



Libertad y Orden



Oficina
Jurídica

San Juan de Pasto, junio de 2016.

**DOCTOR:
CAMILO ROMERO GALEANO
GOBERNADOR DE NARIÑO**

REF: Concepto Conformación de Terna Gerentes ESE.

Respecto a la solicitud de concepto derivada de múltiples inquietudes provenientes de amplios sectores de la comunidad Nariñense, en torno al proceso de elección de nuevos gerentes de la Empresas Sociales del Estado de nivel Departamental, me permito manifestar lo siguiente:

Nuestro Programa de Gobierno participativo e incluyente que se fundamenta en tres pilares fundamentales: Gobierno Abierto, Innovación Social, y Economía Colaborativa. En lo que atañe al Gobierno Abierto, nuestro propósito consiste en la construcción y el fortalecimiento de un nuevo liderazgo colectivo que vincule a todos los actores sociales; para lograr este objetivo, debemos adoptar un modelo de gestión pública transparente y colaborativa, que permita a los ciudadanos ser parte de las decisiones de gobierno de manera idónea y efectiva.

El Gobierno Abierto también implica el fortalecimiento del nivel de control desde la ciudadanía a través de la entrega de herramientas que faciliten la veeduría de las actuaciones administrativas, por lo cual debe garantizarse la transparencia, difusión y publicidad de todos los procesos de selección de personal, cuya nominación reglada recaiga en la Administración Departamental.

Dichos propósitos coinciden con el deber constitucional de garantizar efectivamente el Derecho Fundamental de los ciudadanos a "...Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos..."¹ consagrado en el Artículo 40 superior, permitiendo que todas las personas que reúnan las condiciones de idoneidad, capacidad y experiencia puedan participar en los procesos de selección, por lo anterior, en concordancia con nuestro Programa de Gobierno, y en cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 11 del Decreto 357 de 2008, se sentó posición negativa respecto a la reelección inmediata de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado de nivel Departamental; motivo por lo cual, se adelantaron los respectivos **CONCURSO DE MÉRITOS**.

Ahora bien, surtidas las etapas respectivas, se han suscitado interrogantes respecto a la conformación de terna para elegir nuevo gerente de ESE para el periodo institucional 2016-2020.

¹ Constitución Política de Colombia, Artículo 40, Numeral 7

Sobre la particular resulta necesario hacer un análisis de la normatividad aplicable, es así como la ley 1122 de 2007, en su art. 28 consagró lo siguiente:

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

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

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

A su vez el Decreto 800 de 2008 reglamentó lo relativo a la conformación de la terna para la elección de Gerente:

"(...) Artículo 4°. La Junta Directiva conformará la terna de la lista que envíe la entidad encargada de adelantar el proceso de selección, la cual deberá estar integrada mínimo con cinco aspirantes y presentada en orden alfabético. Si culminado el concurso de méritos no es posible conformar el listado con el mínimo requerido, deberán adelantarse tantos concursos como sea necesario.

"Artículo 5°. El concurso de mérito público y abierto que se adelante en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1122 de 2007 y el presente decreto, se efectuará bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad y bajo los estándares mínimos que establezca el Departamento Administrativo de la Función

*Pública, quien
prestará la asesoría que sea necesaria (...)*”.

El Departamento Administrativo de la Función Pública en cumplimiento de lo ordenado por el art. 5 de decreto 800 de 2008, referenciado precedentemente, expidió la Resolución 165 de 2008, mediante la cual desarrolló los estándares mínimos para los concursos públicos abiertos de gerentes de las empresas sociales del Estado, señalando que las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial determinarán los trámites pertinentes para la realización de los procesos de qué trata el Decreto 800 de 2008, tendientes a seleccionar los aspirantes que harán parte de las listas mediante las cuales se conformarán las ternas para la designación de los gerentes o directores de dichas empresas.

De la misma manera en su art. 6 consagró:

*"Artículo 6°. Valoración de las pruebas. Las pruebas se valorarán en una escala de 0 a 100 puntos, cuyos resultados se ponderarán de acuerdo con el peso que se le haya asignado a cada prueba dentro del proceso. La lista de candidatos para entregar a la Junta Directiva se elaborará en orden alfabético con quienes hayan obtenido un puntaje ponderado igual o superior a **setenta (70)** puntos, la cual deberá ser informada en medios de comunicación masiva (...)*”.

El Congreso de la República de Colombia el 19 de enero de 2011, promulgó la ley 1438 por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones y en lo atinente consagró:

"(..)Artículo 72 (...) La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del proceso de elección. El resto de la terna operará como un listado de elegibles, para que, en el caso de no poder designarse el candidato con mayor puntuación, se continuará con el segundo y de no ser posible la designación de este, con el tercero”.

Finalmente, el Presidente de la República expide el Decreto 2993 de 2011 por el cual se establecen disposiciones relacionadas con la conformación y funcionamiento de la junta directiva de las empresas sociales del estado de nivel territorial (municipal, departamental o distrital) de primer nivel de

atención y se dictan otras disposiciones, en su artículo 12 modifica el art 4 del Decreto 800 de 2008 así:

"(...) Artículo 12. La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del proceso de elección. El resto de la terna operará como un listado de elegibles, para que, en el caso de no poder designarse el candidato con mayor puntuación, se continúe con el segundo y de no ser posible la designación de este, con el tercero".

Ahora bien, surge la duda respecto al procedimiento para conformar la terna y elegir gerente de Empresa social de Estado cuando los tres primeros puntajes no superan los 70 puntos establecidos como mínimo aprobatorio en la Resolución 165 de 2008 o cuando tan solo uno o dos lo superan

Es claro que es deber de la junta conformar la terna de aspirantes para que el nominador (Alcalde o Gobernador) elija a quien obtuvo el primer puntaje como nuevo gerente de empresa social del Estado y que el resto de personas que conforman la terna actúe como lista de elegibles en caso de que el primer puntaje no acepte o pueda desempeñarse como gerente.

De las normas relacionadas con anterioridad podría pensarse que con el decreto 2993 de 2011 se dio una derogación del decreto 800 de 2008 y consecuentemente la derogación de la resolución 165 del mismo año, sin embargo en este punto fue la misma Corte Constitucional cuando estudió la exequibilidad del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 en sentencia C- 181 de 2010 que concluyó que en lo referente a la conformación de la terna y la escogencia del gerente se debe hacer una interpretación integral teniendo en cuenta que nos encontramos ante un solo cuerpo normativo conformado por varias reglamentaciones legales- decretos y resoluciones- que no se excluyen entre sí, sino que por el contrario a nuestro juicio se complementan y deben llevar al operador administrativo y judicial a una interpretación sistemáticas de las mismas.

Siendo esto así y tras la expedición de la ley 1438 de 2011 y del Decreto 2993 del mismo año, resulta claro que la interpretación de la Corte Constitucional realizada en la sentencia estudiada C- 181 de 2010 debe seguir operando, es decir a pesar de que en esa normatividad no se haga alusión al puntaje mínimo de 70 puntos esta exigencia, continua vigente como requisito para integrar la terna por cuanto no ha sido derogada y por el contrario complementa la estructura normativa de la conformación de la terna para elección de Gerentes de ESE.

Tan es así, que la misma Corte Constitucional en Sentencia T-748 de 2015 cuando por presentar unidad de materia, acumuló en una sola sentencia tres fallos de tutela referentes a la conformación de terna de gerentes de Empresa Sociales de Estado señalaron:

“(…) Previo a valorar la situación concreta, la Sala se referirá sucintamente a las razones invocadas por la accionante para justificar sus pretensiones. La primera de ellas, tiene que ver con la ubicación que logró en el concurso, pues a pesar de no obtener un puntaje aprobatorio, su registro fue el segundo detrás del único aspirante que superó la prueba. En relación con este argumento, cabe recordar que la Sala destacó el peso del mérito en la lectura de las disposiciones legales y reglamentarias que regentan los concursos para proveer los cargos de gerente de las E.S.E., con lo cual, **no se advierten razones para desatender lo dispuesto en el artículo 6 de la resolución 165 de 2008 tantas veces mencionada. Es en este precepto en el que se prescribe “(...) un puntaje ponderado igual o superior a setenta (70) puntos” para integrar las listas que se entregan a la Junta Directiva de la E.S.E. respectiva.** Vinculado con este argumento, resulta otro expuesto por el apoderado de la interesada quien insiste en que el artículo 72 de la ley 1438 de 2011, no establece la exigencia de un determinado puntaje. Para la Sala, esta apreciación se funda en el equivoco de entender que la única disposición que regula la provisión de la gerencia de las E.S.E. es la prescripción legal citada. En esta providencia se hizo una revisión de los mandatos que específicamente rigen el asunto y para el punto en discusión, lo contenido en la Resolución 165 de 2008. En su momento, la Sala explicó por qué se está frente a disposiciones vigentes y aplicables.

Invoca la parte accionante la jerarquía normativa para sostener que el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011 es la única aplicable y no los mandatos reglamentarios.

En lo que tiene que ver con esta forma de razonar, advierte la Sala Cuarta que el principio de la jerarquía normativa cobra vigor cuando se evidencian contradicciones entre normas de diferente rango, pero, cuando se está frente a preceptos vigentes y que no comportan mandatos divergentes, no caben razones para alegar la jerarquía normativa con el fin de desatender normas de menor rango. El argumento expuesto por la parte accionante, llevada al absurdo, permitiría afirmar que, ante la existencia de reglas de jerarquía superior, desaparecen las que se ubican en un nivel inferior del ordenamiento, no importando que dichas disposiciones puedan apuntar a la concreción de sus fines.

Para la Sala de Revisión, la pretensión de quien demanda tutela en este caso, según la cual, no es el puntaje sino la ubicación en el concurso lo que determina la titularidad de un derecho, conduce a la extraña idea de que las competencias por un cargo son meramente clasificatorias y en nada cuenta el mérito. Bien podría aquella singular forma de ver las cosas prohijar una situación en la que los aspirantes alcanzan puntajes apenas superiores a cero (0), pero en tanto resulte posible establecer quien fue primero, segundo y tercero, se tendrá derecho a integrar la terna y acceder al cargo. Una lectura en términos del mérito entiende que deben trazarse unos mínimos que permitan verificar la suficiencia, idoneidad y aptitud para el ejercicio de la función pública. En esa medida, se aparta la Sala de la postura defendida por el apoderado de la demandante.

En cuanto a la necesidad de la existencia de una terna para la elección por parte del nominador del nuevo gerente de una Empresa Social del Estado, la Corte Constitucional en sentencia T-748 de 2005 abordó y estableció dicha importancia de la siguiente manera:

“(…) Sin la configuración de la terna, tendría lugar la necesidad de adelantar cuantos concursos sean necesarios una vez que quien ocupa el primer puesto, no acepta la nominación o se ve impedido para ser designado, con lo cual, la dirección de la E.S.E. se puede encontrar en situación de vacancia o, a cargo de personal que eventualmente no reúne las condiciones para garantizar la mejor administración. La mora en proveer la gerencia sin duda entorpece procesos que a la larga terminan afectando a los titulares del derecho fundamental a la salud, los cuales, cifran sus esperanzas de una mejor prestación del servicio en la E.S.E. respectiva. Minimizar el peso de la terna en la idea de privilegiar el derecho de los concursantes que logran puntajes altos, es estimar la situación solo desde un lado y, desconocer el propósito de eficacia que subyace a la exigencia de conformar una terna.

Para la Sala, el logro del mejor puntaje por un aspirante y su manifestación de aceptación para la gerencia convocada, no excluyen la posibilidad de no poderse hacer la designación respectiva, pues, tal como se refirió en otro pasaje de esta decisión, razones objetivas y suficientes pueden llevar al traste el nombramiento. Inhabilidades de orden penal o disciplinario, una incapacidad absoluta sobreviniente a una decisión personal de última hora, solo por mencionar algunas circunstancias, hacen imperativo considerar, de modo inmediato, otras posibilidades idóneas en la provisión del cargo. De no existir tales alternativas, por no haberse

conformado la terna, es la E.S.E. quien soporta la dificultad con la correspondiente afectación que para los usuarios del sistema ello aparece. Observa la Sala que el legislador, de modo precautelar, estimó que el número de tres aspirantes resultaba apropiado con miras a lograr la garantía expuesta. Así pues, riñe con el principio de la eficacia de las actuaciones administrativas adelantar concursos y tener en cuenta solo al ganador como llamado a desempeñar el cargo, perdiéndose la oportunidad de contar con otros participantes idóneos que en defecto del primero pueden entrar a suplir, de modo inmediato, a quien, por diversas razones, no puede o no quiere acceder al cargo a pesar de sus logros en el concurso.

No pierde de vista la Sala que dada la posibilidad con la que cuentan los aspirantes de inscribirse a otros concursos, resulta razonable establecer las ternas, pues es perfectamente posible que alguien ocupe el primer puesto en más de un concurso y, al optar por un cargo, genere la necesidad de acudir a quien ocupó el segundo puesto para proveer la plaza que el ganador abandonó en razón de su decisión de asumir otra gerencia.

De todo lo expuesto con anterioridad se concluye sin lugar a dudas que la Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado, pero siempre en concordancia con lo preceptuado en el art. 6 de la Resolución 165 de 2008 respecto al cumplimiento del puntaje ponderado igual o superior a setenta (70) puntos.

Sin embargo, es preciso señalar que siguiendo los lineamientos de la Honorable Corte Constitucional trazados en la sentencia T- 748 de 2015, los aspirantes que hayan alcanzado o superado los 70 puntos referidos, tienen dos opciones, la primera, presentarse a la nueva convocatoria para escoger gerente, teniendo derecho a que se tenga en cuenta para la conformación de la terna el mayor puntaje obtenido dentro de los dos concursos; o la segunda opción, consistente en no presentarse a la nueva convocatoria y que al momento de integrar la terna por parte de la Junta Directiva, se tenga en cuenta el puntaje obtenido en el primer concurso.

Lo anterior, según la Corte Constitucional, es la respuesta constitucionalmente admisible que logra armonizar los dos intereses en tensión (la satisfacción de los 70 puntos fijada por la resolución 165 de 2008 y los derechos a integrar la terna de quien en un primer concurso si obtuvo superó el puntaje mínimo requerido).

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



Libertad y Orden



Oficina
Jurídica

Atentamente,

ORIGINAL FIRMADO

PEDRO ANDRES RODRIGUEZ MELO
JEFE OFICINA ASESORA JURIDICA
GOBERNACION DE NARIÑO

AEDP-PU