



# Sentencia 181 de 2010 Corte Constitucional

Sentencia C-181/10

SENTENCIA C-181/10

SENTENCIA CONDICIONADA O INTERPRETATIVA-Aplicación/CONCURSO DE MERITOS Y ELABORACION DE TERNAS PARA ELECCION DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Exigencias

*Habida cuenta de que la configuración semántica de la expresión demandada puede ser interpretada de una manera distinta a la adoptada en sus decretos reglamentarios y acorde a la Constitución, la Corte declara la exequibilidad de la expresión bajo el entendido de que (i) la terna a la que se refiere el inciso primero del Artículo 28 de la Ley 1122 de 2001 deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones, (ii) el nominador de cada empresa social del estado deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje, y (iii) 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.*

GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Nombramiento

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Concepto

*La cosa juzgada constitucional es una institución jurídica procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. La cosa juzgada impide que el juez constitucional vuelva a decidir sobre lo resuelto, y prohíbe al legislador reproducir el contenido material de una norma declarada inexequible mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron de fundamento para tal declaración (Artículo 243 superior).*

COSA JUZGADA FORMAL Y MATERIAL-Distinción

*La Corte ha diferenciado la cosa juzgada formal y la material. La primera tiene lugar cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es objeto de una nueva demanda, o cuando una nueva norma con un texto exactamente igual a uno anteriormente examinado por la Corte es nuevamente demandado por los mismos cargos. En estas hipótesis la Corte no puede pronunciarse de nuevo sobre la constitucionalidad de la norma. La cosa juzgada material, de otro lado, se presenta cuando la disposición demandada reproduce el mismo sentido normativo de otra norma que ya fue examinada por la Corte. Esta identidad normativa debe apreciarse desde el punto de vista de la redacción de las disposiciones demandadas, como desde el punto de vista del contexto dentro del cual ellas se ubican, de tal forma que si la redacción es diversa, pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que existe identidad. Por el contrario, pese a que el texto sea el mismo, si el contexto normativo en el que se reproduce es diferente, no cabe hablar de cosa juzgada material*

COSA JUZGADA MATERIAL-Características

*La cosa juzgada material adquiere características distintas dependiendo de si en la decisión anterior de la Corte, el sentido normativo reproducido fue declarado exequible o inexequible. Cuando el contenido normativo acusado fue declarado exequible previamente -cosa juzgada material en sentido lato-, como regla general, el juez constitucional no puede examinar la materia previamente resuelta para evitar providencias contradictorias que afecten la seguridad del ordenamiento jurídico, alteren la confianza legítima de los administrados en la aplicación de la Constitución, o vulneren el principio de la igualdad. De manera excepcional y por razones poderosas, es posible que la Corte Constitucional se*

pronuncie nuevamente sobre el contenido acusado, en atención al carácter dinámico de la Constitución y para evitar la petrificación del derecho y la continuidad de eventuales errores. Así, en determinados casos, es imperativo que el juez constitucional modifique su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva

#### CONSTITUCION POLITICA VIVIENTE-Alcance

*El concepto de 'Constitución viviente' puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, - que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades -, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica*

#### PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MERITO-Criterio rector del acceso a la función pública

*El Artículo 125 de la Constitución elevó a rango constitucional el mérito como principio rector del acceso a la función pública, y consagró la regla general del sistema de carrera como su principal manifestación. En efecto, el Artículo 125 superior dispone que el concurso público y el sistema de carrera son la regla general para la provisión de los empleos de todas las entidades y órganos del Estado, y que el ingreso a los cargos de carrera depende de los méritos y calidades de los aspirantes*

#### PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MERITO-Propósitos

*La introducción de este principio constitucional persigue tres propósitos principales: En primer lugar, asegura el cumplimiento de los fines estatales de manera eficiente y eficaz, en concordancia con el Artículo 209 superior. La prestación del servicio público por personas calificadas redonda en eficacia y eficiencia en su prestación. De otro lado, el mérito como criterio único de selección dota de imparcialidad la función pública, impide la reproducción de prácticas clientelistas y sustrae la función pública de los vaivenes partidistas. En segundo lugar, el mérito como criterio rector del acceso a la función pública garantiza varios derechos fundamentales de los ciudadanos: Permite la materialización del derecho de las personas a elegir y ser elegido, así como el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. También asegura el derecho al debido proceso, pues demanda el establecimiento de reglas y criterios de selección objetivos que sean conocidos de antemano por los aspirantes al cargo. La garantía del debido proceso, a su vez, se relaciona directamente con el respeto de la buena fe y la confianza legítima en el cumplimiento de las reglas del proceso de selección. Adicionalmente, este principio protege el derecho al trabajo, ya que si el mérito es el criterio determinante de la promoción y la permanencia en el empleo, únicamente la falta de mérito puede ser causal de remoción. En este sentido se debe recordar que los servidores públicos como trabajadores son titulares de derechos subjetivos, como el derecho a la estabilidad y a la promoción en el empleo. En tercer lugar, la selección con fundamento en el mérito promueve la igualdad de trato y de oportunidades, pues, de un lado, permite que cualquier persona calificada para el cargo pueda participar en el respectivo concurso y, de otro, proscribe la concesión de tratos diferenciados injustificados. Este propósito se materializa, por ejemplo, en la exigencia de llevar a cabo procesos de selección basados exclusivamente en criterios objetivos. En este sentido, la Corte ha indicado que las razones subjetivas de los nominadores -por ejemplo de índole moral- no pueden prevalecer sobre los resultados de los concursos de selección. También ha rechazado los motivos secretos y reservados para descalificar a un candidato. Ha reiterado que la pertenencia a un partido político como criterio de selección fue prohibida por el propio constituyente en el Artículo 125 superior. Por último, ha entendido que el uso de criterios raciales, étnicos, de género, económicos, ideológicos, religiosos o de índole regional para la selección del personal del Estado constituye una forma de discriminación*

#### LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE REGULACION DE LA FUNCION PUBLICA-Contenido

*El Artículo 125 de la Constitución señala como una de las excepciones a la regla general del sistema de carrera, los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales, y los demás que señale la ley. Por su parte, el Artículo 5º de la Ley 909 de 2004 indica que tampoco son cargos de carrera y, por tanto, tampoco están por regla general sometidos al concurso, los cargos de periodo fijo y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación. No obstante lo anterior, la misma Ley 909 de 2004, que promueve el empleo de los concursos de méritos para el ingreso a los empleos de carrera administrativa, señala en el*

Artículo 2º que los criterios de selección objetiva pueden aplicarse en los procesos de selección de funcionarios destinados a ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, en virtud de la libertad de configuración que tiene el legislador en materia de regulación de la función pública (Artículo 151-23 superior)

#### **LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Criterios para definir cargos de libre nombramiento y remoción/GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Naturaleza del cargo**

*La jurisprudencia constitucional ha indicado que el legislador tiene libertad para definir cuáles cargos son de libre nombramiento y remoción; sin embargo, su decisión debe ser guiada por dos criterios: (i) Los cargos de libre nombramiento y remoción deben estar orientados al cumplimiento de funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional -criterio funcional-; y (ii) debe tratarse de empleos en los cuales sea necesaria la confianza en los servidores públicos que tienen a su cargo esa clase de responsabilidades -criterio subjetivo de confianza-. Estos criterios fueron plasmados en el Artículo 5 de la Ley 443 de 1998 "Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones", y en el Artículo 5 de la Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones". Los literales a) y b) del numeral segundo de esta última norma indican que son cargos de libre nombramiento y remoción en la administración descentralizada a nivel nacional y territorial, los cargos de gerente. De conformidad con esta norma y dada la naturaleza de las funciones que desempeñan los gerentes de las empresas sociales del estado, es claro que la naturaleza de estos empleos es de libre nombramiento y remoción.*

#### **GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Consecuencias del sometimiento al sistema de concurso de méritos**

*El sometimiento de la provisión de estos cargos al sistema de concurso de méritos y la institucionalización de su periodo tienen dos consecuencias principales. En primer lugar, el concurso que se lleve a cabo debe respetar las reglas que han sido fijadas por la Constitución y la jurisprudencia de esta Corporación, como se expuso en consideraciones previas; en segundo lugar, la institucionalización del periodo implica que los gerentes designados no pueden ser removidos antes de la finalización del periodo, salvo que se presenten situaciones extraordinarias.*

#### **CONCURSO DE MERITOS PARA ELECCION DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Respeto del mérito mediante el favorecimiento del concursante que obtenga el mejor puntaje**

*Cuando el legislador o la administración -como en este caso-, en ejercicio de su libertad de configuración, deciden sujetar a los principios del concurso la provisión de cargos de libre nombramiento y remoción, tienen la obligación constitucional de velar por la realización del principio fundamental que rige estos procedimientos, este es, el respeto del mérito mediante el favorecimiento del concursante que obtenga el mejor puntaje en las respectivas evaluaciones. En otras palabras, si el legislador o la administración deciden someter a concurso la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción, la Constitución les impone el deber de sujetarse a las reglas propias del concurso fijadas por la ley y la jurisprudencia de esta Corporación. En particular, es obligación del legislador o de la administración garantizar el derecho fundamental de quien demuestra mayores méritos a acceder al cargo por el cual concursa.*

Referencia: expediente D-7845

Asunto:

Demandra de inconstitucionalidad contra el Artículo 28 (parcial) de la Ley 1122 de 2007.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D. C., diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Mauricio González Cuervo -quien la preside-, María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes,

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Nixon Torres Carcamo y María Fernanda Orozco Tous demandaron el Artículo 28 (parcial) de la Ley 1122 de 2007.

#### 1.1 NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcriben las expresiones acusadas del Artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, se subraya lo demandado:

**"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 el 31 de diciembre de 2006 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 10 de abril de 2012 y todos los gerentes de las ESE nacionales iniciarán períodos iguales el 7 de noviembre de 2010."

#### 1.2 DEMANDA

Los ciudadanos Nixon Torres Carcamo y María Fernanda Orozco Tous solicitan la declaración de inexequibilidad de la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente” del Artículo 28 de la Ley 1122 de 2007. A juicio de los demandantes, la expresión demandada vulnera el Artículo 125 de la Constitución Política, por las siguientes razones:

1.2.1. Los demandantes explican que el Artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 prevé la realización de un concurso público para la provisión de los cargos de gerentes de las empresas sociales del estado. Sin embargo, la expresión demandada permite que un nominador, designado en los estatutos de las empresas, elija a los futuros gerentes de una terna seleccionada por la junta directiva e integrada por candidatos que hayan superado el concurso.

1.2.2. Sostienen que la expresión atacada transgrede el Artículo 125 superior, conforme al cual el mérito es el principio que debe regir el acceso a la función pública. En concordancia con el Artículo 125 superior, en los concursos dirigidos a proveer cargos públicos, sólo el mejor -quien más mérito tiene- debe ser designado.

1.2.3. Los actores también formularon cargos por violación de los Artículos 29 y 83. Sin embargo, mediante auto del 6 de agosto de 2009, el Despacho del Magistrado Sustanciador inadmitió los cargos por carecer de certeza. Los demandantes no corrigieron en oportunidad la demanda, por lo cual, en auto del 25 de agosto, el Despacho rechazó los cargos.

### **1.3 INTERVENCIONES**

#### **1.3.1. Academia Colombiana de Jurisprudencia**

La Academia Colombiana de Jurisprudencia, por intermedio del doctor Jaime Cerón Coral, intervino en debido momento dentro del proceso de constitucionalidad y solicitó la declaración de exequibilidad del aparte demandado. En su criterio, el Artículo 125 superior dispone que los servidores públicos deben ser nombrados de acuerdo con la Constitución y la ley. La Ley 1122 precisamente busca regular el acceso a ciertos cargos, por tanto, es acorde con esta norma constitucional.

#### **1.3.2. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario**

La Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, por intermedio del doctor Alejandro Venegas Franco, Decano de la facultad de Jurisprudencia, intervino en debido momento dentro del proceso de constitucionalidad y solicitó estarse a lo decidido por esta Corporación en la sentencia C-957 de 2007. El interveniente indicó que la expresión demandada fue declarada inexequible en esta sentencia, de modo que ha operado el fenómeno de cosa juzgada constitucional.

#### **1.3.3. Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP)**

El Departamento Administrativo de la Función Pública intervino dentro del término legal y solicitó la declaratoria de exequibilidad de la expresión demandada. Sus argumentos se resumen a continuación.

En concepto de la entidad interveniente, el Artículo 125 de la Constitución autoriza que la ley establezca cargos públicos que no son de carrera y que no tienen que someterse a las reglas del concurso público. Esta afirmación es confirmada por el Artículo 150-23 superior, según el cual corresponde al Congreso expedir leyes que rijan el ejercicio de la función pública. Esta interpretación también fue acogida por la Corte Constitucional en la sentencia C-109 de 2009, en la que afirmó que el Congreso es competente para determinar las calidades y requisitos para desempeñar cargos públicos.

El DAFP también sostuvo que el concurso de méritos dirigido a proveer cargos de carrera es distinto al concurso descrito en la Ley 1122 de 2007 para proveer los cargos de gerentes de las empresas sociales del estado. En primer lugar, el objetivo de los dos concursos es distinto; el primero

busca la conformación de listas de elegibles para proveer cargos de carrera, mientras el segundo se dirige solamente a verificar la idoneidad profesional de los aspirantes. En segundo lugar, los dos tipos de concurso involucran competencias y facultades distintas; en el caso del concurso al que se refiere la disposición demandada, se encuentra de por medio la facultad nominadora de alcaldes y gobernadores, que es amparada constitucionalmente.

Adicionalmente, a juicio del DAFP, la conformación de una terna con quienes demuestren la mayor idoneidad no es desproporcionada ni contradice las necesidades del servicio. Todos los que conforman la terna han demostrado ser aptos para el ejercicio del cargo y, por tanto, cualquiera puede desempeñar las funciones propias del empleo de conformidad con las necesidades del servicio.

La entidad interveniente agregó que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han avalado la conformación de ternas. El Consejo de Estado, al ocuparse del concurso para proveer el cargo de Director Ejecutivo de la Rama Judicial, consideró que la conformación de una terna no desconoce el debido proceso, ya que este procedimiento fue claramente establecido en las disposiciones que regulan el concurso. La Corte Constitucional, por su parte, en la sentencia T-329 de 2009, admitió que la Ley 1122 prevé un sistema dual que combina la conformación de una lista y una terna ofrecida al nominador para que lleve a cabo la elección correspondiente.

Para terminar, el DAFP indicó que la Constitución misma dispone la conformación de ternas en este tipo de procesos. Por ejemplo, el Artículo 305-13 señala que es atribución de los gobernadores, “escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley.”

#### **1.3.4. Ministerio de la Protección Social**

El Ministerio de la Protección Social intervino oportunamente dentro del proceso para defender la exequibilidad de la expresión demandada. Sus argumentos son los siguientes:

El Ministerio solicitó a la Corte declararse impedida para fallar por haber conceptuado sobre la constitucionalidad de la disposición en el pasado. En criterio de la entidad, al proferir la sentencia T-329 de 2009, en la que se inaplicó la disposición en discusión, la Corte emitió un concepto sobre la constitucionalidad de la expresión que compromete su imparcialidad en sede de control abstracto de constitucionalidad.

También sostuvo que la creación por el legislador de un sistema que combina el concurso público y la elección por un nominador de entre quienes obtienen los mejores puntajes, no se opone a la Constitución. Por el contrario, es una fórmula que concilia “el carácter de gerente de la Empresa Social del Estado, como agente de quien lo nomina, con la necesidad de que quien ostente el cargo sea técnico”. En este sentido, recordó que el cargo de gerente de las empresas sociales del estado no es de carrera; es de libre nombramiento y remoción y, por tanto, su fórmula de provisión está sujeta a la libre configuración del legislador. Agregó que la realización de un concurso en la primera etapa del proceso de selección persigue garantizar la idoneidad técnica de quien ocupará el cargo, de conformidad con el Artículo 125 superior. Además, de conformidad con la Constitución, el Presidente, los gobernadores y los alcaldes tienen la función de nombrar a los directores o gerentes de los establecimientos públicos.

En tercer lugar, aseguró que la declaración de inconstitucionalidad de la expresión demandada crearía un estímulo en contra de la introducción de elementos de mérito dentro de los procesos de selección de cargos de libre nombramiento y remoción.

Para concluir, la entidad interveniente señaló que la fórmula adoptada por la Ley 1122 es razonable y proporcionada si se tiene en cuenta la naturaleza de libre nombramiento y remoción del cargo a proveer.

#### **1.3.5. Universidad Sergio Arboleda**

La Universidad Sergio Arboleda, por intermedio de los doctores José María del Castillo Abella, Decano de la Escuela de Derecho, y Camilo

Guzmán Gómez, Director del Departamento de Derecho Público, intervino extemporáneamente para solicitar la declaración de exequibilidad de la expresión demandada.

A juicio de los intervenientes, el cargo formulado por los demandantes parte de premisas falsas como que todos los funcionarios públicos deben ser designados por concurso de méritos o que siempre debe nombrarse a quien obtiene el mejor puntaje en el concurso. Recordaron que el Artículo 125 superior señala varios cargos que no son de carrera y que, por tanto, su provisión no requiere de un concurso público. Agregaron que la misma disposición constitucional permite que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, establezca otras excepciones, como lo hizo en la Ley 1122 de 2007. Por último, aseguraron que, en ejercicio de su libertad de configuración, el legislador no está obligado a adoptar todos los principios del concurso público cuando decide aplicarlo a cargos que no son de carrera.

#### **1.4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Procurador General de la Nación, doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, intervino dentro de la oportunidad procesal prevista. Para el Ministerio Público la expresión demandada debe ser declarada inexequible, por las siguientes razones:

El Procurador comenzó por recordar que el Constituyente de 1991 otorgó al legislador la facultad de establecer los requisitos de acceso a los cargos públicos, salvo en los casos en los que la misma Constitución los prevé. El texto constitucional –continuó– también otorgó amplias facultades al legislador para fijar la estructura del sistema de salud. Esta facultad comprende el diseño de las instituciones por medio de las cuales se prestará el servicio, así como la determinación de los requisitos y condiciones para el ejercicio de los cargos de dirección de las entidades que conforman el sistema, como las empresas sociales del estado. Los cargos de gerentes de las empresas sociales del estado no son cargos de carrera administrativa conforme al Artículo 125 superior y, por tanto, no es mandato constitucional su provisión mediante un concurso público. Sin embargo, el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración en materia del sistema de salud, decidió someterlos a un esquema de concurso.

Cuando el legislador decide someter a concurso un cargo que no es de carrera –indicó el Ministerio Público, debe sujetarse a los principios que rigen el concurso y disponer el nombramiento de quien demostró tener mayores méritos. El sistema previsto por la Ley 1122 de 2007 no ordena el nombramiento de quien demuestra tener mejores méritos, es decir, de quien obtiene el mejor puntaje en el concurso. En consecuencia, la fórmula contenida en esta ley vulnera el Artículo 125 de la Constitución, así como los Artículos 13 y 29 de la Carta, ya que impide la realización de un proceso de selección objetivo y transparente. Por estas razones, a juicio del Procurador, la expresión demandada debe ser declarada inexequible.

### **II. CONSIDERACIONES**

#### **1.1. COMPETENCIA**

Conforme al Artículo 241 ordinal 5º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de la expresión “La Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente” del Artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de una expresión normativa contenida en una ley.

#### **1.2. PROBLEMA JURÍDICO**

Los demandantes consideran que 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 desconoce el Artículo 125 de la Constitución, por cuanto impide que quienes obtienen los mejores puntajes en los concursos de mérito organizados para proveer los cargos de gerente de las empresas sociales del estado puedan acceder automáticamente a los mismos. En su sentir, la conformación de ternas con candidatos que hayan superado el concurso y la discrecionalidad de los nominadores para elegir los nuevos gerentes de entre quienes las conforman son procedimientos contrarios al principio constitucional del mérito como fundamento del acceso a la función pública.

Uno de los intervenientes estima que existe cosa juzgada constitucional, ya que la Corte se pronunció sobre la expresión cuestionada en la sentencia C-957 de 2007. Los demás intervenientes aseguran que la expresión demandada es exequible, toda vez que (i) los cargos de gerentes de las empresas sociales del estado son cargos de libre nombramiento y remoción; (ii) el legislador goza de libertad de configuración para determinar las condiciones de acceso a esta categoría de cargos; (iii) la Constitución otorga facultad nominadora al Presidente de la República, los alcaldes y gobernadores respecto de este tipo de empleos; y (iv) el sistema previsto por la Ley 1122 no desconoce el principio del mérito como fundamento del acceso a la función pública, pues quienes conforman la terna han demostrado su idoneidad para ocupar el cargo.

El Ministerio Público, por su parte, solicitó que la expresión demandada fuera declarada inexequible, ya que cuando el legislador en ejercicio de su libertad de configuración decide someter la provisión de un cargo que no es de carrera al sistema de concurso público, en virtud de los Artículos 13, 29 y 125 superiores, debe respetar las reglas del concurso y ordenar que quienes demuestren los más altos méritos sean quienes efectivamente accedan al empleo.

Corresponde entonces a esta Corporación determinar si la expresión demandada desconoce el principio del mérito como criterio rector del acceso a la función pública, al disponer que se conforme una terna con candidatos que hayan superado el concurso público, de entre la cual el nominador de la respectiva empresa social del estado debe elegir discrecionalmente al nuevo gerente.

Para resolver este interrogante, la Sala examinará, en primer lugar, si ha operado el fenómeno de cosa juzgada constitucional respecto de la expresión acusada. En segundo lugar, analizará el principio del mérito como criterio rector del acceso y la permanencia en la función pública. En tercer lugar, estudiará los límites de la libertad de configuración del legislador para sujetar cargos que no son de carrera al sistema de concurso público. Con fundamento en estas consideraciones, en la última sección la Corte se ocupará de la constitucionalidad de la expresión demandada.

### **1.3. NO HA OPERADO EL FENÓMENO DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LAS EXPRESIONES DEMANDADAS**

La cosa juzgada constitucional es una institución jurídica procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. La cosa juzgada impide que el juez constitucional vuelva a decidir sobre lo resuelto, y prohíbe al legislador reproducir el contenido material de una norma declarada inexequible mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron de fundamento para tal declaración (Artículo 243 superior).

La jurisprudencia de la Corte ha establecido una serie de categorías conceptuales que delimitan el alcance de la cosa juzgada constitucional con el fin de garantizar tanto su objetivo de seguridad jurídica, como las garantías propias del proceso de constitucionalidad y el derecho de los demandantes a obtener decisiones de fondo sobre sus pretensiones de inconstitucionalidad. Por ejemplo, la Corte ha diferenciado la cosa juzgada formal y la material.

La primera tiene lugar cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es objeto de una nueva demanda, o cuando una nueva norma con un texto exactamente igual a uno anteriormente examinado por la Corte es nuevamente demandado por los mismos cargos. En estas hipótesis la Corte no puede pronunciarse de nuevo sobre la constitucionalidad de la norma<sup>1</sup>.

La cosa juzgada material, de otro lado, se presenta cuando la disposición demandada reproduce el mismo sentido normativo de otra norma que ya fue examinada por la Corte<sup>2</sup>. Esta identidad normativa debe apreciarse desde el punto de vista de la redacción de las disposiciones demandadas, como desde el punto de vista del contexto dentro del cual ellas se ubican, de tal forma que si la redacción es diversa, pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que existe identidad<sup>3</sup>. Por el contrario, pese a que el texto sea el mismo, si el contexto normativo en el que se reproduce es diferente, no cabe hablar de cosa juzgada material<sup>4</sup>.

La cosa juzgada material adquiere características distintas dependiendo de si en la decisión anterior de la Corte, el sentido normativo reproducido fue declarado exequible o inexequible. Cuando el contenido normativo acusado fue declarado exequible previamente -cosa juzgada material en sentido lato-, como regla general, el juez constitucional no puede examinar la materia previamente resuelta para evitar providencias contradictorias que afecten la seguridad del ordenamiento jurídico, alteren la confianza legítima de los administrados en la aplicación de la

Constitución, o vulneren el principio de la igualdad. De manera excepcional y por razones poderosas, es posible que la Corte Constitucional se pronuncie nuevamente sobre el contenido acusado, en atención al carácter dinámico de la Constitución y para evitar la petrificación del derecho y la continuidad de eventuales errores. Así, en determinados casos, es imperativo que el juez constitucional modifique su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva<sup>5</sup>. Al respecto expresó la Corte lo siguiente en la sentencia C-774 de 2001:

“El concepto de ‘Constitución viviente’ puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, - que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades -, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica”.

En la segunda hipótesis, cuando el sentido normativo que se reproduce fue declarado inexequible por la Corte por razones de fondo –cosa juzgada material en sentido estricto-, la Corte por ningún motivo puede pronunciarse nuevamente sobre dicho sentido normativo<sup>6</sup>.

Uno de los intervenientes señala que la Corte Constitucional se pronunció sobre la expresión acusada en la sentencia C-957 de 2007<sup>7</sup>. La Sala observa que en esta afirmación no es acertada, por las siguientes razones:

En la sentencia C-957 de 2007 la Corte se ocupó solamente del inciso primero del párrafo transitorio del Artículo 28 de la Ley 1122, sobre la prórroga del período de algunos gerentes activos de las empresas sociales del estado de los niveles distrital, municipal y departamental. La demanda recaía sobre expresiones diferentes de las que son objeto del presente pronunciamiento y, además, se basaba en cargos distintos, especialmente en el desconocimiento de las competencias que la Constitución otorgó a las entidades territoriales y en la existencia de una restricción injustificada del derecho a acceder a la función pública. La Corte declaró inexequible la expresión “el 31 de diciembre de 2006 o”, por cuanto implicaba la prórroga retroactiva de períodos vencidos de cargos de gerentes de empresas sociales del estado. Como se puede observar, en la sentencia C-957 de 2007 la Corporación se ocupó de expresiones con contenidos normativos distintos a los que ahora son objeto de examen.

También podría alegarse que el Artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 reprodujo materialmente el sistema de provisión del cargo de gerente de las empresas sociales del estado establecido en el Artículo 192 de la Ley 100 de 1993 y que fue declarado exequible en la sentencia C-665 de 2000<sup>8</sup>. En efecto, en la sentencia C-665 de 2000, la Corte se ocupó de la constitucionalidad de la expresión “terna que le presente la junta directiva” del Artículo 192 de la Ley 100, que hacía referencia a que los gerentes de los hospitales públicos –transformados en empresas sociales del estado por mandato del Artículo 197 de la Ley 100- serían designados de ternas que presentaran las respectivas juntas directivas.

Sin embargo, la Sala observa dos diferencias significativas entre el presente caso y el que dio lugar a la sentencia C-665 de 2000. En primer lugar, el Artículo 192 de la Ley 100 no preveía que la conformación de la terna estaría precedida por la realización de un concurso público; la conformación de la terna era discrecional. En segundo lugar, los cargos formulados por el actor y examinados por la Corte eran distintos. El demandante alegaba (i) que el legislador había excedido su competencia al expedir el Artículo 192 de la Ley 100, y (ii) que los gerentes de los hospitales públicos debían ser nombrados por el Presidente de la República, los gobernadores o los alcaldes, según el caso<sup>9</sup>. La Corte, por su parte, estimó que la fórmula de designación de los gerentes de las empresas sociales del estado, así como su periodo, son asuntos sobre los que el legislador tiene libertad de configuración y, que en el caso del Artículo 192 de la Ley 100, fueron desarrollados sin desconocer ningún mandato superior. Por estas razones la Corte declaró exequible la expresión.

En este orden de ideas, la Sala concluye que tampoco ha operado el fenómeno de cosa juzgada material en relación con la sentencia C-665 de 2000, pues el Artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 no reprodujo el mismo contenido normativo del Artículo 192 de la Ley 100 de 1993, declarado exequible en dicha sentencia. Además, los cargos analizados en dicha decisión difieren de los que son objeto del presente fallo.

#### 1.4. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MÉRITO COMO CRITERIO RECTOR DEL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

El Artículo 125 de la Constitución elevó a rango constitucional el mérito como principio rector del acceso a la función pública, y consagró la regla general del sistema de carrera como su principal manifestación<sup>10</sup>. En efecto, el Artículo 125 superior dispone que el concurso público y el sistema de carrera son la regla general para la provisión de los empleos de todas las entidades y órganos del Estado, y que el ingreso a los cargos de carrera depende de los méritos y calidades de los aspirantes.

Como se indicó en las sentencias C-901 de 2008<sup>11</sup> y C-588 de 2009, la introducción de este principio constitucional persigue tres propósitos principales: En primer lugar, asegura el cumplimiento de los fines estatales de manera eficiente y eficaz, en concordancia con el Artículo 209 superior. La prestación del servicio público por personas calificadas redonda en eficacia y eficiencia en su prestación<sup>12</sup>. De otro lado, el mérito como criterio único de selección dota de imparcialidad la función pública, impide la reproducción de prácticas clientelistas y sustrae la función pública de los vaivenes partidistas<sup>13</sup>.

En segundo lugar, el mérito como criterio rector del acceso a la función pública garantiza varios derechos fundamentales de los ciudadanos: Permite la materialización del derecho de las personas a elegir y ser elegido, así como el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. También asegura el derecho al debido proceso, pues demanda el establecimiento de reglas y criterios de selección objetivos que sean conocidos de antemano por los aspirantes al cargo. La garantía del debido proceso, a su vez, se relaciona directamente con el respeto de la buena fe y la confianza legítima en el cumplimiento de las reglas del proceso de selección. Adicionalmente, este principio protege el derecho al trabajo, ya que si el mérito es el criterio determinante de la promoción y la permanencia en el empleo, únicamente la falta de mérito puede ser causal de remoción. En este sentido se debe recordar que los servidores públicos como trabajadores son titulares de derechos subjetivos, como el derecho a la estabilidad y a la promoción en el empleo<sup>14</sup>.

En tercer lugar, la selección con fundamento en el mérito promueve la igualdad de trato y de oportunidades, pues, de un lado, permite que cualquier persona calificada para el cargo pueda participar en el respectivo concurso y, de otro, proscribe la concesión de tratos diferenciados injustificados. Este propósito se materializa, por ejemplo, en la exigencia de llevar a cabo procesos de selección basados exclusivamente en criterios objetivos. En este sentido, la Corte ha indicado que las razones subjetivas de los nominadores -por ejemplo de índole moral- no pueden prevalecer sobre los resultados de los concursos de selección<sup>15</sup>. También ha rechazado los motivos secretos y reservados para descalificar a un candidato<sup>16</sup>. Ha reiterado que la pertenencia a un partido político como criterio de selección fue prohibida por el propio constituyente en el Artículo 125 superior. Por último, ha entendido que el uso de criterios raciales, étnicos, de género, económicos, ideológicos, religiosos o de índole regional para la selección del personal del Estado constituye una forma de discriminación<sup>17</sup>.

El principio del mérito como criterio rector del acceso a la función pública se manifiesta principalmente en la creación de sistemas de carrera y en la provisión de los empleos de las entidades estatales mediante concursos públicos. De acuerdo con el Artículo 125 superior, por regla general, los empleos de las entidades y organismos del Estado son de carrera y deben proveerse a través de concursos. Se exceptúan los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales, y los demás que señale la ley. Las excepciones son de interpretación restrictiva, deben estar plenamente justificadas en la ley en relación con la naturaleza de la función asignada, y no pueden conducir a una inversión de la regla general diseñada por el constituyente<sup>18</sup>.

Los concursos públicos como manifestación de este principio tienen la finalidad de determinar la idoneidad, la capacidad y la potencialidad de los aspirantes a ocupar un cargo desde el punto de vista de la categoría del empleo y las necesidades del servicio<sup>19</sup>. En este sentido, las etapas y pruebas de un concurso deben dirigirse a identificar las destrezas, aptitudes, experiencias, idoneidad física y moral, condiciones de personalidad y sentido social, entre otras aptitudes y cualidades, de los candidatos<sup>20</sup>. Una vez estas habilidades y cualidades han sido calificadas de manera objetiva, sólo aquél con mayor mérito debe ser designado en el respectivo cargo, con exclusión de los demás aspirantes. El acceso al cargo de quien obtiene la mejor calificación es un derecho fundamental que en reiteradas oportunidades esta Corporación ha tutelado<sup>21</sup>.

#### **1.5. LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR PARA SUJETAR CARGOS QUE NO SON DE CARRERA AL SISTEMA DE CONCURSO PÚBLICO**

El Artículo 125 de la Constitución señala como una de las excepciones a la regla general del sistema de carrera, los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales, y los demás que señale la ley. Por su parte, el Artículo 5º de la Ley 909 de 2004 indica que tampoco son cargos de carrera y, por tanto, tampoco están por regla general sujetos al concurso, los cargos de periodo fijo y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

No obstante lo anterior, la misma Ley 909 de 2004, que promueve el empleo de los concursos de méritos para el ingreso a los empleos de carrera administrativa, señala en el Artículo 2º que los criterios de selección objetiva pueden aplicarse en los procesos de selección de funcionarios destinados a ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, en virtud de la libertad de configuración que tiene el legislador en materia de regulación de la función pública (Artículo 151-23 superior). En efecto, el Artículo 2º de la citada ley dispone:

*"ARTÍCULO 2º. Principios de la función pública.*

*1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.*

*2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley." (negrillas fuera del texto original)*

Así las cosas, a pesar de existir un sistema de vinculación general -la carrera- al que se accede a través de concurso, el Artículo 125 de la Constitución Política y la Ley 909 de 2004 abrieron la posibilidad de que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, sujetase a los principios del concurso la provisión de cargos de libre nombramiento y remoción. En estos casos, si su decisión es someter la provisión de uno de estos empleos al concurso, es su deber ajustarse al principio fundamental que rige estos procedimientos, este es, el respeto del mérito mediante el favorecimiento del concursante que obtenga el mejor puntaje en las respectivas evaluaciones. En otras palabras, si el legislador -y lo mismo podría aplicarse a la administración- decide someter a concurso la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción, debe sujetarse a las reglas propias del concurso fijadas por la ley y la jurisprudencia de esta Corporación. En este sentido es preciso recordar que la libertad de configuración del legislador no sólo está sometida a las limitaciones expresas que impone la propia Constitución, sino también a las restricciones que se desprenden de los derechos fundamentales y los principios constitucionales.

Algunas de las reglas del concurso que han sido fijadas por la jurisprudencia constitucional son las siguientes<sup>22</sup>:

Una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, el aspirante que obtiene el primer lugar y, por tanto, demuestra tener mayores méritos, adquiere un derecho fundamental a ocupar el cargo. Este derecho fundamental se deriva del principio de igualdad, que obliga no sólo a tratar igual a quienes están en la misma situación fáctica, sino también a brindar un trato diferente a quienes están en una situación fáctica distinta; así como del derecho al debido proceso y del principio de la buena fe, pues los aspirantes depositan su confianza en las reglas del concurso y en la autoridades que lo organizan, bajo la idea de que actuarán objetivamente. En este orden de ideas, la realización de un concurso obliga al nominador a seleccionar al mejor de los concursantes, pues ningún sentido tendría adelantar una competencia para favorecer a otro que no sea el primero<sup>23</sup>.

Esta obligación no desaparece cuando la designación está precedida por la conformación de un listado de elegibles. El listado de elegibles no desconoce el derecho de quien demuestra más altos méritos a acceder al empleo, ni implica que el nominador pueda seleccionar discrecionalmente a uno de los integrantes de la lista; su finalidad es garantizar la continuidad del servicio y promover la eficiencia de la función pública mediante la creación de una lista de personas calificadas que pueden desempeñar el empleo ante la imposibilidad de nombrar a quien obtuvo la calificación más alta. Por ello, esta Corporación ha señalado que cuando sea imposible nombrar al primero de la lista, el nominador debe designar al segundo mejor calificado<sup>24</sup>:

La Administración puede separarse de tal decisión cuando exista una causa suficientemente poderosa, objetiva y explícita que impida honrar el primer lugar de la lista. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el ganador del concurso presenta antecedentes penales, disciplinarios o de tipo profesional que, al ser contrastados con los resultados de los concursos, evidencien su falta de idoneidad para ocupar el cargo. En todo caso, no podrán alegarse razones de tipo subjetivo, moral, religioso, étnico o político para sustraerse de la obligación de nombrar al primero de la lista<sup>25</sup>.

En caso de no ser posible elegir al ganador del concurso, el nominador, mediante acto motivado, debe argumentar con razones sólidas y objetivas el motivo por el cual considera que el aspirante no satisface las exigencias del cargo, con el fin de garantizar sus derechos a la defensa y a controvertir la actuación administrativa<sup>26</sup>.

## 1.6. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXPRESIÓN DEMANDADA

Las empresas sociales del estado (ESE) son una categoría especial de entidad pública descentralizada -distinta a los establecimientos públicos-, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas en el marco del sistema de salud con el objetivo de prestar servicios de salud de forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, especialmente a la población más vulnerable (Artículo 194 de la Ley 100 de 1993)<sup>27</sup>. Su creación corresponde al legislador, a las asambleas o los concejos, según el nivel territorial en el que operen. Estas empresas forman parte de la Rama Ejecutiva, específicamente del sector descentralizado por servicios (Artículo 38 de la Ley 489 de 1998).

El Artículo 195 de la Ley 100 de 1993 indica que “las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990”. El Artículo 26 de la Ley 10 de 1990 señala, por su parte, que la planta de personal de las empresas sociales del estado está conformada por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción, según el caso. El párrafo de este Artículo dispone además que son trabajadores oficiales quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales de las mismas instituciones. De estas normas se deduce que, por regla general, los servidores de las empresas sociales del estado son empleados públicos, pues son los únicos que pueden ocupar cargos de carrera o de libre nombramiento y remoción. Por excepción, los servidores encargados de desempeñar cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales son trabajadores oficiales<sup>28</sup>.

La jurisprudencia constitucional ha indicado que el legislador tiene libertad para definir cuáles cargos son de libre nombramiento y remoción; sin embargo, su decisión debe ser guiada por dos criterios: (i) Los cargos de libre nombramiento y remoción deben estar orientados al cumplimiento de funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional -criterio funcional-; y (ii) debe tratarse de empleos en los cuales sea necesaria la confianza en los servidores públicos que tienen a su cargo esa clase de responsabilidades -criterio subjetivo de confianza<sup>29</sup>. Estos criterios fueron plasmados en el Artículo 5 de la Ley 443 de 1998 “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”, y en el Artículo 5 de la Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

Los literales a) y b) del numeral segundo de esta última norma indican que son cargos de libre nombramiento y remoción en la administración descentralizada a nivel nacional y territorial, los cargos de gerente. De conformidad con esta norma y dada la naturaleza de las funciones que desempeñan los gerentes de las empresas sociales del estado, es claro que la naturaleza de estos empleos es de libre nombramiento y remoción.

Por regla general, los nominadores de los cargos de libre nombramiento y remoción gozan de discrecionalidad para proveer las vacantes. No obstante, el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración y en concordancia con el Artículo 2 de la Ley 909 de 2004, resolvió en la Ley 1122 de 2007 (i) someter la provisión de los cargos de gerentes de las empresas sociales del estado al sistema de concurso, y (ii) asignarles un periodo institucional de cuatro años.

En efecto, el Artículo 28 de la Ley 1122 introdujo modificaciones importantes al régimen de designación, remoción y periodo de los gerentes de las empresas sociales del estado, con el fin combatir la duplicidad de funciones, la falta de control de la oferta de servicios de salud y otras dificultades que afrontaba el sistema de salud<sup>30</sup>. En particular, la norma se propuso igualar el periodo de los gerentes de las empresas sociales del estado al de sus nominadores, institucionalizar un periodo de 4 años, y someter la provisión de los cargos al sistema de concurso.

El sometimiento de la provisión de estos cargos al sistema de concurso de méritos y la institucionalización de su periodo tienen dos consecuencias principales. En primer lugar, el concurso que se lleve a cabo debe respetar las reglas que han sido fijadas por la Constitución y la jurisprudencia de esta Corporación, como se expuso en consideraciones previas; en segundo lugar, la institucionalización del periodo implica que los gerentes designados no pueden ser removidos antes de la finalización del periodo, salvo que se presenten situaciones extraordinarias.

Según el inciso primero del Artículo 28 de la Ley 1122 en concordancia con el Decreto 800 de 2008, el concurso para la provisión de los cargos de gerentes de las empresas sociales del estado se realiza de la siguiente manera: las empresas deben organizar el respectivo concurso de méritos dentro de los tres meses siguientes al inicio del periodo del Presidente de la República o del jefe de la entidad territorial respectiva, según el caso. Una vez concluido el proceso de selección, la institución contratada para realizar el concurso debe elaborar un listado de elegibles

con al menos los 5 participantes mejor calificados. La junta directiva debe conformar a continuación una terna con candidatos de este último listado. Finalmente, el nominador señalado en los estatutos de cada empresa debe designar discrecionalmente uno de los candidatos de la terna como nuevo gerente. Se trata de un sistema dual que combina un concurso de méritos destinado a la elaboración de una lista de elegibles, con la conformación de una terna ofrecida al nominador para que haga la designación correspondiente.

La Sala considera que el sistema de provisión antes descrito desconoce el principio del mérito como criterio rector del acceso a la función pública y los derechos fundamentales de quienes participan en el concurso, por las razones que a continuación se explican:

Como fue precisado por esta Corporación en la Sentencia T-329 de 2009<sup>31</sup>, independientemente de que se trate de un cargo de libre nombramiento y remoción, el legislador decidió someter la designación de los gerentes de las empresas sociales del estado a un concurso de méritos y, por tanto, los parámetros del concurso deben respetar el mérito y los derechos fundamentales de los aspirantes.

En efecto, cuando el legislador o la administración -como en este caso-, en ejercicio de su libertad de configuración, deciden sujetar a los principios del concurso la provisión de cargos de libre nombramiento y remoción, tienen la obligación constitucional de velar por la realización del principio fundamental que rige estos procedimientos, este es, el respeto del mérito mediante el favorecimiento del concursante que obtenga el mejor puntaje en las respectivas evaluaciones. En otras palabras, si el legislador o la administración deciden someter a concurso la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción, la Constitución les impone el deber de sujetarse a las reglas propias del concurso fijadas por la ley y la jurisprudencia de esta Corporación. En particular, es obligación del legislador o de la administración garantizar el derecho fundamental de quien demuestra mayores méritos a acceder al cargo por el cual concursa.

En este caso, la conformación de la lista de aspirantes depende directa y objetivamente del puntaje obtenido por los concursantes, por lo cual sólo el mérito del participante determina su inclusión en la misma. No obstante, cuando la junta directiva de la respectiva empresa integra la posterior terna y el nominador elige al nuevo gerente, no están sujetos a ningún criterio de excelencia y pueden, sin respetar el principio del mérito, prescindir del individuo que obtuvo el mejor puntaje, pues la terna puede estar conformada por cualquiera de los candidatos que superaron el concurso, no necesariamente los tres mejores. Este sistema desconoce manifiestamente las reglas generales que rigen los concursos de méritos, y que son una manifestación del principio constitucional del mérito como criterio rector del acceso a la función pública.

Además de que para la conformación de la terna no existe un criterio de excelencia establecido, la figura misma de la terna como opera en la actualidad desconoce el derecho fundamental del concursante mejor calificado a ser nombrado en el respectivo cargo. Como se indicó en apartes previos, esta Corporación de manera reiterada ha señalado, con fundamento en los Artículos 13, 29 y 125 superiores, que a quien demuestra mayores méritos y obtiene la mejor calificación en un concurso le asiste un derecho fundamental a acceder al cargo por el cual concursó.

En el mismo sentido, en concordancia con la jurisprudencia constitucional, la Sala estima que la decisión de no nombrar a la persona que obtiene el primer lugar en el concurso de méritos conlleva la vulneración de sus derechos a la igualdad y al debido proceso, pues al tiempo que supone un trato discriminatorio que no se funda en razones objetivas de calificación, significa la aplicación de las reglas del concurso sobre bases desconocidas para el concursante, quien prevalejo de la confianza legítima de ser nombrado bajo la condición de obtener el primer puntaje, puede ser despojado del derecho por motivos ajenos a las reglas de la contienda.

De acuerdo con lo anterior, a juicio de la Corporación, la expresión "La Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente", contenida en el Artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, desconoce el principio constitucional del mérito como criterio rector del acceso a la función pública, los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de quienes obtienen el primer lugar en los respectivos concurso, así como el principio de la buena fe.

Sin embargo, habida cuenta de que la configuración semántica de la expresión demandada puede ser interpretada de una manera distinta a la adoptada en sus decretos reglamentarios y acorde a la Constitución, la Corte proferirá una sentencia interpretativa y declarará la exequibilidad de la expresión bajo el entendido de que (i) la terna a la que se refiere el inciso primero del Artículo 28 de la Ley 1122 de 2001 deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones, (ii) el nominador de cada empresa social del estado deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje, y (iii) 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.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

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.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, INSÉRTESE EN LA GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE EL EXPEDIENTE.

#### NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

<sup>1.</sup> Ver sentencia C-030 del 28 de enero de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>2.</sup> Ver sentencias C-030 del 28 de enero de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis; y C-211 del 21 de marzo de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>3.</sup> Ver entre otras las sentencias C-427 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que la Corte señaló que el fenómeno de la cosa juzgada material se da cuando se trata, no de una norma cuyo texto normativo es exactamente igual, es decir, formalmente igual, sino cuando los contenidos normativos son iguales.

<sup>4.</sup> Ver sentencia C-228 del 3 de abril de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>5.</sup> Ver por ejemplo las sentencias C-774 del 25 de julio de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-1075 del 4 de diciembre de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-904 del 15 de noviembre de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>6.</sup> Ver sentencia C-1173 del 7 de noviembre de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>7.</sup> Sentencia C-957 del 14 de noviembre de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>8.</sup> Sentencia C-665 del 8 de junio de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>9.</sup> El actor argumentaba lo siguiente: “Manifiesta el accionante que el legislador, en los Artículos acusados, excedió y transgredió varios postulados constitucionales, entre ellos el 189, numeral 13 y 305, numeral 5, toda vez que el nombramiento de los directores de los hospitales públicos o empresas sociales del Estado en todos los niveles territoriales está sometido a la terna que presente la junta directiva de cada

hospital a la suprema autoridad administrativa territorial, para periodos fijos de tres años y removibles sólo por faltas disciplinarias con proceso previo.

Es decir, de acuerdo con la demanda, el nombramiento del director del hospital público que no estaba sometido a ternas; ahora sí lo está. Antes no existía periodo fijo; actualmente la Ley 100 dice que es de tres años; y el nombramiento, que era libre y sin limitaciones, en caso de remoción queda sujeto a previo proceso disciplinario.

A juicio del actor, a partir de la Ley 10 de 1990 y con el refuerzo que le otorgó la Ley 100 de 1993, la estructura administrativa de los hospitales públicos, a nivel nacional, departamental, distrital y municipal, se comenzó a tornar en privada y gratuita, desconociendo la intención del Constituyente expresada en el Artículo 49 del texto constitucional, y debilitándose la presencia del Estado en la dirección y conducción de la salud pública.”

<sup>10.</sup> Ver al respecto la sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Mantelo. En esta sentencia la Corte declaró inexistente el Acto Legislativo No. 01 de 2008, “Por medio del cual se adiciona el Artículo 125 de la Constitución Política”, el cual permitía la inscripción en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público, de los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuvieran ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera. Para la Corporación, el acto legislativo implicaba una sustitución temporal y parcial de la Constitución, particularmente del principio del mérito como criterio rector del acceso a la función pública manifestado en el sistema de carrera administrativa.

<sup>11.</sup> Sentencia C-901 del 17 de septiembre de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo. En esta sentencia la Corte declaró inexistentes los Artículos 1, 4, 7, 8 y 9 de un proyecto de ley dirigido a reformar varios Artículos de la Ley 909 de 2004 y que permitía la inscripción en carrera de funcionarios que ocuparan cargos de carrera en provisionalidad, sin necesidad de superar concurso público alguno. En sentir de la Corte, los Artículos objetados por el Presidente otorgaban un trato diferencial favorable e injustificado a los funcionarios que se desempeñan en cargos de carrera en provisionalidad.

<sup>12.</sup> Ver sentencia C-356 del 11 de agosto de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>13.</sup> Ver al respecto las sentencias C-387 del 22 de noviembre de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-315 del 3 de mayo de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, y C-588 del 27 de agosto de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Mantelo.

<sup>14.</sup> Ver al respecto las sentencias C-041 del 9 de febrero de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-1381 del 11 de octubre de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell; y C-588 del 27 de agosto de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Mantelo.

<sup>15.</sup> Ver sentencia SU-086 del 17 de febrero de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>16.</sup> Ver sentencia SU-086 del 17 de febrero de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>17.</sup> Ver sentencia SU-086 del 17 de febrero de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>18.</sup> Ver sentencias C-195 del 21 de abril de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; y C-292 del 16 de marzo de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>19.</sup> Ver sentencias C-901 del 17 de septiembre de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo; y T-329 del 14 de mayo de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>20.</sup> Ver sentencia C-040 del 9 de febrero de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>21</sup>. Ver al respecto, entre otras, las sentencias SU-136 del 2 de abril de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-086 del 17 de febrero de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-077 del 3 de febrero de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; y T-329 del 14 de mayo de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>22</sup>. Ver al respecto las sentencias T-329 del 14 de mayo de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>23</sup>. Ver, entre otras, las sentencias C- 040 del 9 de febrero de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz; SU-136 del 2 de abril de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-086 del 17 de febrero de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-588 del 27 de agosto de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Mantelo; y T-329 del 14 de mayo de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>24</sup>. Con fundamento en este argumento, en la sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte declaró exequible el Artículo 166 de la Ley 270 de 1996, bajo el entendido de que la pluralidad de candidatos exigida por la norma no puede convertirse en un obstáculo para que quien ocupa el primer puesto en el listado haga efectivo su derecho a acceder al cargo para el que concursa. La Corporación expresó lo siguiente en dicha oportunidad: “De acuerdo con lo expuesto, debe señalarse que la norma bajo examen, por el simple hecho de establecer que la lista de elegibles estará conformada por cinco candidatos, no vulnera la Constitución Política, pues dentro de dicha lista naturalmente estará incluido quien haya obtenido el mejor puntaje y, consecuentemente, ocupe el primer lugar en la clasificación final. Sin embargo, como se señalará en torno al Artículo siguiente, el nombramiento que se efectúe con base en la lista de elegibles deberá recaer sobre el candidato al que se ha hecho referencia.” Ver también las sentencias SU-086 del 17 de febrero de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-1114 del 24 de agosto de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; y T-077 del 3 de febrero de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>25</sup>. Ver al respecto las sentencias SU-136 del 2 de abril de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-086 del 17 de febrero de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; y T-329 del 14 de mayo de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>26</sup>. Ver por ejemplo las sentencias C-1173 del 17 de noviembre de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y C-211 del 21 de marzo de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>27</sup>. Ver sentencia C-953 del 14 de noviembre de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>28</sup>. Ver sentencia C-314 del 1º de abril de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>29</sup>. Ver sentencias C-387 del 22 de agosto de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-1177 del 8 de noviembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; y C-161 del 25 de febrero de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>30</sup>. Ver la sentencia C-957 del 14 de noviembre de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>31</sup>. Ver sentencia yT-329 del 14 de mayo de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En esta sentencia la Corte tuteló los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de dos demandantes, quienes pese a obtener los puntajes más altos en el concurso celebrado para proveer los cargos de gerentes de dos empresas sociales del estado, no fueron nombrados en los respectivos cargos. La Corte consideró que la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual” del Artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 es manifiestamente inconstitucional y decidió inaplicarla con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Presidente

*Impedimento aceptado*

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

---

*Fecha y hora de creación: 2026-02-12 08:02:22*