

EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION – No requiere proceso de selección pero puede aplicarse por meritocracia

La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello. Así las cosas, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que superar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional. No obstante lo anterior, nada impide que se realice para proveer los cargos que son de libre nombramiento un concurso por el sistema de méritos, porque este se constituye en un mecanismo de control y transparencia y son desarrollo de los principios constitucionales referentes a la forma de proveer los empleos públicos.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1972 DE 2002

DIRECTOR SECCIONAL DEL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL – Cargo de libre nombramiento y remoción

Por disposición de la ley, el titular del cargo de Gerente del ISS Seccional tiene la naturaleza de empleado público de libre nombramiento y remoción. Sin embargo, en desarrollo de la política gubernamental dirigida a concretar los principios de la función administrativa de transparencia, moralidad, imparcialidad e igualdad, se quiso proveer los cargos de libre nombramiento y remoción mediante el concurso público.

CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION POR PROCESO DE SELECCION PUBLICO O MERITOCRACIA – No modifica la naturaleza del cargo / NOMBRAMIENTO DE DIRECTOR SECCIONAL DE INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL POR PROCESO DE SELECCIÓN O MERITOCRACIA – Designación en quien no hace parte de terna por no cumplimiento de expectativas de los participantes

Si bien la administración puede proveer empleos de libre nombramiento y remoción mediante procesos de selección por méritos, esta circunstancia no tiene la capacidad de modificar la naturaleza de citados cargos. Lo anterior porque, de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución Política es el legislador a quien el constituyente le confiere la facultad de establecer taxativamente la naturaleza de los empleos en todos los niveles de la administración con el fin, de establecer regímenes homogéneos de administración de personal, para asegurarle a todos los funcionarios del Estado unas condiciones uniformes en cuanto se refiere al ejercicio de sus derechos y prerrogativas de carácter laboral. No se avalaron dos ternas enviadas al Presidente del ISS, las referidas ternas eran las correspondientes a la Seccionales de Caldas y Cauca, en consideración a que *“los aspirantes no cumplieron con las expectativas de los directivos del Seguro, luego del plan de inducción y talleres realizados por las Vicepresidencias de cada una de las áreas de la entidad”*. Por lo expuesto, es posible afirmar que el proceso de selección por méritos de los cargos de Gerentes Seccionales se respetó y culminó en debida forma, que el proceso del concurso de meritocracia se siguió cumpliendo cada una de las etapas, pero ello no era impedimento para que el

Presidente del ISS quien tiene la facultad nominadora de los cargos de Gerentes Seccionales, viera limitada dicha facultad y estuviera obligado a elegir única y exclusivamente a quienes conformaban la terna a él presentada, si ella la integraban personas que no cumplieron con las expectativas de los directivos de la entidad luego de realizado actividades como son los talleres que realizaron cada una de las dependencias del ISS. En este punto es preciso señalar que la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha dicho, que los actos administrativos (Directivas Presidenciales, Resoluciones, Acuerdos entre otros) no pueden aplicarse si ellos están dirigidos a limitar la facultad de libre remoción de los empleados públicos porque esos actos “no pueden modificar o suspender la competencia que la ley le ha conferido al nominador para nombrar o remover a sus funcionarios”. Así las cosas, considera la Sala que el Presidente del ISS, no se extralimitó en sus facultades nominadoras al designar como Gerente del ISS Seccional Caldas, al señor Luis Guillermo Florez Henao, dada la imposibilidad de nombrar a alguno de los integrantes de la terna que no llegaron las expectativas de los directivos del ISS.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2148 DE 1992 / DECRETO 461 DE 1994 / ACUERDO 62 DE 1994 – ARTICULO 7 / DECRETO 2599 DE 2002 – ARTICULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012).

Radicación número: 17001-23-31-000-2003-14081-01(1579-09)

Actor: MARINA GUTIERREZ GOMEZ

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 2 de julio de 2009, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Caldas negó las pretensiones de la demanda formulada por la señora Marina Gutiérrez Gómez contra el Instituto de Seguros Sociales E.I.C.E..

ANTECEDENTES

LA DEMANDA. La señora Marina Gutiérrez Gómez presentó demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho orientada a obtener la nulidad, de la Resolución No. 0924 de 29 de abril de 2003, proferida por el Presidente del Instituto de los Seguros Sociales E.S.E., por medio de la cual se nombró al Dr. Luis Guillermo Florez Henao, en el cargo de Gerente IV, registro 24983, Seccional Caldas.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene a la entidad demandada nombrarla en el cargo de Gerente IV del ISS, Registro 24983, de la Seccional de Caldas con efectos fiscales a partir del 24 de abril de 2003, cargo para el cual había concursado y había sido ternada por la firma TRIAR, terna que fue enviada al Presidente del ISS.

De igual forma solicitó que se ordene reconocerle y pagarle salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos salariales dejados de percibir desde el momento que se designó al señor Luis Guillermo Florez Henao en el mencionado cargo sin haber conformado la terna.

Los hechos en que fundó su petición se resumen a continuación:

Expuso su trayectoria profesional y académica.

Señaló que el Gobierno Nacional implementó el sistema de méritos denominado "Meritocracia", como el mecanismo para acceder a los altos cargos del gobierno, entre los cuales se hallaban los nivel directivos del Instituto de los Seguros Sociales.

Indicó que mediante el Decreto 1972 del 3 de septiembre de 2002, el Gobierno reglamento la designación de los Directores o Gerentes Regionales o Seccionales o quienes hagan sus veces, en los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva.

Expuso que el 16 de noviembre de 2002, se convocó al concurso público para proveer los cargos de las Gerencias Seccionales del ISS, Directores Regionales del SENA y del ICBF, Directores Territoriales del Ministerio de Trabajo, la convocatoria se cerró el 27 del mismo mes y año.

Agregó que la Unión Temporal TRIAR, fue la encargada de realizar el proceso de selección de las hojas de vida de los aspirantes a ocupar los diferentes cargos, manifestó que fue citada a una entrevista que realizó en la ciudad de Medellín el día 18 de diciembre de 2002.

Expresó que el 14 de enero de 2003, se le informó que su nombre integraba la terna de los aspirantes para la Gerencia del ISS Seccional Caldas, por lo que era necesario se dirigiera a la Presidencia del Seguro Social el 15 de enero a las 2:00 p.m..

Así relató que el día 15 de enero de 2003 se presentó en la Presidencia del ISS, junto con otras personas que integraban las ternas para el mismo cargo en las seccionales de Bolívar, Boyacá, Caldas, Cauca, Córdoba, Huila, Magdalena, Tolima, Nariño, Norte de Santander, Quindío, Risaralda, dijo que en la mencionada reunión se les felicitó por ser los mejores del país.

Luego con extrañeza recibió la noticia que se declaró fallido el concurso para la designación del Gerente de las Seccionales Cauca y Caldas.

Adujó que en contravía de lo reglado en el proceso de meritocracia, se designó como Gerente del ISS Seccional Caldas al Dr. Luis Guillermo Florez Henao, el cual no hizo parte de la terna escogida por el TRIAR de acuerdo con el procedimiento previsto por la meritocracia.

Normas violadas y concepto de la violación.

Como normas violadas invocó, entre otras, las siguientes:

De la Constitución Política, arts. 13, 20,25, 29,53, 209 y 288

De la Ley 489 de 1998

Del Código Contencioso Administrativo, arts. 2, 3 y 36,

El Decreto 1972 de 2002

Dentro del concepto de violación expuso la accionante que el Presidente del ISS desbordó sus competencias al declarar fallido el proceso de selección adelantado con el fin de proveer el cargo de Gerente del ISS Seccional Caldas y al haber

nombrado una persona que no fue ternada por el TRIAR en el cargo que debió proveerse por medio de la terna enviada una vez se agotaron las etapas del concurso abierto al público, contraviniendo los principios de eficiencia, transparencia y lucha anticorrupción a través de los esquemas de meritocracia.

Insistió la demandante en que la entidad demandada incurrió en el ámbito de la ilegalidad vulnerando sus derechos y atentó contra los principios y fines del Estado y de la administración pública, pues ignoró el procedimiento para la elección establecido en el Decreto 1972 de 2002 para la provisión del cargo de Gerente IV del ISS seccional Caldas.

Señaló que ella debió haber sido nombrada en el cargo al que concurso, pues insistió en que agotó cada una de las etapas del proceso de selección, fue ternada por la Unión Temporal y adicionalmente había desempeñado en encargo el cargo al cual optaba.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. El Instituto de los Seguros Sociales mediante apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda, destacó que el acto demandado se expidió en debida forma por el funcionario competente.

Señaló que el cargo de Gerente IV del ISS Seccional Caldas, es de libre nombramiento y remoción, por lo que el Presidente del ISS lo que hizo fue ejercer su facultad nominadora, la cual es discrecional.

Enfatizó en que el Decreto 1972 de 2002 sólo era aplicable a la designación de cargos de los establecimientos públicos del orden nacional, no así de los cargos de las entidades descentralizadas, dentro de las cuales se encuentra el ISS.

Indicó que no obstante no estar obligados a cumplir lo establecido mediante el Decreto 1972 de 2002, el ISS acogió el procedimiento, sin que ello fuera óbice para limitar o restringir la facultad discrecional según se establece en el artículo 3 del mencionado Decreto.

Argumentó que la actora no puede tener por cierto que ella sería la elegida de la terna que integraba, pues como se anotó por la misma demandante la terna no llenó las expectativas para el cargo a proveer, de tal suerte que no hay un derecho particular, ni concreto, ni subjetivo que se haya desconocido en el asunto en marras.

Arguyó la entidad demandada que al no existir un derecho particular y concreto en cabeza de la demandante, la acción procedente era la de nulidad electoral del acto de nombramiento del Dr. Luis Guillermo Florez Henao en el cargo de Gerente IV del ISS Seccional Caldas

El señor Luis Guillermo Florez Henao, como **tercero interviniente**, a través del memorial obrante a folios 187 a 189 del cuaderno No. 1, manifestó que después de haberse declarado fallida la primera terna, se abrió el concurso en el cual participo en todas las etapas, a saber, prueba psicotécnica y entrevista, siendo finalmente designado para ocupar el cargo de Gerente IV del ISS seccional Caldas, en el cual se posesionó el 13 de mayo de 2003.

Anotó que se desvinculó del cargo mencionado el 24 de noviembre de 2003.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Caldas mediante sentencia de 2 de julio de 2010 (fls. 128 a 134) negó a las súplicas de la demanda argumentando lo que sigue:

El A quo subrayó que los cargos de Gerentes Seccionales del ISS, son de libre nombramiento y remoción - no de carrera administrativa- por lo tanto, el proceso de selección no es un concurso público.

Respecto al Decreto 1972 de 2002, "por el cual se reglamenta la designación de los Directores o Gerentes Regionales o Seccionales o quien haga sus veces, en los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional", señaló que esta disposición eran aplicable para la selección de los directores o gerentes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional, que las mismas no le eran aplicables a las demás entidades integrantes del sector descentralizado por servicios que no sean establecimientos públicos del orden nacional; por lo que la entidad accionada no se hallaba obligada a seguir la disposición referida, no obstante que el proceso de selección de Gerente Seccionales del ISS se haya realizado sujetándose a esta normativa.

Destacó que el cargo respecto al cual la actora impetra su nombramiento se efectúa de manera ordinaria o lo que es lo mismo, discrecional pues quien lo llega a ocupar

no ostenta calidad distinta que la de un empleado público que hace parte del régimen de libre nombramiento y remoción, teniendo en cuenta que las funciones definidas para los cargos susceptibles de ser ocupados por sujetos que ostentan tal índole en una empresa industrial y comercial del estado, son esencialmente de dirección y confianza.

El Tribunal reiteró que el ISS dispuso aplicar el procedimiento establecido en el Decreto 1972 de 2002 con el fin de elegir a los distintos Gerentes Seccionales de la entidad; no obstante que el hecho de haberlo adoptado para tales efectos, no se erige como óbice, por modo suficiente al nominador del ISS, para verse obligado a elegir solamente entre los candidatos que hicieron parte de la terna remitida por la firma privada contratada por la Vicepresidencia de la República y mucho menos para deducir que era su deber elegir a la actora en el cargo aducido.

Anotó que no por el mero hecho de haber sido selecto el nombre de la demandante en la multicitada terna, le confería el derecho a ser nombrada en el cargo por el que optaba, teniendo en cuenta que no demostró poseer mejor derecho que los otros aspirantes.

De otra parte indicó, que no existe ningún medio probatorio que permita deducir que el señor Florez Henao no tuviera aptitudes o careciera de alguno de los requisitos exigidos para asumir el cargo en el cual fue nombrado. La simple acreditación del perfil profesional y la experiencia laboral de la actora, no se perfila con suficiencia para los efectos de revestir de ilegalidad el acto que se enjuicia.

Concluyó el A quo que de la lectura que a la letra se hizo de la norma invocada, así como de todo el recaudo probatorio allegado al expediente, no puede desprenderse que el Presidente de ISS incurrió en un arbitrario ejercicio de sus atribuciones legales y reglamentarias o extralimitación de sus funciones al nombrar al señor Luis Guillermo Florez Henao en el cargo de Gerente IV del ISS Seccional Caldas, por lo que las pretensiones del libelo demandatorio no están llamadas a prosperar.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia. Los motivos de inconformidad se contraen a los siguientes aspectos:

Estimó que la constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del estado, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuya inobservancia, en todo caso, implica vulneración de las normas constitucionales y violación a los derechos fundamentales.

Indicó que en el proceso de selección por méritos se incluyó al ISS, sin importar su naturaleza jurídica, el mencionado proceso se implementó para designar a 28 Gerentes Seccionales; destacó que en el proceso de selección el señor Florez Henao participó para ocupar los cargos de ICBF y SENA, pero no para el cargo en el cual finalmente fue designado.

El apelante manifestó que en su concepto no es claro porque el A quo consideró que el Presidente del ISS no incurrió en un ejercicio arbitrario de sus atribuciones legales y reglamentarias o en extralimitación de funciones al nombrar a una persona que su hoja de vida no figuraba en los listados de la Meritocracia para desempeñar el cargo en el que finalmente fue designado.

Destacó que la demandante poseía la experiencia necesaria para desempeñar el cargo para que efectivamente concurso, que fue ternada por la entidad privada contratada por la Vicepresidencia para el efecto y que sin razón alguna no fue nombrada en el cargo, pues sin argumentos se manifestó que los ternados no eran idóneos para ocupar el cargo al que aspiraban, eligiendo posteriormente a una persona que no había participado en el trámite establecido en el Decreto 1972 de 2002 , para designar a los Gerentes Seccionales del ISS.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico. En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, debe la Sala precisar si el acto administrativo, Resolución No. 0924 de 24 de abril de 2003, por medio del cual se designó en el cargo de Gerente IV del ISS Seccional Caldas al señor Luis Guillermo Florez es ilegal, al no haberse elegido para desempeñar el cargo referido a la señora Marina Gutiérrez Gómez quien conformaba la terna elaborada, para tal efecto, previó agotamiento del concurso de méritos establecido mediante el Decreto 1972 de 2002.

Marco normativo y jurisprudencial. De los empleos de libre nombramiento y remoción¹.

La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En estos casos, advierte la Sala ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

Así las cosas, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que superar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión.

No obstante lo anterior, nada impide que se realice para proveer los cargos que son de libre nombramiento un concurso por el sistema de méritos, porque este se constituye en un mecanismo de control y transparencia y son desarrollo de los principios constitucionales referentes a la forma de proveer los empleos públicos.

¹ Reiteración de lo expuesto por esta Sala, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, en la sentencia de 30 de junio de 2011, .Expediente: 050012331000200302086 01, Referencia: 1970-2010, Actor: José Javier Escobar Castaño.

De igual forma se resalta, como lo expuso esta Sección en el fallo de 27 de noviembre de 2009², que si se hace una convocatoria por meritocracia, el concurso debe dejar en claro que los cargos son de libre nombramiento y remoción, vale decir, que no adquieren los privilegios de la carrera para no incurrir en alguna hipótesis de nulidad de los actos administrativos.

Hechos probados relevantes para el proceso. Con la prueba documental recaudada, se lograron demostrar los siguientes supuestos relevantes:

Convocatoria para proveer el cargo de Gerente del ISS Seccional Caldas

El proceso de la meritocracia se realizó en el país con la finalidad de cumplir unos de los programas propuestos por la presidencia de la República, el mismo se implementó por la Vicepresidencia de la República, en desarrollo de las Directivas presidenciales y el Decreto 1972 de 2002, para el presente caso.

Las condiciones para la participación en el concurso se publicaron a través de la web de la Presidencia de la República y en la web: merotocraciacolombia.org (fls. 63 a 97)

El proceso mencionado fue financiado por la USAID y se diseñó con la participación de empresas del sector privado, para garantizar la equidad, transparencia y justicia dentro del proceso.

La Vicepresidencia de la República, a través de la Empresa Unión Temporal TRIAR, presentó los candidatos para cada una de las 28 Gerencias Seccionales mediante conformación de ternas, en la mayoría de casos. Para el caso de la Seccional Caldas la terna estaba integrada por los profesionales: Humberto Bedoya, Antonio Edilberto Salcedo y Marina Gutiérrez González (fls. 101 a 105, 113, 114, 118 y 1 a 9 cuaderno 2 anexo)

Con base en la lista de aspirantes resultantes del proceso de meritocracia, el ISS realizó un proceso con la finalidad de elegir los Gerentes Seccionales postulados, el proceso que se surtió al interior de la entidad estuvo conformado por 5 fases, a

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 26 de noviembre de 2009, radicación número: 11001-03-25-000-2007-00092-00(1790-07), actor: Jesus Maria Ramirez Salazar, demandado: Consejo Superior de la Judicatura

saber: 1) Programa de inducción; 2) Talleres, para poner en practica los conocimientos teóricos dictados en la inducción; 3) Prueba psicotécnica; 4) Entrevista se evaluaron las competencias requeridas para el desempeño del cargo; así: apoyo, gestión y control, mercadeo y financiera; 5) Selección del candidato: En uso de la facultad discrecional que le otorga la ley y los estatutos al Presidente del Instituto como nominador de la entidad y teniendo en cuenta el resultado de las fases anteriores se nombraron a los Gerentes Seccionales, con excepción de las Seccionales de Cauca y Caldas (fl.5 del cuaderno No. 2 anexo) .

La decisión del Presidente de las designaciones para los cargos de Gerentes Seccionales se comunicó a los interesados el 24 de enero de 2003, mediante la web meritograciacolombia.org, en dicha comunicación se señaló que se presentaron problemas para las designaciones de las Seccionales de Caldas y Cauca por lo que se declararon desiertas al no llenar las expectativas de la entidad (fl. 118).

Nombramiento del Gerente IV del ISS Seccional Caldas

Manifestó la Gerente Nacional de Recursos Humanos del ISS mediante el oficio No. 014400 de 7 de septiembre de 2004 que una vez se declaró desierta la terna para proveer el cargo de Gerentes Seccional de Caldas, con el fin de finalizar el proceso dentro del marco de la transparencia se solicitaron a través del Ministerio de la Protección Social los candidatos que fueron presentados en las terna para el SENA y ICBF por la Seccional Caldas, a los cuales se les citó el 9 y 10 de abril de 2003, adelantándose el proceso establecido dentro del ISS que estaba conformado por la 5 etapas antes referidas, con los siguientes aspirantes: Ana Melva Naranjo, Javier Díaz Ortiz , Martha Helena Alzate González y Luis Guillermo Florez Henao.

Mediante la Resolución No. 924 de 2003 expedida por el Presidente del ISS se nombró a Luis Guillermo Florez Henao como Gerente IV, Seccional Caldas (fl. 6 del cuaderno No. 2 anexo)

Del anterior recuento probatorio, se puede deducir: i) que se realizó el concurso de “meritocracia” para elegir a los Gerentes del ISS de las Seccionales del País, siguiendo los parámetros establecidos en el Decreto 1972 de 2002; ii) que el proceso de selección previsto para la elección del Gerente IV del ISS Seccional

Caldas, culminó con la elección de los participantes integrantes de la terna elaborada por TRIAR, la empresa privada contratada para el efecto, y iii) que en ejercicio de la facultad nominadora el Presidente de la entidad accionada nombró a una persona que no hacía parte de la terna original presentada para proveer el cargo de Gerente IV del ISS Seccional Caldas.

Ahora bien, se parte de la existencia de la convocatoria que fue diseñada por el Instituto de los Seguros Sociales para invitar a las personas interesadas a aspirar a los cargos de Gerentes Seccionales del Instituto. En tal contexto, corresponde a la Sala resolver si de la terna elaborada al agotarse el procedimiento del concurso referido debía nombrarse a la persona que ocupara finalmente el cargo ofertado y si por ello el acto acusado es ilegal.

Debe la Sala precisar la naturaleza jurídica del ISS y del cargo de Gerente Seccional del ISS, por lo que en primer lugar señalar que por disposición expresa de los artículos 1º del Decreto 2148 de 1992 y 2º del Decreto 461 de 1994, el Instituto de Seguros Sociales es una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social³. Sin embargo, en razón a que esa entidad desarrolla algunas funciones administrativas puede expedir actos de naturaleza administrativa y algunos de sus servidores tienen el carácter de empleados públicos (artículo 33 del Decreto 461 de 1994).

Efectivamente, el artículo 7º del Acuerdo número 62 de 1994 de esa entidad, adoptado mediante Decreto 1403 de 1994, “por el cual se aprueba el Acuerdo número 62 del 29 de junio de 1994 del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales que adopta la estructura interna y establecen las funciones de sus dependencias”, señaló la Gerencia del Centro de Atención Ambulatoria como un cargo del nivel local. Posteriormente, el artículo 1º del Decreto 2599 de 2002, “por el cual se modifica la estructura del Instituto de Seguros Sociales en el Nivel Seccional y Local”, determinó que “en la estructura interna del nivel seccional, las unidades o dependencias del nivel directivo se denominan Gerencias y Secretarías Seccionales”. Y, el artículo 33 del Decreto 461 de 1994 dispuso que son empleados públicos, entre otros, los Gerentes Seccionales, los Jefes de División del Nivel

³ Mediante Decreto número 1750 del 26 de junio de 2003, se escindió el Instituto de Seguros Sociales y se crearon varias Empresas Sociales del Estado como entidades públicas descentralizadas del nivel nacional, adscritas al Ministerio de la Protección Social. Sin embargo, esa norma no se aplica al caso que ocupa la atención de la Sala porque el acto administrativo impugnado fue expedido el 26 de mayo de 2003, esto es, antes de la vigencia de esa norma.

Seccional y los Coordinadores de Servicios Asistenciales. Incluso, al tenor de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, “las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.

De otra parte, se tiene que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º, literal i), de la Ley 61 de 1987 son empleos de libre nombramiento y remoción, “los empleados públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado”⁴.

El anterior análisis muestra que, por disposición de la ley, el titular del cargo de Gerente del ISS Seccional tiene la naturaleza de empleado público de libre nombramiento y remoción.

Sin embargo, en desarrollo de la política gubernamental dirigida a concretar los principios de la función administrativa de transparencia, moralidad, imparcialidad e igualdad, se quiso proveer los cargos de libre nombramiento y remoción mediante el concurso público. En efecto, mediante la Directiva Presidencial número 10 del 20 de agosto de 2002, dirigida a los ministros, directores de departamentos administrativos, superintendentes, directores de unidades administrativas y directores, gerentes y presidentes de entidades centralizadas y descentralizadas del orden nacional, el Presidente de la República señaló como propósito de acción para el gobierno la vinculación de los empleados públicos mediante el sistema de concurso público, así:

“A continuación se enumeran los propósitos específicos para cumplir con el objetivo de transparencia e integridad en la gestión, y algunos de los instrumentos más eficaces para lograrlo:

a) Manejo gerencial de los recursos humanos: El nombramiento, selección y promoción de funcionarios debe tener como motivación exclusiva el mérito, la competencia y la capacitación idóneos para el cargo al cual se es candidato. Esta regla es de aplicación inmediata en todas las entidades del Estado y, en especial, en cuanto al nombramiento de los directores de las

⁴ Desarrollo normativo expuesto por esta Corporación en la sentencia de 26 de febrero de 2004, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla, en el proceso de nulidad electoral radicación número: 11001-03-28-000-2003-0024-01(3132), Actor: José Castelar Mendoza Guerra; Demandado: Gerente, Grado 41, Registro 20454 del Centro de Atención Ambulatoria CAA de la Seccional de Sincelejo del Seguro Social.

...

entidades desconcentradas del orden nacional y al proceso de selección de los funcionarios encargados del control interno en cada entidad.

Por ningún motivo, y bajo ninguna circunstancia, el nombramiento de funcionarios públicos puede responder a transacciones, presiones o favores de tipo político o económico.

Un objetivo primordial de la actual administración es el fortalecimiento de la institucionalidad del Estado colombiano. La regla general de éste deberá ser la meritocracia, la capacitación y el entrenamiento permanentes de sus servidores de nómina. En consecuencia, se eliminarán las nóminas paralelas en la administración. Sólo por excepción, para fines específicos y con una particular exigencia en cuanto a sus resultados, se recurrirá a contratos externos para prestar servicios de apoyo a la administración pública. Los contratos que estén vigentes a la fecha de expedición de la presente directiva, y que no cumplan con las anteriores condiciones, no se podrán renovar. En aquellos casos en que se cumplan las condiciones, se asegurará la inclusión de una cláusula para la efectiva transferencia de tecnología y se verificará su cumplimiento.

Para garantizar el logro de este propósito de corto plazo, se requerirá la aplicación de algunos instrumentos a más largo plazo. Así, se establecerá un modelo integral de evaluación a la gestión pública para que los superiores e inferiores jerárquicos se evalúen mutuamente y se apoyará la permanencia de aquellos que demuestren un desempeño sobresaliente. Con el fin de verificar el cumplimiento de estos objetivos, los organismos competentes realizarán auditorías externas aleatorias y se fortalecerán los sistemas de consulta ciudadana de todos los usuarios directos e indirectos de las entidades. Los resultados de estas consultas serán ampliamente difundidos en el ámbito nacional”

Con posterioridad el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1972 de 2002 “ Por el cual se reglamenta la designación de los Directores o Gerentes Regionales o Seccionales o quienes hagan sus veces, en los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional”, Decreto que fue expedido con la finalidad de establecer el proceso que debía seguirse para conformar las ternas a las que se refería el parágrafo del artículo 788 de la Ley 489 de 1998.

No obstante la normativa citada, no era obligatoria para la designación de los cargos de Gerentes Seccionales del Instituto de los Seguros Sociales, se decidió implementar el concurso de méritos para proveer los mencionados cargos. Para ello, señaló por parte de la Presidencia de la República en la web; www.meritocraciacolombiana.org: los requisitos que se exigen para el cargo, las condiciones específicas y las fechas y lugares de recepción de las hojas de vida, de pruebas psicotécnicas, análisis de antecedentes y entrevistas (fls. 63 a 97, 100 a 105).

En este punto es necesario señalar que en cuanto al mérito y la facultad discrecional del nominador para proveer los cargos de libre nombramiento y remoción, esta Sección ha precisado que "...la consideración del mérito no es incompatible con la facultad de libre nombramiento y remoción o de designación en cargos de período, 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"⁵.

Así las cosas, es dable afirmar que nada obsta para que la administración, en el marco de programas tendientes a garantizar la transparencia en el ejercicio de la función pública, y a tendiendo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad pueda proveer los empleos de libre nombramiento y remoción mediante un proceso de selección por méritos, siempre y cuando se respete el principio al mérito y el procedimiento establecido para agotar cada una de las etapas del concurso.

Lo anterior también lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹ en diversas ocasiones, en los siguientes términos

"4.2.5. LOS CONCURSOS DE MÉRITOS EN LA ELECCIÓN DE LOS CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

La regla general en materia de provisión de cargos públicos, según el artículo 125 de la Constitución Política, es el concurso. La norma constitucional advierte que este sistema no será procedente en los cargos de elección popular, libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y demás que determine la ley.

Esta clasificación permite entender que existen distintas clases de empleos en la organización estatal y que no todos se rigen por las mismas reglas. El tipo de cargo determina la forma de vinculación, todo lo cual debe estar regulado en la ley. La Constitución admite de todos modos que un grupo de cargos se proveen por concurso y otros por mecanismos distintos.

No obstante lo anterior, la Ley 909 de 2004, que impulsa la aplicación de los concursos de méritos para el ingreso a los empleos de carrera administrativa, señala en el artículo 2° que los criterios de selección objetiva pueden aplicarse en los procesos de selección (...)

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil siete (2007). Consejera ponente: Ana Margarita Olaya Forero. Radicación número 25000-23-25-000-2002-04028-01(3648-04)

¹ Sentencia T-329 de 14 de mayo de 2009 MP. Jorge Ignacio Pretel Chaljub

Así las cosas, este tribunal Constitucional ha señalado en varios fallos que a pesar de existir un sistema de vinculación general que es la carrera, al que se accede a través de concurso, el artículo 125 de la Constitución Política abrió la posibilidad de que la administración se sujete a los principios del concurso cuando desee proveer cargos de libre nombramiento y remoción, respetando siempre los lineamientos de respeto al mérito.”.

Por lo expuesto, la Sala concluye que si bien la administración puede proveer empleos de libre nombramiento y remoción mediante procesos de selección por méritos, esta circunstancia no tiene la capacidad de modificar la naturaleza de citados cargos.

Lo anterior porque, de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución Política es el legislador a quien el constituyente le confiere la facultad de establecer taxativamente la naturaleza de los empleos en todos los niveles de la administración con el fin, de establecer regímenes homogéneos de administración de personal, para asegurarle a todos los funcionarios del Estado unas condiciones uniformes en cuanto se refiere al ejercicio de sus derecho y prerrogativas de carácter laboral⁶.

De igual forma, es dable concluir 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 período, 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 servicio⁷.

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, estima la Sala que si bien el Presidente del ISS, podía proveer los cargos de Gerentes Seccionales del Instituto cargos que tienen la naturaleza de empleos de libre nombramiento y remoción, mediante concurso de mérito esa circunstancia, por sí sola, no modificaba la naturaleza jurídica de los mismos.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia 7 de julio de 2011. Expediente: 050012331000200601107 01, Referencia: 0740-2010, Actor: Eberth Alfonso Castro Murcia

⁷ En este mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera ponente: Ana Margarita Olaya Forero, en la sentencia de 2 de marzo de 2007, Radicación número: 25000-23-25-000-2002-04028-01(3648-04), Actor: José Fernando Duarte Gómez demandado: Fiscalía General de la Nación

En este orden de ideas, es preciso señalar que el proceso de selección adelantado para designar a los Gerentes Seccionales del ISS, el cual fue regido por los principios de mérito y de transparencia culminaba con la presentación de la terna al Presidente del ISS quien poseía la facultad de escoger de dicha terna a la persona quien ejercería el cargo a proveer.

Ahora bien, se verificó que el proceso de selección referido finalizó con la entrega de los seleccionados para integrar las ternas para proveer los cargos de los Gerentes Seccionales del ISS, con el fin de que se nombrara a uno de sus integrantes por el Presidente de la entidad lo cual ocurrió en 24 Seccionales (fls. 101 a 105 y 5 del cuaderno número 2).

No obstante, no se avalaron dos ternas enviadas al Presidente del ISS, las referidas ternas eran las correspondientes a la Seccionales de Caldas y Cauca, en consideración a que *“los aspirantes no cumplieron con las expectativas de los directivos del Seguro, luego del plan de inducción y talleres realizados por las Vicepresidencias de cada una de las áreas de la entidad”* (fl. 117)

Por lo expuesto, es posible afirmar que el proceso de selección por méritos de los cargos de Gerentes Seccionales se respetó y culminó en debida forma, que el proceso del concurso de meritocracia se siguió cumpliéndose cada una de las etapas, pero ello no era impedimento para que el Presidente del ISS quien tiene la facultad nominadora de los cargos de Gerentes Seccionales, viera limitada dicha facultad y estuviera obligado a elegir única y exclusivamente a quienes conformaban la terna a él presentada, si ella la integraban personas que no cumplieron con las expectativas de los directivos de la entidad luego de realizado actividades como son los talleres que realizaron cada una de las dependencias del ISS.

En este punto es preciso señalar que la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha dicho, que los actos administrativos (Directivas Presidenciales, Resoluciones, Acuerdos entre otros) no pueden aplicarse si ellos están dirigidos a limitar la facultad de libre remoción de los empleados públicos

porque esos actos “no pueden modificar o suspender la competencia que la ley le ha conferido al nominador para nombrar o remover a sus funcionarios”⁸

Así las cosas, considera la Sala que el Presidente del ISS, no se extralimitó en sus facultades nominadoras al designar como Gerente del ISS Seccional Caldas, al señor Luis Guillermo Florez Henao⁹, dada la imposibilidad de nombrar a alguno de los integrantes de la terna que no llegaron las expectativas de los directivos del ISS.

De otra parte, tal como lo manifestó el A quo la actora no demostró que le asistía un mejor derecho que el de los otros aspirantes de la terna, que permitieran concluir que era a ella a quien se debía nombrar en el cargo al cual concurso.

Asimismo, no se demostró por la parte demandante que el señor Florez Henao, no tuviera requisitos exigidos para asumir el cargo en el cual fue nombrado mediante el acto administrativo acusado, pues la simple acreditación del perfil y la experiencia laboral de la señora Gutiérrez Gonzalez, no es suficiente para demostrar la ilegalidad del acto demandado.

Bajo estos supuestos, la Sala considera acertada la decisión del Tribunal de no acceder a las pretensiones de la demanda.

En este orden de ideas, la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto impugnado, Resolución No. 0924 de 2003 por la cual el proveído apelado amerita ser confirmado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 2 de julio de 2009, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Caldas negó las pretensiones de la demanda presentada por Marina Gutiérrez Gonzalez contra el Instituto de los Seguros Sociales.

⁸ Sentencia del 30 de enero de 1997, expediente 12589. En ese mismo sentido, sentencias del 25 de septiembre de 1997, expediente 8527 y del 28 de julio de 1995, expediente 7709.

⁹ Quien como se anotó no conformó la lista de elegibles para el cargo en el que fue designado

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
MONSALVE**

GERARDO ARENAS

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ