

ACCION DE NULIDAD - Procedencia frente a acto general derogado / ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL DEROGADO - Examen de legalidad

En lo que hace al primer aspecto, observa la Sala que pese a que el Decreto 3344 del 20 de noviembre de 2003, norma censurada, fue derogado expresamente por el Decreto 800 del 14 de marzo de 2008 proferido por el Ministerio de la Protección Social que reglamentó parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, no es óbice para que esta Jurisdicción pueda realizar el estudio de su legalidad, en razón a los efectos que pudo producir durante su vigencia, los cuales continúan amparados por la presunción de legalidad, por cuanto es la decisión sobre su validez y no la derogatoria, la que tiene la capacidad jurídica de extinguir tales efectos y restablecer el orden jurídico vulnerado. Así lo ha venido sosteniendo esta Corporación, a partir del pronunciamiento de la Sala Plena en sentencia del 14 de enero de 1991, dentro del expediente número S-157, con ponencia del Consejero de Estado doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla: "...aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras el pronunciamiento nos produzca, tal norma, aún si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubieren sido expedidos durante su vigencia"

HOSPITALES PUBLICOS - Proceso de selección de directores / POTESTAD REGLAMENTARIA - Potestad de reglamentar el proceso de selección de los directores de las ESE en desarrollo de la Ley 100 de 1993 / EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE NIVEL TERRITORIAL - Designación de directores por Juntas Directivas de las ESE

Así mismo, cuando el Decreto 139 de 1996 reglamentó el tema relativo a las funciones y los requisitos para acceder al cargo de Director de una ESE, reiteró lo expuesto en la Ley 100 de 1993, preceptuando en su artículo segundo: "ARTÍCULO 2. DE LA NATURALEZA DEL CARGO DE GERENTE O DIRECTOR. Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado y los Directores de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Públicas a que hace referencia este Decreto, son empleados públicos de periodo fijo, nombrado por el Jefe de la Entidad Territorial respectiva, para un periodo mínimo de tres (3) años, prorrogables, de terna que presente la junta directiva del Organismo o Entidad, de acuerdo con lo dispuesto sobre el particular por la Ley 10 de 1990, para ejercer funciones de dirección, planeación, evaluación y control en la administración y gestión de una Institución Prestadora de Servicios de Salud, de naturaleza jurídica pública y de las empresas sociales del Estado." Entendiendo ello así, encuentra esta Sala que el cargo formulado por el señor Luis Oscar Rodríguez Ortíz y lo afirmado por el Ministerio de la Protección Social en su escrito de contestación, en cuanto que el Director de una ESE es de libre nombramiento y remoción, no tiene asidero alguno, pues no se encuentran aplicables los artículos 26 y 28 de la Ley 10 de 1990, en los cuales, en su orden, se clasifican los empleos de la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas entre los de libre nombramiento y remoción y los de carrera; y se dispone acerca de la provisión de un cargo de carrera ya sea por concurso abierto o cerrado. Como puede observarse, la Carta es enfática al señalar que "[l]os empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera con excepción de

“los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley” y en aquellos casos en que el sistema de nombramiento no haya sido definido por la Ley, el nombramiento debe hacerse por concurso público. En el caso de los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 de la Ley 100 de 1993 , éstos 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 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. De lo anterior se deriva que los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad no son, como se dijo, funcionarios de libre nombramiento y libre remoción, por lo cual su designación debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Nacional, dado que si bien el Congreso señaló quien hace el nombramiento, esto es, el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud conforme a lo dispuesto en la Ley 60 de 1993 de terna que le presente la junta directiva, el sistema para dicho nombramiento no fue previsto por la ley.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 189 NUMERAL 11 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 192 / LEY 100 DE 1992 – ARTICULO 195 NUMERAL 4

NORMA DEMANDADA: DECRETO 3344 DE 2003 (20 DE NOVIEMBRE) MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO (E)

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00034-00

Actor: LUIS OSCAR RODRÍGUEZ ORTÍZ

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Procede la Sala a decidir en única instancia la demanda de nulidad interpuesta por el ciudadano Luis Oscar Rodríguez Ortíz, contra el Decreto 3344 del 20 de

noviembre de 2003 “por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 192 de la Ley 100 de 1993”, proferido por el Ministerio de la Protección Social.

I.- LA DEMANDA

En ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., el señor Luis Oscar Rodríguez Ortiz solicitó a la Corporación que acceda a las siguientes,

1. Pretensiones:

“1. Se declare la nulidad del acto denominado Decreto reglamentario número 3344 de Noviembre 20 de 2003 “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 192 de la Ley 100 de 1993” expedido por el señor Presidente de la República en conjunto con su ministro de Protección Social DR. DIEGO PALACIO BETANCOURT y el señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública DR. FERNANDO ANTONIO GRILLO RUBIANO.

2. Declarada la nulidad se enuncie, en aplicación del artículo 175 C.C.A. que ésta declaratoria tiene fuerza de cosa juzgada “erga omnes”

3. Declarada la nulidad por sentencia ejecutoriada quede sin efectos en lo pertinente los actos administrativos originados en éste Decreto”¹

2.- Normas violadas y concepto de la violación

El actor señala como violado el artículo 125 de la Constitución Política, el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, y los artículos 19 y 28 de la Ley 10 de 1990.

Al explicar el concepto de la violación de las normas que se acaban de enunciar, el demandante concreta sus objeciones en los siguientes términos:

a.- Primer Cargo: Violación del artículo 125 de la Constitución Política

Trajo a colación el contenido de la citada disposición, manifestando que de conformidad con lo allí previsto los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la ley, serán nombrados por concurso. Luego, como en este caso la elección del Gerente o Director de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial tiene un sistema de nombramiento que ha sido determinado por la Ley 100 de 1993 y la Ley 10 de 1990, no puede someterse a concurso público abierto, tal y como lo propone el Decreto 3344 de 2003.

A renglón seguido, citó el contenido del artículo 192 de la Ley 100 de 1993, el cual a su vez remite a la Ley 10 de 1990. Posteriormente, transcribió los artículos 1º y 19 de

¹ Folio 14 de este Cuaderno.

la mentada norma, para decir que la ley designaba, en aplicación del principio constitucional de la descentralización, a la Junta Directiva de los Hospitales la competencia en la selección de la terna de candidatos al cargo en cuestión, previo el cumplimiento de los requisitos que establece el Decreto 139 de 1996.

Sostuvo, que la misma Ley 10 de 1990 en su artículo 28 determinaba los cargos que debían proveerse por concurso, y dentro de ellos no figuraba el de Director o Gerente de las ESE.

b.- Segundo cargo: Vulneración del artículo 192 de la Ley 100 de 1993 y de los artículos 19 y 28 de la Ley 10 de 1990

Reiteró lo expuesto en el primer cargo y sostuvo que mal podría reglamentarse mediante un acto administrativo un procedimiento de concurso público abierto, y ordenar a la Función Pública diseñar estándares que no contempla la ley.

Consideró que de aceptar como válido el decreto acusado, implicaría el establecimiento de concursos públicos disímiles respecto de muchas entidades estatales, sin observancia de las normas sobre descentralización de los entes territoriales.

Tercer Cargo: La reglamentación de concursos públicos abiertos para el sector salud a nivel territorial es facultad del Legislador y no del Ejecutivo

Aseguró que los hospitales como Empresas Sociales del Estado son entes que constituyen una nueva categoría de entidad descentralizada, concebida con un objeto específico que el ordenamiento jurídico ha señalado y que encuentra su respaldo por razón de los propósitos constitucionales, cual es la prestación de servicios públicos de salud, lo cual obliga a que se regule de manera especial. En ese orden, aseveró que no debían confundirse con los establecimientos públicos, pues éstos se ocupan del desarrollo de tareas administrativas y no de la prestación de un servicio fundamental como el reseñado.

En lo que hace al nombramiento de sus directores o gerentes, el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, se ocupa del tema estableciendo que corresponde al jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud, de terna que le presente la Junta Directiva integrada de acuerdo con lo que estatuye el artículo 19 de la Ley 10 de 1990. En cuanto al periodo de remoción del Director y las causales para ese efecto, adujo que constituía por sí mismo un régimen especial de los empleados de libre nombramiento y remoción, pero que en cualquier caso, son todos aspectos que se han dejado en manos del Congreso de la República y que por lo tanto no pueden ser objeto de regulación por parte del Ejecutivo.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada del **Ministerio de la Protección Social** contestó la demanda transcribiendo el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, aduciendo que en cumplimiento del mandato allí establecido había expedido el decreto demandado, en ejercicio de la potestad reglamentaria de la que es titular el Presidente de la República:

A renglón seguido, trajo a colación un pronunciamiento de la Corte Constitucional relacionado con el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Suprema y otro con el de la autonomía administrativa.

Prosiguió su defensa, aludiendo a cada uno de los cargos esbozados por el demandante, afirmando que en lo atinente a la presunta vulneración del artículo 125 de la Constitución Política, si bien el cargo de Gerente o Director de una Empresa Social del Estado era un cargo de libre nombramiento y remoción, ello no implicaba necesariamente que tal naturaleza rechazara la posibilidad de que la terna para elegir a tal funcionario proviniera de la realización de un concurso público. Ello, señaló, persigue garantizar, dentro de las mayores posibilidades, criterios de mérito, capacidad y experiencia de quien vaya a desempeñar dicho cargo.

Consideró pertinente transcribir un aparte de una sentencia proferida por la Sala Plena con ponencia del Doctor Manuel Santiago Urueta Ayola dentro del proceso identificado con el número 1997-08661:

*“Sea esta la ocasión para precisar que no todo proceso de selección mediante elementos objetivos y subjetivos de valoración origina estabilidad o status de carrera en un determinado cargo, puesto que **la consideración del mérito no es incompatible con la facultad de libre nombramiento y remoción o de designación en cargos de periodo**, ya que el nominador en ejercicio de esa facultad precisamente puede optar por ese mecanismo si a bien lo tiene, y si el mismo es una forma de propender por el mejoramiento del servicio. Tampoco sería*

incompatible con la designación en provisionalidad, y por lo tanto temporal, en cargos de carrera si circunstancias especiales y objetivas lo justifican como es el caso de las aquí examinadas, consistentes en la falta de desarrollo normativo del procedimiento respectivo y se trata de un servicio o función que no se puede dejar de prestar o cumplir...”²

En relación con el segundo cargo, se refirió al contenido del artículo 19 de la Ley 10 de 1990, así como a su artículo 28, para afirmar que éste precepto prevé claramente los concursos para la provisión de los empleos de carrera administrativa del sector salud, pero que ello nada tenía que ver con lo dispuesto en el acto administrativo enjuiciado, pues, reiteró que, con tal decreto sólo se establecía un proceso público como método de depuración en la constitución de la terna que le corresponde presentar a la Junta Directiva de una ESE al Jefe de la Administración Local o Seccional, orientada a que sea el mérito el elemento predominante en la selección.

En cuanto a la reglamentación de los concursos públicos abiertos para el sector salud, la apoderada del Ministerio de la Protección Social transcribió la Directiva Presidencial número 10 del 20 de agosto de 2003 y el artículo 8º de la Ley 812 de ese mismo año, en aras de aclarar que el proceso de meritocracia no resultaba ajeno o contrario para la provisión de cargos de libre nombramiento y remoción, como el que se debate en esta sede.

En ese mismo contexto, señaló que con base en unos postulados consagrados en la Carta Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del

² Folio 63 de este Cuaderno.

Estado, suscrita en Santa Cruz de la Sierra en Bolivia el 27 de junio de 2003, la exigencia prevista en el Decreto 3344 se ajusta a los lineamientos allí trazados, pues el Estado está en la obligación de hacer eficiente la gestión pública y los recursos humanos al servicio del Estado; y ello sólo puede materializarse creando mecanismos jurídicos, políticos y técnicos que garanticen personal con altas condiciones académicas, y éticas para el cumplimiento de los fines estatales, tales como los que dispone el mentado decreto al considerar un concurso público para la elaboración de la terna.

Luego de referirse al Decreto 2400 de 1968, al 3074 de esa anualidad y a la Ley 909 de 2004, el Ministerio hizo todo un análisis de lo que debe entenderse por empleado público y los postulados filosóficos que rodean tal concepción, para concluir que el nuevo modelo de Administración Pública debe rechazar los intereses políticos que venían aplicándose, y que se dirija al acatamiento de los principios de igualdad, transparencia e imparcialidad, entre otros.

Adujo que el Decreto 3344 de 2003, pues tiene como herramienta fundamental para distinguir entre las sociedades basadas en privilegios hereditarios, y la selección de personas idóneas para la ejecución de los cometidos de nuestro Estado.

Pese a habersele notificado la existencia de la presente acción al director del **Departamento Administrativo de la Función Pública** (folio 46), éste no allegó escrito alguno a manera de contestación.

II.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada del **Ministerio de la Protección Social** allegó escrito de alegatos poniendo a consideración el que el concepto de violación expuesto en el escrito de demanda era vago e impreciso, y al respecto citó una sentencia de la Corte Constitucional acerca de la necesidad de que los demandantes interesados en la anulación o declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, deben plantear de manera clara los argumentos.

Defendió el Decreto 3344 de 2003, en los mismos términos que describió en su contestación, agregando que el concurso a que se hacía allí referencia no implicaba una dilación ilimitada para la elección del director de la ESE. Así, para el Ministerio no tiene asidero el argumento del actor en cuanto a que la provisión del enunciado cargo por concurso debe ser ordenada mediante ley, máxime si se trata nombramientos de competencia territorial y no nacional.

Posteriormente, indicó que ya existía un análisis de constitucionalidad del artículo 192 de la Ley 100 de 1993 (C-665 de 2001), y que por vía de tutela (T-484 de 2004) se había afirmado que el concurso del que se trata en la decisión censurada se encontraba ajustado al ordenamiento jurídico, habida cuenta del esquema objetivo e imparcial propuesto, para la construcción de la terna.

Señaló que nos encontrábamos ante un fenómeno de pérdida de fuerza ejecutoria o decaimiento en los términos del artículo 66 del C.C.A. (Folio 140 ibídem), porque

el Decreto 800 de 2008 que reglamentó el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, derogó expresamente el Decreto 3344 de 2003.

Como consecuencia de lo anterior, a juicio del demandado, no debe haber lugar a pronunciamiento alguno respecto de una norma que se encuentra por fuera del ordenamiento jurídico y que por lo tanto no produce efectos. Arguyó que, de cualquier manera, mientras el decreto acusado estuvo vigente se ajustaba a lo previsto en la Ley 100 de 1993.

El **Departamento Administrativo de la Función Pública**, actuando a través de apoderada, alegó de conclusión aludiendo a un fallo proferido por la Sección Primera el 18 de febrero de 2010 (Expediente número 2004-00006, Magistrada Ponente Dra. María Claudia Rojas Lasso) en el que se pronunció sobre la legalidad del Decreto 3344 de 2003, en el sentido de negar las súplicas de la demanda, razón por la que considera que existe cosa juzgada material, y para el efecto, la propone como excepción y solicita se despachen de forma desfavorable las pretensiones del señor Luis Oscar Rodríguez.

III.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público que actúa como delegado ante esta Corporación, después de hacer un juicioso análisis de los cargos planteados en la demanda, y acogiendo la generalidad de ellos, solicitó se declare probada la excepción de cosa juzgada, como quiera que la *causa petendi* planteada en el proceso 2004-00006, a que hizo alusión la apoderada del Departamento Administrativo de la Función

Pública, coincide con los cargos objeto de la presente demanda, que son incompetencia y desconocimiento de la autonomía administrativa de los entes territoriales.

IV.- DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

I.- Cuestiones preliminares

Sea lo primero advertir que de manera previa a analizar el fondo de la presente litis, la Sala se ocupará de dos temas, a saber: el relacionado con la vigencia del acto demandado y el que tiene que ver con la excepción de cosa juzgada.

1.- Vigencia del Decreto 3344 de 2003

En lo que hace al primer aspecto, observa la Sala que pese a que el Decreto 3344 del 20 de noviembre de 2003, norma censurada, fue derogado expresamente por el Decreto 800 del 14 de marzo de 2008 proferido por el Ministerio de la

Protección Social³ que reglamentó parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007⁴, no es óbice para que esta Jurisdicción pueda realizar el estudio de su legalidad, en razón a los efectos que pudo producir durante su vigencia, los cuales continúan amparados por la presunción de legalidad, por cuanto es la decisión sobre su validez y no la derogatoria, la que tiene la capacidad jurídica de extinguir tales efectos y restablecer el orden jurídico vulnerado.

Así lo ha venido sosteniendo esta Corporación, a partir del pronunciamiento de la Sala Plena en sentencia del 14 de enero de 1991, dentro del expediente número S-157, con ponencia del Consejero de Estado doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla:

³ "Artículo 9. 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."

⁴ "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. (Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-181 de 2010, 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.)

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.

(...)" .

“...aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras el pronunciamiento no se produzca, tal norma, aún si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubieren sido expedidos durante su vigencia”

2.- Excepción de Cosa Juzgada

Ahora bien, en lo que respecta a la excepción de cosa juzgada formulada tanto por la apoderada del Departamento Administrativo de la Función Pública como por el Agente del Ministerio Público al rendir su concepto, debe esta Sala advertir que tal figura se encuentra regulada en el artículo 175 del C.C.A., de cuyo tenor es menester traer lo pertinente a la presente acción, a saber:

“Art. 175.- La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes.

La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero sólo en relación con la causa petendi juzgada”

El decreto ahora acusado ciertamente fue objeto de una acción de nulidad anterior, que culminó con la sentencia de esta Sala del 18 de febrero de 2010, expediente número 2004-00006, Consejera Ponente doctora María Claudia Rojas Lasso. Las cuestiones o cargos planteados en la demanda, que para el caso

constituyen la *causa petendi*, en los cuales la Sala centró su examen, fueron precisados así en dicha sentencia:

“2.3. Estudio de fondo de los cargos.

El demandante no explicó por separado el concepto de violación de cada una de las normas jurídicas que consideró vulneradas. Por el contrario, presentó un concepto de la violación referido al conjunto de esas normas que se puede resumir así: el Gobierno Nacional no tenía competencia para dictar el Decreto No. 3344 de 20 de noviembre de 2003 y el Departamento Administrativo de la Función Pública no tenía competencia para dictar la Resolución No. 793 de 5 de diciembre de 2003, porque la elección de los directores o gerentes de las empresas sociales del Estado del orden territorial de que tratan esos actos corresponde única y exclusivamente a las entidades territoriales respectivas, razón por la cual dichos actos violan los principios de descentralización y autonomía administrativa establecidas a favor de dichas entidades.”

En el examen de tales cuestiones consideró y concluyó lo siguiente:

“2.3.1. La competencia para expedir los actos acusados.

(...)

Pese a que el primer inciso del artículo 192 de la Ley 100 de 1992 trata específicamente sobre la elección de los directores de hospitales del sector público, se aplica a los gerentes o directores de las empresas sociales del Estado porque el artículo 195-4 ibídem que reglamenta el régimen jurídico de dichas empresas señala que su director o representante legal “será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley”.

Luego si el artículo 192 de la Ley 100 de 1993 establece la autoridad nominadora de los gerentes o directores de las empresas sociales del Estado, el periodo del cargo y el procedimiento de su designación, el Gobierno Nacional tenía sin duda la potestad para reglamentar dichas normas como en efecto lo hizo mediante el decreto demandado.

Conviene anotar que el demandante no admite la competencia del Gobierno Nacional para expedir el decreto acusado pero no cuestionó la potestad reglamentaria que sin duda le correspondía respecto del artículo 192 de la Ley 100 de 1992.

Si se observa el texto del decreto acusado se advierte que éste no está designando a los directores o gerentes de las empresas sociales del Estado del nivel territorial sino que establece la forma en que las juntas directivas de esas empresas deben proceder para designarlos.

(...)

2.3.2. Sobre la presunta violación de los principios de descentralización y autonomía administrativa de las entidades territoriales.

(...)

La Sala negará prosperidad al cargo con los mismos argumentos que la Corte Constitucional utilizó en la sentencia C- 665 de 2000 para desvirtuar la misma acusación dirigida contra el artículo 192 de la Ley 100 de 1992, precisamente la norma reglamentada por el Decreto 3344 de 2003 acusado y otras de la Ley 10 de 1990 que trataban sobre el mismo tema.

(...)

A juicio de la Sala los argumentos transcritos de la Corte Constitucional, que en este fallo se acogen, explican con suficiente claridad porqué el Gobierno Nacional sí era competente para expedir el Decreto 3344 de 2003 que señaló a las juntas directivas de las empresas sociales del Estado del nivel territorial las directivas para la conformación de las ternas de candidatos para elegir directores o gerentes de dichas empresas, y que el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública era competente para expedir la resolución acusada.

Demuestran igualmente los argumentos de la Corte Constitucional que al ejercer las competencias señaladas el Gobierno Nacional y el Departamento Administrativo de la Función Pública no violaron los principios de descentralización y autonomía administrativa que la Constitución estableció a favor de las entidades territoriales.

Por las razones expuestas no prosperan los cargos.”

En tanto lo anterior contiene la *causa petendi* examinada y decidida en la sentencia, comparada con la planteada en la demanda del sub lite, esto es, con los cargos que formula el actor contra el decreto acusado, se observa sin dificultad que difieren entre una y otra, pese a que hay identidad en el acto demandado, no así respecto de las normas que se invocan como demandadas, pues en el proceso 2004-00006 se indicaron como desconocidos los artículos 1, 150 numeral 7, 189 numeral 16, 209, 287, 300 numeral 7, 311, 313 numeral 6, 315 numeral 3 y 322 de la Carta Política; el artículo 153 de la Ley 100 de 1993; los artículos 1, 5, 11 y 20 del Decreto 1876 de 1994; y los artículos 1, 2, 5, 6, 54 y 68 de la Ley 489 de 1998. Mientras que en el proceso de la referencia se invocan como vulneradas las siguientes normas: artículo 125 de la Constitución Política; el artículo 192 de la Ley 100 de 1993; y los artículos 19 y 28 de la Ley 10 de 1990.

En efecto, en la presente demanda se aducen razones distintas a las esgrimidas en la demanda del proceso ya fallado, según la reseña que de ellas se hace en la sentencia referenciada. Es así como el ahora demandante argumentó que existía una flagrante vulneración del ordenamiento jurídico, específicamente de las normas reseñadas en el párrafo anterior, por cuanto el establecimiento de concursos para proveer cargos públicos debía emanar del Congreso de la República.

La sentencia ya proferida no se ocupa de tal cuestión, por la sencilla razón de que no fueron formuladas en la respectiva demanda.

Así las cosas, la Sala no encuentra probada la excepción de cosa juzgada, de allí que la desestime, como en efecto lo hará en la parte resolutive de esta providencia.

II.- Examen de los cargos

Advierte la Sala que el problema jurídico gira en torno a dilucidar si el Decreto 3344 de 2003 cambió la naturaleza del cargo y el sistema de nombramiento o provisión del cargo de Director o Gerente de las Empresas Sociales del Estado – ESE, que se había previsto en la Ley 100 de 1993 y en lo pertinente de la Ley 10 de 1990; y por contera, si con ello, el Gobierno Nacional - Ministerio de Protección Social excedió la potestad reglamentaria.

A efectos de aclarar si el cargo expuesto por el demandante encuentra asidero, es menester transcribir el texto de la disposición acusada y, las normas que se alegan como vulneradas o desconocidas por el Presidente de la República – Ministerio de la Protección Social cuando lo expidió:

“DECRETO 3344 de 2003

(Noviembre 20)

Diario Oficial No. 45.378 de Noviembre 21 de 2003

Ministerio de Protección Social

Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 192 de la Ley 100 de 1993.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 192 de la Ley 100 de 1993,

DECRETA:

Artículo 1º. *La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial conformará la terna de candidatos para la designación del gerente o director de dichas entidades de que trata el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, con las personas que sean escogidas mediante un proceso público abierto realizado de conformidad con lo establecido en el presente decreto.*

Artículo 2º. *La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial determinará los trámites pertinentes para la realización del proceso público abierto de que trata el artículo anterior, el cual deberá efectuarse por la entidad con universidades públicas o privadas, con entidades expertas en selección de personal, o a través de convenios de cooperación.*

Dicho proceso de integración de la lista de candidatos para la conformación de la terna tendrá en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del cargo y, por lo menos, deberá comprender la aplicación de pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo. En todo caso, quien asuma el proceso deberá garantizar el cumplimiento de los criterios aquí señalados.

Artículo 3º. *La Junta Directiva de la respectiva entidad, a través de medios de comunicación escrita de amplia circulación y otros medios de difusión masiva, invitará a los interesados en ocupar el cargo de gerente o director de la entidad a presentarse al proceso de conformación de la terna.*

Esta invitación deberá contener la información completa sobre los requisitos, funciones del cargo y asignación básica del mismo, la fecha de inscripción de candidatos, de recepción de los documentos que

acrediten el cumplimiento de los requisitos por parte del candidato, las pruebas a aplicar, su correspondiente valoración para efectos de la calificación final y en general la información relevante del proceso.

La lista de los interesados en ocupar el cargo de Gerente o Director de la Entidad que hayan superado las pruebas aplicadas en desarrollo del proceso, deberá ser informada en medios de comunicación masivos.

Artículo 4º. *El proceso público abierto que se realice en cumplimiento de lo dispuesto en el presente decreto, se efectuará bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad.*

Artículo 5º. *El proceso público abierto para la conformación de las ternas no implica el cambio de la naturaleza jurídica del cargo a proveer.*

Artículo 6º. *Las ternas para la designación de gerentes o directores de Empresas Sociales del Estado de nivel territorial, que a la fecha de expedición del presente decreto no se hayan conformado, se integrarán de acuerdo con lo señalado en el presente decreto.*

Artículo 7º. *El Departamento Administrativo de la Función Pública deberá establecer, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la expedición del presente decreto, los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos públicos abiertos aquí establecidos y podrá adelantar evaluaciones, sondeos, estadísticas sobre los mismos y asesorar su ejecución.*

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

Artículo 8º. *El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias.*

Publíquese, comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 20 de noviembre de 2003.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro de la Protección Social,

Diego Palacio Betancourt.

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública,

Fernando Antonio Grillo Rubiano.”

Pues bien, a efectos de resolver el problema jurídico planteado resulta indispensable la lectura del artículo 125 de la Constitución Política, pues es allí donde viene a regularse el tema relacionado con el carácter de los empleos en las entidades del Estado, uno de los cuales es el de Director o Gerente de una Empresa Social del Estado, y respecto del cual el señor Rodríguez Ortiz ha planteado la presente controversia:

“ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: 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 ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

PARAGRAFO. *Adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2003. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.*

(...).”

En el precepto transcrito se regulan los siguientes aspectos: el relacionado con la naturaleza de los cargos de los entes públicos; y el sistema de provisión de los mismos.

En lo que hace a la naturaleza de los cargos, la Carta Política prevé una regla general, cual es, la de que todos ellos son de carrera, y radica en cabeza del legislador la posibilidad de establecer excepciones, esto es, que sólo el Congreso de la República podrá determinar cuáles no son de carrera.

En cuanto al segundo aspecto, la norma superior también establece que el sistema de provisión o nombramiento en los empleos de los entes públicos debe realizarse por concurso, a menos que se haya estipulado otra forma en la Constitución o en la Ley.

Bajo esas premisas normativas, la Sala entrará a determinar: (i) de qué naturaleza es el cargo de Director o Gerente de una ESE, para luego, (ii) precisar si el sistema de provisión del mismo se ajusta al ordenamiento jurídico.

(i).- En acatamiento del mandato atrás visto, el Congreso a través de la Ley 100 de 1993 dispuso que el cargo de Director de los Hospitales Públicos sería de periodo, pues expresamente señaló que:

“ARTÍCULO 192. DIRECCIÓN DE LOS HOSPITALES PÚBLICOS.
<Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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 ~~definidas mediante reglamento del Gobierno Nacional.~~

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.”

En tal orden, ya se estableció en sede legal la naturaleza del pluricitado cargo, esto es, que sería de periodo y que la remoción de los mismos no es libre, pues solo podrá presentarse 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.

Así mismo, cuando el Decreto 139 de 1996 reglamentó el tema relativo a las funciones y los requisitos para acceder al cargo de Director de una ESE, reiteró lo expuesto en la Ley 100 de 1993, preceptuando en su artículo segundo:

“ARTÍCULO 2. DE LA NATURALEZA DEL CARGO DE GERENTE O DIRECTOR. *Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado y los Directores de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Públicas a que hace referencia este Decreto, son empleados públicos de periodo fijo, nombrado por el Jefe de la Entidad Territorial respectiva, para un periodo mínimo de tres (3) años, prorrogables, de terna que presente la junta directiva del Organismo o Entidad, de acuerdo con lo dispuesto sobre el particular por la Ley 10 de 1990, para ejercer funciones de dirección, planeación, evaluación y control en la administración y gestión de una Institución Prestadora de Servicios de Salud, de naturaleza jurídica pública y de las empresas sociales del Estado.”*

Entendiendo ello así, encuentra esta Sala que el cargo formulado por el señor Luis Oscar Rodríguez Ortiz y lo afirmado por el Ministerio de la Protección Social en su escrito de contestación, en cuanto que el Director de una ESE es de libre nombramiento y remoción, no tiene asidero alguno, pues no se encuentran aplicables los artículos 26 y 28 de la Ley 10 de 1990, en los cuales, en su orden, se clasifican los empleos de la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas entre los de libre nombramiento y remoción y los de carrera; y se dispone acerca de la provisión de un cargo de carrera ya sea por concurso abierto o cerrado.

Lo anterior por cuanto, como se dijo, se trata de un cargo de periodo, por expreso designio del legislador. Luego, la remisión que pueda hacerse a la Ley 10 de 1990 resulta improcedente en lo que hace a los citados artículos.

(ii) Como puede observarse, la Carta es enfática al señalar que “[l]os empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera con excepción de “los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley” y en aquellos casos en que el sistema de nombramiento no haya sido definido por la Ley, el nombramiento debe hacerse por concurso público.

En el caso de los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 de la Ley 100 de 1993 , éstos 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 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.

De lo anterior se deriva que los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad no son, como se dijo, funcionarios de libre nombramiento y libre remoción, por lo cual su designación debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Nacional, dado que si bien el Congreso señaló

quien hace el nombramiento, esto es, el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud conforme a lo dispuesto en la Ley 60 de 1993 de terna que le presente la junta directiva, el sistema para dicho nombramiento no fue previsto por la ley.

En materia de designación, nombramiento y elección, esta Corporación señaló que:

“... los cargos públicos son: de carrera, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y de elección.

Los de elección son, a su vez, de elección popular y de elección de órganos o corporaciones públicas y de período.

El acceso a los cargos de carrera, y a aquellos respecto de los cuales la Constitución o la ley no han dispuesto la forma de provisión, se gobiernan por el mérito.

No así el de los empleos de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y de elección.

La designación en cargos de carrera, de libre nombramiento y remoción y en empleos de trabajador oficial comporta el ejercicio de la facultad nominadora.

Mientras que la designación en cargos de elección implica el ejercicio del derecho al voto que emana de la condición de ciudadano, voto popular, o de la investidura de servidor público, voto en órgano o corporación pública, y se halla atado a las reglas generales de éste mecanismo de participación, a saber: personal, libre y secreto, salvo norma que establezca excepciones^{5[2]}.

^{5[2]} Hasta antes de que entrara en vigencia el Acto Legislativo 1 de 2009, el voto en las corporaciones públicas de elección popular tenía el

*Las designaciones por nombramiento y por elección, conforme lo tiene dicho la Sala^{6[3]}, se diferencian en cuanto: “[En la] elección [...] de entre varios candidatos se escoge por votación a una persona para ocupar un cargo o un empleo por proveer...”, mientras que “En el nombramiento, por el contrario, se señala una persona sin que previamente se sometan a votación distintos nombres **independientemente del proceso de selección previo al nombramiento mismo**”⁷.(negrilla fuera del texto).*

De lo anterior se desprende que para realizar el nombramiento o designación la junta directiva puede señalar las personas que integrarán la terna sin que previamente se sometan a votación distintos nombres y sin perjuicio de que con anterioridad a la designación se realice un proceso de elección o selección tal como la que prevén las normas demandadas.

Es importante resaltar también, que, las normas legales y constitucionales aplicables al caso se refieren a la designación o nombramiento de los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, que son empleados públicos⁸, por lo cual se trata de una actividad sujeta a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, del artículo 209 de la Constitución Política.

carácter de secreto, ahora conforme al artículo 5° del citado Acto, es “nominal y público, excepto en los casos que determine la ley”.

^{6[3]} Expediente 1034. Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Quinta. - Santafé de Bogotá, D.C. (20) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993). Consejera Ponente: Doctora Miren De La Lombana De Magyaroff Referencia: Expediente N° 1034.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta Bogotá, D.C., quince (15) de abril de dos mil diez (2010). Consejero ponente: Filemón Jiménez Ochoa. Radicación número 15001-23-31-000-2009-00005-03. Ver en el mismo sentido Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta Bogotá, D.C., veinte (20) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993). Consejera ponente: Miren De La Lombana De Magyaroff. Radicación número 1034.

⁸ Artículo 22 del Decreto 1768 de 1994

Mal podría entonces decirse que el legislador quiso que la elección de los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad fuese ajeno al concurso público ordenado por la Constitución y orientado a la escogencia de personas idóneas para desempeñar el cargo.

De esta manera, al establecer un proceso público abierto para la designación de los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, lo que se hace es contribuir al cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, del artículo 209 de la Constitución Política, sin que, como lo afirma el artículo 5 del Decreto demandado, ello implique el cambio de la naturaleza jurídica del cargo a proveer, o afecte la facultad nominadora que la ley confiere a las juntas directivas y al jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud.

Adicionalmente, no se está negando a la junta directiva la posibilidad de escoger. Lo que hace el decreto es establecer que el sistema para esa escogencia se base en el mérito, lo cual sin duda contribuye al mejoramiento del servicio, en un sector donde el manejo técnico resulta de especial importancia por el impacto que tiene sobre la salud.

Siendo ello así, es evidente que con las normas del Decreto 3344 de 2003 el Gobierno Nacional no invadió competencias propias del legislador, ni excedió la potestad reglamentaria y que ellas se ajustan tanto a la ley que reglamentan como a las funciones del Presidente de la República como suprema autoridad

administrativa (Artículo 189 C.P.) así como a los principios que rigen la función administrativa (Artículo 209 C.P.) y a las previsiones del artículo 125 de la Carta por tanto no procede aceptar las súplicas de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 23 de agosto de 2012.

**MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
LASSO**

MARÍA CLAUDIA ROJAS

Presidenta

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

