

Sentencia T-784/13

ACCION DE TUTELA EN CONCURSO DE MERITOS-Procedencia excepcional cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable

Aunque la jurisprudencia constitucional reconoce que existen otros mecanismo de defensa judicial, para satisfacer las pretensiones de quien considera que no fue nombrado en un cargo dentro de un concurso de méritos, se ha precisado que no siempre estos medios de defensa ordinarios resultan eficaces para proteger los derechos fundamentales involucrados, y en esa medida, es la acción de tutela el medio idóneo con el que cuentan los concursantes para buscar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

GERENTE DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO-Artículo 28 de la ley 1122 de 2007, por medio del cual se desarrolla la provisión del cargo

ELECCION DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Reglas jurisprudenciales

(i). A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1122 de 2007, los gerentes de las Empresas Sociales del Estado pasaron a ocupar un carácter sui generis en la estructura estatal. Esto toda vez que, a pesar de seguir siendo cargos de libre nombramiento y remoción, su designación se hace mediante concurso de méritos y, por tanto, sus parámetros de desarrollo obedecen a los criterios básicos de la función pública y de la carrera administrativa. (ii). De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 la elección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado cuenta con las siguientes características: Son cargos de libre nombramiento y remoción, que se eligen mediante concurso de méritos; El concurso de méritos se realiza conforme a la Constitución y a las reglas jurisprudenciales establecidas por esta corporación, así como en lo dispuesto en la normatividad aplicable; La elaboración de la terna obedece a un criterio de excelencia y, por ende, debe ser conformada por quienes obtengan las tres mejores calificaciones; El nominador de cada ESE deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje y el resto de la terna operará como listado de elegibles. De modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mayor calificación, el nominador

deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero; El cargo de gerente de una Empresa Social del Estado cuenta con un periodo institucionalizado de 4 años, paralelos al periodo de elección de alcaldes y gobernadores. Esto trae como consecuencia que, de una parte, los gerentes designados no puedan ser removidos antes de la finalización del periodo, (salvo que se presenten situaciones extraordinarias); y de otra, que luego de efectuarse la designación de quien por mérito fue elegido, se prevean situaciones de contingencia ante una vacancia definitiva en el cargo; Estas opciones de contingencia consisten, dependiendo del tiempo restante del periodo, en la elaboración de un nuevo concurso (cuando faltan más de 12 meses para culminar el periodo), o la designación directa del gerente por el nominador si se presenta una vacancia definitiva en el cargo a menos de 12 meses de terminar el periodo. Se prohíbe la reelección de los gerentes de las ESE que ya han sido reelegidos una vez en ese empleo; y finalmente; Conforme con las reglas jurisprudenciales expuestas por esta corporación, es viable que el legislador establezca plazos razonables para la consecución del tránsito legislativo siempre y cuando ello no implique la inclusión de prórrogas de periodos vencidos como ocurrió en el caso de los gerentes de las ESE, que terminaban su periodo el 31 de diciembre de 2006.

NOMBRAMIENTO DE GERENTES DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO-Improcedencia para nombrar segundo de la terna por cuanto se presentó vacancia absoluta del cargo y se deberá adelantar un nuevo concurso de méritos

Referencia: expediente T-3969672

Acción de tutela interpuesta por el señor José Jaime González Enciso contra el Departamento de Cundinamarca y su Secretaría de Salud.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en

los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, y en los artículos 33 y concordantes del Decreto 2591 de 1991, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Girardot, que a su vez confirma el del Juzgado Promiscuo Municipal de Tocaima, en la acción de tutela instaurada por el señor José Jaime González Enciso contra el Departamento de Cundinamarca y su Secretaría de Salud.

I. ANTECEDENTES.

El 22 de marzo de 2013, el señor José Jaime González Enciso interpone acción de tutela en contra del Departamento de Cundinamarca y su Secretaría de Salud, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, trabajo, acceso a cargos públicos y confianza legítima.

Lo anterior en atención a que, a juicio del peticionario, las entidades accionadas no lo nombraron en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Marco Felipe Afanador de Tocaima, pese a haber obtenido el segundo puesto del concurso de méritos, una vez renunció al cargo quien ocupó el primer lugar.

1. Hechos.

1.1. El 29 de marzo de 2012 la Gobernación de Cundinamarca suscribió un contrato de prestación de servicios profesionales especializados con la Universidad Sergio Arboleda, con el objeto de llevar a cabo el proceso de selección por mérito de los gerentes de todas las Empresas Sociales del Estado que se nombrarían en cada uno de los municipios del departamento.

1.2. Las inscripciones al concurso fueron desarrolladas por la Universidad los días 27 y 30 de abril y 2, 3 y 4 de mayo de 2012, en la ciudad de Bogotá, bajo estrictas exigencias dentro de las cuales se estableció que cada participante solo podía postularse para ocupar el cargo de gerente en una de las ESE ofertadas.

1.3. El señor José Jaime González Enciso se presentó para el cargo de gerente de la ESE

Hospital Marco Felipe Afanador de Tocaima (Cundinamarca). Proceso en el cual obtuvo la segunda calificación luego de la señora Carmen Patricia Henao Max.

1.4. La señora Henao Max se posesionó en el cargo y a mediados del mes de febrero presentó su renuncia con el objeto de que le fuera aceptada a partir del 18 de marzo de 2013.

1.5. El 8 de marzo de 2013 el señor José Jaime González Enciso, luego de tener conocimiento de la renuncia presentada por quien ocupó el primer puesto, elevó una solicitud ante el Gobernador de Cundinamarca y el Secretario de Salud, advirtiéndole sobre la vacante de la gerencia y manifestando su interés por ocuparla, debido a que era quien había obtenido el segundo lugar durante el concurso.

1.6. A partir del 18 de marzo de 2013 quedó vacante el cargo de gerente en la ESE Hospital Marco Felipe Afanador de Tocaima. Sin embargo, el Gobernador, haciendo caso omiso a la solicitud presentada por el peticionario, encargó como gerente de la misma al señor Edgar Silvio Sánchez Villegas.

Por lo anterior, el señor José Jaime González Enciso acude mediante acción de tutela, para lograr el amparo de los derechos invocados, y con el objeto de obtener su nombramiento como gerente de la ESE Hospital Marco Felipe Afanador de Tocaima (Cundinamarca), al cual cree tener derecho, por haber obtenido la segunda calificación dentro del concurso de méritos.

2. Respuesta del representante legal del Departamento de Cundinamarca en nombre de la entidad territorial y su Secretaría de Salud

En respuesta allegada el 4 de abril de 2013 al Juzgado Promiscuo Municipal de Tocaima, el representante legal de las entidades accionadas expone lo siguiente:

- En primer lugar, alega la falta de legitimación por pasiva señalando que el ente universitario encargado de realizar la convocatoria al concurso de méritos era la Universidad Sergio Arboleda y por ende es en ella en quien recae la obligación de brindar la información correspondiente a la asignación de los puntajes de los concursantes.

- Posteriormente, precisa que no existe vulneración del derecho al trabajo del

accionante toda vez que en la actualidad se está desempeñando como gerente de la ESE Luis Pasteur del municipio de Melgar (Tolima).

- No evidencia vulneración alguna a los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos, ni confianza legítima del señor González Enciso, debido a que se le permitió la participación en igualdad de condiciones con los demás aspirantes.

- Indica que, contrario a lo expresado por el señor José Jaime González Enciso, la persona que ocupó el primer lugar en el concurso de méritos se posesionó en el cargo como gerente y posteriormente renunció al mismo, dejando una vacante definitiva. En consecuencia, la terna a la cual pertenece el peticionario perdió su vigencia desde el momento en que se hizo el nombramiento de quien obtuvo la mayor calificación y por tanto, es necesario realizar un nuevo concurso.[1]

- De otra parte, comenta que el señor González Enciso efectivamente radicó, el 8 de marzo del año en curso, un derecho de petición ante las entidades accionadas, solicitando su designación en el cargo de gerente de la ESE Hospital Marco Felipe Afanador de Tocaima, en razón a que había ocupado el segundo lugar en el concurso de méritos.

Sin embargo, también informa que luego de haber realizado las consultas correspondientes, remitió su contestación al accionante, mediante oficio del 2 de abril de 2013. Es decir, dentro del término de los 15 días hábiles que otorga la Ley 1437 de 2011.

Para corroborar su información allega copia de la respuesta referida y de las consultas realizadas al área jurídica de la Secretaría de Salud y el Departamento Administrativo de la Función Pública, sobre la vigencia de la terna cuando se presenta vacancia absoluta en el cargo de gerente de una ESE.

- Aduce que en el presente asunto no se cumple con el requisito de inmediatez en atención a que desde la fecha en la que el accionante tuvo conocimiento de la puntuación, hasta el momento en que se inició la acción de amparo, transcurrieron alrededor de 10 meses.

Solicita que se declare la improcedencia de la presente acción de tutela, o en su defecto, que se deniegue la protección invocada.

3. Decisión Judicial Objeto de Revisión

3.1. Primera Instancia

El Juzgado Promiscuo Municipal de Tocaima (Cundinamarca), mediante proveído del cinco (5) de abril de 2013 declaró improcedente la acción de tutela argumentando que en el presente caso no existe vulneración de los derechos invocados.

La decisión fue tomada con fundamento en que las entidades accionadas actuaron conforme a lo previsto en la Ley 1122 de 2007, según la cual, cuando se presenta una vacancia absoluta por renuncia al cargo, lo que procede es realizar un nuevo concurso.[2]

3.2. Impugnación

Luego de notificada la decisión por el juez de instancia, esta providencia fue impugnada por el señor José Jaime González Enciso, quien expresó su inconformidad con el fallo y solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia.

Para argumentar su solicitud de impugnación, el peticionario retomó los argumentos expuestos en la acción de amparo e indicó que en este caso se debieron respetar el principio de mérito, aplicando analógicamente lo consignado en materia de provisión de cargos de carrera para proveer la vacante de la ESE, teniendo en cuenta que la lista de elegibles de la terna de la cual hace parte, tiene vigencia durante 2 años conforme a lo consignado en la Ley 909 de 2004.

3.3. Segunda instancia

El Juzgado Único Laboral del Circuito de Girardot, en sentencia del 22 de mayo de 2013, confirmó el fallo del a quo argumentando que en este caso el representante legal de la entidad territorial actuó conforme a lo dispuesto en las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, para aquellos eventos en los que se presenta una vacante definitiva en la provisión del cargo de gerente de una Empresa Social del Estado.

Así mismo, precisa que el aprovisionamiento de cargos de carrera cuyo desarrollo se atribuye a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través de la Ley 909 de 2004, es distinto al previsto en las ya mencionadas leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, en

atención a que es de naturaleza especial, y fue creado exclusivamente para la provisión de los cargos de gerentes de las Empresas Sociales del Estado.[3]

4. Pruebas relevantes que obran dentro del expediente

A continuación se relacionarán las pruebas más relevantes del proceso:

- Copia del contrato de prestación de servicios profesionales especializados núm. 3, suscrito entre el Departamento de Cundinamarca- Secretaría de Salud y la Universidad Sergio Arboleda, en el cual se acuerda todo lo concerniente a la realización del concurso de méritos para proveer los cargos de gerentes de las ESE de Cundinamarca.[4]
- Copia simple de los pliegos del concurso de méritos.[5]
- Copia de las Actas núm. 2 y 3 donde se establece el orden de los puntajes de calificación del concurso realizado por la Universidad Sergio Arboleda para proveer los cargos de gerentes de las ESE del Departamento de Cundinamarca[6].
- Copia del concepto denominado “EMPLEOS, PROVISIÓN: Procedimiento para la designación del Gerente de una Empresa Social del Estado por falta Absoluta de su titular” radicado número 2013206000785-2 remitido el 1° de febrero de 2013 a la señora Carmen Patricia Henao Max, con el siguiente contenido:

“De conformidad con las normas en cita, los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por periodos institucionales de cuatro años, mediante concurso de méritos. Para esta designación, la Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. De esta terna, el nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje, y el resto de la terna como lo señala la ley, operará como un listado de elegibles para que en el caso de no poder designar al primero se designe al segundo, y de llegar a presentarse también la imposibilidad con el segundo, se designe al tercero.

Ahora bien, esta terna no servirá para proveer el empleo en caso de vacancia absoluta generada por la renuncia del titular, caso en el cual la Junta Directiva a más tardar dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes iniciará un proceso de selección para su

nombramiento, y dado que se trata de un periodo institucional, quien sea seleccionado será designado por el tiempo que falte para terminar este periodo.

Vale la pena señalar que el Gerente o Director de una Empresa Social del Estado al terminar su periodo o al renunciar a su cargo, observando los deberes de todo servidor público, debe permanecer en el desempeño de sus labores mientras no se haya hecho cargo de ellas quien deba reemplazarlo, salvo autorización legal reglamentaria o de quien deba proveer el cargo, en consonancia a lo preceptuado por la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, así: (...)

No obstante lo anterior, mientras se adelanta el proceso de selección señalado en el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011, a fin de no afectar la continuidad en la prestación de los servicios en la empresa; el nominador (Gobernador-Alcalde), podrá dando aplicación a las normas generales que regulan el empleo público (Decreto 1950 de 1973), designar en forma temporal mediante encargo a un empleado de la misma institución o de otra (Administración departamental o municipal), que cumpla con los requisitos establecidos en la ley para dicha designación.(...)

Si en la Administración (Gobernación -Alcaldía) o en la Empresa Social del Estado no hay un empleado con los requisitos exigidos para ser encargado como Gerente, se tendrá que certificar dicha situación y se procederá a nombrar de forma temporal, transitoria o provisional a una persona particular que cumpla con los requisitos requeridos, quien estará vinculado mientras se adelanta el proceso de selección para proveer de forma definitiva el empleo.

Por último, es preciso señalar que 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 el Gerente.”

- Copia de los derechos de petición elevados el 8 de marzo de 2013 por el señor José Jaime González Enciso ante el Secretario de Salud y el Gobernador del Departamento de Cundinamarca.[7]

- Copia de la petición núm. CI-2013309455 presentada por el Secretario de Salud del Departamento de Cundinamarca, el 12 de marzo de 2013, solicitando al Secretario Jurídico

de la entidad territorial su concepto técnico respecto a la vigencia de las ternas conformadas por las juntas directivas, para la designación del cargo de gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Marco Felipe Afanador de Tocaima.[8] El contenido de la petición es el siguiente:

“Me dirijo a usted con el fin de solicitar Concepto Jurídico (sic) en cuanto a la vigencia de las ternas conformadas por las Juntas Directivas para la designación del cargo de Gerente de las Empresas Sociales del Estado, en cumplimiento a lo establecido en la Ley 1122 de 2007 y la Ley 1438 de 2011; en el evento en que se presente vacancia absoluta del citado cargo.

Lo anterior teniendo en cuenta que mediante concepto No 20136000015721 del 01 de Febrero de 2013, proferido por el Departamento Administrativo de la Función Pública (anexo copia en 3 folios), dicha entidad se pronunció al respecto, señalando los siguiente:

“Ahora bien, esta terna no servirá para proveer el empleo en caso de vacancia absoluta generada por la renuncia del titular, caso en el cual la Junta Directiva a mas tardar dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes iniciará un proceso de selección para su nombramiento, y dado que se trata de un periodo institucional, quien sea seleccionado será designado por el tiempo que falte para terminar este periodo ”

Así las cosas, observa ésta Secretaría de Salud que el pronunciamiento realizado por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública, se ajusta a los parámetros legales establecidos para el tema sub examine.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que ya se encuentra solicitud realizada ante la Gobernación de Cundinamarca, bajo los radicados de mercurio 2013029500 y 2013029726 (anexo copia en cuatro folios) a fin de dar trámite al nombramiento del segundo lugar en la terna para el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Marco Felipe Afanador de Tocaima, dado que la Doctora Carmen Patricia Henao Max, quien ocupó el primer puesto dentro del concurso de méritos de la citada ESE, presentó renuncia para el cargo de Gerente (anexo copia); resulta necesario, que de carácter URGENTE, se fije la posición jurídica por parte del Departamento de Cundinamarca, frente a este tema, a fin de tener claridad sobre el trámite a seguir por las Juntas Directivas de las ESE s del Departamento de Cundinamarca, cuando quiera que ocurra la vacancia definitiva y absoluta

del titular del cargo de Gerente, siendo la dependencia a su cargo la competente para proferir el correspondiente concepto a fin de ser adoptado por las diferentes entidades del Departamento, procurando así la unificación de criterios sobre este asunto.”

- Copia del concepto remitido por el Director de Conceptos y Estudios Jurídicos del Departamento de Cundinamarca el 15 de marzo de 2013, al Secretario de Salud del mismo Departamento, indicando que ante la existencia de una vacancia absoluta en el cargo de gerente de la ESE, es necesario iniciar un nuevo concurso.

- Copia de la respuesta remitida por el Secretario de Salud del Departamento de Cundinamarca, el 2 de abril de 2013, en contestación a los derechos de petición elevados el 8 de marzo del mismo año por el señor José Jaime González Enciso.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del problema jurídico

De acuerdo con los presupuestos fácticos anteriormente reseñados, corresponde a la Sala de Revisión determinar, en primer lugar, si es procedente la acción de amparo cuando se busca debatir asuntos concernientes a la provisión de cargos durante el transcurso o con posterioridad al desarrollo de un concurso de méritos.

De verificarse la procedencia en el presente caso, se entrará a establecer si efectivamente se vulneran los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, acceso a cargos públicos, debido proceso y confianza legítima, en aquellos eventos en los que se niega el nombramiento como gerente de una Empresa Social del Estado, a una persona que ocupó el segundo puesto dentro de un concurso de méritos, luego de que quien ocupó el primer lugar, se posesionara y renunciara.

Para resolver el anterior problema jurídico, se abordarán los siguientes ejes temáticos: (i)

procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se debaten decisiones dentro de concursos de mérito para proveer cargos públicos; (ii) reglas jurisprudenciales en materia de elección de gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado; y por último; (iii) se analizará el caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se debaten decisiones dentro de concursos de mérito para proveer cargos públicos[9]

La acción de tutela constituye un mecanismo de protección de derechos de naturaleza residual y subsidiaria. Por ello, su ejercicio se materializa cuando no existe otro medio de defensa judicial o cuando, a pesar de existir, no resulta idóneo y eficaz para contrarrestar la vulneración de los derechos fundamentales. Por tal razón, se hace imperante acudir a la tutela ya sea de manera transitoria o definitiva para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Así se sostuvo en sentencia T-235 de 2010, al indicar:

“Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aún existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela[10]”

Ahora bien, respecto de la procedencia específica de la acción de amparo para salvaguardar derechos vulnerados con las decisiones que se toman en el desarrollo de los concursos de mérito, es claro, en principio, que quienes se vean afectados por una disposición de esta índole podrían valerse de las acciones señaladas en el Código Contencioso Administrativo para lograr la restauración de sus derechos. Sin embargo, la Corte ha estimado que estas vías judiciales no siempre resultan idóneas y eficaces para reponer dicha vulneración.

Es así como en jurisprudencia reiterada de este Tribunal Constitucional, se ha señalado que la acción de tutela es procedente en aquellos casos en los que las acciones contencioso administrativas no representan un medio de protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas que, habiendo adelantado los trámites necesarios para su vinculación a través de un sistema de selección de méritos, ven truncada su posibilidad de

acceder al cargo público por aspectos ajenos a la esencia del concurso.[11] Por tanto, se ha establecido que medidas como: (i) eventuales compensaciones económicas, (ii) la reelaboración de las listas o (iii) la orden tardía de nombrar a quien tiene el derecho de ocupar la vacante correspondiente; se tornan insuficientes cuando transcurre el tiempo y no se logra resarcir el quebrantamiento ocasionado por la ilegalidad en la actuación de la administración. Así se pronunció esta corporación, en la Sentencia T-388 de 1998[12], al expresar:

“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 causado, 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 administrativo 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”.

En Sentencia T-095 de 2002[13], la Corte Constitucional, recogiendo la línea jurisprudencial sobre la procedencia de la acción de amparo referida, establece que en casos en los que se reclama ante posibles ilegalidades en la provisión de un cargo dentro de un concurso de méritos, resulta dispendioso someter a la vía contencioso administrativa a quien alega dicha vulneración, en atención a que con ello se prolonga en el tiempo la violación de derechos fundamentales como el de igualdad, trabajo y debido proceso. Situación esta que resulta suficiente para determinar que es la tutela el mecanismo idóneo para reclamar la protección de esos derechos. Al respecto la mencionada providencia expresó lo siguiente:

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

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

En orden a lo expuesto, se establece que las acciones contencioso administrativas no consiguen en igual grado que la tutela la protección efectiva de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, ya que, como se dijo en la cita anterior, al agotarse dichas acciones, se alarga el tiempo de espera y cuando se reconoce el derecho se torna ineficaz, sin que se logre cumplir con el fin esencial de acceso efectivo por mérito para desempeñar la función pública.[14]

Así lo expresó recientemente esta corporación en la sentencia T-170 de 2013, en la que se analizó el caso de una persona que había obtenido el mayor puntaje en un concurso de méritos, en el que no fue nombrada como gerente de la ESE ofertada, en razón a que estaba inhabilitada por una reelección anterior en la misma entidad. En esa ocasión, aunque la Corte Constitucional no concede la protección invocada, reitera lo concerniente a la procedencia excepcional de la acción de amparo para aquellos eventos en los que se debaten asuntos atinentes a la asignación de cargos mediante concursos de mérito. Siguiendo la línea referida, precisa lo siguiente:

Así las cosas, este tribunal ha entendido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que ocupan el

primer puesto en un concurso de méritos y no obtienen el nombramiento que se reclama.”

También en la Sentencia T-604 de 2013, la Corte analizó un caso acumulado de dos peticionarias que reclamaban su nombramiento como gerente de una misma Empresa Social del Estado, argumentando haber obtenido el puntaje más alto dentro del concurso de méritos.

La primera de ellas, se había hecho acreedora de la mejor calificación en un concurso inicial, que fue declarado nulo por un juez de tutela, en atención a la presencia de irregularidades en la publicidad durante el desarrollo del concurso, y la segunda, había obtenido la mejor calificación en un concurso efectuado con posterioridad, con el objeto de subsanar la antecedente nulidad.

En este asunto, la Corte determinó que en aquellas situaciones en las que se persigue dilucidar si una decisión es o no vulneratoria de derechos fundamentales dentro de un concurso de méritos, es la acción de tutela el medio adecuado para solicitar su protección. Así las cosas, en lo concerniente a la procedencia de la acción de amparo, la Sala sostuvo lo siguiente:

“Como conclusión se destaca entonces que en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales de acceso a la función pública y al trabajo. Por esta razón la tutela puede desplazar a las acciones contenciosas como medio de preservación de los derechos en juego.”

En conclusión, aunque la jurisprudencia constitucional reconoce que existen otros mecanismo de defensa judicial, para satisfacer las pretensiones de quien considera que no fue nombrado en un cargo dentro de un concurso de méritos, se ha precisado que no siempre estos medios de defensa ordinarios resultan eficaces para proteger los derechos fundamentales involucrados, y en esa medida, es la acción de tutela el medio idóneo con el que cuentan los concursantes para buscar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

4. Reglas jurisprudenciales en materia de elección de gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado. [16]

4.1. De acuerdo con lo consignado en los artículos 48, 49 y 365 de la Constitución, se atribuye al Estado el deber de organizar la prestación de los servicios públicos de salud y seguridad social, los cuales pueden ser prestados ya sea directamente por el mismo Estado, o bajo su supervisión, por intermedio de particulares, con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia.

4.2. La función de configuración y diseño de la estructura del servicio público de salud le fue confiada al Congreso de la República, a quien en virtud de sus facultades le compete “(i) expedir las leyes que regirán la prestación de los servicios públicos, entre ellos el de Seguridad Social en Salud (Art. 150-23 C.P.); (ii) asegurar la prestación eficiente del servicio de salud a todos los habitantes del territorio nacional, regulando mediante ley, la forma de prestación de tales servicios y su régimen jurídico (Art. 48, 365 C.P.); (iii) consolidar la prestación del servicio público de salud a través de entidades públicas o privadas (art. 48, 150 num. 23 C.P), creando las entidades que sean necesarias por ley para el efecto (Art. 210 C.P). (iv) Organizar la prestación de los servicios de salud a los habitantes, tomando en consideración su derecho al acceso a la promoción, protección y recuperación de su salud y al saneamiento ambiental (art. 49, 150 num. 23, 365 C.P.), atendiendo para ello los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad; (v) regular los mecanismos y las funciones de vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud (Art. 49, 150 num. 7 C.P., 365 C.P.); (vi) determinar las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares para el efecto, así como los aportes a su cargo (Art. 49, 288, 356 C.P.) y (vii) establecer los términos en los cuales la atención básica será gratuita y obligatoria. (Art. 49 C.P.).”[17]

4.3. Conforme a estos preceptos, el legislador expidió la Ley 100 de 1993[18] y determinó que la prestación directa de los servicios de salud a cargo de la Nación y las entidades territoriales, debía ejecutarse principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado (ESE), las cuales se constituirían en una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. Así mismo, se estableció que (i) la elección de su gerente se realizaría de una terna conformada discrecionalmente por el nominador[19], durante periodos de 3 años prorrogables, de los

cuales solo podían ser removidos ante la ocurrencia de unas causales taxativas en ellas contenidas[20]. De otra parte, se indicó (ii) que el régimen jurídico aplicable a estas entidades sería el consignado en el artículo 195[21] de la precitada ley; y, (iii) que su planta de personal estaría conformada por funcionarios de carrera, de libre nombramiento y remoción o trabajadores oficiales; haciendo remisión expresa a lo dispuesto en el Capítulo IV de la Ley 10 de 1990, en lo referente a la organización y régimen laboral de su planta de personal.[22]

4.5. Hasta aquí solo se tenían unas Empresas Sociales del Estado de naturaleza especial cuyos gerentes eran elegidos bajo condiciones de discrecionalidad del nominador y por periodos indefinidos.

4.6. Entonces empiezan a surgir como puntos de debate en el Congreso, asuntos concernientes: (i) a la deficiencia en la prestación de los servicios de salud a nivel nacional; (ii) la crisis en la proliferación no controlada de oferta de servicios (especialmente en los municipios más pequeños); (iii) el incremento inmensurable de contratación del talento humano injustificado; (iv) el nombramiento arbitrario de directores de las ESE por parte de los respectivos representantes de las entidades territoriales; (v) la duplicidad de funciones innecesarias que afectaban gravemente la sostenibilidad financiera del sistema, y así, una serie de irregularidades más, que giraban en torno al manejo de las Empresas Sociales del Estado.[29]

4.7. Es por ello que en orden a subsanar, en cierta medida, los inconvenientes suscitados, se expide la Ley 1122 de 2007 cuyo objetivo primordial fue introducir una reforma estructural en lo concerniente a los periodos y elección de los gerentes de las ESE, de tal manera que se lograra:

(i) La inclusión de un concurso de méritos abierto, transparente y objetivo que garantizara la materialización del principio de igualdad de oportunidades al momento de proveer los cargos de gerentes de las ESE, pese a que sigan siendo cargos de libre nombramiento y remoción. [30]

(ii) Evitar que en el proceso de elección del mencionado funcionario, se tuvieran en cuenta consideraciones de orden político o factores de conveniencia de mandatarios locales.[31]

(iii) La profesionalización del cargo de los gerentes de las ESE, con la finalidad de proveerlos con los mejores funcionarios en el desempeño de esta labor.[32]

(iv) La institucionalización del periodo de los gerentes, a fin de regular las particularidades de su aprovisionamiento (es decir, estableciendo que es obligatorio garantizar la permanencia del funcionario elegido mediante concurso de méritos durante el periodo para el cual fue seleccionado; e indicar cómo deben actuar los nominadores en aquellos eventos en los que se presentan vacancias absolutas durante el periodo fijado).

(v) La ampliación del periodo institucional de 3 a 4 años, con el objeto de igualarlo al de los alcaldes y gobernadores, conforme a lo previsto en el Acto Legislativo 02 de 2002.

(vi) Impedir que una persona pudiese ocupar indefinidamente el cargo público de gerente de una misma ESE, por cuanto ello puede conducir a corrupción administrativa.[33]

(vii) Emplear unas “disposiciones transitorias” para facilitar el cambio del sistema previsto por el artículo 192 de la Ley 100 de 1993 a la nueva normatividad.

Es así como en su artículo 28, la Ley 1122 de 2007, en lo referente a los periodos y elección de los gerentes de las ESE indica:

“Artículo 28. : De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 800 de 2008. 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.[34].

Los gerentes de las ESE nacionales que sean elegidos por concurso de méritos o reelegidos hasta el 31 de diciembre de 2007, culminarán su período el 6 de noviembre de 2010. Cuando se produzcan cambios de gerente durante este período, su nombramiento no podrá superar el 6 de noviembre de 2010 y estarán sujetos al cumplimiento de los reglamentos que para el efecto expida el Ministerio de la Protección Social.

Para el caso de los gerentes de las ESE Departamentales, Distritales o Municipales que a la vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos, continuarán ejerciendo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos, quienes los reemplacen para la culminación del período de cuatro años determinado en esta ley, serán nombrados por concurso de méritos por un período que culminará el 31 de marzo de 2012. Todos los gerentes de las ESE departamentales, distritales o municipales iniciarán períodos iguales el 1° de abril de 2012 y todos los gerentes de las ESE nacionales iniciarán períodos iguales el 7 de noviembre de 2010.

4.8. Este artículo, a su vez, es reglamentado por el Decreto 800 de 2008[35], en el cual se prescribe todo lo concerniente al trámite de selección de los gerentes de las ESE[36], la Resolución número 165 de 2008, expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, como entidad encargada de establecer los estándares mínimos que se deben tener en cuenta al momento de llevar a cabo un concurso de méritos (conforme a lo establecido en el artículo 5º del Decreto 800 de 2008, antes mencionado) [37]; y finalmente los respectivos estatutos de cada Empresa Social del Estrado.

4.9. El artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, ha sido objeto de control de constitucionalidad en diversas oportunidades. La primera de ellas mediante Sentencia C-957 de 2007, en la cual, esta corporación estudió la demanda entablada contra el parágrafo transitorio que establecía el “sistema de transición” para aquellos gerentes de las ESE que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 1122 de 2007 se encontraban activos. La demandante sostenía que el Congreso al establecer ese tipo de prórrogas en el periodo de los gerentes, estaba incurriendo en tres situaciones vulneratorias de la Constitución:

1. La afectación del principio de separación de los poderes públicos violentando de paso, la autonomía de las entidades territoriales.
2. El quebrantamiento del principio de igualdad, restándole efectividad al derecho fundamental de participación plasmado en la posibilidad de acceder al ejercicio de cargos públicos; y por último,
3. La violación del principio de autonomía territorial, en la medida en que, el Congreso actuaba como nominador de aquellos gerentes activos que culminaban su periodo entre el 31 de diciembre de 2006 y la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1122 de 2007 (el 9 de enero de 2007), toda vez que, con dicha disposición se daba un efecto retroactivo a la norma.

En la aludida sentencia C-957 de 2007, la Corte desarrolló varios ejes temáticos: reiteró su jurisprudencia sobre la cláusula general de competencia del legislador, en relación con la regulación de la función pública y el servicio público de salud; recuerda el alcance de la autonomía territorial en las mismas materias; se refiere a los principios de igualdad y derecho a la participación en el acceso a los cargos públicos; precisa lo concerniente al tránsito normativo así como a los efectos temporales de la nueva disposición, citando para ello algunos casos similares desarrollados por la jurisprudencia, y, finalmente, determina que el hecho de que el Congreso haya establecido una medida o “sistema de transición” :

- (i). No desconoce el principio de separación de poderes ni la autonomía de las entidades territoriales, por cuanto se trata de una previsión estrechamente ligada al cambio legislativo realizado; y,
- (ii). No vulnera el principio de igualdad, ni el derecho al acceso a los cargos públicos como

parte integrante del derecho fundamental a la participación ciudadana en el ejercicio del empleo público, en atención a que la provisión de los cargos se encuentra sujeta a las previsiones adoptadas por el legislativo en virtud de sus facultades;

Lo anterior en atención a que la prórroga de los periodos, en el caso específico, se limita a un plazo razonable para la consecución del tránsito legislativo.

Sin embargo, en lo concerniente a la prórroga de los periodos vencidos, a los cuales hacía mención la demandante determinó que contrariaban el ordenamiento constitucional y, por ende, debían ser eliminados del ordenamiento jurídico. Al respecto la mencionada sentencia indicó:

“ (iii) no resulta acorde con la Constitución Política, una pretendida prórroga de periodos vencidos, por lo que la Corte declarará la inexecutable de la expresión “el 31 de diciembre de 2006 o”, contenida en el inciso primero del párrafo transitorio del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007”. “[38]

En consecuencia, se declaró la executable del inciso primero del párrafo transitorio del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, con excepción de la expresión “el 31 de diciembre de 2006”, que fue declarada inexecutable.

4.10. Posteriormente, esta corporación en sentencia C-181 de 2010, analizó nuevamente una demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 28 parcial de la Ley 1122 de 2007 respecto siguiente aparte:

“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.”

En esa ocasión los demandantes consideraban que el texto subrayado vulneraba el artículo 125 superior, en atención a que impedía que quienes obtuvieran los mejores puntajes en los concursos de mérito organizados para proveer los cargos de gerente de las ESE pudieran acceder automáticamente a los mismos, en atención a que, en su sentir, al permitirse la discrecionalidad de los nominadores para elegir al gerente de la ESE entre quienes conformaban la terna, se contrariaba el principio constitucional del mérito como fundamento del acceso a la función pública.

Al respecto, la Corte Constitucional determinó que, efectivamente, con la redacción de la norma se desconocía el principio del mérito como criterio rector del acceso a la función pública y por esa razón declaró su exequibilidad pero “bajo el entendido de que (i) la terna a la que se refiere el inciso primero del artículo 28 de la Ley 1122 de 2001 deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones, (ii) el nominador de cada empresa social del estado deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje, y (iii) 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”.

Esta providencia es muy importante en la medida en que, durante su desarrollo dogmático (i) deja claras las reglas jurisprudenciales en materia de procedimiento para la realización de concursos de mérito de elección de gerentes de las Empresas Sociales del Estado así como su designación[39], (ii) hace precisión sobre las facultades del legislador en virtud de las cuales puede sujetar a los principios del concurso de méritos, la elección de los gerentes de las ESE; y, (iii) establece las características de naturaleza sui generis de estos cargos, en la medida en que a pesar de ser de libre nombramiento y remoción, se aprovisionan mediante concurso y cuentan con un periodo institucionalizado de 4 años.

4.11. En la sentencia C-777 de 2010, por su parte, este tribunal estudió la demanda de inconstitucionalidad elevada contra la disposición que se transcribe a continuación:

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.

Según la demandante, el aparte subrayado afectaba los derechos fundamentales a la dignidad humana y el derecho fundamental al trabajo, al prohibir que una persona que había sido reelegida por una sola vez como gerente de una ESE, pudiera volver a serlo después de superar un concurso de méritos.

En esa oportunidad, la Corte resolvió declarar su exequibilidad al considerar que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa que le posibilita establecer la duración de los períodos para gerentes de las ESE, así como la forma para

acceder a dichos cargos. Igualmente, señala que la norma no afecta el derecho a acceder a los cargos públicos, en atención a que: “(i) así se trate de un concurso de méritos abierto, quien se ha desempeñado como gerente de una ESE ingresa con una indudable ventaja comparativa frente a los demás aspirantes, consistente en demostrar una experiencia específica en dicho empleo; (ii) un gerente en propiedad conoce los pormenores de la administración de la ESE, al igual que a los integrantes de la Junta directiva de la misma, quienes convocan el concurso de méritos; y (iii) no existe evidencia empírica que demuestre que un fenómeno de reelección indefinida de un gerente de una ESE garantice determinados índices de eficiencia, eficacia y moralidad pública. Por el contrario, es previsible que el recurso a los concursos de méritos amañados se convierta en una simple fachada para ocultar ciertas prácticas de corrupción administrativa”. [40]

4.12. Así las cosas, del recuento jurisprudencial y normativo expuesto, se puede concluir lo siguiente:

(i). A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1122 de 2007, los gerentes de las Empresas Sociales del Estado pasaron a ocupar un carácter sui generis en la estructura estatal. Esto toda vez que, a pesar de seguir siendo cargos de libre nombramiento y remoción, su designación se hace mediante concurso de méritos y, por tanto, sus parámetros de desarrollo obedecen a los criterios básicos de la función pública y de la carrera administrativa.

(ii). De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 la elección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado cuenta con las siguientes características:

- Son cargos de libre nombramiento y remoción, que se eligen mediante concurso de méritos.
- El concurso de méritos se realiza conforme a la Constitución y a las reglas jurisprudenciales establecidas por esta corporación, así como en lo dispuesto en la normatividad aplicable.[41]
- La elaboración de la terna obedece a un criterio de excelencia y, por ende, debe ser conformada por quienes obtengan las tres mejores calificaciones.[42]

- El nominador de cada ESE deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje y el resto de la terna operará como listado de elegibles. De modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mayor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero. [43]

- El cargo de gerente de una Empresa Social del Estado cuenta con un periodo institucionalizado de 4 años, paralelos al periodo de elección de alcaldes y gobernadores.[44] Esto trae como consecuencia que, de una parte, los gerentes designados no puedan ser removidos antes de la finalización del periodo, (salvo que se presenten situaciones extraordinarias)[45]; y de otra, que luego de efectuarse la designación de quien por mérito fue elegido, se prevean situaciones de contingencia ante una vacancia definitiva en el cargo.

Estas opciones de contingencia consisten, dependiendo del tiempo restante del periodo, en la elaboración de un nuevo concurso (cuando faltan más de 12 meses para culminar el periodo), o la designación directa del gerente por el nominador si se presenta una vacancia definitiva en el cargo a menos de 12 meses de terminar el periodo.[46]

- Se prohíbe la reelección de los gerentes de las ESE que ya han sido reelegidos una vez en ese empleo; y finalmente,

- Conforme con las reglas jurisprudenciales expuestas por esta corporación, es viable que el legislador establezca plazos razonables para la consecución del tránsito legislativo siempre y cuando ello no implique la inclusión de prórrogas de periodos vencidos como ocurrió en el caso de los gerentes de las ESE, que terminaban su periodo el 31 de diciembre de 2006.

6. Análisis del caso concreto

6.1. Generalidades

El señor José Jaime Gómez Enciso interpone acción de tutela contra el Departamento de Cundinamarca y su Secretaría de Salud al considerar que se le han conculcado sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, trabajo, acceso a cargos públicos y confianza legítima; en razón a que no se le designó como gerente de la ESE Marco Felipe Afanador de

Tocaima una vez renunció al cargo la señora Carmen Patricia Henao Max, quien había sido designada, por haber obtenido el mejor puntaje en el concurso de méritos.

El Departamento de Cundinamarca y su Secretaría de Salud dieron contestación a la acción de amparo manifestando, entre otras cosas, que no le asistía razón al peticionario al afirmar que conforme a lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, se encontraba vigente la lista de elegibles (terna) de la cual hace parte.

Lo anterior en atención a que, conforme con lo previsto en la ley 1122 de 2007, una vez se realizó el concurso de méritos, se designó a quien en su momento obtuvo la mayor calificación, y en esa medida, ante su renuncia, lo que operó en este caso fue una vacancia definitiva y no la prórroga de la lista de elegibles a la que hace mención el tutelante.

Tanto en primera[47] como en segunda instancia[48], niegan la protección de los derechos invocados, argumentando que la actuación de las entidades demandadas, se adecuó a la normatividad vigente.

6.2. Consideraciones

Conforme a los presupuestos fácticos expuestos, corresponde a la Sala de Revisión determinar, en primer lugar, si en el presente caso es procedente acudir mediante acción de tutela, para reclamar el posible derecho que le puede asistir al señor González Enciso de ocupar el cargo de gerente de la ESE, Hospital Marco Felipe Afanador del Municipio de Tocaima, tras haber obtenido el segundo lugar en el concurso de méritos.

De superarse el requisito de procedencia, se entrará a verificar si la Gobernación de Cundinamarca y su Secretaría de Salud le vulneraron los derechos fundamentales invocados al peticionario cuando le negaron la posibilidad de ser nombrado como gerente de la ESE Marco Felipe Afanador de Tocaima, una vez renunció la funcionaria pública que había sido designada por haber obtenido el mayor puntaje.

6.2.1. Procedencia

Como se expresó en los acápites previos, en el presente asunto es procedente la acción de tutela como mecanismo idóneo de protección de derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, trabajo, acceso a cargos públicos y confianza legítima, toda vez que se

debaten situaciones concernientes al posible nombramiento como gerente de una Empresa Social del Estado, de quien ocupó el segundo lugar dentro de un concurso de méritos.

En esa medida, se considera que ante la importancia de los derechos fundamentales que se pueden ver inmiscuidos, resulta dispendioso e ineficaz que el accionante acuda ante la jurisdicción contencioso administrativa. Por tanto, la Sala procederá a realizar el estudio de fondo.

6.2.2. No se vulneran los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, trabajo, acceso a cargos públicos y confianza legítima del señor José Jaime Gómez Enciso, en la medida en que, ante una vacancia absoluta, lo que procede es realizar un nuevo concurso.

La Sala considera que en el presente caso no se vulneran los derechos fundamentales invocados, debido a que contrario a lo afirmado por el peticionario, en el caso bajo estudio lo que se presentó fue una vacancia absoluta en el cargo de gerente de la ESE, tal como se indica a continuación:

De acuerdo con lo contenido en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, para proveer los cargos de gerentes de las Empresas Sociales del Estado ESE, es necesario realizar un concurso de méritos previendo todas las formalidades dispuestas en la jurisprudencia proferida por esta corporación, así como las normas y los reglamentos.[49]

Al verificar el expediente, se observa que tanto la Gobernación de Cundinamarca como el ente universitario encargado de llevar a cabo la convocatoria, agotaron las etapas del concurso de méritos en debida forma. Al punto que tanto el peticionario como los demás concursantes se mostraron de acuerdo con la publicación final de los puntajes.

El resultado de las calificaciones obtenidas en el concurso de méritos para proveer el cargo de gerente de la ESE Hospital Marco Felipe Afanador del municipio de Tocaima, fueron publicados por la Universidad Sergio Arboleda mediante Acta núm. 3 del 6 de junio de 2012, resultando electos dentro de la terna los siguientes concursantes:

Concursante

Puntaje

1. CARMEN PATRICIA HENAO MAX

73.33

3. JOSÉ JAIME GONZÁLEZ ENCISO

72.98

4. CLAUDIO RAFAEL BUITRAGO DUEÑAS

66.71

La señora Carmen Patricia Henao Max aceptó el nombramiento, se posesionó como gerente de la ESE Hospital Marco Felipe Afanador del municipio de Tocaima y renunció al cargo a partir del 18 marzo de 2013.

De acuerdo con dicha situación, se observa que desde el momento en que se posesionó la persona que obtuvo el mayor puntaje, perdió vigencia la terna elegida por concurso para aquel entonces. En razón a que desde ese momento empezó a ejercer su periodo institucional; y en consecuencia, lo que opera en este caso es una vacancia absoluta.

Al respecto la Sala aclara que, de acuerdo con los diferentes pronunciamientos de este tribunal constitucional, desarrollados, entre otras, mediante las sentencias C-957 de 2007, C-181 de 2010 y C-777 de 2010, los cargos de gerentes de las ESE, son de naturaleza especial, en razón a que pese a ser clasificados como de libre nombramiento y remoción, se proveen mediante concurso de méritos y cuentan con un periodo institucionalizado de 4 años, en el que, ante una vacancia absoluta, solo es procedente su aprovisionamiento, dependiendo del periodo restante, mediante un nuevo concurso cuando quedan más de 12 meses o por nombramiento directo del nominador cuando el término restante es inferior.

Distinto sería que, por ejemplo, se hubiese presentado alguna de las situaciones extraordinarias que impiden la posesión en el cargo de gerente, a quien obtiene el mayor puntaje, y no puede acceder al mismo; ya que en ese caso, sí se hubiera tenido que recurrir a quien había ocupado el segundo lugar en el concurso de méritos.

Lo anterior de acuerdo con lo previsto por esta corporación mediante sentencia C-181 de 2010, en la cual se declaró la exequibilidad condicionada del inciso primero del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, cuando indicó en la parte final del condicionamiento 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”. (subrayado fuera del texto original)

En ese orden de ideas, al haberse llevado a cabo la posesión en el cargo de quien ocupó el primer lugar en el concurso de méritos, no hay lugar a acudir a la terna del concurso inicial, sino por el contrario, proceder a declarar la existencia de una vacante absoluta, con el objeto de adelantar un nuevo proceso de selección, en atención a que el tiempo restante del periodo institucional supera los doce meses. Así lo dispone el artículo 218 de la Ley 1122 de 2007:

“Artículo 28. : De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 800 de 2008. 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.

(...)

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. (Negrilla y subrayada fuera del texto original)

Por lo anterior, la Sala procederá a confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Girardot que a su vez confirmó la proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tocaima, en el sentido de negar la solicitud de amparo invocada respecto a los

derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, trabajo y acceso a la justicia, toda vez que no se verifica su vulneración.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la Sentencia proferida el 22 de mayo de 2013 por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Girardot, que a su vez confirmó la dictada el 5 de abril de del mismo año por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tocaima, dentro de la acción de tutela iniciada por José Jaime Gonzalez Enciso, contra la Gobernación de Cundinamarca y su Secretaría de Salud.

SEGUNDO.- LÍBRESE por Secretaría General las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] En el escrito de respuesta, que reposa a folio 43 del cuaderno de instancias se indicó lo

siguiente: “Acorde con la normatividad citada anteriormente, resulta evidente que en el presente caso al haber renunciado quien en su momento ocupó el primer lugar en el concurso de méritos para ejercer el cargo de Gerente de la ESE Hospital Marco Felipe Afanador de Tocaima- Cundinamarca, la Doctora CARMEN PATRICIA HENAO MAX, se configura la figura jurídica de la vacancia absoluta del citado cargo, por tanto, en cumplimiento a lo normado, es obligatorio adelantar un nuevo concurso de méritos para dicha designación, dado que por ley la terna perdió su vigencia o deviene un decaimiento del acto administrativo al haberse nombrado y posesionado quien obtuvo el mayor puntaje, como lo fue la Dra. CARMEN PATRICIA HENAO. // Aunado a lo anterior, al exponer la Ley 1438 en su artículo 72 que: “El resto de la terna operará como un listado de elegibles, para que en el caso de no poder designarse al candidato con mayor puntuación, se continuará con el segundo y de no ser posible la designación de este, con el tercero”, es claro que dicha lista de elegibles aplicaría solo cuando el candidato con mayor puntuación no haya podido ser nombrado, caso éste que no corresponde al de la ESE Hospital Marco Felipe Afanador de Tocaima - Cundinamarca, por cuanto en el cargo de Gerente de la citada, sí fue nombrado quien ocupó el primer puesto en el concurso, lo cual deja sin función a la terna anteriormente conformada y en aras de adelantar un nuevo concurso de méritos y por ende conformar una nueva terna.”

[2] Folios 66 y 67 del cuaderno de instancias. El aparte más relevante de la consideración del juez de primera instancia indica lo siguiente: “Una vez se ha dado lectura al material probatorio allegado, y se ha hecho revisión de las distintas sentencia y disposiciones contenidas en las leyes citadas por quienes concurrieron al trámite constitucional, considera este estrado judicial que NO ES PROCEDENTE LA ACCIÓN DE TUTELA frente a la presunta vulneración de los derechos constitucionales por cuanto la actuación de las accionadas se ajusta a los lineamientos de la ley, toda vez que es la misma ley 1122 de 2007 la que consagra que en caso de vacancia absoluta, procede un nuevo proceso de selección, esto es, un nuevo concurso de meritos. La renuncia del cargo que presentara la doctora Henao genera VACANCIA ABSOLUTA y por ello debe darse aplicación a la norma en comento. Situación diferente hubiese sido si no se hubiera posesionado, pues en tal caso sí operaría la terna y sería indiscutible el derecho del accionante.”

[3] En palabras del juez de instancia se indicó lo siguiente: “[E]l procedimiento consignado en las normas, se encuentra a criterio de esta juzgadora, correctamente interpretado por el

ente accionando y no considera que vaya en contravía de lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta Política.// En cuanto a la aplicación de la Ley 909 de 2004 tal como lo refiere el actor, ciertamente establece en su artículo 31 que la vigencia de la lista de elegibles es de 2 años, pero debe decirse que en primer lugar, las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, no solo son posteriores a la 909 sino que además regulan de manera específica el trámite y reglas del concurso de méritos para los cargos de gerente de las ESE. En segundo lugar, la lista de elegibles a que hace referencia la ley 909 es a la elaborada por la Comisión Nacional del Servicio Civil y no a la elaborada por la Junta Directiva del Concurso convocado por el Presidente de la República o el Jefe del Ente Territorial y es por eso que el proceso de selección llevado a cabo por la CNSC tienen sus propias reglas de selección, diferentes a las establecidas para el nombramiento de Gerentes o Directores de las ESE”.

[4] Folios 59 a 64 del cuaderno de instancias.

[5] Folios 23, 24 y 25 del cuaderno de instancias.

[6] Folios 26, 27 y 28 del cuaderno de instancias.

[7] Folios 18, 19, 20, 21 y 22 del cuaderno de instancias.

[8] Folios 54 y 55 del cuaderno de instancias.

[9] Confróntese con las Sentencias T-509 de 2011, T-170 de 2013 y T-604 de 2013 proferidas por esta misma Sala.

[10] Sentencias T-225 de 1993 y SU-544 de 2001.

[11] Corte Constitucional, Sentencia T-509 de 2011, proferida por esta misma Sala.

[12] Para aquel entonces, la Corte analizó el caso de un docente que interpuso acción de tutela en contra del Departamento de Nariño y su Secretaría de Educación y Cultura, al considerar que se habían presentado irregularidades dentro de un concurso de méritos. Para aquel entonces tanto en primera como en segunda instancia se declaró la improcedencia de la solicitud de amparo con fundamento en que no se cumplía con el requisito de subsidiariedad de la acción; sin embargo, al llegar a revisión de esta corporación se determinó que de manera excepcional, es procedente la acción de amparo

para debatir irregularidades en el desarrollo de un concurso de méritos, en la medida en que es el juez de tutela el que determina si los otros medios de defensa judicial no son idóneos ni eficaces.

[13] En esta oportunidad este Tribunal constitucional estudió un asunto en el que, una persona interpuso acción de tutela contra la Armada Nacional debido a que dicha entidad no procedió a nombrarla en el cargo de secretaria a pesar de haber obtenido el mejor puntaje en un concurso de méritos que se había realizado para proveer el cargo. La accionante se había presentado como civil para ocupar el cargo ofertado y la Armada Nacional luego de haber agotado todo el proceso de selección, se negó a posesionarla argumentando que ya había asignado la vacante a un personal que había ascendido dentro de la entidad, y que por tanto, había quedado sin efectos el concurso. La Corte Constitucional en este caso determina que es “absurdo” considerar como idónea la vía contenciosa y conoce del asunto concediendo la protección de los derechos invocados.

[14] Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2009.

[15] Corte Constitucional, Sentencia T-333 de 1998.

[16] Confróntese con el fundamento 4 de las Sentencias T-509 de 2011, T- 170 de 2013 y T-604 de 2013 proferidas por esta misma Sala.

[17] Corte Constitucional, Sentencia C-953 de 2007.

[18] “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

[19] Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2010.

[20] Artículo 192 de la Ley 100 de 1993: “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 tres (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.// Parágrafo 1.- Esta norma entrará en vigencia a partir del 31 de marzo de 1995.// Parágrafo 2. Los directores de hospitales del sector público o de las empresas sociales del Estado se regirán en materia salarial por un régimen especial que reglamentará el Gobierno Nacional dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente ley, teniendo en cuenta el nivel de complejidad y el presupuesto del respectivo hospital.”

[21] Artículo 195 de la Ley 100 de 1993: “RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión “Empresa Social del Estado”.
2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.
3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.
5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.
6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.
7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.
8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.
9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los

establecimientos públicos.

[22] Al respecto se recuerda que en el numeral 5 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993 se hace remisión expresa a las reglas previstas en el Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

[23] “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.”

[24] “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”

[25] “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.”

[26] Sobre el particular se puede consultar el fundamento 3 de la Sentencia C-953 de 2007.

[27] Corte Constitucional, Sentencia C-953 de 2007.

[28] Corte Constitucional, Sentencia C-665 de 2000.

[29] Gaceta del Congreso número 249 de 2006.

[30] Corte Constitucional, Sentencia C-777 de 2010.

[31] Corte Constitucional, Sentencia C-777 de 2010.

[32] Corte Constitucional, Sentencia C-777 de 2010.

[33] Corte Constitucional, Sentencia C-777 de 2010.

[34] Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-957 de 2007.

[35] “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007”

[36] “ARTÍCULO 1º. Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial conformarán 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, con las personas que sean escogidas mediante concurso de méritos público y abierto, adelantado de conformidad con lo establecido en el presente decreto.// ARTÍCULO 2º. Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial determinarán los parámetros necesarios para la realización del concurso de méritos público y abierto de que trata el artículo anterior, el cual deberá adelantarse por la respectiva entidad, a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o estas asociadas con entidades especializadas en procesos de selección de personal para cargos de alta gerencia, que se encuentren debidamente acreditadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil.// La Universidad o Institución de educación superior deberá ser escogida bajo criterios de selección objetiva, demostrar competencia técnica, capacidad logística y contar con profesionales con conocimientos específicos en seguridad social en salud.// PARÁGRAFO 1º. Las Juntas Directivas, cuando lo consideren necesario, podrán autorizar al Gerente o Director para que suscriba convenios con otras Empresas Sociales del Estado o con la respectiva Dirección Territorial de Salud, para adelantar los concursos de méritos públicos y abiertos a través de universidades o instituciones de educación superior o estas asociadas con entidades especializadas en procesos de selección.// PARÁGRAFO 2º. El concurso de méritos en todas sus fases y pruebas deberá ser adelantado por la entidad contratada para el efecto.// ARTÍCULO 3º. En el concurso de méritos público y abierto deberán aplicarse pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos y las aptitudes, que permitan determinar que el aspirante es idóneo para el desempeño del cargo.// ARTÍCULO 4º. La Junta Directiva conformará la terna de la lista que envíe la entidad encargada de adelantar el proceso de selección, la cual deberá estar integrada mínimo con cinco aspirantes y presentada en orden alfabético. Si culminado el concurso de méritos no es posible conformar el listado con el mínimo requerido, deberán adelantarse tantos concursos como sea necesario.// ARTÍCULO 5º. El concurso de mérito público y abierto que se adelante en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1122 de 2007 y el presente decreto, se efectuará bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad y bajo los estándares mínimos que establezca el Departamento Administrativo de la Función Pública, quien prestará la asesoría que sea necesaria. (negritas y subrayados agregados).//

ARTÍCULO 6º. El proceso público abierto para la conformación de la lista de aspirantes a las ternas no implica el cambio de la naturaleza jurídica del cargo a proveer. // ARTÍCULO 7º. Las ternas para la designación de Gerentes o Directores de Empresas Sociales del Estado de nivel territorial que, a la fecha de publicación del presente decreto no se hayan conformado, se integrarán de acuerdo con lo señalado en el presente decreto. Los concursos de méritos que, en el momento de la entrada en vigencia de este decreto se encuentren en trámite, continuarán aplicando el procedimiento vigente a la fecha de la convocatoria.// ARTÍCULO 8º. Los organismos de inspección, vigilancia y control, dentro del ámbito de sus competencias, verificarán el cumplimiento de las disposiciones del presente decreto.// ARTÍCULO 9º. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto 3344 de 2003 y demás disposiciones que le sean contrarias”.”

[37] Resolución número 165 de 2008 “Artículo 1º. Entidades encargadas del proceso. Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial determinarán los trámites pertinentes para la realización de los procesos de que trata el Decreto 800 de 2008, tendientes a seleccionar los aspirantes que harán parte de las listas mediante las cuales se conformarán las ternas para la designación de los gerentes o directores de dichas empresas.// El proceso, desde la recepción de inscripciones hasta la entrega de resultados definitivos, previos a la conformación de la terna, deberá ser adelantado por Universidades o Instituciones de Educación Superior Públicas o Privadas, con aprobación oficial, o por estas en asocio con entidades especializadas en la selección de personal para cargos de alta gerencia. En todo caso, la universidad e institución que se escoja, según corresponda, deberán demostrar experiencia en procesos de selección de personal directivo, competencia técnica, capacidad logística y contar para la realización del mismo con profesionales con conocimientos específicos en seguridad social en salud y experiencia en el sector salud superior a tres (3) años.// Artículo 2º. Invitación a participar en el proceso y su publicación. Una vez seleccionada la entidad que realizará el proceso, la Junta Directiva de la respectiva empresa invitará a los aspirantes interesados en participar en el mismo, a través de prensa escrita de amplia circulación nacional o regional. Igualmente, la invitación deberá publicarse en el lugar de acceso al público de las Secretarías o Direcciones Seccionales de Salud del nivel departamental y municipal correspondientes y en la empresa social del Estado para la cual se realiza el proceso.// De dicha invitación se deberá informar a la comunidad mediante avisos radiales en una emisora de cubrimiento local o regional y estos deberán efectuarse por lo menos durante tres días con una periodicidad

mínima de tres veces al día en horarios de alta audiencia.// Además de los anteriores medios de divulgación, las Juntas podrán utilizar otros medios de comunicación masiva tales como folletos, correo electrónico o páginas electrónicas de la Entidad e igualmente podrán publicarse en las páginas web del Ministerio de la Protección Social y del Departamento Administrativo de la Función Pública.// La invitación deberá ser publicada como mínimo con diez (10) días hábiles de antelación a la fecha de iniciación de las inscripciones.// Artículo 3°. Contenido de la invitación.(...)// (...) Artículo 4°. Inscripciones. (...)// Artículo 5°. Pruebas de evaluación. (...)// Artículo 6°. Valoración de las pruebas. (...)// Artículo 7°. Asesoría y evaluación de los procesos. El Departamento Administrativo de la Función Pública prestará a las entidades que lo requieran asesoría para la planeación y desarrollo del proceso aquí regulado.// Con el propósito de que el Departamento Administrativo de la Función Pública pueda llevar estadísticas, realizar evaluaciones y sondeos sobre los procesos regulados por esta resolución las empresas sociales del Estado deberán enviar en forma oportuna la información que esta entidad les solicite.// Artículo 8°. Seguimiento y control. Una vez concluido el proceso, la empresa social del Estado deberá elaborar un informe sobre la ejecución del mismo en sus distintas etapas, en el cual se precisará, entre otros aspectos relevantes, los mecanismos y criterios utilizados para seleccionar la Universidad o Institución de educación superior que adelantó el proceso, las características de las pruebas aplicadas, las reclamaciones formuladas en las distintas etapas y la forma en que estas fueron resueltas. Dicho informe permanecerá bajo custodia del Gerente de la respectiva empresa social del Estado para efecto de su ulterior verificación o revisión por parte de la Superintendencia Nacional de Salud y demás autoridades competentes.// Artículo 9°. Vigencia. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación”.

[38] Ver fundamento 5.3 – Conclusiones de la Sentencia C-957 de 2007.

[39] Al respecto la Sentencia C-181 de 2010 establece: “Una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, el aspirante que obtiene el primer lugar y, por tanto, demuestra tener mayores méritos, adquiere un derecho fundamental a ocupar el cargo. Este derecho fundamental se deriva del principio de igualdad, que obliga no sólo a tratar igual a quienes están en la misma situación fáctica, sino también a brindar un trato diferente a quienes están en una situación fáctica distinta; así como del derecho al debido proceso y del principio de la buena fe, pues los aspirantes depositan su confianza en las reglas del concurso y en la autoridades que lo organizan, bajo la idea de que actuarán

objetivamente. En este orden de ideas, la realización de un concurso obliga al nominador a seleccionar al mejor de los concursantes, pues ningún sentido tendría adelantar una competencia para favorecer a otro que no sea el primero.//Esta obligación no desaparece cuando la designación está precedida por la conformación de un listado de elegibles. El listado de elegibles no desconoce el derecho de quien demuestra más altos méritos a acceder al empleo, ni implica que el nominador pueda seleccionar discrecionalmente a uno de los integrantes de la lista; su finalidad es garantizar la continuidad del servicio y promover la eficiencia de la función pública mediante la creación de una lista de personas calificadas que pueden desempeñar el empleo ante la imposibilidad de nombrar a quien obtuvo la calificación más alta. Por ello, esta Corporación ha señalado que cuando sea imposible nombrar al primero de la lista, el nominador debe designar al segundo mejor calificado.// La Administración puede separarse de tal decisión cuando exista una causa suficientemente poderosa, objetiva y explícita que impida honrar el primer lugar de la lista. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el ganador del concurso presenta antecedentes penales, disciplinarios o de tipo profesional que, al ser contrastados con los resultados de los concursos, evidencien su falta de idoneidad para ocupar el cargo. En todo caso, no podrán alegarse razones de tipo subjetivo, moral, religioso, étnico o político para sustraerse de la obligación de nombrar al primero de la lista.// En caso de no ser posible elegir al ganador del concurso, el nominador, mediante acto motivado, debe argumentar con razones sólidas y objetivas el motivo por el cual considera que el aspirante no satisface las exigencias del cargo, con el fin de garantizar sus derechos a la defensa y a controvertir la actuación administrativa.”

[40] Tomado del fundamento 4 de la Sentencia T-170 de 2013 proferida por esta Sala.

[41] Ley 1122 de 2007, Decreto 800 de 2008, Resolución número 165 de 2008 y los Estatutos de cada Empresa Social del Estado.

[42] Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2010.

[43] Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2010.

[44] Ibid.

[45] Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2010: “En este orden de ideas, la realización

de un concurso obliga al nominador a seleccionar al mejor de los concursantes, pues ningún sentido tendría adelantar una competencia para favorecer a otro que no sea el primero.// Esta obligación no desaparece cuando la designación está precedida por la conformación de un listado de elegibles. El listado de elegibles no desconoce el derecho de quien demuestra más altos méritos a acceder al empleo, ni implica que el nominador pueda seleccionar discrecionalmente a uno de los integrantes de la lista; su finalidad es garantizar la continuidad del servicio y promover la eficiencia de la función pública mediante la creación de una lista de personas calificadas que pueden desempeñar el empleo ante la imposibilidad de nombrar a quien obtuvo la calificación más alta. Por ello, esta Corporación ha señalado que cuando sea imposible nombrar al primero de la lista, el nominador debe designar al segundo mejor calificado.// La Administración puede separarse de tal decisión cuando exista una causa suficientemente poderosa, objetiva y explícita que impida honrar el primer lugar de la lista. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el ganador del concurso presenta antecedentes penales, disciplinarios o de tipo profesional que, al ser contrastados con los resultados de los concursos, evidencien su falta de idoneidad para ocupar el cargo. En todo caso, no podrán alegarse razones de tipo subjetivo, moral, religioso, étnico o político para sustraerse de la obligación de nombrar al primero de la lista. //En caso de no ser posible elegir al ganador del concurso, el nominador, mediante acto motivado, debe argumentar con razones sólidas y objetivas el motivo por el cual considera que el aspirante no satisface las exigencias del cargo, con el fin de garantizar sus derechos a la defensa y a controvertir la actuación administrativa.”

[46] Ley 1122 de 2007, artículo 28 parágrafo tercero: “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.”

[47] Juzgado Promiscuo Municipal de Tocaima.

[49] Entendiendo como tal el Decreto 800 de 2008, la Resolución 165 de 2008 y los estatutos de las Empresas Sociales del Estado.