

CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS

Luis Javier Moreno Ortiz

Honorable
Corte Constitucional
Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
E. S. D.

Ref.: Expediente D-7866. Ley 1122 de 2007, artículo 28 (parcial).

El suscrito, comisionado por el Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, en cumplimiento de lo dispuesto por ese despacho en auto del 3 de septiembre de 2009, se permite emitir opinión en el asunto de la referencia. Para cumplir tal cometido se desarrollará la siguiente agenda: síntesis de la norma demandada y de las razones de la demanda; determinación del problema jurídico a resolver; revisión de decisiones relevantes previas; análisis de las normas constitucionales que se señalan como vulneradas; y conclusión.

LA DEMANDA Y SUS RAZONES

El ciudadano Fabio Cortés Cruz demanda la inconstitucionalidad del artículo 28 de la ley 1122 de 2007, por medio de la cual se modifica el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Esta norma regula el proceso de nombramiento de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. El ataque se centra en la expresión: “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual”, contenida en el inciso primero del citado artículo.

El actor argumenta que el artículo 125 de la Carta establece, como regla general, el concurso público para acceder a los cargos del Estado, salvo excepciones expresas señaladas por la propia Constitución o por la ley. La ley que regula la materia, que es la Ley 909 de 2004, en su artículo

28, numeral 2, precisa que el criterio de mérito es un elemento sustantivo en los procesos de selección de personas para el servicio público. La ley acusada, en principio, cumple con los anteriores presupuestos, al establecer un concurso de méritos. No obstante, y aquí radica la inconformidad del actor, lo desdibuja hasta anularlo, al permitir que la Junta Directiva elabore una terna de la cual el nominador “tendrá” que nombrar al Gerente. El ardid de la terna, a juicio del actor, acaba anulando el concurso de méritos y constituye, en consecuencia, una violación de la Constitución. Para reforzar su discurso, cita algunos apartes de la Sentencia T-329 de 2009, entre los cuales el más importante es el relativo a la decisión de la Corte de inaplicar la expresión demandada, por considerarla contraria al artículo 125 de la Constitución en el caso sometido a su juicio, 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”.

EL PROBLEMA JURÍDICO

Si la norma demandada ordena que la elección se haga a partir de una terna, elaborada por la Junta Directiva, ¿qué sentido o propósito tiene el concurso de méritos también ordenado por ella? El problema jurídico a considerar es: ¿Es constitucional que el Gerente de una Empresa Social del Estado no sea elegido a partir de un concurso de méritos, sino de una terna elaborada por la Junta Directiva de dicha Empresa? La hipótesis del actor es que no, porque se estaría violando la regla general establecida en el artículo 125 de la Carta. La excepción de inconstitucionalidad de la que se vale la Sala de Decisión de la Corte Constitucional en la Sentencia de tutela T-329 de 2009, permite plantear un segundo problema a resolver: ¿La expresión demandada, que se inaplicó por razones de inconstitucionalidad en un caso concreto, es inconstitucional en todos los casos posibles?

DECISIONES RELEVANTES PREVIAS

Es menester advertir que la Corte Constitucional se ha ocupado en varias ocasiones de estudiar la constitucionalidad de la Ley 1122 de 2007, como se da cuenta en las Sentencias C-950, C-953, C-955, C-956, C-957, C-1000, C-1041 y C-1042 de 2007; C-034, C-035, C-037, C-117, C-119, C-260, C-289, C-375, C-463, C-1158, C-1196 y C-1316 de 2008. Sin embargo, en ninguna de ellas se ha pronunciado específicamente sobre la

constitucionalidad del inciso primero del artículo 28 de la citada ley, que es la norma impugnada, por lo cual no se advierte la existencia de cosa juzgada constitucional.

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

En el plano normativo el actor solamente menciona el artículo 125, que establece la regla general de que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. *Prima facie* el empleo de Gerente de una Empresa Social del Estado no cumple los supuestos de hecho de las excepciones que contempla el artículo 125. Por lo tanto, le sería aplicable la regla general. Si se sigue con el análisis, se encuentra que el cargo de Gerente no es de elección popular, ni de libre nombramiento y remoción, pues para su elección se establece un concurso y su permanencia en el cargo está fijada por la ley por un período determinado, ni de los que corresponden a trabajadores oficiales, que son las tres excepciones explícitas que establece la Carta. En cuanto a lo que determine la ley, salvo lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, no se aprecia disposición alguna que establezca excepciones a la regla general. Esto hace que el análisis se centre exclusivamente en el citado artículo legal.

El texto del inciso primero del artículo 28 de la Ley 1122 es contradictorio y equívoco. En su primera oración, aparece con claridad que los Gerentes serán nombrados mediante concurso de méritos. No obstante, después del punto seguido, se dice que para el nombramiento por concurso de méritos, la Junta Directiva elaborará una terna de la cual el nominador tendrá que nombrar al Gerente. Esta dualidad es confusa, porque al fin y al cabo no se sabe de qué sirve, o qué valor tiene, ganar el concurso. Es confusa, porque no existe obligación expresa de que la Junta conforme la terna con los tres mejores candidatos, según los resultados del concurso. Y lo es, todavía más, porque no se entiende el motivo, la razón o la circunstancia, para que una persona que haya ganado el concurso, pueda perder la elección, ante alguien que ha obtenido una calificación inferior. En rigor, no parece haber posibilidad de armonizar un concurso con el mecanismo de selección de ternas, pues si se hace un concurso debe nombrarse a la persona que lo gane, no a la que lo pierda pero tenga la suerte de ser incluido por la Junta Directiva en una terna. Se podría objetar que el mecanismo de terna permite al nominador elegir a alguien de su confianza, pero si ello es así, no se entiende para qué se hace un concurso.

En la Sentencia T-329 de 2009, la Corte decide acumular los expedientes T-2.104.512 y T-2.122.698, pues se trata de casos semejantes. En el expediente T-2.104.512, el actor es Carlos Arturo Acosta Ortega, ganador del concurso de méritos convocado por la Junta Directiva de la ESE Hospital Manuel Elkin Patarroyo, para proveer el cargo de Gerente. Al elaborar la terna, la Junta incluyó a dos personas con menor calificación. De esa terna, el Gobernador de Guainía nombró a Mireya Esperanza Suárez Amézquita, quien ocupó el segundo lugar en el concurso. La acción se funda en la vulneración de los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo. En el expediente T- 2.122.698, el actor es Fernando Cajiao Dussán, ganador del concurso de méritos convocado por la Junta Directiva de la ESE Hospital Federico Arbeláez, para proveer el cargo de Gerente. Al elaborar la terna, la Junta incluyó a dos personas con menor calificación. De esa terna, el Alcalde de Cunday nombró a Johana Ortiz Cárdenas, quien ocupó el cuarto lugar en el concurso. La acción se funda en la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso administrativo.

La Corte establece como problema jurídico: ¿existe vulneración a los derechos de igualdad y debido proceso administrativo, cuando se organizan concursos para elegir a los Gerentes, se incluye al ganador en la terna, y se nombra a personas con puntajes inferiores al de la persona que gana el concurso?

Al iniciar su análisis, la Corte encuentra que en este proceso de selección convergen dos métodos diferentes: el concurso de méritos y el sistema de terna. Advierte que este último “implica la posibilidad de que los aspirantes a ocupar el cargo no sean los mejores”, ya que la figura de la terna “desconoce la obligación que surge de nombrar al concursante mejor calificado”.

Dicha convergencia metodológica, calificada por la Corte como fusión, “genera una indeterminación objetiva que desencadena el desconocimiento de los fines del concurso”, pues al fin y al cabo, “el nominador puede nombrar a quien no obtuvo el mejor puntaje en la clasificación”, pues la terna puede formarse con candidatos que hayan obtenido un puntaje mayor de 70, ejerciendo una potestad discrecional. Esta circunstancia atenta contra el principio constitucional de la buena fe de los candidatos.

El discurso de la Corte se centra en recapitular su línea jurisprudencial sobre el derecho de las personas que ganan concursos de méritos, a ser nombradas en el cargo correspondiente. Para ello, trae a cuento las Sentencias C-040 de 1995, SU-136 de 1998, SU-086 de 1999 y SU-1141 de 2000.

En la primera, al ocuparse de la constitucionalidad del Decreto ley 1222 de 1993, sobre carrera administrativa, la Corte hace la pregunta crucial: “¿para qué el concurso de méritos y calidades, si el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias?”. La respuesta de la Corte es: siempre debe nombrarse al ganador del concurso, salvo que exista una razón muy poderosa para no hacerlo, como puede ser la existencia de antecedentes penales o disciplinarios. No es posible alegar como razón, aspectos de índole subjetiva, moral, religiosa, racial o política. En todo caso, aun existiendo una razón objetiva y fundada, el nominador deberá hacer la correspondiente argumentación explícita y garantizar el derecho del ganador del concurso a controvertir esta actuación administrativa. Y esto es así, porque el ganador del concurso tiene un derecho, de rango constitucional, a ser nombrado. Actuar en desconocimiento de ese derecho, es actuar en contra de la Constitución, con las consecuencias que de ello se derivan para la validez del acto y para la responsabilidad de su autor.

En las tres restantes, la Corte reconoce la existencia de cosa juzgada constitucional, por lo que la *ratio decidendi* en esos casos es el *stare decisis*. El principio reiterado por estas sentencias aparece muy bien sintetizado en la sentencia SU-086 de 1999, así:

No se requiere un profundo análisis de los términos usados por el Constituyente para concluir, entonces, que, salvo los casos expresamente definidos por el legislador o por la propia Carta, cuando alguien aspire a desempeñar un cargo al servicio del Estado, debe concursar; que los resultados del concurso son determinantes para los fines del nombramiento; que, por supuesto, la calificación obtenida dentro de aquél obliga al nominador, quien no podrá desatenderla para dar un trato inmerecido -a favor o en contra- a quienes han participado en el proceso de selección; y que, correlativamente, esos resultados generan derechos en cabeza de los concursantes que obtienen los más altos puntajes.

Siendo la *ratio decidendi* de la Sentencia T-329 de 2009, el *stare decisis*, por existir jurisprudencia reiterada sobre el caso, la Corte decide inaplicar en este proceso, por ser inconstitucional, el aparte demandado del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 y, en consecuencia, confirmar las dos sentencias de segunda instancia, en las cuales se habían tutelado los derechos de los actores.

Existiendo clara y reiterada jurisprudencia sobre la materia, contenida en varias sentencias de constitucionalidad y de unificación de la Corte Constitucional, y teniendo en cuenta la circunstancia de que en la Sentencia T-329 de 2009, la Corte decidió inaplicar por inconstitucional la norma demandada, no se advierte razón para sostener que dicha norma es constitucional.

CONCLUSIÓN

Con fundamento en las anteriores razones, mi opinión es que la expresión demandada del artículo 28 de la Ley 1122 de 2008 debe ser declarada inexecutable.

En los anteriores términos dejo rendida la opinión solicitada.

Con mis sentimientos de consideración y aprecio,

Luis Javier Moreno Ortiz

Profesor