

Sentencia C-777/10

GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Períodos institucionales de cuatro (4) años, con posibilidad de reelección por una sola vez/GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Carácter temporal de nombramiento así la reelección se efectúe por concurso de méritos, no vulnera el principio de igualdad en el acceso a cargos públicos/GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Prohibición de reelección indefinida no vulnera la Constitución

En el presente caso en que se demanda el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, se estructura un cargo de inconstitucionalidad relacionado con la eventual vulneración del derecho fundamental de acceder a un cargo público en condiciones de igualdad, por la prohibición de la reelección indefinida de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado ESE así medie concurso público, prevista por el Legislador en esta disposición que prevé dos hipótesis de reelección: la primera, previa propuesta de la Junta Directiva y siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento; y la segunda, previo concurso de méritos, caso este último en el que la demandante considera se presenta la vulneración, por cuanto no existiría razón alguna para que una persona pueda acceder a un cargo público, las veces que quiera, si media un concurso público de méritos. La Corte sin embargo, no comparte esta conclusión, en primer lugar porque el Legislador goza de un amplio margen de configuración normativa para el establecimiento de la duración de los períodos para gerentes de las ESE, y en segundo lugar, porque el Legislador consideró que los fines de una adecuada y eficiente administración de lo público y del derecho que tienen todos los interesados de acceder a un determinado cargo estatal se podían alcanzar permitiendo, por una sola vez, la reelección de los gerentes de las ESE, previo concurso público de méritos, siendo ésta una fórmula que permite garantizar que un buen gestor pueda culminar con determinados proyectos que ha venido ejecutando y, al mismo tiempo, se permita la posibilidad a otras personas de acceder a cargos de dirección en el Estado.

RESERVA DE LEY-Configuración del diseño y la estructura del servicio público de salud/RESERVA DE LEY-Definición de requisitos jurídicos que delimitan la creación, transformación y operación de las ESE/MARGEN DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN

ACCESO AL EJERCICIO DE FUNCION PUBLICA-Alcance respecto de duración de períodos de gerentes de Empresas Sociales del Estado ESE

La organización de los servicios de salud de manera descentralizada es una materia que compete al legislador, quien goza de un amplio margen de configuración en la materia, pudiendo determinar, con amplia discrecionalidad, la forma como se organizarán y funcionarán las Empresas Sociales del Estado, es decir, fijar los requisitos para su creación, estructura, órganos de dirección, ejecución y control, transformación, régimen contractual y disciplinario, categorización y causales de disolución y liquidación, y en materia de gerentes de las ESE, lo atinente a su elección, período, faltas temporales y absolutas, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. No obstante dicha facultad se encuentra limitada por el respeto a las diversas cláusulas de derechos fundamentales, al igual que por principios constitucionales que orientan la prestación del servicio público, tales como eficiencia, eficacia, universalidad y solidaridad, entre otros.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Objeto

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Exigencia de requisitos mínimos no puede entenderse como una limitación a los derechos políticos del ciudadano

El artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 establece los requisitos que debe cumplir toda demanda de inconstitucionalidad, habiendo advertido la Corte que si bien se trata de una acción de carácter público, y por ende, no sometida a mayores rigorismos y formalidades, resulta necesario cumplir con ciertos requisitos y contenidos mínimos que permitan a este Tribunal la realización satisfactoria de un estudio de constitucionalidad, por lo que se demanda cierta carga mínima de argumentación susceptible de generar una verdadera controversia constitucional. La Corte ha insistido también, que la consagración de estos requisitos mínimos no puede entenderse como una limitación a los derechos políticos del ciudadano, pues lo que se persigue al identificar el contenido de la demanda de inconstitucionalidad es fijar unos elementos que informen adecuadamente al juez para poder proferir un pronunciamiento de fondo, y evitar un fallo inhibitorio que torna inocuo el ejercicio de este derecho político.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cuando surge de una interpretación se hace

necesario distinguir entre enunciados normativos y contenidos normativos

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre las demandas de inconstitucionalidad cuyo sentido es presentar una interpretación de la disposición acusada como contraria a la Constitución, y cuando surge de una determinada interpretación se hace necesario distinguir entre enunciados normativos (disposiciones) y normas (contenidos normativos), pues de un mismo enunciado normativo se pueden desprender varios contenidos normativos autónomos que según como se les interprete en conjunto, pueden resultar inconstitucionales o no.

SENTENCIA INTERPRETATIVA-Excepcionalidad

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO ESE-Naturaleza y régimen jurídico

Las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, encargadas de la prestación de los servicios de salud a cargo de la Nación y las entidades territoriales

GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO ESE-Marco regulatorio del proceso de selección

Referencia: expediente D-8101

Demandante: Olga Lucía Zuluaga Rodríguez.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil diez (2010)

I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, la ciudadana Olga Lucía Zuluaga Rodríguez interpuso acción pública de inconstitucionalidad en contra de la expresión “o previo concurso de méritos” del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, por violar los artículos 1, 13, 25, 40.7, 48, 49, 150 y 365 Superiores.

La demanda ciudadana, luego de haber sido corregida, fue admitida mediante auto del 18 de mayo de 2010, mediante el cual se ordenó comunicar la iniciación del presente proceso al Presidente del Congreso, al Presidente de la República y al Ministerio del Interior y de Justicia para que intervinieran directamente o por intermedio de apoderado escogido para el efecto, mediante escrito que debían presentar dentro de los diez (10) días siguientes al del recibo de la comunicación respectiva, indicando las razones que, en su criterio, justificaban la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma demandada.

De igual manera, se invitó a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Defensoría del Pueblo, a las Facultades de Derecho de las Universidades Andes, de Antioquia, de Cartagena, del Valle, Externado, Javeriana, Libre, Nacional y Rosario, para que intervinieran mediante escrito que debían presentar dentro de los diez (10) días siguientes al del recibo de la comunicación respectiva, indicando las razones que, en su criterio, justificaban la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma demandada.

Por último, se ordenó correr el respectivo traslado al Procurador General de la Nación, para lo de su competencia.

II. NORMA DEMANDADA.

A continuación se transcriben la norma demandada y se subrayan los apartes acusados, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 46.506 del 9 de enero de 2007:

LEY 1122 DE 2007

(enero 9)

Diario Oficial No. 46.506 de 9 de enero de 2007

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los Gerentes de las ESE de los niveles Departamental, Distrital y Municipal cuyo período de tres años termina o durante el año 2007 continuarán ejerciendo el cargo hasta el 31 de marzo de 2008.

Los gerentes de las ESE nacionales que sean elegidos por concurso de méritos o reelegidos hasta el 31 de diciembre de 2007, culminarán su período el 6 de noviembre de 2010. Cuando se produzcan cambios de gerente durante este período, 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 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 período que culminará el 31 de marzo de 2012. Todos los gerentes de las ESE departamentales, distritales o municipales iniciarán períodos iguales el 1o de abril de 2012 y todos los gerentes de las ESE nacionales iniciarán períodos iguales el 7 de noviembre de 2010.

III. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA.

La ciudadana Olga Lucía Zuluaga Rodríguez demandó la inconstitucionalidad de la expresión “o previo concurso de méritos”, del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, por considerar que vulnera los artículos 1, 13, 25, 40.7, 48, 49, 150 y 365 Superiores. Así pues, a su juicio, se estructuran los siguientes cargos de inconstitucionalidad.

Primer cargo: la norma acusada desconoce la dignidad humana y el trabajo como principios del Estado Social de Derecho (arts. 1 y 25 Superiores).

En relación con este primer cargo, afirma que “teniendo en cuenta que la norma acusada, al prohibir que una persona que haya sido reelegida por una sola vez, pueda volver a serlo inclusive “por concurso de méritos”, establece una restricción que irrespeta la dignidad humana y el derecho al trabajo, de quien así lo pretende”.

Así las cosas, mientras la prohibición de la reelección del Gerente por la Junta Directiva no ofrece reparo alguno de constitucionalidad, por cuanto en la práctica equivale a una prórroga de período, no resulta aceptable que tal limitante se extienda a los casos en que se ha realizado un concurso de méritos, por cuanto el mismo es de carácter público y abierto. De allí que, en sus palabras, “establecer una limitante para que una persona pueda acceder a un cargo mediante un concurso de méritos, por el hecho de haber sido ya reelegido por una vez, en donde todas las personas que cumplan con los requisitos para el mismo puedan participar, constituye una afrenta a la dignidad de las personas y en ello se soporta en parte la acción que se formula”.

De igual manera, estima que la expresión acusada vulnera el derecho a la trabajo, por cuanto “no resulta una verdadera protección al trabajo de quien viene desarrollando su función como Gerente de una Empresa Social del Estado, si como lo pretende la norma cuestionada, no puede ser reelecto sino por una sola vez, aún por concurso de méritos, en donde otros ciudadanos sí pueden participar”.

Segundo cargo: La norma acusada desconoce el derecho a la igualdad.

Afirma la ciudadana que la norma acusada desconoce el derecho a la igualdad, por cuanto conduce a que ciertas y determinadas personas no pueden acceder a un cargo público, por el

hecho de haberlo ejercido con anterioridad, así sea mediante un concurso de méritos.

Sostiene que, por el contrario, no se presenta vulneración al derecho a la igualdad cuando la reelección se prohíbe para el caso de un Gerente que haya sido designado por la Junta Directiva de la ESE, por cuanto el legislador está actuando dentro del margen de discrecionalidad con que cuenta en materia de regulación de la función pública; tanto más y en cuanto se trata de un procedimiento que no es público ni abierto sino que se encamina simplemente a premiar la buena gestión realizada por un Gerente. No sucede lo mismo, según la ciudadana, cuando se aplica la misma disposición o limitación, cuando el Gerente lo deba ser por concurso de méritos.

Agrega la demandante que, en la práctica, se pueden presentar dos hipótesis: “De un lado, puede ocurrir que la Junta Directiva de la entidad hospitalaria no haya realizado reelección alguna por parte de la Junta Directiva de la respectiva entidad y haya convocado un concurso de méritos para realizar la reelección, en donde haya quedado electo el Gerente actual; quiere ello decir que para una nueva reelección, aun habiendo concursado, le estaría vedado al Director o Gerente concursar a través de un nuevo concurso; de otro lado, segunda posibilidad, es que habiendo sido reelegido por la Junta Directiva por una vez, dicho Gerente no podría concursar en el concurso que la Junta Directiva disponga, por encontrarse incurso en el aparte de la norma acusada; en uno y otro caso, para tal eventualidad, la norma resulta cuestionable desde el punto de vista constitucional, pues no es racional ni legalmente admisible, que el ejercicio de la función pública por quien ha concursado para un cargo de período, le sea impuesta una incompatibilidad consistente en el ejercicio mismo del cargo; evidentemente aquí se estima una violación flagrante al ordenamiento constitucional y al derecho a la igualdad, pues se coloca y se hace sujeto al Gerente o Director, en objetivo de una discriminación irracional, que le impide participar en un concurso abierto y público, en donde todas las demás personas podrán participar, excepto el Gerente reelecto”.

Tercer cargo: la disposición tachada de inconstitucional excede el principio de configuración normativa en cabeza del Congreso.

Inicia la ciudadana por realizar algunas consideraciones acerca del contenido de la reserva legal y del margen de configuración de que dispone el legislador en materia de regulación de la función pública.

A renglón seguido, estima que en el presente caso tal margen fue superado por cuanto “la facultad legislativa no llega a desconocer la Constitución, si esa limitante se establece respecto de la reelección que por una sola vez ha adoptado la Junta Directiva de la entidad hospitalaria, que no es lo mismo que cuando habiendo existido la reelección respectiva, quien aspire a continuar en el cargo, pretenda hacerlo mediante concurso de méritos, regulación que claramente trasgrede los principios y reglas constitucionales, el derecho a la igualdad, la dignidad humana, el trabajo, en donde se concluye que el Congreso terminó por establecer una prohibición excesiva, con violación de los principios establecidos en el artículo 209 de la Carta y el artículo 40.7 del mismo ordenamiento.”

Así las cosas, concluye afirmando que “es evidente que el Congreso de la República no podía impedir que quien fuera reelecto como Gerente de una Empresa Social del Estado por una sola vez, no pudiera participar en el concurso de méritos que se abriera para elegir un nuevo Gerente, esta prohibición emanada del Congreso en la ley 1122 de 2007, inciso segundo del artículo 28, resulta contraria al derecho que tienen los gerentes reelectos a poder participar en un concurso que se abre como opción para todas las personas, abierto y público, y para elegir al mejor y al más competente”.

Cuarto cargo: la disposición acusada es contraria al derecho que tienen los ciudadanos de acceder a funciones y cargos públicos.

Asegura la ciudadana que, si bien el legislador puede establecer requisitos para acceder a un cargo público, no puede incurrir en tratos discriminatorios, por cuanto personas que cuentan con las competencias y perfiles profesionales quedan excluidos de participar, en razón de que ya ocuparon el cargo de Gerente, así sea por concurso de méritos. Así pues, “con el simple cotejo de normas se constituye una limitante para acceder al cargo público de que se trata, en este caso la Gerencia de una Empresa Social del Estado y raya de inconstitucional, por constituirse igualmente en un elemento discriminatorio, que no consulta el mérito para acceder a los cargos de período y que contraría los principios de la función administrativa que señala el artículo 209 de la constitución”.

Quinto cargo: la norma demandada contraría la eficiencia de las instituciones públicas de salud.

La ciudadana considera que la expresión legal acusada vulnera los artículos 48 y 49

Superiores, que determinan que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, que se prestará bajo la dirección, coordinación y control estatales, en sujeción, entre otros, a los principios de eficiencia.

Así las cosas, la eficiencia se alcanza mediante unas normas legales que apuntan a la consecución de tal fin, “y no en la forma señalada por la disposición cuestionada y contenida en la ley 1122 de 2007, que impide a un Gerente participar en un concurso de méritos y demostrar así que es el más idóneo y competente para ejercer el cargo, así ya haya sido reelecto”.

Agrega que “para hacer un ejercicio de quienes se constituyen en competidores naturales de las Empresas Sociales del Estado, no resultaría plausible para las IPS privadas, que se consagrara una disposición estatutaria en el mismo sentido anotado, para impedir que el Gerente de una clínica privada se le impidiera ejercer el cargo por haberlo desempeñado en el pasado; esta norma sería una afrenta a la competitividad y eficiencia de la institución de salud, si como suele ocurrir, las directivas de tales entidades, en aras de conseguir sus objetivos empresariales y el crecimiento de sus indicadores, por el contrario, pregonan por el mantenimiento de sus estamentos directivos, porque dan por descontado que esa permanencia se refleja en la eficiencia de los servicios que ofrece la institución, con base en la experiencia y capacidad de las gerencias”.

En tal sentido, según la demandante, la norma acusada al restringir el acceso al cargo a quienes se han desempeñado como Gerentes de las ESE, atentan contra el principio de eficiencia en la gestión de lo público. Lo anterior por cuanto “en la práctica, pone de manifiesto un elemento negativo, contra quien a pesar de haber demostrado capacidad de gestión a favor de los servicios de los usuarios se le obliga a dejar el cargo, sin la opción siquiera de poder concursar por el mismo, como aparece en la norma objeto de reproche”.

Concluye afirmando que “el mantenimiento de la disposición cuestionada, obliga necesariamente a la rotación de los gerentes públicos de las Empresas Sociales del Estado y ello contraría la eficiencia con que tales servicios deben ser prestados. Por ello la norma contraría ese propósito constitucional de eficiencia que se pregona de la seguridad social en salud y la torna en contraria por inexecutable”.

Sexto cargo: la norma acusada desconoce la eficiencia con que deben ser prestados los

servicios públicos.

Sostiene la ciudadana que la norma acusada “es contraria a lo dispuesto en el artículo 365 de la Constitución Política, que establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es deber de éste asegurar su prestación eficiente”.

La demandante explica el cargo de inconstitucionalidad diciendo que “En el asunto que llama la atención la acción de la suscrita, lo que se evidencia con la norma acusada, es que como en muchos aspectos de la legislación en salud y en particular en materias que deberían propender por la eficiencia de los servicios de salud a través de las herramientas legales ideadas a favor de las instituciones públicas, que tiene respaldo constitucional, lo que se ha estimado han sido disposiciones que como la acusada, propenden por anteponer los intereses de las entidades territoriales sobre la red hospitalaria, en vez de acudir a los mecanismos que permitan darle continuidad a las mejores gestiones y a los mejores Gerentes de tales entidades; limitando como hace la norma la reelección de tales servidores, aún en el caso que pudieran demostrar ser los mejores, pero que el aparte acusado les prohíbe participar en el concurso de méritos. Considero que en un estudio más de fondo que formal, la Corte Constitucional podrá comprender qué medidas legales promulgadas como en las materias estudiadas, en vez de propender por la buena marcha y la eficiencia de las entidades y por ende de los servicios que las mismas llevan a cabo, como resulta ser connatural a los servicios públicos, va en contravía de las reglas mencionadas al prohibir que los Gerentes de las entidades, ya no reelegidos por la Junta Directiva sino por concurso de méritos, puedan ser reelegidos de nuevo a través de un concurso público y abierto, tal asunto termina por llevarnos a una conclusión evidente, si se admite como en efecto se solicita, que tal restricción salda del ordenamiento jurídico y por ende los Gerentes de las entidades hospitalarias puedan ser reelegidos si dicho proceso se adelanta a través del concurso de méritos; restricción que a la luz del aparte de la norma atacada, impide que así sea, si ella se mantiene en la forma dispuesta por el legislador”.

IV. INTERVENCIONES DE ENTIDADES OFICIALES.

a. Departamento Administrativo de la Función Pública.

Diego Francisco Pineda Plazas, actuando en representación del Departamento Administrativo de la Función Pública, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare exequible la expresión acusada.

Inicia señalando que la regulación del ingreso y retiro de la función pública constituye una potestad privativa del Congreso de la República, el cual goza de un amplio margen de configuración en la materia.

Agrega que “si el legislador hubiera querido que los cargos de Gerente de las Empresas Sociales del Estado pudieran ser desempeñados por una misma persona de manera indefinida, los habría clasificado como empleos de carrera administrativa o, en otro evento, de trabajadores oficiales. Sin embargo, al considerar que el ejercicio de tales empleos comportaba el acompañamiento de la gestión de mandatarios administrativos locales o nacionales, no sólo limitó su reelección sino que institucionalizó su período”.

Considera el interviniente que, contrario a lo sostenido por la demandante, la violación al derecho a la dignidad humana se presentaría en relación con los demás aspirantes al cargo de gerente de la ESE, “que a pesar de entender que el cargo es de período y debe coincidir con períodos institucionales de mandatarios locales, observan que una misma persona lo desempeña de manera indefinida”.

En cuanto al derecho a la igualdad, considera que tampoco se vulnera sino que la expresión acusada lo garantiza por cuanto los demás aspirantes a desempeñar el cargo de gerente de la ESE se verían avocados a concursar en condiciones desiguales e inequitativas con un gerente en propiedad que conoce los pormenores del negocio y a los miembros del órgano de dirección, “y aún a los representantes de las entidades universitarias que realizan el concurso, con eventual ventaja frente a los demás participantes; circunstancia que éstos también podrían alegar como violatoria del derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos”.

Afirma igualmente que, si bien es cierto que los servicios públicos deben prestarse de manera eficiente, tal propósito no se alcanza dejando en un cargo a un funcionario de manera indefinida, aún si se emplea el mecanismo del concurso de méritos, “máxime cuando dicha situación puede comportar desavenencias o la ejecución de políticas desarticuladas en materia de salud, en detrimento de la buena marcha de la administración local o nacional.”

a. Ministerio de la Protección Social.

Myriam Herlinda Roncancio Téllez, actuando en representación del Ministerio de la Protección Social, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare exequible la expresión acusada.

Sostiene que la posibilidad de no reelección o no prórroga constituye, entre varias opciones, una posibilidad que el legislador no prohibió pero limitó, acudiendo a tendencia de permitir tal circunstancia por una vez y “permitir que una persona esté en un cargo de esta naturaleza hasta por ocho años, lo cual difiere de la prohibición absoluta”.

De esta manera, “la ponderación entre perpetuarse en la gerencia y desarrollar una gestión dentro de un término fue zanjado con la posibilidad de reelección por una vez, garantizando así el mérito y la eficiencia. Eso no significa que, en función de tal mérito, deba permanecer dentro de la gerencia precisamente porque, adicionalmente, no existe igualdad entre quien ya se desempeñó como gerente en dos ocasiones y quien va a optar por ello”.

En ese orden de ideas, considera el interviniente que no se vulnera el derecho al trabajo ni a la dignidad humana, en la medida en que la persona puede seguir ejerciendo su profesión en otros campos del conocimiento “y no exclusivamente en su carácter de Gerente de esa específica empresa social del Estado”.

Sostiene igualmente que la medida no es discriminatoria sino el resultado de una ponderación “de los argumentos que conducen a impedir que la persona se perpetúa en un cargo de dicha relevancia sin que la opción sea contraria a nuestro ordenamiento”.

a. Defensoría del Pueblo.

El ciudadano Fernando Iregui Camelo, actuando en representación de la Defensoría del Pueblo, interviene en el proceso de la referencia, a efectos de solicitarle a la Corte, que se inhiba de fallar de fondo por inepta demanda.

Señala que, si bien la demanda de inconstitucionalidad cumple con el requisito de certeza, “la argumentación contenida en ella adolece de claridad, suficiencia y pertinencia, que bien podría conducir a un fallo inhibitorio por ineptitud sustancial de la demanda”.

Agrega que la ciudadana no aporta todos los elementos de juicio necesarios y que, por el contrario, de forma abstracta, se limita a afirmar que la expresión acusada vulnera los artículos 1, 13, 48, 49, 150 y 365 Superiores, “pero sin indicar en qué aspectos específicos de esas normas se desconocen los principios que las integran”.

En cuanto al cargo por violación al derecho a la igualdad, sostiene que la demandante no explica realmente en qué consistiría la discriminación que alega. De igual manera, tampoco explica por qué razón la prohibición de la reelección afecta la eficiencia de la prestación del servicio de salud.

V. INTERVENCIONES CIUDADANAS.

a. Juanita González Andrade.

La ciudadana Juanita González Andrade, docente de la Universidad de los Andes, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare la constitucionalidad condicionada de la norma “en el sentido de que la restricción sólo procede por reelección, y que el acceso al cargo de gerente de ESE no tendría siempre que se acceda a la plaza por concurso de méritos”.

Considera que le asiste razón a la ciudadana en el sentido de que es diferente el hecho de ser reelegido por una Junta Directiva de la institución, de presentarse nuevamente al concurso de méritos con miras a ser elegido en el cargo.

Agrega que “Y lo es porque si bien guarda identidad en el funcionario, los criterios para la selección del mismo son distintos. En efecto señala la norma: que los gerentes podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando a) la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento; o b) o previo concurso de méritos. En ese orden de ideas, la reelección se da por criterios de indicadores de evaluación, de desempeño en el cargo y cuando se accede al empleo por concurso, no se está frente a una reelección propiamente dicha, sino frente a una

lista de elegibles, construida teniendo en cuenta el cumplimiento de habilidades y competencias comprobadas en el respectivo concurso”.

Así las cosas, asegura la interviniente, limitar el acceso de quien se presenta en el concurso de méritos y obtiene el mejor puntaje, sólo por el hecho de que ya ostentó en alguna oportunidad el cargo, rompe el principio de buena fe, el objetivo del concurso de méritos, y por ende, el propósito del artículo 125 de la Carta, “además de ser abiertamente injusto en términos de igualdad, al introducir una inhabilidad para el ejercicio del cargo, la cual no es otra que ya haberse desempeñado en él”.

Considera igualmente que “debe primar el principio fundamental del mérito en la medida en que, cuando el aspirante que ya desempeñó el cargo y posiblemente fue ya reelegido por la junta directiva, se somete en igualdad de condiciones a otros para que sus habilidades y competencias sean evaluadas y valoradas y vence en el concurso, que se realizó de manera pública, abierta y transparente, prohibirle el desempeño del cargo por que ya fungió en él es injusto, discriminatorio y contrario al art. 125 y 13 de la Carta”.

b. Roberto José Pacheco Medina.

El ciudadano Roberto José Pacheco Medina interviene en el proceso de la referencia, a efectos de coadyuvar la demanda de inconstitucionalidad.

Termina diciendo que se debe permitir que, en materia de gestión de hospitales públicos, aquellos gerentes que han mostrado capacidad de gestión, puedan concursar a efectos de permanecer en el cargo.

c. Universidad de Antioquia.

El ciudadano Hernán Darío Vergara Mesa, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare exequible el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, “siempre y cuando se entienda que tal norma permite la reelección de los gerentes de las ESE, aun en el evento de que éstos hayan sido previamente nombrados como consecuencia de su participación en un concurso público de méritos, “...cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, y siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo

señale el reglamento”.

Al respecto explica que, entender la norma acusada como una prohibición de reelección de los gerentes de las ESE cuando hayan participado en un concurso de méritos, “es contrario a la hermenéutica que debe hacerse al texto completo de la disposición en cuestión. Otra cosa distinta sería la pregunta: ¿puede un gerente de una ESE que ha sido reelegido participar en un concurso de méritos para ocupar nuevamente tal cargo?”.

Agrega que, en cuanto a la posibilidad de que un gerente de una ESE que haya sido reelegido pueda participar en un concurso de méritos para ocupar nuevamente tal cargo, “se podría decir que no está clara la respuesta a ello”. No obstante lo anterior, precisa que no existe norma expresa que lo prohíba toda vez que el ciudadano que gana el concurso de méritos y ha demostrado su idoneidad para tal cargo, debe ser nombrado en el mismo por el nominador, en el entendido que ésta no es una reelección sino una nueva elección, con base en los resultados del concurso de méritos aplicado para tal efecto.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR.

El Procurador General de la Nación, mediante concepto núm. 4984 del 12 de julio de 2010, solicita a la Corte declare exequible el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, “en el entendido de que a las personas que participen en los respectivos concursos de méritos y obtengan el primer lugar en ellos, no les es aplicable la restricción de ser reelegidos por una sola vez”.

De entrada, la Vista Fiscal advierte que en el artículo acusado hay una confusión grave entre dos circunstancias disímiles, separadas por una disyuntiva, que no son equiparables: i) que 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 se cumpla con los indicadores de evaluación, conforme lo señale el reglamento; y ii) que los gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando obtengan el primer lugar en el respectivo concurso de méritos, que es el mecanismo por excelencia para acceder al ejercicio de la función pública, al tenor del artículo 125 superior.

De la anterior constatación, la Procuraduría concluye que “La principal consecuencia de esa confusión es la de dar un trato igual, en cuanto a la limitación de ser reelegidos por una sola vez, a dos circunstancias fácticas diferentes, sin tener en cuenta las especiales

características de los concursos de méritos y los derechos que adquieren las personas que obtienen el primer lugar en ellos.”

Precisa que, en estricto sentido, la persona que obtiene el primer lugar en un concurso de méritos no es elegida por otras a su arbitrio, sino que tiene el derecho fundamental a acceder al cargo para el cual ha concursado. Otro tanto puede decirse de la persona que estando en ejercicio del cargo, decide participar en el concurso de méritos que se abra para proveerlo, y obtiene el primer lugar en él. En este supuesto, según la Vista Fiscal, no se trata de una reelección, pues su designación no obedece a la voluntad de otras personas que la elijan o la reelijan, sino que ella tiene el derecho fundamental, como ganadora del concurso, a acceder al cargo.

Así las cosas, para el Ministerio Público “impedir el acceso a un cargo público a una persona, por el hecho de que lo haya ejercido en el período anterior, valga decir, limitar la posibilidad de que sea reelegida por una sola vez, se ajusta a la Carta en la primera de las circunstancias estudiadas, es decir, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando se cumpla con los indicadores de evaluación, conforme lo señale el reglamento. Sin embargo, no puede decirse lo mismo en el caso de la segunda de las circunstancias estudiadas, valga decir, cuando esa persona obtenga el primer lugar en el respectivo concurso de méritos. Y no puede decirse que la limitación se ajuste a la Carta, porque desconoce dos importantes circunstancias: la de que, esa persona tiene derecho a participar en el concurso de méritos que se abra para proveer el cargo, y la de que, en caso de obtener el primer lugar en dicho concurso, tiene el derecho fundamental a acceder al cargo”.

Agrega la Vista Fiscal que la limitación de la reelección por una sola vez, en el caso de que la persona reelegida haya obtenido el primer lugar en el concurso de méritos, es inconstitucional. Sin embargo, “con la norma, en su confusión regula ambas posibilidades, según se deja expuesto al comienzo de este análisis, el Ministerio Público considera que lo adecuado es solicitar a la Corte declarar exequibles las expresiones demandadas, en el entendido de que el límite de una sola vez a la reelección de los gerentes de las eses, no se aplica en aquellos casos en los cuales estas personas participan en el respectivo concurso de méritos, en igualdad de condiciones con los demás aspirantes, y obtienen el primer lugar, pues dichas personas tienen el derecho fundamental de acceder a ese cargo”.

VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

Esta corporación es competente para decidir sobre la constitucionalidad de la norma acusada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, Num. 4, de la Constitución, por estar contenida en una ley.

2. Argumentos de la demandante.

La ciudadana Olga Lucía Zuluaga Rodríguez interpuso acción pública de inconstitucionalidad en contra de la expresión “o previo concurso de méritos” del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, por violar los artículos 1, 13, 25, 40.7, 48, 49, 150 y 365 Superiores.

En cuanto al desconocimiento de la dignidad humana y el derecho fundamental al trabajo, como principios fundantes del Estado Social de Derecho (arts. 1 y 25 Superiores), la demandante alega que, teniendo en cuenta que la norma acusada, prohíbe que una persona que haya sido reelegida por una sola vez, pueda volver a serlo inclusive “por concurso de méritos”, se configura una restricción que vulnera las mencionadas disposiciones constitucionales.

Explica igualmente que, mientras la prohibición de la reelección del Gerente por la Junta Directiva no ofrece reparo alguno de constitucionalidad, por cuanto en la práctica equivale a una prórroga de período, no resulta aceptable que tal limitante se extienda a los casos en que se ha realizado un concurso de méritos, por cuanto el mismo es de carácter público y abierto. De allí que, en sus palabras, “establecer una limitante para que una persona pueda acceder a un cargo mediante un concurso de méritos, por el hecho de haber sido ya reelegido por una vez, en donde todas las personas que cumplan con los requisitos para el mismo puedan participar, constituye una afrenta a la dignidad de las personas y en ello se soporta en parte la acción que se formula”.

De igual manera, estima que la expresión acusada vulnera el derecho al trabajo, por cuanto “no resulta una verdadera protección al trabajo de quien viene desarrollando su función como Gerente de una Empresa Social del Estado, si como lo pretende la norma cuestionada, no puede ser reelecto sino por una sola vez, aún por concurso de méritos, en donde otros

ciudadanos sí pueden participar”.

En cuanto a la vulneración al derecho a la igualdad (art. 13 Superior) afirma la ciudadana que la norma acusada es discriminatoria, por cuanto conduce a que ciertas y determinadas personas no puedan acceder a un cargo público, por el hecho de haberlo ejercido con anterioridad, así sea mediante un concurso de méritos.

Sostiene que, por el contrario, no se presenta vulneración al derecho a la igualdad cuando la reelección se prohíbe para el caso de un Gerente que haya sido designado por la Junta Directiva de la ESE, por cuanto el legislador está actuando dentro del margen de discrecionalidad con que cuenta en materia de regulación de la función pública; tanto más y en cuanto se trata de un procedimiento que no es público ni abierto sino que se encamina simplemente a premiar la buena gestión realizada por un Gerente. No sucede lo mismo, según la ciudadana, cuando se aplica la misma disposición o limitación, cuando el Gerente lo deba ser por concurso de méritos.

Agrega la ciudadana que la expresión acusada excede el principio de configuración normativa en cabeza del Congreso, en materia de regulación de la función pública (art. 150 Superior). Lo anterior por cuanto “la facultad legislativa no llega a desconocer la Constitución, si esa limitante se establece respecto de la reelección que por una sola vez ha adoptado la Junta Directiva de la entidad hospitalaria, que no es lo mismo que cuando habiendo existido la reelección respectiva, quien aspire a continuar en el cargo, pretenda hacerlo mediante concurso de méritos, regulación que claramente trasgredí los principios y reglas constitucionales, el derecho a la igualdad, la dignidad humana, el trabajo, en donde se concluye que el Congreso terminó por establecer una prohibición excesiva, con violación de los principios establecidos en el artículo 209 de la Carta y el artículo 40.7 del mismo ordenamiento.”

De igual manera, argumenta la ciudadana que la expresión acusada vulnera el derecho fundamental de acceso a funciones y cargos públicos (art. 40.7 Superior). Al respecto, asegura la ciudadana que, si bien el legislador puede establecer requisitos para acceder a un cargo público, no puede incurrir en tratos discriminatorios, por cuanto personas que cuentan con las competencias y perfiles profesionales quedan excluidos de participar, en razón de que ya ocuparon el cargo de Gerente, así sea por concurso de méritos.

Sobre el particular señala que la eficiencia se alcanza mediante unas normas legales que apuntan a la consecución de tal fin, “y no en la forma señalada por la disposición cuestionada y contenida en la ley 1122 de 2007, que impide a un Gerente participar en un concurso de méritos y demostrar así que es el más idóneo y competente para ejercer el cargo, así ya haya sido reelecto”. Agrega que “para hacer un ejercicio de quienes se constituyen en competidores naturales de las Empresas Sociales del Estado, no resultaría plausible para las IPS privadas, que se consagrara una disposición estatutaria en el mismo sentido anotado, para impedir que el Gerente de una clínica privada se le impidiera ejercer el cargo por haberlo desempeñado en el pasado; esta norma sería una afrenta a la competitividad y eficiencia de la institución de salud, si como suele ocurrir, las directivas de tales entidades, en aras de conseguir sus objetivos empresariales y el crecimiento de sus indicadores, por el contrario, pregonan por el mantenimiento de sus estamentos directivos, porque dan por descontado que esa permanencia se refleja en la eficiencia de los servicios que ofrece la institución, con base en la experiencia y capacidad de las gerencias”.

Finalmente, según la demandante, la norma acusada desconoce la eficiencia con que deben ser prestados los servicios públicos (art. 365 Superior).

La demandante explica el cargo de inconstitucionalidad diciendo que “En el asunto que llama la atención la acción de la suscrita, lo que se evidencia con la norma acusada, es que como en muchos aspectos de la legislación en salud y en particular en materias que deberían propender por la eficiencia de los servicios de salud a través de las herramientas legales ideadas a favor de las instituciones públicas, que tiene respaldo constitucional, lo que se ha estimado han sido disposiciones que como la acusada, propenden por anteponer los intereses de las entidades territoriales sobre la red hospitalaria, en vez de acudir a los mecanismos que permitan darle continuidad a las mejores gestiones y a los mejores Gerentes de tales entidades; limitando como hace la norma la reelección de tales servidores, aún en el caso que pudieran demostrar ser los mejores, pero que el aporte acusado les prohíbe participar en el concurso de méritos. Considero que en un estudio más de fondo que formal, la Corte Constitucional podrá comprender qué medidas legales promulgadas como en las materias estudiadas, en vez de propender por la buena marcha y la eficiencia de las entidades y por ende de los servicios que las mismas llevan a cabo, como resulta ser connatural a los servicios públicos, va en contravía de las reglas mencionadas al prohibir que los Gerentes de las entidades, ya no reelegidos por la Junta Directiva sino por concurso de

méritos, puedan ser reelegidos de nuevo a través de un concurso público y abierto, tal asunto termina por llevarnos a una conclusión evidente, si se admite como en efecto se solicita, que tal restricción salda del ordenamiento jurídico y por ende los Gerentes de las entidades hospitalarias puedan ser reelegidos si dicho proceso se adelanta a través del concurso de méritos; restricción que a la luz del aparte de la norma atacada, impide que así sea, si ella se mantiene en la forma dispuesta por el legislador”.

Los intervinientes, por su parte, se encuentran divididos en cuanto a la procedencia de los reseñados argumentos. Así, la Defensoría del Pueblo considera que realmente no se plantearon unos cargos de inconstitucionalidad, motivo por el cual solicita a la Corte se declare inhibida para proferir un fallo de fondo. Otros intervinientes, coadyuvan la demanda, en tanto que el Ministerio de la Protección Social y el Departamento Administrativo de la Función Pública consideran que la expresión acusada no vulnera los artículos constitucionales reseñados por la ciudadana. Por último, la Vista Fiscal solicita a la Corte declare exequible el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, “en el entendido de que a las personas que participen en los respectivos concursos de méritos y obtengan el primer lugar en ellos, no les es aplicable la restricción de ser reelegidos por una sola vez”.

En este orden de ideas, la Corte (i) determinará si la demandante planteó, realmente, al menos, un cargo de inconstitucionalidad; (ii) en caso afirmativo, precisará el contenido y alcance de la expresión acusada; (iii) analizará el margen de configuración normativa de que dispone el legislador para determinar las condiciones de acceso y de permanencia en el cargo de Gerente de una Empresa Social del Estado; (iv) examinará las particularidades que conlleva el proceso de selección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado; (v) resolverá los cargos concretos de inconstitucionalidad.

3. Requisitos mínimos para la configuración de un cargo de inconstitucionalidad. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 establece los requisitos que debe cumplir toda demanda de inconstitucionalidad, entre ellas, las razones por las cuales las disposiciones constitucionales invocadas se estiman violadas. Al respecto, la Corte ha advertido que, si bien es cierto que se trata de una acción de carácter público, y por ende, no se encuentra sometida a mayores rigorismos y formalidades¹, también lo es que es necesario cumplir con

ciertos requisitos y contenidos mínimos que permitan a este Tribunal la realización satisfactoria de un estudio de constitucionalidad.

Se ha reiterado entonces, que no puede admitirse cualquier ataque indeterminado o carente de motivación razonable². Por el contrario, se demanda cierta carga mínima de argumentación susceptible de generar una verdadera controversia constitucional. La acción pública de inconstitucionalidad se materializa no sólo con una acusación de un ciudadano contra una norma legal con base en unas disposiciones constitucionales que se consideran infringidas, sino también explicando las razones por las cuales dichos textos se estiman violados, pues lo contrario implicaría, no solo estar utilizando recursos estatales inadecuadamente, para una labor que no beneficia a ninguna persona, sino que conllevaría a que la sentencia deberá ser inhibitoria por inepta demanda. El ordenamiento exige pues del ciudadano, la especial responsabilidad de ser diligente, a fin de que esta Corporación pueda cumplir eficiente y eficazmente con el ejercicio del control de constitucionalidad.

Ahora bien, las razones a las que alude el numeral tercero del artículo 2º del Decreto 2067, así como la jurisprudencia de manera reiterada, no son de cualquier clase, sino que se circunscriben al seguimiento de exigencias mínimas razonables, sobre las cuales esta Corporación ha insistido vigorosamente. Una sistematización sobre el tema fue desarrollada en la sentencia C-1052 de 2001, la cual expresó:

“tendrán que presentarse las razones por las cuales los textos normativos demandados violan la Constitución (artículo 2 numeral 3 del Decreto 2067 de 2000). Esta es una materia que ya ha sido objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional y en la que se revela buena parte de la efectividad de la acción pública de inconstitucionalidad como forma de control del poder público. La efectividad del derecho político depende, como lo ha dicho esta Corporación, de que las razones presentadas por el actor sean claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. De lo contrario, la Corte terminará inhibiéndose, circunstancia que frustra ‘la expectativa legítima de los demandantes de recibir un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional’.

La claridad de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque ‘el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, [por regla general], releva al ciudadano que la ejerce de hacer una

exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental', no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa.

Adicionalmente, las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente "y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita" e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; 'esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden'.

De otra parte, las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través 'de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada'. El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos 'vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales' que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.

La pertinencia también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de

consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que `el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico'; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola ´de inocua, innecesaria, o reiterativa´ a partir de una valoración parcial de sus efectos.

Finalmente, la suficiencia que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (artículo 2 numeral 4 del Decreto 2067 de 1991), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prima facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional."

No obstante lo anterior, la Corte ha insistido también, como se expresó más arriba, en que la consagración de estos requisitos mínimos no puede entenderse como una limitación a los derechos políticos del ciudadano ya referidos, pues lo que se persigue al identificar el contenido de la demanda de inconstitucionalidad es fijar unos elementos que informen adecuadamente al juez para poder proferir un pronunciamiento de fondo, y evitar un fallo inhibitorio que torna inocuo el ejercicio de este derecho político. Esto supone una carga mínima de comunicación y argumentación que ilustre a la Corte sobre la norma que se acusa los preceptos constitucionales que resultan vulnerados, el concepto de dicha violación y la razón por la cual la Corte es competente para pronunciarse sobre la materia. En este orden

de ideas, “la presentación de una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte da inicio a un diálogo entre el ciudadano, las autoridades estatales comprometidas en la expedición o aplicación de las normas demandadas y el juez competente para juzgarlas a la luz del Ordenamiento Superior. Esto supone como mínimo la exposición de razones conducentes para hacer posible el debate.”³

De otro lado, la jurisprudencia también se ha pronunciado sobre las demandas de inconstitucionalidad cuyo sentido es presentar una interpretación de la disposición acusada como contraria a la Constitución. Así, cuando la demanda surge de una determinada interpretación, se hace necesario distinguir entre enunciados normativos (disposiciones) y normas (contenidos normativos)⁴, pues de un mismo enunciado normativo se pueden desprender varios contenidos normativos autónomos que según como se les interprete en conjunto, pueden resultar inconstitucionales o no. Por esto, si la demanda tiene como punto de partida una determinada interpretación – la que hace el demandante – de los contenidos normativos que se derivan de las disposiciones normativas, debe resultar claro para el juez constitucional, y así fundamentarlo el demandante, que esta interpretación es la única posible, o por lo menos es razonable, mientras que las otras son poco plausibles o inconstitucionales. Lo anterior debe estar representado en el escrito de la demanda, como presupuesto necesario de la naturaleza del control abstracto de constitucionalidad de las leyes que hace la Corte Constitucional.

En este orden de ideas, se puede concluir que, en principio, el objeto de un cargo de inconstitucionalidad es lograr que el juez constitucional expulse del orden jurídico un precepto legal; luego, no puede perseguir el propósito general consistente en que se establezca una interpretación conforme a la Constitución, pues este principio obliga a los operadores jurídicos en sede de aplicación, y su vigencia implica que la Corte sólo podrá dictar una sentencia interpretativa de manera excepcional, si el precepto tiene como interpretación más razonable, una que resulta constitucional.

4. Examen del caso concreto.

En el caso concreto, la demandante solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de la expresión “o previo concurso de méritos” del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, por violar los artículos 1, 13, 25, 40.7, 48, 49, 150 y 365 Superiores.

En tal sentido se podría considerar, prima facie, que la totalidad de la argumentación planteada por la ciudadana adolece de una cierta incoherencia, en el sentido de que, de llegar a accederse a su pedido, la única reelección que se permitiría realizar sería, para el caso de los Gerentes de las ESE, aquélla que adelante la Junta Directiva, mas no la derivada de la celebración de un concurso público de méritos. De allí que procedería un fallo inhibitorio, por cuanto no se configuró la proposición jurídica completa.

No obstante lo anterior, tomando en consideración el carácter público que caracteriza a la acción de inconstitucionalidad contra las leyes en Colombia, e interpretando el sentido de la demanda, la Corte entiende que la ciudadana realmente solicita es que el juez constitucional condicione la exequibilidad del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, a que se entienda que, los Gerentes de las ESE podrán ser reelegidos por una sola vez por la respectiva Junta Directiva, en tanto que podrán serlo indefinidamente si aquello es el resultado de un concurso público de méritos.

Realizada la anterior aclaración, pasa la Corte a determinar si la demandante estructuró, al menos, un cargo de inconstitucionalidad.

Así pues, en relación con la supuesta vulneración del artículo 150 Superior, esta Corporación considera que la demandante no explica con claridad y suficiencia las razones por las cuales el segmento normativo acusado excede las competencias con que cuenta el Congreso para regular el acceso a la función pública. En efecto, el supuesto cargo de inconstitucional se funda sólo en describir que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración en la materia, sin explicar con detalle las razones por las cuales aquél se habría trasgredido.

De igual manera, los argumentos expuestos por la demandante en relación con la supuesta vulneración de los artículos 48, 49 y 365 Superiores, se terminan fundando en apreciaciones subjetivas de la ciudadana. En efecto, el hilo conductor de su argumentación se soporta en la creencia según la cual la eficiencia en la prestación del servicio público de salud se garantiza mediante la reelección indefinida de los Gerentes de las ESE a través del sistema de concurso público de méritos; en otras palabras, y a contrario sensu, que los eventuales cambios de tales funcionarios terminan por afectar la prestación del servicio de salud; o que igualmente, el principio de eficiencia se asegura mediante el establecimiento de un mecanismo que permita la reelección indefinida de unos Gerentes de unas ESE, bajo el

supuesto o la creencia de que una persona que se gana consecutivamente un concurso de méritos debe ser un buen gestor de lo público. Todo lo anterior, sin que la demandante examine en detalle la manera como la ley prevé la realización de los mencionados concursos de méritos y la posible incidencia que sobre los mismos puedan tener quienes se desempeñan como Gerentes de las ESE.

Así mismo, en relación con la supuesta vulneración del principio de la dignidad humana y el derecho fundamental al trabajo (arts. 1 y 25 Superiores), la Corte considera que la demandante no estructuró un verdadero cargo de inconstitucionalidad, por cuanto su argumentación se limita a sostener que la prohibición de la reelección indefinida de los gerentes de las ESE vulnera las mencionadas disposiciones constitucionales. En otras palabras, la ciudadana no explica con la necesaria suficiencia por qué razón la expresión acusada comporta una lesión a la dignidad de determinados funcionarios públicos o las razones por las cuales fijar un período máximo de ocho años para un Gerente de una ESE le impide o lesiona su derecho al trabajo, siendo que, vencido el mismo, puede seguir ejerciendo libremente su profesión.

Por el contrario, tomando en consideración las demás argumentaciones de la ciudadana, la Corte considera que la ciudadana estructuró un cargo de inconstitucionalidad, en el sentido de que el legislador, por el hecho de prohibir la reelección indefinida de los Gerentes de las ESE, así medie un concurso público de méritos, vulneró el derecho fundamental de acceder a un cargo público en condiciones de igualdad.

5. Contenido y alcance de la expresión acusada.

La disposición acusada debe ser entendida dentro del contexto del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 y de la evolución normativa de la regulación de las ESE, tomando asimismo en consideración los antecedentes legislativos de aquélla.

En tal sentido, la simple lectura del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 evidencia que, en materia de elección de los gerentes de las ESE, el legislador configuró dos hipótesis, a saber:

a. El caso de un gerente de una ESE que ha cumplido su período inicial de 4 años y es reelegido por el nominador, por una sola vez, (i) previa propuesta de la Junta Directiva y (ii) siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento.

a. El supuesto fáctico de un gerente de una ESE, quien ha cumplido su período inicial de 4 años y es reelegido, por una sola vez, previo concurso de méritos.

El debate de constitucionalidad, planteado por la demandante, se limita a la segunda de las hipótesis anteriormente planteadas.

Ahora bien, desde una aproximación sistemática, se entiende que la disposición acusada se inscribe en la expedición y evolución que ha conocido la Ley 100 de 1993, mediante la cual se produjo un importante cambio en el modelo de prestación de servicios de salud por parte de las instituciones públicas, bien como aseguradoras, bien como Instituciones Prestadoras de Salud IPS. Así mismo, la mencionada normatividad se funda en una lógica empresarial y, por ende, contempló, respecto de aquéllas de carácter público, un plazo para su transformación, sin perjuicio de preservar ciertos sistemas de financiamiento y apoyo.

De igual manera, este nuevo paradigma de administración de lo público pretendió conciliar criterios o parámetros de competitividad y rentabilidad, propios de una economía de mercado, con unos principios orientados por la solidaridad y la redistribución del ingreso, con ocasión de la prestación de un servicio público esencial, y en últimas, garantizar el disfrute del derecho fundamental a la salud al conjunto de la población colombiana.

ARTICULO. 194. Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.

A su vez, el artículo 192 de la ley 100 de 1993 dispone:

“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 Gobierno Nacional, de terna que le presente la junta directiva, constituida según las disposiciones de la Ley 10 de 1990, por períodos mínimos de tres (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.

PARÁGRAFO 1º. Esta norma entrará en vigencia a partir del 31 de marzo de 1995.

PARÁGRAFO 2º. Los directores de hospitales del sector público o de las empresas sociales del estado se regirán en materia salarial por un régimen especial que reglamentará el Gobierno Nacional dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente Ley, teniendo en cuenta el nivel de complejidad y el presupuesto del respectivo hospital.

Ahora bien, en relación con el nombramiento de los Gerentes de las ESE, regulado en la norma anteriormente transcrita, la Corte se pronunció en sentencia C- 665 de 2000, en los siguientes términos:

“Ahora bien, el actor considera que los directores de estas entidades deberían ser nombrados por el Presidente de la República, los gobernadores o los alcaldes, según el caso, para que así fueran agentes suyos y existiera la libertad de removerlos en cualquier momento, dentro de su concepción de que las empresas sociales del Estado son verdaderos establecimientos públicos.

Como ya se ha anotado, 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.(negrillas y subrayados

agregados).

Importa igualmente destacar que el juez constitucional, en el referido fallo, consideró que (i) el legislador puede crear, modificar u organizar nuevas formas de entidades descentralizadas, como lo son las empresas sociales del Estado; (ii) estas empresas constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada creada por el legislador en virtud de las facultades que le confiere el artículo 150, numeral 7, según el cual corresponde al Congreso determinar la estructura de la Administración Nacional, crear, suprimir y fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos “y otras entidades del orden nacional”; y (iii) la Constitución no ha hecho una enumeración taxativa de las entidades que integran la administración técnicamente descentralizada, y por tanto las denominaciones, las características de los diferentes tipos de personas jurídicas públicas de ese orden así como la creación de la tipología misma corresponden al legislador.

Ahora bien, la Ley 1122 de 2007 introdujo algunas modificaciones a la regulación de las ESE, entre otras, la referida al proceso de elección de sus respectivos gerentes.

Al respecto, en el Proyecto de Ley 002, presentado por el Ministerio de la Protección Social, que fue una de las iniciativas acumuladas que se convertiría en la Ley 1122 de 2007, se alude a lo inconveniente que resultaba el nombramiento de los gerentes de las ESE, por parte del respectivo jefe de la entidad territorial:

“De la prestación de servicios de salud

A pesar de que la Ley 100 de 1993 ordenó la reestructuración de las entidades descentralizadas de prestación de servicios de salud y su transformación en empresas sociales de salud con el fin de adecuarlas al Sistema General de Seguridad en Salud, el proceso de descentralización definido por la Constitución Política y desarrollado mediante la Ley 60 de 1993, propició la creación no controlada de oferta de servicios, especialmente en los municipios más pequeños, pasando de aproximadamente 950 Instituciones Públicas de Prestación de Servicios de Salud en el 2001 a 1.200 en el 2004. Esto, unido al incremento del recurso humano y al nombramiento de los directores de las ESE por el jefe de la respectiva entidad territorial ha producido, por una parte, duplicidades innecesarias con obvias consecuencias en la sostenibilidad financiera de las instituciones y por la otra, dificultades

cuando se trata de instituciones prestadoras públicas de servicios de salud regionales, donde confluyen los intereses de más de una entidad territorial. (negrillas agregadas)⁵.

A lo largo del debate parlamentario, el tema de la forma de elección de los gerentes de las ESE, así como el esfuerzo por institucionalizar sus períodos, se percibió claramente en el texto de la ponencia para segundo debate en Senado:

“III. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

“Artículo 31. Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante proceso que deberá realizarse en los primeros seis (6) meses del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, de la cual el nominador según estatutos tendrá que escoger, previo proceso de selección por méritos.

Durante su período podrán ser removidos o retirados a solicitud de la Junta Directiva con mayoría calificada, de acuerdo con la reglamentación que sobre la materia expida el Ministerio de la Protección Social dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley.

De manera semejante, en el texto de la ponencia para segundo debate en Cámara, se discutió acerca de la necesidad de profesionalizar a los gerentes de las ESE y modificar su forma de elección, en los siguientes términos:

“Artículo 112. Dirección o gerencia de las ESE. Para ejercer las funciones de Dirección o Gerencia de las ESE, se atenderán los siguientes lineamientos generales:

- a. La Gerencia será ejercida por profesionales de comprobada solvencia técnica, administrativa y con compromiso social y ético;
- b) Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el representante legal de la respectiva Entidad Territorial, para períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante proceso que deberá realizarse en los primeros seis (6) meses del período del representante legal de la Entidad Territorial respectiva, de una terna que conformará la Junta

Directiva;

c) La Terna de candidatos será integrada con base en una lista de aspirantes que se conformará mediante un proceso de concurso público de meritos, abierto, realizado bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, de conformidad con el artículo 49 de la Ley 909 de 2004;

d) Los Gerentes de las ESE se registrarán en materia salarial por un régimen especial, teniendo en cuenta el nivel de complejidad del respectivo hospital y metas de desempeño;

e) Los Directores y/o Gerentes de las IPS Públicas podrán ser removidos del cargo por el nominador, siempre que medie aprobación de la Junta Directiva por mayoría calificada, o por causales de ineficiencia administrativa, medida en el incumplimiento de metas de desempeño financiero o de salud, o por la utilización de la entidad para fines políticos electorales. También podrán ser retirados por las causales señaladas en las leyes y decretos reglamentarios en materia disciplinara, faltas a la ética y responsabilidad fiscal o penal.

Parágrafo 1°. El Gobierno Nacional reglamentará la materia en el término de seis (6) meses.

Parágrafo Transitorio. Los Directores y/o Gerentes de IPS Públicas, que hayan sido designados para período fijo de tres años, con anterioridad a la vigencia de la presente ley, continuarán en el ejercicio de sus cargos hasta la terminación del período para los cuales fueron nombrados, salvo que se den las causales señaladas en las leyes y decretos reglamentarios vigentes para el retiro del servicio de los funcionarios públicos.

Los actuales Gerentes de las ESE, continuarán su período hasta el inicio de los nuevos Alcaldes y Gobernadores, sin perjuicio de ser removidos, si no cumplen con los indicadores de gestión⁶.

Parágrafo. En caso de vacancia absoluta de su gerente deberá adelantarse el mismo proceso de selección y el período del gerente seleccionado culminará con el período del respectivo nominador. Cuando la vacancia se produzca a menos de seis meses de terminar el respectivo periodo el jefe de la administración de la respectiva entidad territorial a la que pertenece la ESE, encargará un gerente.(negritas y subrayados agregados).

Finalmente, en el texto del Acta de Plenaria de Cámara núm. 30 del 5 de diciembre de 2006, quedó claro que la voluntad del legislador fue aquella de evitar la operancia de la reelección de los gerentes de las ESE, en los siguientes términos:

“Les quiero decir que destaco a mucho gerentes de ESE, de empresas, de hospitales que lo han hecho muy bien, pero decidamos la suerte que los que terminan que se vayan; si hicieron bien, los felicitamos, que nombren la junta directiva por el año que falta, y hagamos la institucionalización a partir del 2008, con los que llegan”.⁷

En conclusión, la lectura del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 debe hacerse tomando en cuenta que la intención del legislador consistió en (i) profesionalizar el cargo de gerente de ESE; (ii) amparar el proceso de elección del mencionado funcionario de consideraciones de orden político o de factores de conveniencia de mandatarios locales; (iii) diseñar, para tales fines, un concurso de méritos abierto, transparente, objetivo y que garantice el principio de igualdad de oportunidades; y (iv) no permitir que una persona pueda ocupar, indefinidamente, el mencionado cargo público, por cuanto aquello conduce a corrupción administrativa.

6. El margen de configuración de que dispone el legislador para determinar las condiciones de acceso y permanencia en el cargo de Gerente de una Empresa Social del Estado.

La organización del servicio de los servicios de salud, de manera descentralizada, es una materia que compete al legislador, quien goza de un amplio margen de configuración en la materia; facultad que se encuentra limitada por el respeto a las diversas cláusulas de derechos fundamentales, al igual que por principios constitucionales que orientan la prestación del servicio público, tales como eficiencia, eficacia, universalidad y solidaridad, entre otros.

Quiere ello significar que la sujeción de la actividad legislativa a la Constitución, desde la perspectiva sustancial y de reparto de competencias, no implica que el legislador no pueda, válidamente, optar entre diversas opciones razonables, no detalladas expresamente en la Carta Política. Al respecto la Corte, en sentencia C- 953 de 2007, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley 1122 de 2007, en punto a la regulación de las ESE, consideró lo siguiente:

“La función de configurar el diseño y la estructura al servicio público en salud le fue atribuida al Congreso. Esta reserva de ley tiene especial significado dado que la salud es un derecho constitucional, el cual ha sido calificado por la Corte como fundamental.⁸ Lo anterior no significa que todas las leyes sobre la salud deban ser estatutarias, sino que aún las decisiones sobre la organización del sistema de salud y la configuración de los organismos que lo integran deben ser adoptadas mediante leyes después de un proceso de deliberación democrática y pluralista.

Compete entonces al Congreso, en ejercicio de sus competencias constitucionales en la materia, (i) expedir las leyes que regirán la prestación de los servicios públicos, entre ellos el de Seguridad Social en Salud (Art. 150-23 C.P.); (ii) asegurar la prestación eficiente del servicio de salud a todos los habitantes del territorio nacional regulando mediante ley, la forma de prestación de tales de servicios y su régimen jurídico (Art. 48, 365 C.P.); (iii) consolidar la prestación del servicio público de salud a través de entidades públicas o privadas (art. 48, 150 num. 23 C.P), creando las entidades que sean necesarias por ley para el efecto (Art. 210 C.P). (iv) Organizar la prestación de los servicios de salud a los habitantes, tomando en consideración su derecho al acceso a la promoción, protección y recuperación de su salud y al saneamiento ambiental (art. 49, 150 num. 23, 365 C.P.), atendiendo para ello los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad; (v) regular los mecanismos y las funciones de vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud (Art. 49, 150 num. 7 C.P., 365 C.P.); (vi) determinar las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares para el efecto, así como los aportes a su cargo (Art. 49, 288, 356 C.P.) y (vii) establecer los términos en los cuales la atención básica será gratuita y obligatoria. (Art. 49 C.P.).

Siendo ello así, el legislador puede determinar, con amplia discrecionalidad, la forma como se organizarán y funcionarán las Empresas Sociales del Estado, es decir, fijará por ejemplo los requisitos para su creación, estructura, órganos de dirección, ejecución y control, transformación, régimen contractual y disciplinario, categorización y causales de disolución y liquidación. De tal suerte que, en materia de gerentes de las ESE, lo atinente a su elección, período, faltas temporales y absolutas, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, será de competencia del legislador.

7. Particularidades que conlleva el proceso de selección de los gerentes de las Empresas

Sociales del Estado.

El proceso de selección de gerentes de las Empresas Sociales del Estado se encuentra regulado por diversas leyes, decretos, resoluciones, e igualmente, por los Estatutos de la respectiva entidad.

La Ley 10 de 1990, “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”, clasifica los empleos en el sector salud, en los siguientes términos:

“ARTICULO 26. Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. Son empleos de libre nombramiento y remoción:

1. En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987.9

1. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:

- a. Los de Secretario de Salud o Director Seccional o Local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente, siguiente;

- b) Los de director, representante legal de entidad descentralizada, y los del primero y segundo nivel jerárquicos, inmediatamente, siguientes;

- c) Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría. (negritas agregadas).

Así pues, por tratarse de directivos de una entidad descentralizada, los gerentes de las Empresas Sociales del Estado eran empleados públicos de libre nombramiento y remoción, situación que vino a cambiar con la Ley 1122 de 2007.

A su vez, el artículo 28 de 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”, regula el proceso de selección de los gerentes de las ESE, en los siguientes términos:

“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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los Gerentes de las ESE de los niveles Departamental, Distrital y Municipal cuyo período de tres años termina o durante el año 2007 continuarán ejerciendo el cargo hasta el 31 de marzo de 2008.

Los gerentes de las ESE nacionales que sean elegidos por concurso de méritos o reelegidos hasta el 31 de diciembre de 2007, culminarán su período el 6 de noviembre de 2010. Cuando se produzcan cambios de gerente durante este período, 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 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 período que culminará el 31 de marzo de 2012. Todos los gerentes de las ESE departamentales, distritales o municipales iniciarán períodos iguales el 1º de abril de 2012 y todos los gerentes de las ESE nacionales iniciarán períodos iguales el 7 de noviembre de 2010.”

Pues bien, la Corte Constitucional, en dos ocasiones, se ha pronunciado en relación con el proceso de selección de los gerentes de las ESE.

Así, en sentencia C-957 de 2007, la Corte declaró “la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, el inciso primero del párrafo transitorio del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, salvo la expresión “el 31 de diciembre de 2006 o”, que será declarada INEXEQUIBLE, por las razones expuestas”. Dentro de los aspectos más importantes de tal decisión, es preciso resaltar los siguientes:

“En conclusión, sobre la distribución de competencias en materia del nombramiento de gerentes de las ESE, deben tenerse presentes los siguientes elementos: (i) corresponde a la nación la regulación integral del sistema de seguridad social en salud, así como la determinación de los organismos encargados de la prestación del servicio y las condiciones para acceder a su dirección; (iii) sin embargo, el nombramiento de los funcionarios directivos corresponde a las autoridades territoriales.

Cabe precisar que la consagración de fuertes competencias en el sector central, en la regulación del sistema de seguridad social en salud no obedece a un interés por limitar la autonomía de los entes territoriales. En realidad, se trata de la necesidad y la obligación del Estado, de garantizar la eficiente prestación de los de los servicios públicos, así como la eficacia de los derechos constitucionales.

(...)

Como conclusión del análisis de constitucionalidad realizado, la Sala encuentra que (i) la medida no desconoce el principio de separación de poderes ni la autonomía de las entidades territoriales, puesto que se trata de una previsión estrechamente ligada al cambio legislativo realizado; (ii) la medida tampoco vulnera el derecho al acceso a los cargos públicos, parte integrante del derecho fundamental a la participación ciudadana en el ejercicio de cargos

públicos, ni el principio de igualdad, pues la provisión de los cargos se encuentra sujeta a las previsiones que adopte el legislativo, y la prórroga, en el caso específico, se limita a un plazo razonable para la consecución del tránsito legislativo; y (iii) no resulta acorde con la Constitución Política, una pretendida prórroga de períodos vencidos, por lo que la Corte declarará la inexecutable de la expresión “el 31 de diciembre de 2006 o”, contenida en el inciso primero del párrafo transitorio del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007”.

Más recientemente, la Corte en sentencia C- 181 de 2010 decidió lo siguiente:

“Declarar EXEQUIBLE 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” del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, en 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 dicha sentencia, como aspectos importantes, la Corte consideró que (i) la conformación de la lista de elegibles depende directa y objetivamente del puntaje obtenido por los concursantes, por lo cual sólo el mérito del participante determina su inclusión en la terna, lo cual resulta acorde con la Constitución y (ii) la elaboración de la terna, que le compete realizar a la Junta Directiva y la designación por el respectivo nominador están sujetas a un criterio de excelencia, no pudiendo prescindir del individuo que obtuvo el mejor puntaje.

De manera complementaria, el Decreto 800 de 2008, “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007”, regula todo el trámite de selección de los gerentes de las ESE, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1º. Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial 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, adelantado de conformidad con lo establecido en el presente decreto.

ARTÍCULO 2º. Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial determinarán los parámetros necesarios para la realización del concurso de méritos público y abierto de que trata el artículo anterior, el cual deberá adelantarse por la respectiva entidad, a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o estas asociadas con entidades especializadas en procesos de selección de personal para cargos de alta gerencia, que se encuentren debidamente acreditadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

PARÁGRAFO 1º. Las Juntas Directivas, cuando lo consideren necesario, podrán autorizar al Gerente o Director para que suscriba convenios con otras Empresas Sociales del Estado o con la respectiva Dirección Territorial de Salud, para adelantar los concursos de méritos públicos y abiertos a través de universidades o instituciones de educación superior o estas asociadas con entidades especializadas en procesos de selección.

PARÁGRAFO 2º. El concurso de méritos en todas sus fases y pruebas deberá ser adelantado por la entidad contratada para el efecto.

ARTÍCULO 3º. En el concurso de méritos público y abierto deberán aplicarse pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos y las aptitudes, que permitan determinar que el aspirante es idóneo para el desempeño del cargo.

ARTÍCULO 4º. 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 5º. 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. (negritas y subrayados agregados).

ARTÍCULO 6º. 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.

ARTÍCULO 7º. Las ternas para la designación de Gerentes o Directores de Empresas Sociales del Estado de nivel territorial que, a la fecha de publicación del presente decreto no se hayan conformado, se integrarán de acuerdo con lo señalado en el presente decreto. Los concursos de méritos que, en el momento de la entrada en vigencia de este decreto se encuentren en trámite, continuarán aplicando el procedimiento vigente a la fecha de la convocatoria.

ARTÍCULO 8º. Los organismos de inspección, vigilancia y control, dentro del ámbito de sus competencias, verificarán el cumplimiento de las disposiciones del presente decreto.

ARTÍCULO 9º. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto 3344 de 2003 y demás disposiciones que le sean contrarias”.

La Resolución núm. 165 de 2008, “Por la cual se establecen los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos públicos abiertos para la conformación de las ternas de las cuales se designarán los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial”, expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, por su parte, establece, en detalle, cada una de las etapas que debe cumplir un concurso de méritos para proveer el cargo de gerente de una ESE, en los siguientes términos:

“Artículo 1º. Entidades encargadas del proceso. Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial determinarán los trámites pertinentes para la realización de los procesos de que 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.

El proceso, desde la recepción de inscripciones hasta la entrega de resultados definitivos, previos a la conformación de la terna, deberá ser adelantado por Universidades o Instituciones de Educación Superior Públicas o Privadas, con aprobación oficial, o por estas en asocio con entidades especializadas en la selección de personal para cargos de alta gerencia. En todo caso, la universidad e institución que se escoja, según corresponda, deberán demostrar experiencia en procesos de selección de personal directivo, competencia técnica, capacidad logística y contar para la realización del mismo con profesionales con conocimientos específicos en seguridad social en salud y experiencia en el sector salud superior a tres (3) años.

Artículo 2°. Invitación a participar en el proceso y su publicación. Una vez seleccionada la entidad que realizará el proceso, la Junta Directiva de la respectiva empresa invitará a los aspirantes interesados en participar en el mismo, a través de prensa escrita de amplia circulación nacional o regional. Igualmente, la invitación deberá publicarse en el lugar de acceso al público de las Secretarías o Direcciones Seccionales de Salud del nivel departamental y municipal correspondientes y en la empresa social del Estado para la cual se realiza el proceso.

De dicha invitación se deberá informar a la comunidad mediante avisos radiales en una emisora de cubrimiento local o regional y estos deberán efectuarse por lo menos durante tres días con una periodicidad mínima de tres veces al día en horarios de alta audiencia.

Además de los anteriores medios de divulgación, las Juntas podrán utilizar otros medios de comunicación masiva tales como folletos, correo electrónico o páginas electrónicas de la Entidad e igualmente podrán publicarse en las páginas web del Ministerio de la Protección Social y del Departamento Administrativo de la Función Pública.

La invitación deberá ser publicada como mínimo con diez (10) días hábiles de antelación a la fecha de iniciación de las inscripciones.

Artículo 3°. Contenido de la invitación. La invitación deberá contemplar toda la información relevante del proceso y como mínimo contendrá los siguientes aspectos:

3.1.1.1. Nombre de la empresa social del Estado, nivel de complejidad, dirección y teléfono.

3.1.1.2. Fecha de la invitación.

3.1.1.3. Funciones y requisitos del cargo.

3.1.1.4. Asignación básica del empleo.

3.1.1.5. Fecha, horario y lugar de inscripción de candidatos.

3.1.1.6. Fecha y lugar de publicación de admitidos y no admitidos al proceso.

3.1.1.7. Pruebas a aplicar y valor de cada una de ellas dentro del proceso.

3.1.1.8. Lugar, fecha y hora de realización de las pruebas.

3.1.1.9. Fecha y lugar de publicación de lista de aspirantes que superaron las pruebas.

3.1.1.10. Término para efectuar reclamaciones.

Artículo 4°. Inscripciones. El término para las inscripciones no deberá ser inferior a cinco (5) días hábiles y se realizará en el Formulario único de Inscripción, que se encuentra disponible en las páginas web del Ministerio de la Protección Social, del Departamento Administrativo de la Función Pública, de las Secretarías y Direcciones Territoriales de Salud y de la respectiva Empresa Social del Estado.

Al Formulario Unico de Inscripción deberá anexarse los documentos que acrediten la formación académica y la experiencia laboral relacionada de los aspirantes.

Las certificaciones de experiencia deberán contener, como mínimo, los siguientes datos:

4.1. Nombre o razón social de la entidad o empresa.

4.2. Tiempo de servicio.

4.3. Relación de funciones desempeñadas.

Las inscripciones podrán realizarse personalmente o por correo certificado, el cual deberá ingresar a la institución que llevará a cabo las inscripciones, dentro del plazo fijado para estas.

Dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de cierre de las inscripciones deberá publicarse la lista de los aspirantes admitidos al proceso por acreditar los requisitos, así como la de los no admitidos.

Artículo 5°. Pruebas de evaluación. En los procesos deberán aplicarse pruebas de conocimientos y de competencias.

Las pruebas de conocimientos deberán estar orientadas a evaluar a los aspirantes en cuanto a los conocimientos normativos y técnicos relacionados con el cumplimiento de los objetivos y funciones de la entidad y del cargo a proveer y, especialmente, los relativos al Sistema de

Seguridad Social en Salud.

Las pruebas de competencias estarán encaminadas a evaluar los factores: Orientación a resultados, Orientación al usuario y al ciudadano, Transparencia, Compromiso con la organización, Liderazgo, Planeación, Toma de decisiones, Dirección y desarrollo de personal y Conocimiento del entorno.

Igualmente, deberán valorarse los antecedentes de los aspirantes en cuanto a estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo, para lo cual la institución que adelante el proceso diseñará un instrumento en el cual se privilegie la experiencia en el sistema de seguridad social en salud; esta prueba no podrá tener un valor superior al veinte por ciento (20%) de la totalidad del proceso y en ningún caso tendrá carácter eliminatorio.

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.

De la lista a que se refiere el inciso anterior, la Junta Directiva, mediante el mecanismo que ella determine, conformará la terna para la designación del Gerente o Director de la respectiva empresa social del Estado.

Artículo 7°. Asesoría y evaluación de los procesos. El Departamento Administrativo de la Función Pública prestará a las entidades que lo requieran asesoría para la planeación y desarrollo del proceso aquí regulado.

Con el propósito de que el Departamento Administrativo de la Función Pública pueda llevar estadísticas, realizar evaluaciones y sondeos sobre los procesos regulados por esta resolución las empresas sociales del Estado deberán enviar en forma oportuna la información que esta entidad les solicite.

Artículo 8°. Seguimiento y control. Una vez concluido el proceso, la empresa social del Estado deberá elaborar un informe sobre la ejecución del mismo en sus distintas etapas, en el cual

se precisará, entre otros aspectos relevantes, los mecanismos y criterios utilizados para seleccionar la Universidad o Institución de educación superior que adelantó el proceso, las características de las pruebas aplicadas, las reclamaciones formuladas en las distintas etapas y la forma en que estas fueron resueltas. Dicho informe permanecerá bajo custodia del Gerente de la respectiva empresa social del Estado para efecto de su ulterior verificación o revisión por parte de la Superintendencia Nacional de Salud y demás autoridades competentes.

Artículo 9°. Vigencia. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación”.

Finalmente, los respectivos Estatutos de la correspondiente Empresa Social del Estado, suelen contener algunas disposiciones referentes al proceso de selección de su gerente.

8. Resolución del cargo concreto de inconstitucionalidad.

8.1. El principio de igualdad de oportunidades en el acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad.

El principio constitucional de igualdad de oportunidades apunta a que todo ciudadano tiene derecho a desempeñar funciones y cargos públicos en igualdad de condiciones, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos que ha ratificado el Estado colombiano, principio que se encuentra garantizado, a su vez, mediante un conjunto de reglas constitucionales según las cuales los empleos en los órganos y entidades del Estado son, por regla general, de carrera; los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público; el ingreso a la carrera administrativa y los ascensos serán por méritos en tanto que el retiro se dará únicamente por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario “y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”. En otras palabras, la Carta Política sienta las bases esenciales para el diseño de cualquier carrera administrativa en Colombia, cuyo eje central lo constituye el principio de igualdad de oportunidades, y diferenciando en tres momentos diversos: el ingreso, el ascenso y finalmente el retiro del servidor público.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha resaltado la importancia de los concursos de méritos, en tanto que mecanismos técnicos adecuados para el ingreso a la

carrera administrativa. De allí que, de manera constante, la Corte¹⁰ ha censurado la adopción de medidas encaminadas a permitir un ingreso automático a la carrera administrativa, por cuanto se quebranta el principio de igualdad de oportunidades.

Al respecto, recientemente la Corte en sentencia C- 319 de 2010, con ocasión del examen de unas disposiciones que regulan la carrera en la Defensoría del Pueblo, consideró lo siguiente:

“En síntesis, la Constitución de 1991 modificó por completo el concepto de función pública que antaño se tenía en Colombia por cuanto, en adelante, debe ser comprendida y aplicada en clave de derechos fundamentales. De allí que, el principio de igualdad de oportunidades, entendido en sus facetas negativa y positiva deba garantizarse en todos los ámbitos del servicio público, incluyendo las altas dignidades del Estado, lo cual se traduce en (i) un mandato de tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) la adopción de medidas positivas frente a grupos sociales que inveteradamente han sido discriminados en términos de acceso a cargos públicos, en especial, de dirección.

8.2. La expresión acusada no vulnera la Constitución.

La demandante explica que el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 regula dos hipótesis, a saber:

a. El caso de un gerente de una ESE que ha cumplido su período inicial de 4 años y es reelegido por el nominador, por una sola vez, (i) previa propuesta de la Junta Directiva y (ii) siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento.

a. El supuesto fáctico de un gerente de una ESE, quien ha cumplido su período inicial de 4 años y es reelegido, por una sola vez, previo concurso de méritos.

Así pues, la ciudadana considera que la segunda hipótesis legal vulnera el derecho fundamental de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad, en la medida en que no existiría razón alguna para que una persona pueda acceder a un cargo público, las veces que quiera, si media un concurso público de méritos. La Corte no comparte tal conclusión, por las siguientes razones.

Como se ha explicado, en punto a la regulación de la prestación del servicio de salud, el legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa, razón por la cual, en materia del establecimiento de la duración de los períodos para gerentes de las ESE existe un conjunto de posibilidades igualmente válidas, frente a las cuales el Congreso puede optar.

Pues bien, en el presente caso el legislador consideró que los fines de una adecuada y eficiente administración de lo público y del derecho que tienen todos los interesados de acceder a un determinado cargo estatal, se podían alcanzar permitiendo, por una sola vez, la reelección de los gerentes de las ESE, previo concurso público de méritos. Se trata, en consecuencia, de una fórmula que permite garantizar, por una parte, que un buen gestor pueda culminar con determinados proyectos que ha venido ejecutando pero que, al mismo tiempo, se le permita la posibilidad a otras personas de acceder a cargos de dirección en el Estado.

En tal sentido, en gracia de discusión, se podría alegar que el derecho a acceder a cargos públicos, desde la perspectiva de quien no se ha desempeñado como gerente de una ESE, se encuentra garantizado por el concurso de méritos, y que al mismo tiempo, no existirían razones de peso para negarle tal opción a quien si lo ha ocupado. En otras palabras, que por tratarse de un concurso de méritos y no de un sistema de nominación o de elección por cuerpos colegiados, no existen razones para prohibir la reelección indefinida de los gerentes de las ESE.

A pesar de la solidez que puedan presentar, prima facie tales argumentos, es preciso tener cuenta circunstancias tales como (i) así se trate de un concurso de méritos abierto, quien se ha desempeñado como gerente de una ESE ingresa con una indudable ventaja comparativa frente a los demás aspirantes, consistente en demostrar una experiencia específica en dicho empleo; (ii) un gerente en propiedad conoce los pormenores de la administración de la ESE, al igual que a los integrantes de la Junta Directiva de la misma, quienes convocan el concurso

de méritos; y (iii) no existe evidencia empírica que demuestre que un fenómeno de reelección indefinida de un gerente de una ESE garantice determinados índices de eficiencia, eficacia y moralidad pública. Por el contrario, es previsible que el recurso a los concursos de méritos amañados se convierta en una simple fachada para ocultar ciertas prácticas de corrupción administrativa.

Así las cosas, la Corte declarara exequible el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, por el cargo analizado.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado, el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

Presidente

Ausente con excusa

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Cfr. Corte Constitucional, Auto del 29 de julio de 1997, expediente D-1718.

2 Cfr. Sentencia C-131 de 1993

3 Sentencia C-1052 de 2001.

4 Sentencia C-1046 de 2001: "...es necesario distinguir, tal y como esta Corte lo ha hecho, entre las nociones de "disposición" y de "contenido normativo". Así, en general las expresiones normas legales, enunciados normativos, proposiciones normativas, artículos, disposiciones legales y similares se asumen como sinónimas. Sin embargo, lo cierto es que es posible distinguir entre, de una parte, los enunciados normativos o las disposiciones, esto es, los textos legales y, de otra parte, los contenidos normativos, o proposiciones jurídicas o reglas de derecho que se desprenden, por la vía de la interpretación, de esos textos. Mientras que el enunciado o el texto o la disposición es el objeto sobre el que recae la actividad interpretativa, las normas, los contenidos materiales o las proposiciones normativas son el resultado de las misma". También, en aplicación de la diferenciación entre disposición

normativa y contenido normativo la Corte en la sentencia C-573 de 2004, rechazó la solicitud de inhibición de uno de los intervinientes en el proceso, que alegaba que la disposición normativa objeto de la revisión (un inciso del artículo 8º de la Ley 812 de 2003 Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario) configuraba la descripción de un programa sin efectos normativos, es decir sin contenido normativo. Frente a lo que la Corte dijo: “la inclusión de un programa específico en el Plan de Desarrollo tiene al menos el siguiente efecto normativo concreto: permitir que en el presupuesto sean apropiadas las correspondientes partidas para desarrollar ese programa”. De igual manera, a partir de la mencionada distinción en las sentencias C-207/03 y C-048/04 se ratificó lo dicho en la C-426/02, en el sentido de establecer que “[e]l hecho de que a un enunciado normativo se le atribuyan distintos contenidos o significados, consecuencia de la existencia de un presunto margen de indeterminación semántica, conlleva a que la escogencia práctica entre sus diversas lecturas trascienda el ámbito de lo estrictamente legal y adquiera relevancia constitucional, en cuanto a que sus alternativas de aplicación pueden resultar irrazonables y desconocer los mandatos superiores”.

5 Gaceta del Congreso núm. 249 de 2006.

6 Gaceta del Congreso núm. 563 de 2006.

7 Gaceta del Congreso núm. 656 de 2006.

8 Sentencia C-811 de 2007 .

9 Derogado expresamente por el artículo 87 de la ley 443 de 1998.

10 Entre otras, C- 030 de 1997; C- 1241 de 2001; C- 290 de 2007 y C- 588 de 2009.