanto, esta Corporación concluye que la acción de tutela es procedente como mecanismo

definitivo de protección, razón por la cual habrá de pronunciarse de fondo sobre el problema jurídico planteado en el acápite precedente.

Como es sabido, el artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, haciendo extensiva su aplicación “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

La Corte se ha referido a este derecho señalando que “lo integran el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo básico es brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso, de manera que durante el trámite se puedan hacer valer sus derechos sustanciales y se logre el respeto de las formalidades propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida administración de justicia”.¹³

Una de las principales garantías del debido proceso es, precisamente, la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, “de ser oíd[a], de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga”¹⁴.

Particularmente, en cuanto se refiere al debido proceso administrativo¹⁵, la jurisprudencia ha resaltado que esta prerrogativa es, sin lugar a dudas, de connotación fundamental, pues busca que cualquier actuación administrativa se someta a las normas y a la jurisprudencia que regula la aplicación de los principios constitucionales.

De igual forma, se ha establecido que dicha prerrogativa debe responder no sólo a las garantías estrictamente procesales, sino también, a la efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública, como lo son, entre otros, los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Sobre el particular, ha puntualizado esta Corporación que:

“El debido proceso tiene un ámbito de aplicación que se extiende a todos los tipos de

juicios y procedimientos que conlleven consecuencias para los administrados, de manera que a éstos se les debe garantizar la totalidad de elementos inherentes a este derecho fundamental. De otra parte, y específicamente en lo que hace relación con los procedimientos administrativos, es necesario precisar que el derecho con que cuentan los ciudadanos, relativo a la posibilidad de controvertir las decisiones que se tomen en dicho ámbito es consubstancial al debido proceso. Si bien ambas son garantías que se derivan del principio de legalidad, son dos caras de la misma moneda, esto es, mientras que el derecho a cuestionar la validez de las decisiones funge como garantía posterior, las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso, tales como (i) el acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia; (ii) el acceso al juez natural; (iii) la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa (con los elementos para ser oído dentro del proceso); (iv) la razonabilidad de los plazos para el desarrollo de los procesos; y, (v) la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces y autoridades, son elementos que deben ser garantizados durante el desarrollo de todo el procedimiento, y apuntan, principalmente, a brindar garantías mínimas previas. En efecto, los elementos del debido proceso arriba enumerados buscan garantizar el equilibrio entre las partes, previa la expedición de una decisión administrativa. Por el contrario, el derecho a cuestionar la validez de la misma, hace parte de las garantías posteriores a la expedición de la decisión por parte de la autoridad administrativa, en tanto cuestiona su validez jurídica”¹⁶.

De conformidad con lo anterior, el derecho al debido proceso y las garantías que lo integran, tiene un ámbito de aplicación que se extiende definitivamente a toda clase de actuaciones, juicios y procedimientos, que conlleven consecuencias para los administrados, de modo que a éstos se les debe garantizar la totalidad de elementos inherentes a este derecho fundamental.

5. Los Concursos Públicos de Méritos

En relación con los concursos públicos de méritos, ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que es el mecanismo previsto por la Constitución Política para el acceso a la función pública, esto es, para que el Estado, en el marco de una actuación imparcial y objetiva, tenga en cuenta el mérito como el criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público. Es decir, que evalúe las capacidades, la preparación

y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, a fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, prescindiendo, por supuesto, de consideraciones subjetivas, inclinaciones o preferencias y, en general, de toda influencia, ya sea política, económica o de otra naturaleza.

Sobre el particular, explicó la Corporación, a través de la Sentencia SU-133 de 1998, que: “La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado”.

Así mismo, en otras ocasiones, se ha hecho hincapié en la importancia de garantizar el efecto práctico de los concursos de méritos, habida cuenta de que el propósito del constituyente no fue otro que el de implementar un sistema que garantizara los derechos de los ciudadanos que desean ingresar a la función pública en igualdad de condiciones, de forma tal que su vinculación dependa única y exclusivamente de sus cualidades intelectuales y psicotécnicas. Su finalidad pues, se orienta a la identificación de destrezas, aptitudes, experiencia, idoneidad moral y condiciones de personalidad de los aspirantes al cargo con una finalidad específica: determinar su inclusión en la lista de aspirantes, al igual que fijar su ubicación en la misma¹⁷.

“el acceso a la función pública y el ascenso dentro de ésta, debe darse, por regla general, a través de un concurso de méritos en virtud del cual pueda seleccionarse al mejor candidato¹⁸. Adicionalmente, ha establecido que quien ocupe el primer puesto en el concurso debe ser vinculado al cargo para el cual concursó¹⁹. En consecuencia, para la designación de una persona en un determinado cargo judicial basta con que dicha persona reúna las calidades exigidas por la ley y ocupe el primer puesto del listado nacional de elegibles, siempre que no concurra ninguna causal de inhabilidad ni incompatibilidad para el ejercicio del cargo. De verificarse alguna de las mencionadas causales, deberá nombrarse a quien ocupe el segundo lugar en el concurso.”²⁰

En esta misma dirección se ha indicado:

“Por tanto, quien ocupe el primer lugar, de acuerdo con el puntaje obtenido, será el ganador y excluirá a los demás, en orden descendente. Si se procede de otro modo, habría

que preguntarse, como lo hace el demandante, ¿para qué el concurso de méritos y calidades, si el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias? De este campo, es preciso desterrar la arbitrariedad y, justamente, para ese propósito se ha ideado el concurso. En él, por tanto, se ha de calificar no sólo la idoneidad profesional o técnica del aspirante, sino también su solvencia moral, su aptitud física y su sentido social, de acuerdo con la categoría del empleo y las necesidades del servicio. Hay que hacer de la carrera administrativa el instrumento eficaz para lograr una administración pública en la que se garantice la eficiente prestación del servicio público, la idoneidad y moralidad de sus funcionarios y la prevalencia del interés general sobre el particular”²¹.

Conforme con esa línea de orientación, una vez se surtan en su totalidad las fases o etapas de que se compone un determinado concurso y se publican los resultados, el aspirante que obtiene el primer puesto adquiere el derecho a ocupar el cargo. Esto último, como quiera que la conformación de la lista obliga al nominador a seleccionar al mejor de los concursantes, pues como ya fue puesto de presente, ningún sentido podría tener el adelantar un proceso público para terminar beneficiando a otro distinto de aquel que ocupó el primer lugar.

En este punto, no puede perderse de vista, sin embargo, que por vía jurisprudencial también se ha admitido que la Administración puede apartarse de tal decisión cuando quiera que exista una causa objetiva lo suficientemente poderosa como para abstenerse de respetar el primer lugar de la lista. Lo anterior acontece, verbigracia, cuando el ganador del concurso presenta antecedentes penales, disciplinarios o de tipo profesional que, al ser contrastados con los resultados de los concursos, demuestran su falta de idoneidad para ocupar el cargo. En todo caso, es claro que bajo ninguna circunstancia pueden aducirse razones de tipo subjetivo o de orden moral, religioso, de raza o política para sustraerse de la obligación de nombrar al primero de la lista.

En ese entendido, la jurisprudencia ha puesto de presente que:

“También es claro que, por su misma definición, el concurso debe ser objetivo y que, por tanto, las razones subjetivas de los nominadores no pueden prevalecer sobre sus resultados al momento de hacer la designación. Ello significaría no sólo un inadmisibles

quebranto del artículo 125 de la Constitución y el abuso de las atribuciones de nominación sino la evidente vulneración de los derechos fundamentales de quienes, por motivos ajenos a la consideración y evaluación de sus méritos, resultan vetados o descalificados para ejercer los cargos que se ganaron mediante concurso. Y, obviamente, sería palmaria la trasgresión al principio constitucional de la buena fe, ya que, confiados en la lealtad de los entes nominadores, aquéllos habrían participado en el proceso de selección sobre el supuesto de que su triunfo en el concurso equivaldría a la elección o nombramiento.

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

Desde luego, no se trata de forzar la designación de quien, por sus conductas anteriores, no merece acceder al empleo materia del proceso cumplido, pues ello implicaría también desconocer el mérito, que se repite constituye factor decisivo de la carrera. Por eso, la Corte Constitucional afirma que las corporaciones nominadoras gozan de un margen razonable en la selección, una vez elaborada -con base en los resultados del concurso- la lista de elegibles o candidatos. Tal margen lo tienen, no para nombrar o elegir de manera caprichosa o arbitraria, desconociendo el concurso o ignorando el orden de las calificaciones obtenidas, sino para excluir motivadamente y con apoyo en argumentos específicos y expresos, a quien no ofrezca garantías de idoneidad para ejercer la función a la que aspira.

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

respetabilidad debidos.

La Corte no admite las consideraciones subjetivas ni los motivos secretos, reservados u ocultos para descalificar a un concursante”²².

En los términos expuestos, se tiene que la regla general para los concursos públicos de méritos es que sea elegido quien obtenga el primer puesto y que, por vía de excepción, cuando de no ser posible elegir a quien obtuviere éste, el nominador deberá sustentar su decisión con argumentos sólidos y objetivos, explicando el motivo por el cual se considera que el aspirante no satisface las exigencias del cargo, garantizando, en todo caso, su derecho a controvertir la decisión.

6. Fundamentos constitucionales y legales a partir de los cuales se rige la elección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado.

Ha de destacarse que al tenor de lo establecido por el artículo 125 de la Carta Política, se consagra, como regla general, el que los empleos en todos los órganos y entidades del Estado sean proveídos mediante el sistema de carrera.

Bajo esa orientación, de acuerdo con los principios llamados a desarrollar la función administrativa -C.P. art. 209-, el Constituyente del 91 le defirió al legislador la competencia para determinar el régimen jurídico correspondiente, el sistema de nombramiento, los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como también las causales de retiro del servicio oficial²³. Así lo ha reconocido esta Corporación en diversos pronunciamientos:

“el Constituyente del 91, siguiendo el derrotero trazado en la reforma plebiscitaria de 1957, acogió el mérito como el criterio imperante para el acceso al servicio público, buscando mantener con ello un sistema efectivo de nombramiento y provisión de cargos que permitiera no solo cumplir con los fines y programas de la organización del Estado, sino también garantizar objetivos básicos de dicha organización como la moral administrativa, la imparcialidad política de los funcionarios, la igualdad de oportunidades para los aspirantes a los empleos públicos y la estabilidad en el servicio.”²⁴

No obstante, conviene destacar, igualmente, que a manera de excepción, la citada

disposición constitucional excluye del régimen de carrera los empleos “de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”; en este último caso, previendo una causal exceptiva abierta que le confiere al Congreso la facultad para determinar qué otros empleos, además de los previstos en la mencionada norma Superior, se gobiernan por un sistema distinto al de carrera administrativa.

A propósito de tal facultad, cabe expresar que la hermenéutica constitucional se ha pronunciado sobre el particular, resaltando que la misma es de interpretación restrictiva, en el sentido de que no es posible que por esa vía se desnaturalice la regla general de que los empleos en los órganos y entidades del Estado deben proveerse por el sistema de carrera. Así lo ha expresado esta Corte en múltiples pronunciamientos, en donde se ha dejado sentado que la competencia otorgada al legislador en ese específico campo, no puede entrar en contradicción con la esencia misma del sistema de carrera, ni mucho menos generar un efecto contrario al pretendido por el Constituyente del 91: que la carrera sea la excepción y los demás mecanismos de provisión de cargos la regla general²⁵.

De esa forma, se ha entendido que, por disposición del mismo texto superior, es dable que se desarrollen excepciones al principio general de la carrera administrativa, manteniéndose dicho régimen, en todo caso, como una prioridad, en atención a que éste interpreta de mejor manera el principio del merecimiento como determinante del ingreso, permanencia, promoción y retiro de los cargos públicos. En este sentido, la cobertura del sistema de carrera se amplía de tal suerte que, en caso de existir empleos cuyo sistema de provisión no haya sido establecido por la Carta o definido por la ley en forma razonable y justificada, es necesario acudir a la regla general, es decir, al concurso público de méritos para la provisión de cargos en el sector público²⁶.

Ahora bien, en cuanto tiene que ver concretamente con la naturaleza jurídica del cargo de gerentes de las Empresas Sociales del Estado, preliminarmente se entendía que, de conformidad con el Decreto 139 de 1996²⁷, pertenecía a aquellos empleos públicos de período fijo cuyo sistema de nombramiento era especial, en tanto su designación le correspondía al jefe de la entidad territorial respectiva, de terna propuesta por la Junta Directiva del organismo o entidad. Ello suponía, a todas luces, un

amplio margen de discrecionalidad, no solo radicado en cabeza de la Junta Directiva para conformar la terna de candidatos, sino también, en el nominador, quien, de la respectiva terna, se encargaba de designar a quien, finalmente, ocuparía el cargo de gerente de una Empresa Social del Estado²⁸.

Esto último, conduce a afirmar que, hasta ese momento, el cargo de gerente o director de una Empresa Social del Estado, no era de aquellos que por su naturaleza se correspondía con los cargos de carrera administrativa, libre nombramiento y remoción, ni tampoco de aquellos a los que se accede por vía del concurso público de méritos. Entre otras cosas, por cuanto el legislador, en atención a la naturaleza jurídica especial de este tipo de entidades, que difiere de la de los establecimientos públicos por no cumplir una función propiamente administrativa sino direccionada a la atención en salud, le fijó una estructura orgánica distinta, también en aquello relacionado con la forma de designación de quienes tienen a cargo la dirección de la entidad; esto es, todo lo relativo a la forma de acceso, nombramiento, período y causales de retiro de sus gerentes o directores²⁹.

Con todo, lo cierto es que, posteriormente, el legislador expidió la Ley 1122 de 2007³⁰, en la que dispuso, a través del artículo 28, que los gerentes de las Empresas Sociales del Estado serían nombrados a través de concurso público de méritos.

La citada disposición es del siguiente tenor:

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

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

En caso de vacancia absoluta del gerente deberá adelantarse el mismo proceso de selección y el período del gerente seleccionado culminará al vencimiento del período institucional. Cuando la vacancia se produzca a menos de doce meses de terminar el respectivo período, el Presidente de la República o el jefe de la administración Territorial a la que pertenece la ESE, designará gerente.

Parágrafo Transitorio. Los Gerentes de las ESE de los niveles Departamental, Distrital y Municipal cuyo período de tres años termina el 31 de diciembre de 2006 o durante el año 2007 continuarán ejerciendo el cargo hasta el 31 de marzo de 2008.

(...)”.

En efecto, el legislador, al expedir la Ley 1122 de 2007, modificó sustancialmente la forma de designación de los cargos de gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado. En principio, motivado en el hecho de superar la situación deficitaria en la prestación descentralizada del servicio de salud, generada, entre otras razones, por la falta de coincidencia en los períodos de los nominadores y de los propios gerentes o directores³¹. Por ello, entre otras medidas, se adoptaron, las de igualar los períodos de ejercicio de los cargos de los gerentes de las E.S.E. con el de sus nominadores, definiendo, además, que los períodos de los primeros son institucionales y no personales³².

Tampoco escapa a la consideración de esta Corte, que por virtud de tal disposición jurídica, el legislador quiso establecer un mecanismo de elección para la escogencia de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado, por medio del concurso público de méritos, en procura de la realización de los principios de eficacia, eficiencia y moralidad en la función pública³³, es decir, organizar el acceso a este tipo de cargos a través de la expedición de una regulación que consagre el mérito como criterio básico para el ingreso y el retiro del servicio, con lo cual se objetiviza el manejo de estos cargos y se los sustrae de factores subjetivos que pugnan con el adecuado ejercicio de esa función pública, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo³⁴. De ahí que se entienda que, por virtud de la adopción del sistema de concurso aquí previsto para la designación de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado, sea el respeto por el mérito de los aspirantes el parámetro a seguir.

De otra parte, cabe mencionar que el Decreto 800 de 2008, reguló parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, estableciendo, entre otros aspectos, que el concurso de méritos era público y abierto y que su desarrollo tendría como principios rectores el de la igualdad, moralidad, eficacia, objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad³⁵.

Así también, dicho Decreto introdujo una medida según la cual serían las Juntas Directivas de cada una de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial, quienes conformarían, con las personas que sean escogidas mediante concurso de méritos, una terna de candidatos a efectos de designar a los Gerentes o Directores de dichas entidades.

Así entendido este sistema, podría llegarse a considerar que hace las veces de una mixtura o un híbrido, en el sentido de que combina el sistema de carrera con la modalidad *sui generis* que anteriormente se utilizaba para efectos de seleccionar al gerente o director de una respectiva E.S.E., pues a la vez que implica la implementación de un concurso público de méritos, supone igualmente la conformación de una terna ofrecida por la Junta Directiva de la entidad u organismo al nominador, para que de ella, discrecionalmente, haga la elección correspondiente. De este modo, se tiene que, por un lado, el concurso de méritos tiene como fin demostrar cuál aspirante es el más capacitado para ocupar el cargo; mientras que, por otra parte, la terna ofrece la opción al nominador para escoger a cualquiera de los ternados.

De lo anterior se deduce que en el sistema de nombramiento existe un elemento que perturba la concreción del principio de respeto por el mérito del participante, cual es, precisamente, la conformación de una terna por parte de las Juntas Directivas de cada una de las Empresas Sociales del Estado para, finalmente, nombrar a alguno que haga parte de aquella, sin que para el efecto se tenga en cuenta el mérito como criterio imperante para el acceso al servicio público.

Así, el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 establece, en su parte inicial, la implementación de los concursos de méritos, pero resuelve incluir en el segmento final un elemento de discrecionalidad que, al romper, desnaturaliza la filosofía del concurso. La disposición, específicamente, señala 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.”

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

Incuestionablemente, la conformación de la lista de elegibles depende directa y objetivamente del puntaje obtenido por los concursantes, por lo cual sólo el mérito del participante determina su inclusión en la misma. Sin embargo, cuando de ese resultado debe conformarse la terna, la Junta Directiva de la respectiva E.S.E. no está sometida a ningún parámetro de excelencia y puede, sin atender al criterio del mérito, prescindir del aspirante que obtuvo el mejor puntaje, desnaturalizando el sistema del concurso público de méritos.

Por lo tanto, a juicio de esta Sala de Revisión, el sistema de terna implica la posibilidad de que quien ocupe el cargo no sea el primero, sino que sea alguno de los seleccionados a discreción por el nominador. Ello, como quiera que para la selección de la terna no existe un criterio legalmente establecido, lo cual, a la postre, desconoce la obligación que surge de nombrar al concursante mejor calificado.

Así, en la reciente Sentencia T-329 del 14 de mayo de 200936, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, al conocer de un asunto similar al ahora planteado, con ocasión de una acción de tutela en la que se ponía de presente la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso administrativo, de dos aspirantes a cargos de gerente de E.S.E. que no obstante haber participado y obtenido los más altos puntajes en el concurso público de méritos, no fueron designados en dichos cargos, arribó a la conclusión de que se desconocía la esencia del concurso público de méritos al combinarse con el sistema de terna, causa por

la cual, en definitiva, los cargos terminaban asignándose discrecionalmente.

En relación con el punto, la Sala Sexta de Revisión señaló:

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

En dicha oportunidad, se expuso igualmente que tal fusión contrariaba no solamente el principio constitucional de la buena fe, al impedir que los concursantes que obtenían los mejores puntajes aspiraran a ocupar los cargos ofrecidos, sino que, además, se desconocía la protección del mérito como factor objetivo de selección, el cual debía ser garantizado en todas las etapas del proceso, de manera que el nominador se viera obligado a proveer el cargo con quien encabezara la lista. De lo contrario, a juicio de lo expuesto en dicha sentencia, se vulnerarían los derechos a la igualdad³⁷ y al debido proceso.

En esa medida, la providencia en mención consideró que la disposición “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual”, contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, impedía que se garantizaran los derechos fundamentales de quienes ocuparon el primer lugar en la lista, razón por la cual concluyó que, en los casos bajo estudio, la conformación de la terna para los procesos de elección de gerente de las E.S.E. no protegía los derechos fundamentales derivados del concurso público de méritos, lo que conducía, indefectiblemente, a que la norma legal fuese inaplicada por inconstitucional.

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.

Del mismo modo, esta Sala de Revisión llega a la conclusión de que el criterio fijado en sentencias de tutela anteriores, donde se abordó el estudio de supuestos fácticos semejantes³⁹, no es aplicable al presente asunto, como quiera que entonces se trataba de disposiciones normativas disímiles de las que ahora son objeto de análisis, teniendo en cuenta, como ya fue puesto de presente en acápite precedente, la modificación sustancial que de la forma de nombramiento de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado, introdujo la Ley 1122 de 2007.

Con base en las consideraciones expuestas, entra pues la Sala a pronunciarse sobre el caso concreto.

6. Caso Concreto

Establecidas las circunstancias fácticas del caso y los fundamentos de derecho aplicables al asunto sub-exámene, esta Sala encuentra que, al tenor de lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, y demás normas reglamentarias, la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Local de María La Baja, elaboró una terna con los 3 mejores puntajes del concurso de méritos, no obstante lo cual el nominador, esto es, el alcalde del municipio de María La Baja, procedió a designar discrecionalmente al que ocupó el tercer lugar de dicha terna, desconociendo así el hecho de que Gelberto Comas Bazza, accionante dentro de la presente acción de tutela, participó de la convocatoria y obtuvo el puntaje más alto del concurso público de méritos, con una valoración total de

94.45 puntos.

En efecto, cabe observar que la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Local de María la Baja, procedió de conformidad con la normatividad vigente en la materia, por cuanto luego de haber realizado la convocatoria pública para proveer el cargo de gerente de la respectiva entidad, conformó la terna de que trata la Ley 1122 de 2007 con los aspirantes que obtuvieron los 3 mejores puntajes, con lo cual, en principio, se respetó el criterio del mérito como factor objetivo de selección. Ahora bien, no obstante lo anterior, el Alcalde del Municipio de María La Baja, nominador en el presente caso, escogió discrecionalmente a quien ocupaba el tercer lugar en dicha terna, sin tener en cuenta para ello, siquiera, una justificación objetiva o razonable, por lo que, en criterio de esta Sala, vulneró el principio constitucional de la buena fe y los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, a la igualdad y al trabajo de Gelberto Comas Bazza.

En las anotadas condiciones, conviene destacar que el Alcalde del Municipio de María La Baja -Bolívar-, obró conforme a una interpretación del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 que no resulta ajustada a la Constitución Política, al considerar que gozaba de un amplio margen de discrecionalidad para efectos de realizar la designación del gerente de la E.S.E. Hospital Local de María La Baja. Ello, en razón a que la interpretación de la norma en comento que resulta acorde con la Carta Política, es aquella según la cual, debe atenderse al criterio del mérito como el elemento determinante para la provisión del cargo de gerente de una Empresa Social del Estado.

Por lo tanto, esta Sala de Revisión, para resolver el caso concreto, hará uso de la excepción de inconstitucionalidad, tal y como ha procedido este Tribunal en innumerables ocasiones⁴⁰

, por lo que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 4 Superior, inaplicará la interpretación que del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 hizo la entidad accionada, a partir de la cual se comprendía que el nominador se encontraba facultado para escoger, de manera discrecional, a quien habría de ocupar el cargo de gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Local de María La Baja. Allí, lo que debe entenderse es que el nominador debe escoger a quien ocupe el primer puesto, de conformidad con los

lineamientos constitucionales que rigen los concursos públicos de méritos.

En consecuencia, habrá de confirmarse, por las razones expuestas en esta providencia, el fallo judicial proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Turbaco -Bolívar-, que, mediante Sentencia del seis de marzo de dos mil nueve, concedió la protección tutelar impetrada.

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: INAPLICAR por inconstitucional, para el caso concreto, la interpretación que del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 hizo el Municipio de María La Baja -Bolívar-, a partir de la cual se comprendía que el nominador, esto es, el Alcalde de dicho municipio, se encontraba facultado para escoger, de manera discrecional, a quien habría de ocupar el cargo de gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Local de María La Baja. Allí, lo que debe entenderse es que el nominador debe escoger a quien ocupe el primer puesto, de conformidad con los lineamientos constitucionales que rigen los concursos públicos de méritos.

SEGUNDO: CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, el fallo proferido el seis de marzo de dos mil nueve por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Turbaco -Bolívar-, en el que se concedió la protección tutelar de los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad de Gelberto Comaz Bazza, y se le ordenó a la Alcaldía Municipal de María La Baja -Bolívar-, realizar su nombramiento y posesión en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Local de María La Baja.

TERCERO: Líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 “De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso.

Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente. Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento, o previo concurso de méritos.

En caso de vacancia absoluta del gerente deberá adelantarse el mismo proceso de selección y el período del gerente seleccionado culminará al vencimiento del período institucional. Cuando la vacancia se produzca a menos de doce meses de terminar el respectivo período, el Presidente de la República o el jefe de la administración Territorial a la que pertenece la ESE, designará gerente”.

- 2 "Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007".
- 3 Sobre el particular, consultar, entre otras, las Sentencias SU-037 del 28 de enero de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-280 del 20 de abril de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- 4 Consultar, entre otras, la Sentencia T-608 del 27 de octubre de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- 5 Consultar, entre otras, la Sentencia T-1452 del 26 de octubre de 2000, M.P. (E) Martha Victoria Sáchica Méndez.
- 6 Consultar, entre otras, la Sentencia T-083 del 04 de febrero de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- 7 Ver, entre otras, las Sentencias T-1044 del 4 de diciembre de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-526 del 21 de mayo de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.
- 8 Ver, entre otras, la Sentencia T-033 del 25 de enero de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- 9 Ver, entre otras, las Sentencias T-1277 del 6 de diciembre de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-771 del 13 de agosto de 2004, M.P. (E) Rodrigo Uprimny Yepes, T-408 del 23 de mayo de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-432 del 28 de mayo de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, SU-646 del 1º de septiembre de 1999, Sala Plena de la Corporación, SU-201 del 21 de abril de 1994, Sala Plena de la Corporación y T-007 del 13 de mayo de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- 10 Sentencia T-304 del 2 de mayo de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería.
- 11 Ver, entre otras, las Sentencias T-256 del 6 de junio de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-720 del 18 de julio de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-329 del 14 de mayo de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- 12 Sentencia T-256 del 6 de junio de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- 13 Sentencia T-068 del 28 de enero de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

14 Sentencia C-617 del 13 de noviembre de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

15 Consultar, entre otras, las Sentencias T-103 del 16 de febrero de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-048 del 24 de enero de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

16 Sentencia C-1189 del 22 de noviembre de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

17 Ver, entre otras, la Sentencia T-329 del 14 de mayo de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

18 Ver, entre otras, las Sentencias C-040 del 9 de febrero de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-041 del 9 de febrero de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-298 del 11 de julio de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-037 del 5 de febrero de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; SU-133 del 2 de abril de 1998, Sala Plena de la Corporación, SU-134 del 2 de abril de 1998, Sala Plena de la Corporación, SU-135 del 2 de abril de 1998, Sala Plena de la Corporación, T-315 del 25 de junio de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-086 del 17 de febrero de 1999 y SU-257 del 21 de abril de 1999, M.P. Sala Plena de la Corporación.

19 *Ibíd.*

20 Sentencia SU-1114 del 24 de agosto de 2000, Sala Plena de la Corporación.

21 Sentencia C-040 del 9 de febrero de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

22 Sentencia SU-136 del 2 de abril de 1998, Sala Plena de la Corporación.

23 Entre las facultades que la Constitución consagra de forma explícita para el Congreso de la República, se encuentra la de regular el ejercicio de la función pública de acuerdo con el interés general y los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Otras manifestaciones de esta potestad, se encuentran en la posibilidad de crear formas excepcionales para el acceso a la

función pública (artículo 125 C.P.), y en la determinación de sujetar el ejercicio de la misma, a las condiciones legalmente establecidas. (artículo 123 de la Carta). Ver, entre otras, la Sentencia C-957 del 14 de noviembre de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

24 Sentencia C-1230 del 29 de noviembre de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

25 Ver, entre otras, las Sentencias C-195 del 21 de abril de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-356 del 11 de agosto de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz, C-306 del 13 de julio de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara y C-1230 del 29 de noviembre de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

27 “por medio del cual se establecen los requisitos y funciones para los Gerentes de Empresas Sociales del Estado y Directores de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del sector público y se adiciona el Decreto número 1335 de 1990. En su artículo 2 establece que: “Los 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”.

28 Consultar la Ley 10 de 1990 “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones.”. Específicamente su artículo 19 “Estructura administrativa básica de las entidades de salud”.

29 Ver, entre otras, la Sentencia C-665 del 8 de junio de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

30 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

31 Ver, Gaceta del Congreso Número 584 de 30 de noviembre de 2006.

32 Los períodos de los funcionarios públicos pueden ser personales o institucionales, de acuerdo con la forma en la que se realiza el nombramiento del funcionario, en caso de presentarse una vacante absoluta. En el período personal, el funcionario elegido se vincula al servicio público por todo el término considerado por la Constitución o la ley, mientras que en el caso del período institucional el reemplazo es elegido o designado por el resto del período. De esta forma, las elecciones de funcionarios sometidos a un período institucional se realizan en una misma fecha, mientras que la elección de funcionarios sometidos a período personal, se llevan a cabo en la medida en que cada titular termine su período. Ver, entre otras, las Sentencias C-194 del 4 de mayo de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-457 del 2 de septiembre de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-441 del 26 de abril de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, C-822 del 31 de agosto de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-960 del 20 de octubre de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería y C-957 del 14 de noviembre de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

33 Ver, entre otras, las Sentencias C-195 del 21 de abril de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-071 del 25 de febrero de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-1230 del 29 de noviembre de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

34 Ver, entre otras, las Sentencias C-071 del 25 de febrero de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-1230 del 29 de noviembre de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

35 Ver artículo 5º del Decreto 800 de 2008.

36 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

37 “Como lo ha sostenido la doctrina constitucional, las personas que se encuentran en una misma situación deben ser tratadas de idéntica manera, al paso que las hipótesis diversas han de ser objeto de medidas y decisiones diferentes, acordes con los motivos que objetivamente correspondan a la diferencia. Con mayor razón, si en el caso específico una de ellas se encuentra en condiciones que la hacen merecedora, justificadamente y según la Constitución, de un trato adecuado a esa diferencia, resulta quebrantado su derecho a la igualdad si en la práctica no solamente se le niega tal trato sino que,

pasando por encima del criterio jurídico que ordena preferirlo, se otorga el puesto que le correspondería a quien ha demostrado un nivel inferior en lo relativo a las calidades, aptitud y preparación que se comparan. Es evidente que la igualdad de oportunidades exige que en materia de carrera, el ente nominador respete las condiciones en las cuales se llamó a concurso.” SU-133 del 2 de abril de 1998, Sala Plena de la Corporación.

38 Ver artículo 5º del Decreto 800 de 2008.

39 Ver, entre otras, la Sentencia T-484 del 20 de mayo de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

40 La figura de la excepción de inconstitucionalidad ha sido aplicada en innumerables oportunidades por esta Corporación. Ver, entre otras, las Sentencias T-069 del 31 de enero de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-329 del 14 de mayo de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.