



Bogotá, D.C., 28 de agosto de 2009

No. 2009EE 8980

Doctora
ROCIO GAMARRA PEÑA
Secretaria de Salud
Gobernación del Atlántico
Calle 40 No 45-46
Barranquilla - Atlántico

REF. VARIOS. PROVISION EMPLEOS: Procedimiento para la designación del Director de una Empresa Social del Estado. RAD. 10733/2009

Respetada doctora, reciba un atento saludo.

En atención a su consulta de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

1. La **Ley 1122 de 2007**, por la cual se hacen algunas modificaciones en el sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones, señala:

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

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

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

"(...)"

2. La **Corte Constitucional en Sentencia T-329 de 2009**, respecto al concurso de méritos de los Gerentes de las Empresas Sociales del estado, preceptuó:





“Esta Sala entiende que el sistema aquí previsto se ampara en la autorización concedida al legislador para adoptar sistemas distintos destinados a proveer cargos públicos que no son de carrera. No obstante, dado que la Ley 1122 de 2007 acogió en el caso de los gerentes de las ESE el sistema de concurso, era necesario que los parámetros del mismo respetaran el mérito de los aspirantes.

En el caso de la Ley 1122 de 2007, el legislador dispuso que luego de la elaboración de la lista, la Junta Directiva de la ESE organizaría una terna de la cual se seleccionaría el gerente de la ESE. Este sistema es dual porque combina un concurso de méritos destinado a la elaboración de una lista con la conformación de una terna ofrecida al nominador para que haga la elección correspondiente. 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.

En principio, este mecanismo resulta armónico con el tipo de cargo por proveer, en cuanto concierne los elementos del mérito y la discrecionalidad en el trámite de nombramiento del funcionario. No obstante, esta Sala evidencia que en el sistema de nombramiento existe un elemento que perturba la concreción del principio de respeto por el mérito del participante. Este elemento es la terna a cuya elaboración la ley encarga a la junta directiva de las empresas.

Ciertamente, la conformación de la lista de aspirantes depende directa y objetivamente del puntaje obtenido por los concursantes, por lo cual sólo el mérito del participante determina su inclusión en la misma. No obstante, cuando de ese resultado debe conformarse la terna, la Junta Directiva de la respectiva ESE no está sujeta a ningún criterio de excelencia y puede, sin respetar el elemento del mérito, prescindir del individuo que obtuvo el mejor puntaje, con lo cual se rompen las normas generales establecidas en los concursos de méritos.

A juicio de esta Sala, el sistema de terna implica la posibilidad de que los aspirantes a ocupar el cargo no sean los mejores, sino los seleccionados a discreción por la Junta Directiva y el nominador. Además de que para la selección de la terna no existe un criterio legal establecido, es preciso indicar que la figura misma de la terna desconoce la obligación que surge de nombrar al concursante mejor calificado.

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.

Esta circunstancia resulta contraria al principio constitucional de la buena fe pues impide que los concursantes que obtengan los mejores puntajes aspiren con posibilidades serias a ocupar los cargos ofrecidos por el Estado.

De acuerdo con lo anterior, a juicio de esta Sala, la disposición “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual”, contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 impide que se garanticen los derechos fundamentales de quien ocupa el primer lugar en la lista. Por tanto, la misma considera que la utilización de la terna en el proceso de elección del gerente de la ESE no protege los derechos fundamentales derivados del concurso de méritos, lo que conduce a que la norma legal deba inaplicarse.





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 insta 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.”

“Por las consideraciones precedentes, la Sala Sexta de Revisión concederá el amparo solicitado mediante la inaplicación de la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual”, consignada en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 por ser contraria al artículo 125 de la Constitución política, al desconocer la interpretación que por vía jurisprudencial le ha dado esta Corte al tema de los concursos de méritos, cuya tesis ha sido que quien obtenga el primer puesto es el llamado a ocupar el cargo. Por lo anterior confirmará el fallo que se profirió en segunda instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Melgar mediante providencia del diez (10) de mayo de 2008 en cuanto concedió el amparo de los derechos fundamentales de igualdad y debido proceso.”

Teniendo en cuenta la norma citada, los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos, de donde la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador (Gobernador o Alcalde), según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.

En este orden de ideas, si bien es cierto la ley estableció el procedimiento para la selección y designación del Gerente de las Empresas Sociales del Estado, la Corte Constitucional mediante la Sentencia citada, señala que la aplicación de la ley no respeta los derechos fundamentales involucrados en el concurso de méritos, por cuanto al conformar la terna resulta abiertamente inconstitucional, y por lo tanto la Corte procedió a inaplicar la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual”, fijada en el artículo 28 de la citada Ley, por ser contraria a lo establecido por la Constitución en el artículo 125 y por la jurisprudencia constitucional en la materia. En consecuencia, en virtud de lo expuesto por la Alta Corporación, quien 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 objetivas, por consiguiente es quien debe ocupar el cargo de gerente de la ESE.

Así mismo resulta necesario tener en cuenta lo expresado por la Corte Constitucional sobre los efectos de las Sentencias enunciado en la sentencia de Tutela No T-583 de 2006, en cuanto a los fallos de tutela, de la cual se transcriben los siguientes apartes:

“3.2 De otro lado, la acción de tutela produce efectos inter partes y no erga omnes. Es decir, las decisiones que adopta el juez de tutela no tienen un alcance general, impersonal y abstracto, sino particular y concreto. Sin embargo, lo anterior no se opone a los efectos vinculantes de las sentencias de tutela, pues a pesar de que no se puede trasladar o extender la decisión





adoptada por la Corte en un proceso determinado, a otro proceso que se ha trabado entre partes distintas, ello no significa que la doctrina sentada en una sentencia previa no resulte aplicable a los otros casos que reúnan las mismas circunstancias de hecho relevantes.

"(...)"

Así pues, las sentencias de tutela tienen efectos inter partes, que no se oponen al carácter vinculante de la ratio decidendi de las mismas; este último rasgo impone a los jueces que vayan a apartarse del precedente, la obligación de exponer una carga argumentativa que justifique su decisión, en respeto del principio de igualdad.

Sin embargo, aunque la regla general es el comentado efecto inter partes de las decisiones de tutela, en ocasiones la Corte también ha proferido sentencias en las cuales los efectos de las órdenes impartidas tenían un alcance mayor al meramente inter partes.¹ Además, en otras oportunidades ha aceptado el efecto inter comunis de sus decisiones². Finalmente, en algunos eventos ha determinado los efectos de sus providencias cuando aplica la excepción de inconstitucionalidad, y ha decidido que estos pueden extenderse respecto de todos los casos semejantes, es decir inter pares, cuando se presentasen de manera concurrente una serie de condiciones.³

De cualquier manera, como puede verse, nunca los efectos de la decisión de tutela son erga omnes; en todos los casos, aun en aquellos en que la decisión de tutela rebasa los efectos estrictamente inter partes del proceso, éste se traba entre una persona o personas que denuncian la vulneración de sus derechos fundamentales, y otra u otras a quien o quienes se imputa dicha violación. Por ello el examen del juez de tutela no puede prescindir del estudio relativo a si la acción o la omisión de la persona o personas concretamente demandadas conduce a la violación de derechos fundamentales del o los demandantes. **Es decir, los efectos de la decisión primeramente se producen siempre entre las partes del proceso, sin perjuicio de que, en eventos especialísimos, como los que se acaban de comentar, puedan extenderse a terceras personas en virtud de las figuras de efectos inter pares o inter comunis. Nunca, se repite, tales efectos son erga omnes.**"

¹ Por ejemplo, la ha ordenado la adopción de programas, planes o políticas llamadas a beneficiar a personas diferentes a los accionantes y declarado estados de cosas inconstitucionales, lo cual conlleva órdenes que rebasan las partes en el caso concreto.

² En la sentencia SU-1023 de 2001, M.P Jaime Córdoba Triviño, sostuvo que "Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, siempre que frente al accionado se encuentren en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercute, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes." (Caso Flota Mercante Grancolombiana)

³ Al respecto puede verse el auto 071 de 2001, M.P Manuel José Cepeda Espinosa. (Caso inaplicación del Decreto 1382 de 2000)





De conformidad con lo expuesto, es necesario que la Junta Directiva de la respectiva entidad analice los alcances de los fallos y decida el procedimiento a seguir.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEON
Directora Jurídica

Héctor JQM. GCJ – 601-10733-2009

