

GERENTES DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE SALUD

José María del Castillo Abella y Camilo Guzmán Gómez

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

Ref: Expediente No. D-7845 Norma Demandada Ley 1122 de 2007,
Artículo 28 (Parcial)- Actor Torrescarcamo Nixon y Otra.

Se ha solicitado a la Universidad Sergio Arboleda rendir concepto respecto al asunto de la referencia, el cual nos permitimos remitir, en los siguientes términos:

I. NORMA DEMANDADA Y CONTENIDO DE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. Norma demandada:

LEY 1122 DE 2007

CAPÍTULO V

De la prestación de servicios de salud

(...)

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 período, el Presidente de la República o el jefe de la administración Territorial a la que pertenece la ESE, designará gerente.

2. Consideran los actores de la demanda, que 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”, es contraria a los artículos 29, 83 y 125 de la Constitución Política de 1991.

Argumentan en un primer tiempo, que la expresión demandada, al permitir a la Junta Directiva conformar una terna posteriormente al concurso de méritos establecido por la ley, viola el debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución, al mismo tiempo que viola los postulados de la buena fe previstos en el artículo 83 ya que no se elige directamente a quien obtiene el primer puesto por parte del ente nominador.

En un segundo tiempo, manifiesta que la expresión demandada viola el principio previsto en el artículo 125 de la Carta política, según el cual son nombrados de manera general por concurso público, ya que la Ley crea un proceso de selección para ser nombrado como Gerente de una Empresa Social del Estado, pero sólo para la conformación de la terna por parte de la Junta Directiva, dejando plena libertad al ente nominador, quien no tiene obligación de nombrar a aquel que ocupó el primer puesto.

II. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

1. En cuanto al primero y segundo cargos, sobre la inconstitucionalidad de la expresión estudiada con respecto a los artículos 29 y 83 de la Constitución

Política, es necesario hacer mención del auto inadmisorio del 6 de agosto de 2009, según el cual rechazada la demanda formulada en relación con los cargos por violación de los artículos 29 y 83 de la Constitución Política, se concedían tres (3) días después de la notificación a los accionantes para corregir la demanda en cuanto a lo inadmitido, y del auto del 25 de agosto de 2009, que rechaza la demanda en lo que respecta a los mismos cargos, porque esta no fue corregida dentro del plazo señalado.

2. El tercer cargo, según el cual la expresión demandada es contraria al artículo 125 de la Constitución Política, consideramos que no es apropiado y no se encuentra bien fundamentado en la demanda.

La demanda se basa esencialmente en el argumento según el cual todos los servidores públicos deben ser designados por concurso público de méritos y debe ser nombrado obligatoriamente aquel candidato que obtenga el mejor puntaje, sin analizar si el cargo en cuestión se encuentra sometido a régimen especial o si hace parte de las excepciones previstas en la Constitución misma y si el concurso previsto por la Ley 1122 de 2007 estaba sometido a todos los principios del artículo 125 de la Constitución.

En efecto, el artículo 125 de la Constitución Política dispone por un lado que los cargos “de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y demás que determine la ley” no son empleos de carrera y por otro lado, que “los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la Ley, serán nombrados por concurso público”, lo que implica que el principio del concurso público no es un principio absoluto y que el legislador tiene libertad para regular el acceso a ciertos cargos, como los cargos que no están sometidos al principio de la carrera administrativa.

En lo que concierne al caso específico de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, la Honorable Corte Constitucional estimó en su Sentencia C-665 de 2000 que:

“(…) las empresas sociales del Estado tienen una naturaleza jurídica diversa de la que corresponde a los establecimientos públicos, y su función primordial, a diferencia de éstos, no consiste en el cumplimiento de tareas administrativas en un sentido general, sino que radica ante todo en la atención de salud. Por ello, las disposiciones que las rigen son también distintas y, en el caso de las empresas sociales, que por su naturaleza de entidades descentralizadas

públicas debían ser creadas por ley, como en efecto lo fueron, el legislador estaba facultado para establecer su estructura orgánica y por ende, lo relativo al período, nombramiento y causales de retiro de sus directores”.

Teniendo en cuenta el grado de libertad otorgado al Legislador para regular lo relativo al estatuto de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, es posible que la Ley bajo estudio cree un sistema de concurso público para el acceso a este cargo.

Sin embargo, contrariamente a lo que consideran los accionantes, los principios aplicables al concurso de méritos previsto para los cargos administrativos de carrera no se aplican necesariamente a los concursos de méritos previstos para cargos de otra naturaleza

La H. Corte Constitucional consideró en su Sentencia T-484/04 que los principios aplicables a los cargos públicos de carrera no pueden “*extenderse prima facie a los demás empleos en los órganos y entidades del Estado*” y, por ende, el principio de concurso de méritos sólo es obligatorio en materia de carrera administrativa y no para los otros tipos de cargos.

Continuó diciendo esta sentencia que:

“Con todo, como ha sido afirmado, la *ratio decidendi* de esas sentencias tuvo como supuesto la existencia de un concurso público de méritos en un cargo de carrera, sin que puedan extenderse dichos criterios a todos los casos en los cuales ha sido diseñado un procedimiento de este tipo. Este trato disímil tiene justificación por cuanto es evidente la diferencia existente entre los empleos públicos de carrera y las restantes y diversas formas mediante las cuales las personas prestan sus servicios al Estado, permitidas por el artículo 125 Superior, y la especialidad del mandato constitucional contenido en esa misma disposición...”

(...)

“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 la administración decide realizar un proceso de selección por méritos para proveer estos 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, aun 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 concurso¹.”

(...)

Estos criterios deben ser análogamente aplicados a los concursos abiertos para proveer cargos de período fijo. Lo anterior, por cuanto es claro que en estos casos, tal y como sucede con los cargos de libre nombramiento y remoción, el nominador goza de un mayor poder discrecional.

(...)

Pero la Corte ha sido precisa en advertir que esa limitación del poder discrecional del nominador tiene fuerza vinculante únicamente dentro del marco que ha diseñado la misma administración, como ya ha sido señalado. Así, en la Sentencia T – 422 de 1992, la Corte analizó un caso en el cual el Inderena abrió un concurso para proveer un cargo de libre nombramiento y remoción. Surtido el trámite del concurso, la administración no nombró a quien ocupó el primer puesto, y no señaló las razones por las cuales actuó de esta manera. Para resolver este problema, la Corte utilizó dos subreglas que, se repite, tienen análoga aplicación para aquellos casos en los cuales está de por medio el nombramiento de un cargo de período fijo. Señaló que (i) el poder discrecional de la administración se limita al concurso de méritos, por lo cual *prima facie* debe nombrar a quien ocupó el primer lugar en éste, (ii) siempre y cuando sea evidente que la intención de la administración consistía en elegir al primero del concurso”.

Resulta claro entonces, que la H. Corte Constitucional permite que en materia de concursos de méritos organizados para cargos de período fijo el ente nominador no sea obligado a elegir al primero del concurso, por lo tanto los argumentos de los demandantes no son convincentes.

Al respecto, ha dicho la Honorable Corte Constitucional en su Sentencia **T-484/04** que el cargo de Gerente de Empresa Social del Estado, “*dada su naturaleza directiva, no está clasificado dentro de los empleos de carrera de la administración. Su naturaleza corresponde a un cargo de período fijo*”

Parece claro que el marco normativo impuesto por la Ley 1122 de 2007, al crear un concurso de méritos para el cargo de gerente en las Empresas Sociales del Estado, no tuvo la intención de limitar el poder discrecional del nominador e imponer a este la obligación de elegir al candidato con mejor puntaje, sino que creó un concurso público para permitir a la Junta Directiva la composición de una terna, de la cual el ente nominador puede escoger cualquier candidato.

¹ Cf. T – 422 de 1992.

Dicho de otra manera, si bien es cierto que la administración debe respetar ciertos principios constitucionales y debe tener en cuenta al candidato con mejor puntaje para la conformación de la terna, teniendo en cuenta las subreglas establecidas por la Corte, no es clara la intención del legislador de imponer la elección del candidato con mejor puntaje, y por consiguiente, el nominador conserva su poder discrecional en la materia.

Como elemento hermenéutico de interpretación de la Ley podemos traer a colación el Decreto 800 de 2008 por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

En su artículo 6º, el Decreto dispone que:

“El proceso público abierto para la conformación de la lista de aspirantes a las ternas no implica el cambio de la naturaleza jurídica del cargo a proveer”.

Por consiguiente, dadas la particularidad del cargo de Gerente de las Empresas sociales del Estado, su regulación normativa y las consideraciones expuestas, estimamos que la expresión bajo estudio, no es contraria al artículo 125 de la Constitución política.

III. CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto, concluimos que se denieguen las pretensiones de los accionantes, y como consecuencia, se declare la exequibilidad 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” contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

Respetuosamente,

José María del Castillo Abella

Decano de la Escuela de Derecho

Camilo Guzmán Gómez

Director del Departamento de Derecho Público

Director del grupo de investigación CREAR