

Sentencia T-502/10

CONCURSO DE MERITOS-Procedencia de acción de tutela

CONCURSO PUBLICO Y PRINCIPIO DE CONSTITUCIONALIDAD DEL MERITO-Finalidad

La Constitución de 1991 señaló que el principio constitucional del mérito se materializa a través del concurso público, el cual, tiene como finalidad “evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa”. Entonces, el objetivo del concurso público es hacer prevalecer el mérito de los aspirantes que pretenden acceder a un cargo de la función pública. Este concurso despliega un proceso en el cual se evalúan las calidades de cada uno de los candidatos bajo condiciones de igualdad, y así excluir nombramientos “arbitrarios o clientelistas o, en general, fundados en intereses particulares distintos de los auténticos intereses públicos.”

CONCURSO DE MERITOS-Factores objetivos, subjetivos y su consecuencia adicional

La Corte ha manifestado que el concurso, además de buscar la selección objetiva para acceder a los cargos públicos, conlleva una consecuencia adicional, y es que, una vez culminado dicho proceso por el que se han establecido los resultados de cada aspirante en cada una de las pruebas y ponderado los factores objetivos y subjetivos requeridos para ocupar el respectivo cargo, se nombre al participante más capacitado, es decir, aquel que ocupó el primer lugar. En consecuencia, culminadas las etapas del concurso público, se crea, en cabeza del aspirante que ocupó el primer lugar, un derecho a ser nombrado al cargo público, derecho que no puede ser desconocido por el nominador, pues de hacerlo estaría trasgrediendo la naturaleza de dicho proceso y, por tanto, iría en contra del principio constitucional del mérito.

GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Naturaleza jurídica del cargo y nombramiento

NOMBRAMIENTO DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Análisis de desarrollo jurisprudencial/**NOMBRAMIENTO DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO**-Exequibilidad del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007

ACCION DE TUTELA-Procedencia por cuanto se desconoció el principio de constitucionalidad del mérito al haber nombrado al tercero de la lista de elegibles y no al primero tal como lo establece el precedente de esta corporación

La Corte ha manifestado que el concurso, además de buscar la selección objetiva para acceder a los cargos públicos, conlleva una consecuencia adicional, y es que, una vez culminado dicho proceso por el que se han establecido los resultados de cada aspirante en cada una de las pruebas y ponderado los factores objetivos y subjetivos requeridos para ocupar el respectivo cargo, se nombre al participante más capacitado, es decir, aquel que ocupó el primer lugar. En consecuencia, culminadas las etapas del concurso público, se crea, en cabeza del aspirante que ocupó el primer lugar, un derecho a ser nombrado al cargo público, derecho que no puede ser desconocido por el nominador, pues de hacerlo estaría trasgrediendo la naturaleza de dicho proceso y, por tanto, iría en contra del principio constitucional del mérito.

Referencia: expediente T-2.490.841

Demandante: Wilfrido Segundo Herazo Hoyos.

Demandado: Alcalde de Pueblo Nuevo-Córdoba y Otro.

Magistrado Ponente:
Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA
MARTELO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil diez (2010)

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

SENTENCIA

dentro de la revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica, Córdoba, el seis (6) de noviembre de 2009 que, a su vez, confirmó la Sentencia del diecinueve (19) de octubre de 2009 del Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblo Nuevo, Córdoba, al decidir la acción constitucional de tutela promovida por el señor Wilfrido Segundo Herazo Hoyos contra el Alcalde de Pueblo Nuevo - Córdoba y, contra el Gerente de la Empresa Social del Estado, CAMU de este mismo municipio.

El presente expediente fue escogido para revisión por medio de auto del diecinueve (19) de febrero de 2010, proferido por la Sala de Selección número Dos (2) y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El demandante, Wilfrido Segundo Herazo Hoyos, impetró acción de tutela contra el Alcalde del Municipio de Pueblo Nuevo y el Gerente de la Empresa Social del Estado CAMU, para que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al principio de confianza legítima, los cuales considera vulnerados por éstos, al no haber sido designado como Gerente de dicha ESE, a pesar de haber ocupado el primer lugar en el concurso de méritos, realizado para proveer el mencionado cargo y, por el contrario, nombrar al participante que ocupó el tercer lugar de la lista de elegibles.

2. Reseña Fáctica

2.1. La Junta Directiva de la ESE CAMU del Municipio de Pueblo Nuevo, Córdoba, realizó una convocatoria dirigida a las personas que estuvieran interesadas en participar en el concurso de méritos, que tenía por objeto conformar la terna para designar al Gerente de dicha entidad.

2.2. Para llevar a cabo el proceso de inscripción de los aspirantes, la revisión de las hojas de vida, la elaboración de la lista de los admitidos, la realización de las pruebas, las entrevistas y los exámenes escritos, se designó a la Corporación Universitaria Luis Amigo, Seccional Córdoba.

2.3. En virtud de la convocatoria publicada, el señor Wilfrido Segundo Herazo Hoyos realizó la inscripción para participar en dicho proceso y, posteriormente, fue admitido.

2.4. El día 26 de marzo de 2008 la Corporación Universitaria Luis Amigo, publicó los resultados del proceso. Y, el 31 del mismo mes, entregó a la Junta Directiva de la ESE CAMU de Pueblo Nuevo, Córdoba, la lista de los aspirantes inscritos con el puntaje obtenido por cada uno de ellos.

2.5. De estos resultados se observa que el señor Wilfrido Segundo Herazo Hoyos, obtuvo el primer lugar con un puntaje de 82.86 sobre 100, el segundo lugar le correspondió al señor Rafael Antonio Florez Barrera con un puntaje de 81.78 y el tercer lugar fue para el señor Alfredo Miguel Padilla Eljach con un puntaje de 79.28.

2.6. Posteriormente, el Alcalde de Pueblo Nuevo, Córdoba, a su vez, presidente de la Junta Directiva de la ESE CAMU y quién tiene la función de nombrar al Gerente de ésta, procedió a hacer la designación correspondiente, teniendo en cuenta la lista de elegibles.

2.7. El Alcalde nombró como Gerente de la ESE CAMU al señor Alfredo Miguel Padilla Eljach, quién ocupó el tercer puesto en el concurso de méritos y no al señor Wilfredo Segundo Herazo Hoyos, quién ocupó el primer lugar en dicho proceso.

2.8. El señor Alfredo Miguel Padilla Eljach fue nombrado Gerente de la ESE CAMU mediante Decreto 025 del 31 de marzo de 2008 y posesionado el día 1 de abril de 2008.

2.9. Por las razones expuestas, el día 25 de septiembre de 2009, el actor presentó acción de tutela contra el Alcalde de Pueblo Nuevo, Córdoba, y el actual Gerente de la Empresa Social del Estado, CAMU, para que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al principio de confianza legítima, que considera vulnerados por no haber sido nombrado como Gerente de la mencionada ESE, no obstante haber ocupado el primer lugar en el concurso de méritos realizado para proveer dicho cargo.

3. Consideraciones de la parte actora

Manifiesta, el actor, que el Alcalde de Pueblo Nuevo- Córdoba, quien a su vez es el Presidente de la Junta Directiva de la ESE CAMU y tiene entre sus funciones, la de nombrar al Gerente de esta entidad, desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concurso de méritos, según la cual, el nominador está en la obligación de nombrar a quien haya ocupado el primer lugar en un proceso de esta naturaleza. (Sentencias SU-133 de 1998, T-245 de 2001, SU-961 de 1999, SU-133 de 1998, T-1241 de 2001, T-136 de 2005 entre otras).

Señala, que el Alcalde de Pueblo Nuevo desconoció las normas y los postulados sobre el concurso de méritos, por cuanto, no obstante que obtuvo el máximo puntaje entre los participantes y ocupó el primer lugar de la lista de elegibles, dentro del proceso realizado para proveer el cargo de Gerente de la ESE CAMU, no fue designado para dicho cargo, sino que fue nombrado quien ocupó el tercer lugar, por lo que considera vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y el principio de la buena fe.

A juicio del accionante, el nombramiento realizado por el demandado, en ejercicio de sus funciones, se sale de la órbita de lo permitido en la ley, pues ésta exige que en eventos de esta naturaleza, se debe designar al participante que ocupó el primer lugar de la lista de elegibles, pues de ello se desprende

que es éste el más capacitado para ejercer el cargo a proveer, razón por la cual dicho nombramiento es contrario a la Constitución.

Advierte, que la tutela es el mecanismo idóneo, oportuno y eficaz para proteger sus derechos fundamentales vulnerados, pues las vías ordinarias existentes para hacer valer sus pretensiones, están lejos de dar una respuesta eficiente a la protección de éstos, por lo que se podría generar un perjuicio más grave del que ya se ha causado.

El haber quedado incluido en la lista de elegibles y haber obtenido el mayor puntaje dentro del proceso y, como consecuencia, el primer puesto en ésta, le genera un derecho adquirido, como es, el derecho de acceder al cargo público.

El participante que entró a ocupar el cargo de Gerente de la ESE CAMU, no tenía el derecho primigenio de ser nombrado, pues éste le correspondía por haber ocupado el primer lugar en la lista de elegibles. Sin embargo, advierte el accionante, que si bien el designado es un tercero de buena fe, por lo que sus intereses deben ser respetados, ello no impide la protección de sus derechos y el respectivo nombramiento.

4. Pretensiones

El actor solicita dejar sin efecto la designación del señor Alfredo Miguel Padilla Eljach como Gerente de la ESE CAMU y, en su lugar, se ordene al Alcalde de Pueblo Nuevo, Córdoba, que lo nombre en dicho cargo, por ser quien ocupó el primer lugar en el concurso de méritos convocado para proveerlo.

5. Pruebas

Con el expediente obran las siguientes pruebas:

- Copia de la Convocatoria Pública para proveer el cargo de Gerente de la ESE CAMU de Pueblo Nuevo, Córdoba (Folio 26).
- Copia de carta enviada a los señores de la Junta Directiva de la ESE CAMU por parte de la Directora del Centro Regional Luis Amigo, en donde consta el puntaje obtenido por los aspirantes del concurso de méritos convocado (Folios 26 a 30).
- Copia de la página de internet en donde se publicó la convocatoria al concurso de méritos por parte de la Fundación Universitaria Luis Amigo (Folios 31 a 34).
- Copia de Actas de algunas de las reuniones de la Junta Directiva de la ESE CAMU (Folios 35 a 39).
- Copia del Acuerdo No. 026 de 2008, por medio del cual se establecen los trámites para la realización del proceso público abierto para escoger al Gerente de la Empresa Social del Estado CAMU del Municipio de Pueblo Nuevo, Córdoba (Folios 40 a 55).

- Copia de los resultados de las entrevistas practicadas a los participantes del proceso y de la valoración de sus antecedentes (Folios 47 a 55).
- Copia de Carta enviada al Alcalde de Pueblo Nuevo, Córdoba, suscrita por el Gerente encargado de la ESE CAMU, informándole la terna de los aspirantes al cargo (Folio 56).
- Copia del Acuerdo 050, por medio del cual se adoptan los estatutos de la Empresa Social del Estado CAMU de Pueblo Nuevo, Córdoba (Folios 57 a 98).
- Copia del Decreto 025 de marzo 31 de 2008, por medio del cual se nombra al señor Alfredo Miguel Padilla Eljach como Gerente de la ESE CAMU de Pueblo Nuevo, Córdoba (Folio 99)
- Copia del Acta de posesión del señor Alfredo Miguel Padilla Eljach en el cargo de Gerente de la ESE CAMU, proferida el 10 de abril de 2008 (Folio 100).
- Copia del Decreto 3344 de 2003, por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 192 de la Ley 100 de 1993 (Folios 101 a 106).
- Copia de un derecho de petición de fecha 2 de septiembre de 2009, presentado por el señor Wilfrido Segundo Herazo Hoyos al Alcalde de Pueblo Nuevo, Córdoba, en donde solicita la revocatoria del acto administrativo que nombró como Gerente la señor Alfredo Miguel Padilla Eljach (Folios 107 a 110).
- Copia de la Sentencia de la Corte Constitucional, T-329 de 2009, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual, se conoció de un caso en el que el encargado de nombrar al Gerente de una Empresa Social del Estado, luego de realizado el concurso de méritos, eligió al segundo de la lista. En esta oportunidad se señaló que *“quién obtiene el primer puesto en un concurso de méritos está en su legítimo derecho a ser nombrado en el cargo por demostrar tener las mejores aptitudes”* (Folios 111 a 155).

6. Respuesta de los entes accionados

6.1. Alcalde de Pueblo Nuevo, Córdoba.

El Alcalde de Pueblo Nuevo, Córdoba, dio respuesta a la acción de tutela mediante escrito del 8 de octubre de 2009 en el cual manifestó que en ningún momento se desconoció o violó el debido proceso, pues actuó conforme a lo establecido en el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, el Decreto 3344 de 2003 y la resolución reglamentaria 793 de 2003.

Su facultad de nominador del Gerente de la ESE CAMU, la cumplió estrictamente conforme con lo establecido en las normas mencionadas, pues, una vez sometida a su consideración la terna conformada por tres personas escogidas por la Junta Directiva, en reunión del 28 de marzo de 2008, procedió a seleccionar a uno de los miembros de ésta, tal como lo ordena el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, por lo que no puede afirmarse que se

cambiaron las reglas del concurso de méritos, ni que se hayan desconocido los puntajes obtenidos por los integrantes de la terna.

Manifiesta el accionado, que no se contrarió el precedente establecido por la Corte Constitucional, pues la sentencia T-329 del 14 de mayo de 2009, fue posterior a los hechos controvertidos, por lo que los antecedentes que se analizaron, por parte de la Junta Directiva y él, fueron las sentencias T-484 de 2004 y T-422 de 1992 de dicha Corporación.

Adicionalmente señala, que en reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional, ha mencionado que la acción de tutela, como mecanismo de protección de derechos, es subsidiaria y residual, es decir, que existiendo otras vías para controvertir los derechos, se puede acudir a ésta sólo excepcionalmente y de manera transitoria, cuando se evidencia un perjuicio irremediable.

Manifiesta el accionado que, en el presente caso, la tutela se debió interponer como mecanismo transitorio, pues el actor tenía a su favor otros mecanismos idóneos para controvertir el acto que presuntamente vulneró sus derechos, sin embargo, éste dejó transcurrir el tiempo sin ejercerlos, por lo que no es posible que mediante este mecanismo constitucional, el juez premie la falta de diligencia en la que incurrió el señor Herazo Hoyos.

Indicó, que en la sentencia T-329 de 2009 se protegieron los derechos de los accionantes, porque la tutela cumplía los requisitos de procedibilidad, contrario a lo que pasa en esta ocasión, que si bien, es un caso parecido, no se cumple con el requisito de la inmediatez, pues el actor dejó pasar 18 meses para reclamar, configurándose la estabilidad en el cargo de la persona que fue designada para éste.

Así mismo, la sentencia T-329 de 2009 tiene efectos interpartes y no es de obligatorio cumplimiento, es decir, que la norma que mediante la excepción de inconstitucionalidad fue inaplicada por considerarse contraria a la Constitución, sólo afecta al caso concreto en que se debatió. Luego, la norma sigue vigente en el ordenamiento y debe ser aplicada.

6.2. Gerente de la Empresa Social del Estado CAMU

Mediante escrito del 7 de octubre de 2009, el Gerente de la ESE CAMU, Alfredo Padilla Eljach, dio respuesta a la tutela interpuesta en su contra, por el señor Wilfrido Segundo Herazo Hoyos, en el que manifestó que la presente acción es improcedente por carecer de fundamentos de hecho y de derecho.

Señaló que el Alcalde de Pueblo Nuevo, Córdoba, obró conforme con las facultades atribuidas por el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007. En consecuencia, el Decreto 025 de marzo 31 de 2008, por medio del cual se le

nombró en el cargo de Gerente de la ESE CAMU, goza de presunción de legalidad, pues éste no ha sido demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Manifestó que la presente acción no puede estar llamada a prosperar, pues no cumple con uno de los requisitos propios de la naturaleza de la tutela, como es la inmediatez, pues desde que se realizó el respectivo nombramiento del cargo de Gerente de la ESE CAMU, hasta la fecha de interposición de la acción, han transcurrido dieciocho (18) meses.

En dicho lapso, el actor, no demandó mediante acciones ordinarias el acto administrativo de nombramiento, por lo que ahora, casi dos años después, interpone acción tutela pretendiendo subsanar su negligencia al haber dejado caducar las vías ordinarias para reclamar sus derechos.

Al respecto la Corte Constitucional, en múltiples sentencias, ha señalado que para que la tutela sea procedente, debe interponerse en un tiempo razonable y oportuno y, deben agotarse todos los medios procesales ordinarios. En esta oportunidad, el actor no cumplió con ninguno de estos dos requisitos.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Decisión de primera instancia

Mediante sentencia del diecinueve (19) de octubre de 2009, el Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblo Nuevo, Córdoba, concedió el amparo a los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad al considerar que basta con que exista la vulneración de un derecho fundamental para que prospere el amparo constitucional, sin que sea necesario el presupuesto de la inmediatez.

A juicio del fallador, la declaratoria de “inconstitucionalidad” de la expresión contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, por parte de la Corte Constitucional, generar una nueva oportunidad para reclamar el derecho vulnerado.

Sostiene que según la jurisprudencia de este Alto Tribunal, en los eventos en que un cargo público deba proveerse mediante concurso de méritos, la regla general que debe observar el nominador, es la de designar al profesional que haya obtenido el mayor puntaje, pues de esto se deduce, que es el más calificado e idóneo para ejercerlo y, para poder excluirlo, el nominador debe esgrimir razones “objetivas, sólidas y explícitas” que hagan llegar a la convicción de que éste no es digno para el cargo que se pretende proveer.

De la respuesta de los accionados a la presente tutela, se pudo constatar que éstos no cuentan con ninguna razón válida que les haya permitido inobservar

el orden de la lista de elegibles y, haber seleccionado de manera discrecional al Gerente de la ESE CAMU.

Por las razones expuestas, el Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblo Nuevo, Córdoba, ordenó al señor Alcalde, quién además preside la Junta Directiva de la ESE CAMU de este Municipio, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, proceda a nombrar en el cargo de Gerente de esta entidad, al señor Wilfrido Segundo Herazo Hoyos, quién obtuvo el mayor puntaje en el proceso de méritos convocado para el efecto. Orden que efectivamente se cumplió, pues según se pudo establecer telefónicamente, el demandante desempeña el cargo de Gerente en la ESE CAMU desde el mes de noviembre de 2009.

2. Impugnación

2.1. Alcalde de Pueblo Nuevo, Córdoba

El Alcalde Municipal impugnó el fallo de primera instancia manifestando que el juez tuteló el derecho a la igualdad y al debido proceso del actor, basándose en precedentes de la Corte Constitucional que se refieren a la procedencia de la acción contra particulares, la carrera administrativa y el concurso de méritos, los que no guardan relación con el problema planteado en la presente tutela.

Alega que el Juez fundamentó su fallo en la Sentencia T-329 de 2009, la cual inaplicó la expresión del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, “la junta directiva conformará una terna previo proceso de selección” por considerarla contraria a la Constitución Política, providencia que sólo tiene efectos sobre el caso concreto planteado en esa oportunidad. Advierte que la citada expresión no ha perdido vigencia en el ordenamiento y, por lo tanto, es deber acatarla, ya que no ha habido un pronunciamiento sobre su inexecutableidad.

Señaló que en ningún momento se han violado los derechos fundamentales del señor Wilfrido Segundo Herazo Hoyos, por cuanto el proceso adelantado por la Junta Directiva de la ESE CAMU, así como el nombramiento hecho por éste en calidad de nominador del cargo, se ajustó a la Ley 100 de 1993, a la 1122 de 2007, al Decreto 3344 de 2003, a la Resolución 793 de 2003 y al Decreto 800 de 2008, razón por la cual solicita se revoque en todas sus partes el fallo proferido.

Adicionalmente, reiteró que la tutela es improcedente por carecer del requisito de la inmediatez, pues el actor acudió a esta instancia casi dos años después de haber realizado el nombramiento, tiempo que no puede ser considerado como razonable.

2.2. Gerente de la ESE CAMU

El Gerente de la ESE CAMU impugnó la sentencia de primera instancia manifestando que, a su parecer, es inaudito que el juez, en el fallo proferido, les de la calidad de particulares al Alcalde de Pueblo Nuevo, Córdoba y a éste, pues son autoridades públicas.

Del mismo modo, señaló que el juez de conocimiento no distingue entre la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, de la excepción de inconstitucionalidad, pues esta última, se refiere a cuando una norma es incompatible con la Constitución, caso en el cual, se aplica la Carta Fundamental y no la norma, tal como ocurrió con la Sentencia T- 329 de 2009. Sin embargo, en ningún momento la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de la expresión del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 que establece, “La junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección”, razón por la cual ésta sigue vigente en el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, es susceptible de ser aplicada.

Así mismo, el Juez, en la providencia cuestionada, señaló que *“no existe caducidad o extemporaneidad para impetrar la acción, toda vez que el periodo para el cual se hizo la convocatoria y el nombramiento atacado, aún no ha vencido, por consiguiente a pesar del tiempo que transcurrió, se está en momento oportuno y por ello se debe amparar su derecho constitucional, partiendo de la premisa de que el tutelante adquirió el derecho a ser nombrado en el cargo al cual aspira”*. Por lo que el juez de instancia, desconoció los mandamientos que la Corte Constitucional ha establecido frente al requisito de la inmediatez, como condición esencial para la procedibilidad de la acción de tutela.

En múltiples casos, sometidos a la jurisdicción constitucional, se ha denegado el amparo por no cumplir con el requisito de la inmediatez, es decir por no haber hecho uso de este mecanismo dentro de un término prudencial y razonable, que, para el caso de los actos administrativos, es el término de caducidad para impetrar las acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa.

3. Decisión de segunda instancia

Mediante sentencia del 6 de noviembre de 2009, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica, Córdoba, confirmó el fallo de primera instancia y señaló, que para el caso de nombramientos de los Gerentes de la Entidades Sociales del Estado, el sistema es doble, pues se adopta un concurso de méritos, destinado a la elaboración de una lista, conformada por una terna, la cual es presentada al nominador, para que éste haga la elección correspondiente.

Señaló el Juez que el concurso de méritos tiene como fin demostrar cuál aspirante es el más capacitado para ocupar el cargo, mientras que la terna ofrece la opción al nominador para escoger a cualquiera de los ternados.

El mecanismo descrito concierne los elementos del mérito y la discrecionalidad en el trámite del nombramiento del funcionario. Sin embargo, se evidencia que en el sistema del nombramiento existe un elemento que irrespeta el principio del mérito de los participantes.

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

Lo anterior, resulta contrario al principio de la buena fe, pues impide que los participantes, que hayan obtenido los mejores puntajes, aspiren con posibilidades serias a ocupar cargos públicos.

De acuerdo con lo anterior, el Juez consideró que la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección”, contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, impide que se garanticen los derechos fundamentales de quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles. Por lo que la utilización de la terna, en el proceso de elección del Gerente de la ESE, va en contra de la esencia del concurso de méritos, lo que conduce a que la norma legal deba inaplicarse.

En el caso particular debió nombrarse al primero de la lista, quién es el accionante, y, al no ser éste el designado, debió motivarse de forma clara y objetiva las razones de esa decisión.

En cuanto a la inmediatez, el Juez consideró, que este requisito no se encuentra ausente, ya que el periodo para el cual debió ser nombrado el actor, no ha culminado, lo que indica que la vulneración de sus derechos ha permanecido en el tiempo.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA SALA

1. Competencia

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

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En esta oportunidad, el señor Wilfrido Segundo Herazo Hoyos actúa en defensa de sus derechos e intereses, razón por la que se encuentra legitimado.

2.2. Legitimación pasiva

El Alcalde Municipal de Pueblo Nuevo, Córdoba y el Gerente de la Empresa Social del Estado CAMU del mismo municipio, son autoridades públicas, por lo que, de acuerdo con artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, están legitimadas, como partes pasivas, en el proceso de tutela bajo estudio, en vista de que se les atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales que invoca el actor.

3. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si existió, por parte de la Alcaldía de Pueblo Nuevo, Córdoba, y el Gerente de la Empresa Social del Estado, CAMU del mismo municipio, la violación de los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al principio de confianza legítima del señor Wilfrido Segundo Herazo Hoyos al no haberlo designado como Gerente de dicha ESE no obstante que obtuvo el primer lugar en el concurso público de méritos convocado por la Junta Directiva de esta institución para proveer dicho cargo.

Previamente a la dilucidación del fondo del asunto, la Sala Cuarta de Revisión entrará a analizar la procedibilidad de la tutela para el caso concreto, y al efecto hará un análisis de los requisitos esenciales de este mecanismo de protección.

Una vez resuelto el problema de la procedibilidad de la acción y, siempre y cuando, ésta cumpla con los requisitos para su interposición, se hará un análisis jurisprudencial de temas como (i) el pronunciamiento de esta Corporación frente a los concursos de méritos (ii) y más específicamente frente a los nombramientos de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, para luego abordar el (iii) caso concreto.

4. Procedibilidad de la acción de tutela

La Carta Política de 1991 consagró los derechos fundamentales, como uno de los pilares del Estado social de derecho¹, por lo que para su salvaguarda y eficacia se creó la acción de tutela como mecanismo de protección de aplicación inmediata.

Esta acción se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, y fue creada para la defensa de los derechos fundamentales de las personas, que por alguna acción u omisión de alguna autoridad pública o de los particulares², son amenazados o, de hecho, vulnerados.

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

En dicho Decreto se estableció, como causal de improcedencia de la tutela, la existencia de otros medios de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, circunstancia que será analizada y valorada por el juez según la situación fáctica de cada caso concreto.

Así mismo, en el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, referente al objeto de la acción de tutela, se estableció que la protección de los derechos fundamentales podrá ser reclamada en cualquier momento y lugar³.

De los anteriores dos presupuestos, esta Corporación ha deducido, los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, los cuales se pueden sintetizar en la subsidiariedad del mecanismo y en la inmediatez.

El primero de ellos, se refiere a que la tutela sólo puede invocarse cuando no exista otro medio de defensa judicial o, que existiendo, éste no sea eficaz para la protección de los derechos que se pretenden salvaguardar evitando un perjuicio irremediable.

Para lo que interesa a la presente causa, la Corte, frente al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela ha señalado que, en tratándose de actos administrativos, antes de acudir a este mecanismo de protección se deben agotar las vías ordinarias, salvo que el juez evidencie que tales mecanismos no proporcionan una eficaz y pronta protección a los derechos que se pretenden salvaguardar.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, MP. Ciro Angarita Barón.

² En los casos que señale el Decreto 2591 de 1991, artículo 1 y 42.

³ *Decreto 2591 de 1991, artículo 1: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares [en las casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela. (...)]".*

Sin embargo, en el caso de los concursos de méritos, se ha establecido que las acciones ordinarias como son la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, retardan la obtención de los fines que persiguen.

Así mismo, estas acciones carecen, por la forma como están estructurados los procesos, de la capacidad de brindar un remedio integral para la violación de los derechos del accionante⁴, razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para dar protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad del concursante que no obstante, debido a sus méritos, ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, no fue nombrado en el respectivo cargo público.

De lo anterior se desprende que, para el caso en cuestión, se trata de una persona que dentro de un concurso de méritos, no fue nombrada a pesar de haber obtenido el primer lugar, por lo que atendiendo a esa circunstancia, la acción de tutela es la vía más eficaz para reclamar sus derechos, así no haya acudido a las vías ordinarias.

En cuanto al segundo requisito, si bien el Decreto reglamentario de la tutela señala que dicho mecanismo puede ser interpuesto en cualquier tiempo, esta Corporación, teniendo en cuenta que esta acción pretende dar protección inmediata ante la vulneración o amenaza de los derechos, ha señalado que debe ser interpuesta en un tiempo razonable, contado desde que acaecieron los hechos causantes de la trasgresión o desde que la persona sienta amenazados sus derechos.

Al respecto la Corte ha señalado que, *“la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado.”*⁵

Lo anterior, por cuanto el mecanismo de amparo ha sido creado con un único fin, dar protección urgente a los derechos fundamentales que las personas consideren vulnerados o amenazados, por lo que la *“inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción.”*⁶

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

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

⁶ Ibidem

Bajo este contexto, puede concluirse que si bien la procedibilidad de la acción de tutela exige su interposición dentro de un término razonable y oportuno, requisito que supone una actitud positiva del interesado, de manera que promueva el mecanismo de amparo constitucional de forma consecutiva o próxima al suceso que se controvierte, tal exigencia puede ceder en aras de hacer efectiva la garantía constitucional de protección de los derechos fundamentales, cuando el juez constitucional, previo el análisis del caso concreto, encuentre la configuración de una justa causa que justifique la inactividad del demandante.

En efecto, este Tribunal ha señalado los casos en que resulta admisible la dilación en la interposición de la acción de tutela, a saber: (i) que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación del recurso de amparo, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual y (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros⁷.

Adicionalmente, este Alto Tribunal ha señalado que otra causal de justificación válida que explica la tardanza en la interposición de la acción, es la ocurrencia de un hecho nuevo, y éste, ha sido entendido, como una circunstancia fáctica que es jurídicamente relevante, ocurrida entre el momento en que ocurrieron los hechos causantes del daño o de la amenaza de los derechos fundamentales y la interposición de la acción de tutela.

Se ha establecido por esta Corporación que una circunstancia fáctica relevante para el mundo jurídico, es la expedición en sede de revisión, de una sentencia, que contenga un precedente que antes no existía.

Al respecto la Sentencia T-014 de 2008⁸ estableció frente a la inmediatez en un caso de indexación de mesada pensional que *“el actor interpuso la acción de tutela para reclamar sus derechos en un término razonable, es decir, una vez tuvo conocimiento de la Sentencia C-862 de 2006 (que concretó lo que con anterioridad habían expuesto otras sentencias de tutela, tal y como lo expuso el actor en su demanda), situación que se puede considerar en el presente caso como un **hecho nuevo** que abrió la posibilidad para que con fundamento en ella, el accionante interpusiera la presente acción de tutela”*.

Conforme con lo anterior, se puede concluir que el requisito de la inmediatez es esencial para interponer la tutela, es decir, que sin éste la acción no está

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-851 del 13 de octubre de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil, Sentencia T-158 de 2 de marzo de 2006, MP. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia T- 618 del 3 de septiembre de 2009, MP. Jorge Iván Palacio Palacio

⁸ Sentencia del 17 de enero de 2008, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

llamada a prosperar, sin embargo, la Corte ha establecido, tal como quedó consignado, eventos en los que este requisito no puede ser aplicado en forma tan rigurosa y en los que se encuentra una justificación válida de la tardanza como es, la ocurrencia de un hecho nuevo.

Con base en los precedentes jurisprudenciales referidos, la Sala concluye que, en el caso concreto, la acción de tutela resulta procedente, por cuanto está acreditado, que si bien el accionante interpuso la acción de tutela el día 25 de septiembre de 2009 y, el hecho vulnerador de sus derechos fundamentales, tuvo lugar el día 31 de marzo de 2008, fecha en la cual fue proferido el Decreto que nombró en el cargo de Gerente al señor Alfredo Miguel Padilla Eljach, participante que ocupó el tercer lugar en la lista de elegibles, el día 14 de mayo de 2009, la Sala Sexta de Revisión, profirió una sentencia de tutela en la que se estableció un precedente sobre el nombramiento de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, en donde se inaplicó por inconstitucional la expresión “*la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual*”, contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

Dicho precedente constitucional constituye un hecho nuevo, el cual abre la posibilidad para que el actor interponga la presente tutela en defensa de sus derechos.

También debe tenerse en cuenta que esta Corporación profirió el fallo de constitucionalidad C-181 de 2010 en el que se declaró exequible de manera condicionada la posibilidad de que el nominador, en la designación de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado, no escogiera al aspirante mejor calificado.

En razón de ello, esta Sala evidencia que sólo pasaron 4 meses entre la ocurrencia del hecho nuevo, como es la expedición del fallo de tutela y la interposición de la acción por parte del señor Wilfrido Segundo Herazo Hoyos, por lo que, a juicio de la Sala, es un tiempo prudencial para la interposición de este mecanismo de protección.

Por todo lo anterior, una vez analizados los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela frente al caso concreto, se concluye, que este mecanismo es procedente por lo que esta Sala se pronunciará de fondo sobre los hechos aquí planteados.

5. Concurso de méritos.

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 el derecho al debido proceso administrativo tuvo rango constitucional, por lo que desde ese momento, las trasgresiones a éste, podrán ser susceptibles de protección por vía de tutela.

La Carta Política consagra en el artículo 29, dicha protección y, dispone, que el derecho al debido proceso consiste *“en el respeto a las formas previamente definidas, en punto de las actuaciones que se surtan en el ámbito administrativo y judicial, salvaguardando en todas sus etapas los principios de contradicción e imparcialidad”*⁹.

En virtud de lo anterior, este derecho se puede definir como un conjunto de etapas, que son establecidas por la ley con el fin de que las autoridades administrativas las cumplan y, a su vez, tienen como objetivo, brindar a los administrados seguridad jurídica y garantizar su defensa, así como el correcto funcionamiento de la administración y la certeza de la validez de sus actuaciones¹⁰.

Esta Corporación ha reiterado en variada jurisprudencia que *“el derecho al debido proceso administrativo se traduce en la garantía que comprende a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, de tal manera que el compromiso o privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado a sus ciudadanos no pueda hacerse con ocasión de la suspensión en el ejercicio de los derechos fundamentales de los mismos. Es entonces, la garantía consustancial e infranqueable que debe acompañar a todos aquellos actos que pretendan imponer legítimamente a los sujetos cargas, castigos o sanciones”*¹¹ ¹².

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

De lo anterior se puede concluir que, todas las relaciones jurídicas que lleguen a generarse entre la administración y los administrados deben ser leales y consecuentes *“con sus conductas precedentes de manera que los administrados no se vean sorprendidos con conductas que, por ser contrarias, defrauden sus expectativas legítimamente fundadas”*¹³.

A su turno, la Constitución Política establece, en el artículo 125, que *“los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de*

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-214 del 8 de marzo de 2004, MP. Eduardo Montealegre Lynett

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-214 del 8 de marzo de 2004, MP. Eduardo Montealegre Lynett, sentencia T-224 del 23 de marzo de 2006, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-1263 del 29 de noviembre de 2001, MP. Jaime Córdoba Treviño.

¹² Corte Constitucional, sentencia T-214 del 8 de marzo de 2004, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-048 del 30 de enero de 2009, MP. Rodrigo Escobar Gil.

carrera y el ascenso en los mismo, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (...).”

Del artículo citado, se puede deducir que dentro de la organización estatal hay varios tipos de empleos y diferentes formas de acceder a ellos, tal es el caso de los empleos de carrera administrativa que se proveen a través del mérito. Según la Norma Fundamental, la regla general, es que los cargos de la función pública sean de carrera administrativa, sin embargo, el mismo texto establece unas excepciones, según las cuales los cargos a proveer en una entidad u organismo no son de carrera y, por tanto, su elección no se realiza mediante el mérito. No obstante, la Ley 909 de 2004, en el artículo 2, señala que el criterio del mérito puede ser usado para proveer cargos de libre nombramiento y remoción.

La función pública debe ser desarrollada teniendo en cuenta algunos principios constitucionales como, el mérito, la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la imparcialidad, la transparencia, la celeridad y la publicidad.¹⁴

La Constitución de 1991 señaló que el principio constitucional del mérito se materializa a través del concurso público, el cual, tiene como finalidad *“evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa”*¹⁵.¹⁶

Entonces, el objetivo del concurso público es hacer prevalecer el mérito de los aspirantes que pretenden acceder a un cargo de la función pública. Este concurso despliega un proceso en el cual se evalúan las calidades de cada uno de los candidatos bajo condiciones de igualdad, y así excluir nombramientos *“arbitrarios o clientelistas o, en general, fundados en intereses particulares distintos de los auténticos intereses públicos.”*¹⁷

El concurso público, es un procedimiento mediante el cual se garantiza que la selección de los aspirantes para ocupar cargos público se funde en la *“evaluación y en la determinación de la capacidad e idoneidad de éstos para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo”*. De esta manera, *“se impide la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios ‘subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante”*¹⁸¹⁹.

¹⁴ Ley 909 de 2004, artículo 2.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-315 del 25 de junio de 1998, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-211 de 2007. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Esta Corporación ha señalado que si bien con el concurso de méritos se busca la objetividad en la selección de los ciudadanos para ser nombrados en cargos públicos, para que éstos puedan acceder a la función pública en igualdad de condiciones, en estos procesos, además, se deben analizar y evaluar todos los factores que exhiba un candidato para ocupar un cargo de la administración, por lo que, en virtud de ello, serán tenidos en cuenta factores en donde no es posible la objetividad *“pues ‘aparece un elemento subjetivo que, en ciertas ocasiones podría determinar la selección, como sería, por ejemplo, el análisis de las condiciones morales del aspirante, su capacidad para relacionarse con el público, su comportamiento social, etc.’”*²⁰²¹. Sin embargo, así exista un elemento subjetivo en la evaluación, la finalidad del concurso es *“desterrar la arbitrariedad”*²²

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

La sentencia C-588 de 2009²³ señaló que *“[l]a evaluación de factores objetivos y subjetivos, tiene, a juicio de la Corte, una consecuencia adicional que es la designación de quien ocupe el primer lugar. En efecto, de acuerdo con la Corporación, ‘cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos y una vez apreciados éstos quien ocupará el cargo será quien haya obtenido mayor puntuación’, pues de nada serviría el concurso si, a pesar de haberse realizado, ‘el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias.’”*²⁴²⁵

En consecuencia, culminadas las etapas del concurso público, se crea, en cabeza del aspirante que ocupó el primer lugar, un derecho a ser nombrado al cargo público, derecho que no puede ser desconocido por el nominador, pues de hacerlo estaría trasgrediendo la naturaleza de dicho proceso y, por tanto, iría en contra del principio constitucional del mérito.

6. Nombramiento de Gerentes de las Empresas Sociales del Estado (ESE).

²⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

²² Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

²³ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Como se mencionó en el capítulo anterior, la Constitución Política de 1991 en el artículo 125, estableció que la regla general para acceder a la función pública es a través del mérito y que los empleos en los órganos y las entidades del Estado son de carrera. Sin embargo, el mismo artículo señaló que, en el evento en que la Constitución no prevea la forma de nombramiento de un funcionario, ésta le otorga esa facultad al legislador.

En razón de ello, el constituyente dejó, en manos del legislador, la potestad de determinar la naturaleza jurídica de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, pues ella no se ocupó de este tema específico.

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

El artículo 2 de este decreto estableció que *“[l]os Gerentes de las Empresas Sociales del Estado y los Directores de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Públicas a que hace referencia este Decreto, son empleados públicos de período fijo, nombrados por el Jefe de la Entidad Territorial respectiva, para un período mínimo de tres (3) años, prorrogables, de terna que presente la junta directiva del Organismo o Entidad, de acuerdo con lo dispuesto sobre el particular por la Ley 10 de 1990, para ejercer funciones de dirección, planeación, evaluación y control en la administración y gestión de una Institución Prestadora de Servicios de Salud, de naturaleza jurídica pública y de las Empresas Sociales del Estado.”*

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

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

El artículo 28 de esta ley, estableció que, *“Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los*

tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.

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

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

Parágrafo Transitorio. *Los Gerentes de las ESE's 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.*

Los Gerentes de las ESE's nacionales que sean elegidos por concurso de méritos o reelegidos hasta el 31 de diciembre de 2007, culminarán su periodo el 6 de noviembre de 2010. Cuando se produzcan cambios de Gerente durante este periodo, 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's 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 periodo que culminará el 31 de marzo de 2012. Todos los Gerentes de las ESE's departamentales, distritales o municipales iniciarán periodos iguales el 1° de abril de 2012 y todos los Gerentes de las ESE's nacionales iniciarán periodos iguales el 7 de noviembre de 2010.”(El subrayado es nuestro).

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

Dicho Decreto, estableció que las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado 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. Así mismo, la realización del concurso de méritos se hará a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas.

Señaló que el objetivo del concurso de méritos es el de evaluar los conocimientos y las aptitudes de los aspirantes y, a su vez, determinar si el aspirante es idóneo para el desempeño del cargo. Dicho proceso deberá ser adelantado bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad.

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

Con el cambio introducido se pretendió establecer que el mérito fuera el parámetro a seguir, para que de esta manera, se objetivice el manejo de estos cargos y se les sustraiga de factores subjetivos que pugnen con el adecuado ejercicio de la función pública, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo²⁶.

7. Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el proceso mediante el cual se nombra a los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 1122 de 2007, esta Corporación se había pronunciado sobre la designación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, mediante la Sentencia T-484 de 2004²⁷. En esa oportunidad, quien actuó como demandante, interpuso acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo, por parte de la Gobernación del Huila, toda vez que, aún cuando ocupó el primer lugar en el concurso de méritos, realizado para proveer dicho cargo, no fue nombrado.

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

La Sala Octava de Revisión de ese entonces, señaló: *“lo anterior implica que quienes tienen como función la dirección de las instituciones públicas, son nombrados discrecionalmente por la administración. Si se da el caso de que*

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-715 del 7 de octubre de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁷ MP. Clara Inés Vargas Hernández.

la administración decide realizar un proceso de selección por méritos para proveer éstos cargos, en virtud del derecho al debido proceso administrativo y al principio de buena fe, este concurso vincula a la administración, pero dentro del marco que por ella haya sido establecido. En efecto, aún para aquellos casos en los cuales la administración abre un concurso para proveer un cargo de libre nombramiento y remoción, la Corte ha considerado que debe elegirse a quien demostró que tenía mayores méritos, pues de lo contrario traicionaría la confianza legítima del concursante mejor opcionado. Sin embargo, la Corte ha precisado que es necesario demostrar que la política de la administración, consistía en nombrar a quien obtuviera el mayor puntaje en el concurso²⁸.²⁹

De acuerdo con lo anterior, la decisión de no conceder el amparo a los derechos del accionante se fundamentó, en que no se evidenciaba por parte de la Gobernación del Huila una afectación a los derechos invocados, toda vez que *“los concursos de méritos vinculan al nominador para nombrar al primero de la lista, en aquellos casos en los cuales se busca proveer un cargo de carrera administrativa. En los restantes casos, el nominador goza de un amplio margen de discrecionalidad para nombrar los restantes empleos de la administración, y su vinculación a éstos, en virtud de los principios de buena fe y debido proceso administrativo, abarca a los parámetros por ella establecidos, tal como ha sido señalado.”³⁰*

En consecuencia, *“en el caso sub examine, la Sala observa que el proceso diseñado por el Acuerdo No. 012 de 2003, estableció un proceso para conformar una terna de aspirantes al cargo de Gerente de la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo, y no para elegir al Gerente. En este punto, la Sala considera que al accionante no le fueron conculcados sus derechos, por cuanto el puntaje que obtuvo le dio derecho a conformar la terna, sin que en ningún momento se le desconociera ésta situación. Una vez surtido ese procedimiento, la legislación³¹ señala el jefe de la respectiva entidad territorial, en este caso el Gobernador del Huila, nombrará de esa terna al Gerente de la Empresa Social del Estado, sin que pueda entenderse que el resultado del proceso de conformación de la terna vincule la decisión del Gobernador, y limite el poder discrecional que la legislación le ha conferido.”³²*

En síntesis, la Sentencia T-484 de 2004, fue concebida bajo el ordenamiento de la Ley 100 de 1993³³, la cual no preveía la realización de un concurso de

²⁸ Cf. T – 422 de 1992.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-484 del 20 de mayo de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁰ Ibidem

³¹ Como ha sido señalado, las normas que rigen la elección del Gerente de las Empresas Sociales del Estado están contenidas, entre otras, en la ley 100 de 1993, artículos 192 y 194.

³² Ibidem

³³ Artículo 192. Dirección de los hospitales públicos. Los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud conforme a lo dispuesto en la Ley 60 de 1993 y a la reglamentación que al efecto expida el

méritos, por el contrario, sólo establecía la discrecionalidad como criterio predominante para la designación del cargo de Gerente de las Empresas Sociales del Estado.

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

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

En el presente asunto, esta Sala inaplicará la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual”, del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, por ser contraria a lo establecido por la Constitución en el artículo 125 y por la jurisprudencia constitucional en la materia, pues instaura un concurso de méritos sobre la base del favorecimiento a los mejores puestos, pero al mismo tiempo permite la configuración de ternas que, por su indeterminación, inutilizan el mérito como criterio objetivo de selección.”³⁴

La Sentencia T-329 de 2009, fue reiterada por la Sentencia T-715 de 2009³⁵, en la que en un caso similar, se tuteló los derechos del accionante, al considerar que, *“a idéntica conclusión arriba esta Sala de Revisión, pero en el sentido de que en el presente asunto se efectuó una interpretación*

Gobierno Nacional de terna que le presente la junta directiva, constituida según las disposiciones de la Ley 10 de 1990 por períodos mínimos de 3 años prorrogables. Sólo podrán ser removidos cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa definidas mediante reglamento del Gobierno Nacional.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-329 del 14 de mayo de 2009, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-715 del 7 de octubre de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

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 imparcialidad³⁶, 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.”

Posteriormente, la Corte Constitucional, el 17 de marzo de 2010, profirió el fallo de que da cuenta el comunicado No. 15 respecto de una demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “*la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente*” contenida en el artículo 28 de la ley 1122 de 2007.

La Sentencia C-181 de 2010³⁷, decidió declarar exequible de manera condicionada, la citada expresión bajo el entendido “*de que la terna a la que se refiere deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el respectivo concurso de méritos; de que el nominador de cada Empresa Social del Estado deberá designar en el cargo de Gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje; y de que el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero*”.

En virtud del control en abstracto, realizado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-181 de 2010³⁸, los pronunciamientos de tutela, que se profieran con posterioridad a ésta, deben adecuarse a lo establecido en la providencia constitucional, teniendo en cuenta que, la excepción de inconstitucionalidad pierde eficacia al existir un pronunciamiento que declare la exequibilidad o, más aún, la inexecutable de una norma.³⁹

En consecuencia de lo anterior y teniendo en cuenta el artículo 243 de la Constitución, las sentencias proferidas por esta Corporación en ejercicio del control jurisdiccional, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Por lo

³⁶ Ver artículo 5° del Decreto 800 de 2008.

³⁷ MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

³⁸ Ibidem

³⁹ Corte Constitucional, sentencia T-485 del 21 de julio de 2009, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

tanto, la declaratoria de exequibilidad o inexecuibilidad de una norma jurídica, hace que ésta sea definitiva en el ordenamiento o que, por el contrario, salga de éste, sin la posibilidad de volver a recurrir a ella⁴⁰.

En conclusión, esta Corporación, bajo el control abstracto de constitucionalidad, se pronunció sobre la expresión contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, “*la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente*”, y declaró su exequibilidad, bajo el entendido de que el principio del mérito, contenido en la norma, debe ser respetado y, por tanto, el nominador deberá nombrar al aspirante que haya obtenido el primer lugar en el concurso público convocado para proveer el cargo de Gerente de una Empresa Social del Estado.

8. Caso Concreto.

El señor Wilfrido Segundo Herazo Hoyos fue escogido para participar en el concurso de méritos convocado por la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado, CAMU para proveer el cargo de Gerente. Como resultado de dicho concurso, el señor Herazo Hoyos, obtuvo el más alto puntaje del proceso de selección, por lo que no solamente fue incluido en la lista de elegibles que efectuó la entidad encargada de adelantar dicho proceso, sino que, además, fue escogido por la Junta Directiva de la referida ESE para conformar la terna de candidatos para acceder al cargo mencionado. Dicha terna fue presentada al Alcalde de Pueblo Nuevo, Córdoba, quién, a su vez, es el nominador de éste.

Mediante Decreto 025 del 31 de marzo de 2008 el Alcalde de Pueblo Nuevo, Córdoba, nombró, en el cargo de Gerente de la ESE CAMU, al señor Alfredo Miguel Padilla Eljach, quién había ocupado el tercer puesto de la lista de elegibles.

En razón de lo anterior, el señor Wilfrido Segundo Herazo Hoyos interpuso acción de tutela con el objetivo de que le protegieran sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al principio de confianza legítima, los cuales considera vulnerados por el Alcalde de Pueblo Nuevo, Córdoba, al no haberlo nombrado en el cargo de Gerente, no obstante que obtuvo el primer lugar en el concurso de méritos.

El Alcalde de Pueblo Nuevo, Córdoba, quien es el jefe de la entidad territorial y, por ende, el que tiene la función de nombrar al Gerente de la ESE CAMU, manifestó que su facultad como nominador la cumplió a cabalidad, pues una vez que la terna, conformada por tres personas escogidas por la Junta Directiva en reunión del 28 de marzo de 2008, fue puesta a su disposición, éste procedió a seleccionar a uno de los miembros de ésta, tal como lo ordena

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia T.485 del 21 de julio de 2009, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, por lo que no puede afirmarse que se hayan desconocido los puntajes obtenidos por los integrantes de la terna.

Esta Sala observa que, en razón del precedente establecido por esta Corporación, los jueces de primera y segunda instancia concedieron el amparo de los derechos invocados por el actor, al considerar que el nominador del cargo, había desconocido el principio constitucional del mérito al haber nombrado al tercero de la lista de elegibles y no al primero, tal como lo ha dicho este Alto Tribunal.

En razón a lo expuesto en la parte general de esta providencia, esta Sala confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica, Córdoba, el día 6 de noviembre de 2009, en coherencia con la sentencia de control abstracto de constitucionalidad C- 181 de 2010⁴¹, en la cual se declaró la exequibilidad condicionada de la expresión *“la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente”*, bajo el entendido *“de que el nominador de cada Empresa Social del Estado deberá designar en el cargo de Gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje; y de que el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero”*.

Bajo tal consideración, el Alcalde de Pueblo Nuevo, Córdoba vulneró los derechos fundamentales del actor a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al principio de confianza legítima, pues con su actuación desconoció el principio constitucional del mérito, al haber nombrado al participante que ocupó el tercer lugar en la lista de elegibles, para el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado CAMU y, no, al concursante que obtuvo el primer puesto en dicho proceso, en este caso al señor Wilfrido Segundo Herazo Hoyos.

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. CONFIRMAR la Sentencia del 6 de noviembre de 2009, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica, Córdoba que, a su vez, confirmó la Sentencia del diecinueve (19) de octubre de 2009

⁴¹ MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

del Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblo Nuevo, Córdoba, por las razones expuestas en la presente providencia.

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

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado
Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General