

POTESTAD REGLAMENTARIA – Limites

La jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, se ha referido al ejercicio debido y a los límites de dicha atribución. Al respecto, esta Sección señaló que la función que cumple el Gobierno con el ejercicio del poder reglamentario es la de complementar la ley, en la medida en que sea necesario para lograr su cumplida aplicación, cuando se requiera por ejemplo, precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella, con el propósito de permitir su ejecución, pero ello no conlleva la interpretación de los contenidos legislativos, como tampoco el modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene. Para el ejercicio de la atribución en cuestión, el ejecutivo debe limitarse a desarrollar la ley y subordinarse a su contenido, en ese orden, no le está dado introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones, ampliar o restringir el sentido de la ley, como tampoco puede suprimirla o modificarla ni reglamentar materias que estén reservadas a ella, pues excedería sus competencias e invadiría las asignadas por la Constitución al legislador. Igualmente, es importante precisar que no todas las leyes son susceptibles de ser reglamentadas. Para el efecto debe tenerse en cuenta lo siguiente: 1. Existen materias cuya regulación está reservada a la ley, caso en el cual, al legislador le corresponde desarrollarla de manera exclusiva. 2. Las leyes que deban ser ejecutadas por la administración no pueden ser objeto de regulación. 3. Cuando la ley ha sido formulada de manera tan detallada y los temas en ella contenidos han sido desarrollados en forma tan minuciosa, que en principio, no necesitaría de reglamentación.

GERENTE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Evaluación insatisfactoria / GERENTE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – Designación y reelección / CONCURSO DE MERITOS / PERIODO / PLAN DE GESTION – Ejecutado por el gerente durante su periodo / CAUSAL DE RETIRO DEL SERVICIO – Evaluación insatisfactoria / FACULTAD REGLAMENTARIA – El ejecutivo creo una causal de retiro del servicio al regular un asunto de reserva legal

el Decreto 357 del 8 de febrero de 2008, en el artículo 2.º, fijó los plazos para la presentación del plan de gestión, esto es, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la posesión como director o gerente de la ESE, y precisó que incumplir con tal actuación conducirá a la evaluación no satisfactoria, resultado que una vez se encuentre en firme acarreará el retiro, tal y como lo prevé el artículo 10 *ejusdem*, al señalar que dentro de los 5 días hábiles siguientes, la junta directiva deberá solicitar al nominador, con carácter obligatorio, la remoción del servidor. Adicionalmente, la evaluación del plan de gestión también repercutirá en la posibilidad de reelección en el cargo, pues solamente de ser satisfactoria, la junta directiva podrá hacer la proposición en tal sentido al nominador, a voces del artículo 11 *ibidem*. Ahora bien, la Corte Constitucional en la sentencia C-1088 de 2008 declaró la inexequibilidad del mencionado artículo 32 de la Ley 1151 de 2007, en el aparte «La evaluación insatisfactoria de dichos planes será causal de retiro del servicio del Director o Gerente para lo cual la Junta Directiva deberá solicitar al nominador y con carácter obligatorio para este la remoción del Gerente o Director aún sin terminar su período. La designación de un nuevo Gerente o Director se realizará conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, para el tiempo faltante conforme a los períodos institucionales fijados en dicho archivo.». En síntesis, aquella corporación consideró que tal disposición contenía una causal de retiro del servicio que conlleva una sanción de plano, sin que para el efecto le antecediera un debido proceso administrativo, situación que priva al interesado de una serie de garantías tales como la publicidad y celeridad del procedimiento, el

derecho de defensa y contradicción, la garantía del juez competente, etc., y que solo tienen sentido cuando se trata de la actividad sancionadora del Estado. (...) respecto de las conductas objeto de sanción, la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 192 de la Ley 100 de 1993, dejó perfectamente definido que la competencia para tipificarlas está en cabeza del legislador y no del Gobierno, tal y como se desprende del artículo 29 de la Carta, y el hecho de que el Ejecutivo se adscriba dicha atribución sin límite de tiempo y sin el cumplimiento del artículo 150-10 *ibidem*, no solo vulnera el principio de legalidad y debido proceso, sino que también se constituye en un *inadmisible* traslado de funciones legislativas al presidente de la República.

CALIFICACIÓN INSATISFACTORIA – Facultad reglamentaria / DEBIDO PROCESO – Vulneración / PLAN DE GESTIÓN – No presentación / RETIRO DEL SERVICIO – Sanción por calificación insatisfactoria

[L]a norma *sub judice* estuvo concebida para reglamentar la evaluación insatisfactoria como causal de retiro de los gerentes de las ESE, que había sido definida por el artículo 32 de la Ley 1151 de 2007, afectada por el vicio de inconstitucionalidad antes expuesto, el cual también afecta la disposición *sub examine*, pues contiene una sanción para sus destinatarios, esto es, la evaluación no satisfactoria, aspecto que de acuerdo con la ley que sirvió de sustento para su expedición conducía a su retiro, sin otorgar al evaluado la posibilidad de controvertir y exponer antes sus razones de defensa para no ser objeto de ella. Por lo anterior, se desvirtúa el argumento expuesto por el Ministerio de la Protección Social relacionado con que el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 dejó al reglamento la facultad de señalar los indicadores de evaluación para los gerentes de las empresas sociales del Estado y que fue precisamente esta la labor que se adelantó en el Decreto 357 de 2008, en el aparte del artículo 2.º acusado. Igualmente, debe anotarse que el artículo bajo estudio no se limitó a la labor de definir un indicador de evaluación, pues para el momento de su expedición, la norma consagraba que el resultado insatisfactorio de aquella acarrearía el retiro, lo que equivalía a que incurrir en la conducta de no presentar el plan de gestión dentro del plazo concedido conllevaba el retiro, antes de la terminación del periodo para el que fue designado lo que acarrea una sanción para los gerentes o directores de las empresas sociales del Estado, aspecto que como se vio es de reserva legal, en los términos del artículo 210 de la Constitución Política, tal y como lo señaló la sentencia del 23 de octubre de 2014, antes mencionada, con lo cual queda desvirtuada la presunción de legalidad del acto parcialmente acusado. Conclusión: El artículo 2.º del Decreto 357 de 2008 expedido por el Gobierno Nacional, excedió la facultad reglamentaria al establecer que si el gerente o director de la ESE no presenta el plan de gestión dentro de los 30 días siguientes a su posesión en el cargo, dará lugar a evaluación no satisfactoria. Lo anterior en razón a que dicho aparte genera consecuencias jurídicas como la permanencia, remoción o reelección del gerente o director de las empresas sociales del Estado, pues establece una causal de retiro, con vulneración del debido proceso, sin otorgar al evaluado la posibilidad de controvertir y exponer antes sus razones de defensa para no ser objeto de ella, y además, al definir una conducta que conduce a una sanción, incurre en extralimitación del ejercicio de la potestad reglamentaria al regular un aspecto que es de reserva legal, en los términos del artículo 210 de la Constitución Política, relativo a la responsabilidad de los gerentes o directores de las empresas sociales del Estado.

JUNTA DIRECTIVA DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Competencia para nombrar los gerentes / NOMBRAMIENTO DE GERENTE - Competencia

Sobre la elección y el nombramiento de los gerentes de las empresas sociales del Estado, es conveniente precisar que la Ley 10 del 10 de enero de 1990, en el parágrafo 3.º del artículo 19, señaló que la nominación de los directores científicos y los gerentes estaría a cargo del jefe de la administración local o seccional, de una terna propuesta por la junta directiva del respectivo hospital. En términos similares, la Ley 100 de 1993, en el artículo 192, indicó que los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, serían nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial que hubiere asumido los servicios de salud, de una terna presentada por la junta directiva, por períodos de 3 años prorrogables. Posteriormente, el Decreto 1892 del 3 de agosto de 1994, en el artículo 10, señaló que sería el jefe de la respectiva entidad territorial quien nombraría al director de hospital público o gerente de empresa social de salud de la terna que la Junta Directiva le haya remitido. Y por su parte, el Decreto 139 de 17 de enero de 1996, estableció en el artículo 2.º lo siguiente: «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 período fijo, nombrados por el Jefe de la Entidad Territorial respectiva, para un período mínimo de tres (3) años, prorrogables, [...] ». Posteriormente, la Ley 1122 de 2007, en el artículo 28 fijó el periodo de los directores de las empresas sociales del Estado en 4 años, los cuales accederían mediante concurso de méritos que debería efectuarse dentro de los tres meses siguientes al inicio del período del respectivo jefe de la entidad territorial, y si bien en el primer inciso no especifica quién haría el nombramiento, más adelante define que en caso de vacancia absoluta de dicho cargo, a menos de doce meses de terminar el período correspondiente, el presidente de la República o el jefe de la administración territorial a la que pertenece la ESE, designará gerente. En ese orden, al disponer el aparte demandado que el jefe de la entidad territorial puede aceptar la solicitud de reelección que le presente la junta directiva, no desconoce de manera alguna que la autoridad nominadora del gerente de la empresa social del Estado, es el jefe de la administración local o seccional según sea el caso. Conclusión: El artículo 11.º del Decreto 357 de 2008 expedido por el Gobierno Nacional no atribuyó al representante legal de las entidades territoriales una facultad que la ley concedió a la junta directiva de las empresas sociales del Estado en relación con el nombramiento de sus gerentes, pues claramente la facultad nominadora está en cabeza del jefe de la administración local o seccional según sea el caso.

FUENTE FORMAL: LEY 10 DE 1990 - ARTÍCULO 19 PARÁGRAFO 3 / DECRETO 1892 DE 1994 / LEY 1122 DE 2007 - ARTÍCULO 28 / LA LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 192

NORMA DEMANDADA: DECRETO 357 DE 2008 (8 de febrero) – ARTICULO 2 INCISO 2 – GOBIERNO NACIONAL (ANULADO) / DECRETO 357 DE 2008 (8 de febrero) – ARTICULO 11 INCISO 2 PARCIAL – GOBIERNO NACIONAL (NO NULO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., seis (6) de julio de dos mil diecisiete (2017).

SE. 45

Radicación número: 11001-03-24-000-2008-00390-00(0585-09)

Actor: FERNANDO QUIROGA BOTERO

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL¹ Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Acción pública: Nulidad parcial de los artículos 2.º y 11.º del Decreto 357 del 8 de febrero de 2008 Por medio del cual se reglamenta la evaluación y reelección de Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial

Trámite en vigencia del Decreto 01 de 1984.

La Sala decide la acción pública de nulidad promovida por el señor Fernando Quiroga Botero en contra de unos apartes de los artículos 2.º y 11.º del Decreto 357 del 8 de febrero de 2008², expedido por el Gobierno Nacional³.

ANTECEDENTES

El señor Fernando Quiroga Botero, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad simple consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandó ante esta Corporación la nulidad parcial de los artículos 2.º y 11.º del Decreto 357 del 8 de febrero de 2008, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual reglamentó la evaluación y reelección de gerentes o directores de las empresas sociales del Estado del orden territorial, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial, de las conferidas en el numeral 11.º del artículo 189 de la Constitución Política y en los artículos 32 de la Ley 1151 de 2007 y 28 de la Ley 1122 de 2007.

El tenor literal de las normas demandadas es el que se subraya a continuación:

ARTÍCULO 2o. PRESENTACIÓN DEL PLAN DE GESTIÓN.

El Director o Gerente de la Empresa Social del Estado deberá presentar el plan de gestión de la misma, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a su posesión como Director o Gerente. El Director o Gerente que hubiere tomado posesión con anterioridad a la publicación del

¹ El Ministerio de la Protección Social fue escindido por virtud del artículo 6.º de la Ley 1444 del 4 de mayo de 2011 *Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones*, y en el artículo 9.º creó el hoy Ministerio de Salud y Protección Social.

² Por medio del cual se reglamenta la evaluación y reelección de gerentes o directores de las empresas Sociales del Estado del orden territorial.

³ Fue suscrito por el presidente de la República, el ministro de la Protección Social y el director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

presente decreto, deberá presentar el plan de gestión respectivo dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto.

La no presentación del plan de gestión dentro del plazo señalado en el presente decreto dará lugar a evaluación no satisfactoria.

ARTÍCULO 11. EVALUACIÓN PARA REELECCIÓN DEL DIRECTOR O GERENTE.

Los Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando se haya realizado la evaluación correspondiente del plan de gestión conforme a lo señalado en el presente decreto y la misma haya sido satisfactoria.

Si los resultados de la evaluación son satisfactorios, la Junta Directiva, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la evaluación, podrá proponer al nominador la reelección del Director o Gerente. El jefe de la entidad territorial, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud podrá aceptar la reelección o negarla. En este último caso, deberá solicitar a la Junta Directiva que proceda con el concurso.

[...]

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 113, 150 numerales 1.º y 2.º y 189 numeral 11.º de la Constitución Política y 28 inciso 2.º de la Ley 1122 de 2007.

Como concepto de vulneración expuso que con la expedición de las normas demandadas, se excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria, particularmente de lo previsto por el artículo 32 de la Ley 1151 de 24 de julio de 2007⁴ en atención a lo siguiente:

Los artículos 10 y 11 del Decreto 357 de 2008 señalaron que la evaluación no satisfactoria sería causal de remoción del gerente o director de la empresa social del Estado, aunque no hubiere terminado el período. Por su parte, el inciso 2.º del artículo 2.º dispuso que la no presentación del plan de gestión dentro del plazo señalado daría lugar a la evaluación no satisfactoria, lo que implica instituir una sanción no contemplada en la ley, por cuanto el hecho de no presentar el plan de gestión dentro del término señalado da lugar a la evaluación no satisfactoria y esta, a su vez, a la remoción del cargo del gerente o director.

Adicionalmente expuso que el artículo 11 al disponer que el jefe de la entidad territorial podrá aceptar o negar la reelección, crea una situación jurídica distinta a la contenida en la norma que reglamenta, esto es, en el inciso 2.º del artículo 28 de la Ley 1122 del 9 de enero de 2007⁵, la cual previó que dicha facultad es de los miembros de la Junta Directiva de la empresa social del Estado.

⁴ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010.

⁵ Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Finalmente sostuvo que la disposición legal que desarrolla, Ley 1122 de 2007, es suficientemente clara y no requería ser reglamentada.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

La parte demandante solicitó la suspensión provisional del inciso 2.º del artículo 2.º y del inciso 2.º del artículo 11 del Decreto 357 de 2008, la cual sustentó en los mismos argumentos expuestos en el concepto de violación de la demanda.

La Sección Segunda de esta Corporación a través de providencia del 11 de noviembre de 2010⁶ denegó el decreto de la medida, al considerar que no se puede establecer *prima facie* la vulneración de las normas invocadas puesto que se requiere el análisis de fondo del asunto, el cual es propio de la sentencia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Departamento Administrativo de la Función Pública (ff. 82 a 87)

El apoderado del Departamento Administrativo de la Función Pública intervino en defensa de la legalidad de las disposiciones acusadas. Al respecto señaló que analizado el contenido del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 frente a los artículos 2.º y 11.º del Decreto 357 de 2008 se concluye que el Gobierno Nacional no incurrió en exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino que se limitó a desarrollar la ley y, para tal efecto, estableció los requisitos para acceder a la reelección del director o gerente de la ESE, con las consecuencias lógicas que se desprenden cuando no se acreditan las exigencias establecidas.

Igualmente indicó que el artículo 28 de la referida Ley 1122 de 2007 consagra que el director o gerente de la empresa social del Estado podrá ser reelegido por una sola vez, cuando la junta así se lo proponga al nominador, y por esa razón no le asiste razón al actor, cuando expresa que la facultad de escoger si se hace o no una nueva designación no es del nominador sino de la junta directiva.

Ministerio de la Protección Social⁷ (ff. 97 a 107)

Como razones de defensa de la legalidad de las normas acusadas, en primer término, puso de presente que el artículo 32 de la Ley 1151 de 2007 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-1088 de 2008.

Por lo anterior, concluyó que el efecto de esa evaluación no satisfactoria será simplemente que la posibilidad de reelección desaparezca y precisó que la evaluación no satisfactoria del plan de gestión de los directores o gerentes de las ESE, ya no es causal de retiro del servicio, como consecuencia de la declaratoria de inexecutable referida.

Asimismo manifestó que el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 facultó al ejecutivo

⁶ Folios 47 a 53.

⁷ Hoy de Salud y Protección Social.

para reglamentar lo relativo a los indicadores de evaluación para los gerentes de las empresas sociales del Estado y es precisamente esta la labor que se adelantó en el Decreto 357 de 2008, en el aparte del artículo 2.º acusado.

En relación con el artículo 11 argumentó que el mismo artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 dispuso que los gerentes de las ESE podrán ser reelegidos por una sola vez cuando la junta directiva así lo proponga al nominador, mientras que la norma acusada señala que el jefe de la entidad territorial, que ejerce tal potestad de acuerdo con los artículos 195 y 197 de la Ley 100 de 1993, dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo de la sugerencia, podrá aceptar la reelección o negarla, y que en este último caso, deberá solicitarle a la junta directiva que proceda con el concurso.

Así las cosas, explicó que el aparte acusado simplemente deja claro quién es el nominador, y que las juntas directivas de las ESE tienen la facultad de proponerle a éste que reelija al gerente, siempre que cumpla con los indicadores de evaluación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ministerio de la Protección Social (ff. 110 a 115)

La apoderada del Ministerio de la Protección Social insistió en las razones por las cuales estima que las normas demandadas deben mantener su legalidad. En síntesis, señaló que en los apartes acusados se establece un indicador de evaluación en cumplimiento del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, y que como efecto de la sentencia C-1088 de 2008, la evaluación no satisfactoria del plan de gestión ya no es causal de retiro del servidor.

Departamento Administrativo de la Función Pública (ff. 116 y 117)

En esta instancia procesal se remitió a lo expuesto en la contestación de la demanda, con el objeto de oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Segunda Delegada ante esta corporación rindió concepto en el cual solicitó acceder a las pretensiones de la demanda. Para el efecto, sostuvo que el decreto parcialmente enjuiciado reprodujo el contenido del artículo 32 de la Ley 1151 de 2007, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-1088 del 5 de noviembre de 2008, pero con una consecuencia diferente que consiste en la inhabilidad para ser reelegido, por el simple hecho de no presentar dentro de los 30 días siguientes a su posesión el plan de gestión, sin siquiera un procedimiento para imponer tal sanción.

A lo anterior agregó que la institución de faltas y el procedimiento para imponerlas son asuntos de reserva legal, por tanto la norma acusada incurrió en exceso de la

potestad reglamentaria.

Sobre la competencia para el nombramiento del gerente de la ESE, le concedió la razón al Ministerio de la Protección Social, que afirmó que en los términos de la Ley 100 de 1993 dicha atribución recae en el jefe de la respectiva entidad territorial, el que está obligado a reelegir a quien luego de haber superado un concurso de méritos, realizó una labor que la Junta Directiva considera satisfactoria.

CONSIDERACIONES

Cuestión previa

A fin de entrar a analizar el fondo del asunto, es necesario previamente examinar los antecedentes relacionados con las normas demandadas, respecto de las cuales se evidencia que existen pronunciamientos emitidos por la Sección Segunda de esta Corporación, que pueden constituir cosa juzgada.

Breve alusión a la cosa juzgada

Sobre el particular, conviene precisar que dicha figura es una institución jurídico procesal en virtud de la cual las decisiones contenidas en una sentencia y otras providencias judiciales tienen el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, ello con la finalidad de lograr la terminación definitiva de controversias, en aras de buscar la seguridad jurídica⁸.

En relación con el alcance y los efectos de la cosa juzgada, el tratadista Devis Echandia precisó:

«En materia civil, laboral y contencioso-administrativo, no significa la cosa juzgada que la parte favorecida adquiera esa certeza definitiva e inmutable frente a todo el mundo, porque su fuerza vinculativa se limita a quienes fueron partes iniciales e intervinientes en el proceso en que se dictó y a sus causahabientes. Es el efecto relativo de la cosa juzgada, que todas las legislaciones aceptan como norma general y que sólo tiene limitadas excepciones para los casos en que expresamente la ley le otorga valor *erga omnes*.[...]»⁹

Así pues, el Código Contencioso Administrativo en el artículo 175 señala que la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tiene efectos de cosa juzgada *erga omnes*, lo mismo sucede con la que niegue la nulidad «pero sólo en relación con la causa *petendi* juzgada».

Ahora bien, para concluir si se presenta el fenómeno de la cosa juzgada respecto

⁸ En este sentido ver entre otras, las sentencias del Consejo de Estado, Sección Segunda, del 28 de febrero de 2013, radicación: 11001-03-25-000-2007-00116-00(2229-07) Actor: Luz Beatriz Pedraza Bernal, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, y de la Corte Constitucional C-259 de 2015, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal Teoría General del Proceso Tomo I, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, 13 ed, 1994. p 498, ISBN 958-9276-51-2.

de un pronunciamiento anterior, que negó la nulidad, es preciso verificar los siguientes requisitos:

- a) **Identidad de partes:** Al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculados y obligados. Sin embargo, al tratarse de una acción de simple nulidad conviene indicar que dado su carácter público, puede ser interpuesta por cualquier persona, pues su finalidad comprende el interés general. En esta medida, en lo que atañe a la cosa juzgada, no es necesario que se presente identidad absoluta de partes.
- b) **Identidad de *causa petendi*:** La demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. De presentarse nuevos elementos, al juez solamente le está dado analizar los nuevos supuestos.
- c) **Identidad de objeto:** Deben versar sobre la misma pretensión.

Análisis de la cosa juzgada en el caso concreto.

La Sala advierte que en anteriores oportunidades se ha pronunciado sobre la legalidad de algunos artículos del Decreto 357 de 2008. En lo relevante al particular, la Sección en la sentencia del 23 de octubre de 2014¹⁰, estudió la legalidad del artículo 11 que en esta oportunidad se demanda parcialmente, por esa razón se confrontarán los apartes acusados, así como los argumentos expuestos en aquella providencia, y los que en esta oportunidad han sido presentados, con el fin de determinar si existe identidad entre ellos.

Proceso	0585-2009 Presente proceso	0819-2010 Sentencia del 23 de octubre de 2014
---------	-------------------------------	--

¹⁰ Sección Segunda, sentencia del 23 de octubre de 2014, radicación: 11001-03-24-000-2008-00408-00(0819-10), actor: Jhon Alexander López Martínez, CP: Bertha Lucia Ramírez de Páez.

Norma demandada (aparte destacado)	Artículo 11. Evaluación para reelección del Director o Gerente. Los Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando se haya realizado la evaluación correspondiente del plan de gestión conforme a lo señalado en el presente decreto y la misma haya sido satisfactoria. Si los resultados de la evaluación son satisfactorios, la Junta Directiva, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la evaluación, podrá proponer al nominador la reelección del Director o Gerente. El jefe de la entidad territorial, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud podrá aceptar la reelección o negarla. En este último caso, deberá solicitar a la Junta Directiva que proceda con el concurso. [...]	Artículo 11. Evaluación para reelección del Director o Gerente. Los Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando se haya realizado la evaluación correspondiente del plan de gestión conforme a lo señalado en el presente decreto y la misma haya sido satisfactoria. Si los resultados de la evaluación son satisfactorios, la Junta Directiva, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la evaluación, podrá proponer al nominador la reelección del Director o Gerente. El jefe de la entidad territorial, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud podrá aceptar la reelección o negarla. En este último caso, deberá solicitar a la Junta Directiva que proceda con el concurso. Parágrafo transitorio. Si Durante los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto, se tramita la reelección de Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado que hayan sido objeto de convenios de desempeño suscritos entre las Entidades Territoriales y/o las Empresas Sociales del Estado y el Ministerio de la Protección Social, la Junta Directiva deberá previamente proceder a la evaluación de su gestión, teniendo como insumo las metas y compromisos establecidos en la matriz de condonabilidad que hace parte integral de dichos convenios en lo relacionado con la gestión de la empresa. Si los resultados de la evaluación son satisfactorios la Junta Directiva podrá proponer al nominador la reelección del Director o Gerente y este podrá aceptarla o negarla en los términos establecidos en el presente artículo.
--	---	--

Cargo	El artículo 11.º del Decreto 357 de 2008 expedido por el Gobierno Nacional atribuyó al representante legal de las entidades territoriales una facultad que la ley le concedió a la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado en relación con el nombramiento de sus gerentes.	La reglamentación cuestionada es una usurpación de funciones por el Gobierno Nacional ya que de ella se desprenden consecuencias jurídicas como la permanencia, remoción o reelección del Gerente o Director de las Empresas Sociales del Estado, lo cual solo puede ser reglado por el Estado mediante ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 150 numeral 7.º y 23.º de la Constitución Política. De otro lado, al establecer la forma de evaluación de los gerentes por parte de las Juntas Directivas, el Gobierno está creando exigencias básicas y esenciales para el ejercicio de la dirección o gerencia de las E.S.E y, además, limita el ejercicio de las competencias de las entidades territoriales para la reglamentación de la evaluación de estos funcionarios de las empresas sociales del Estado, dado que tendrían que tener en cuenta las restricciones contempladas en el Decreto 357 de 2008. Así mismo, limita la autonomía de la Juntas Directivas de las ESE al indicar el procedimiento para calificar y evaluar la gestión de los gerentes y directores e impone obligaciones no previstas en la ley como la elaboración de acuerdos donde conste la calificación y su envío al Departamento o Distrito, y, si lo omiten contempla sanciones.
-------	--	--

Del cuadro anterior se evidencia que el aparte normativo que en esta oportunidad se acusa no fue objeto de demanda en la providencia del 2014, además, no se presenta identidad entre los cargos propuestos y los que ahora se formulan contra el artículo 11 del Decreto 357 de 2008. En ese sentido, se observa que en el *sub judice* el accionante plantea una controversia relacionada con quién es la autoridad nominadora de los gerentes de las empresas sociales del Estado. Por su parte, en la sentencia del 23 de octubre de 2014 el cargo consistió en el exceso de la potestad reglamentaria derivado de las consecuencias jurídicas como la permanencia, retiro o reelección del mismo funcionario, al establecer la forma de evaluación, lo cual solo puede ser reglado por el Estado mediante ley, razón suficiente para concluir que no opera la cosa juzgada.

Conclusión: En el presente asunto no se configura la cosa juzgada comoquiera que en la sentencia del 23 de octubre de 2014, que se pronunció sobre la legalidad del artículo 11 del Decreto 357 de 2008, el aparte demandado es distinto y el cargo formulado es diferente al que en esta oportunidad se plantea. Por lo tanto es preciso efectuar un pronunciamiento de fondo.

Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta sentencia se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿El artículo 2.º del Decreto 357 de 2008 expedido por el Gobierno Nacional, excedió la facultad reglamentaria al establecer que si el gerente o director de la ESE no presenta el plan de gestión dentro de los 30 días siguientes a su posesión en el cargo, dará lugar a evaluación no satisfactoria, por generar consecuencias jurídicas como la permanencia, remoción o reelección del gerente o director de las empresas sociales del Estado, materia que solo puede ser reglada por el Estado mediante ley?
2. ¿El artículo 11.º del Decreto 357 de 2008 expedido por el Gobierno Nacional atribuyó al representante legal de las entidades territoriales una facultad que la ley otorgó a la Junta Directiva de las empresas sociales del Estado en relación con el nombramiento de sus gerentes?

Límites de la potestad reglamentaria

El artículo 189, ordinal 11, de la Constitución Política dispone que le corresponde al presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la ejecución de las leyes.

La jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional¹¹ como del Consejo de Estado, se ha referido al ejercicio debido y a los límites de dicha atribución. Al respecto, esta Sección señaló que la función que cumple el Gobierno con el ejercicio del poder reglamentario es la de complementar la ley, en la medida en que sea necesario para lograr su cumplida aplicación, cuando se requiera por ejemplo, precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella, con el propósito de permitir su ejecución, pero ello no conlleva la interpretación de los contenidos legislativos, como tampoco el modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene¹².

Para el ejercicio de la atribución en cuestión, el ejecutivo debe limitarse a desarrollar la ley y subordinarse a su contenido, en ese orden, no le está dado introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones, ampliar o restringir el sentido de la ley, como tampoco puede suprimirla o modificarla ni reglamentar materias que estén reservadas a ella, pues excedería sus competencias e invadiría las asignadas por la Constitución al legislador.

¹¹ Ver, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-1005 de 2008 y C-302 de 1999.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de octubre de 2010, Radicación 11001-03-25-000-2005-00125-00(5242-05), Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado, C.P.: Alfonso Vargas Rincón.

Igualmente, es importante precisar que no todas las leyes son susceptibles de ser reglamentadas. Para el efecto debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. Existen materias cuya regulación está reservada a la ley, caso en el cual, al legislador le corresponde desarrollarla de manera exclusiva.
2. Las leyes que deban ser ejecutadas por la administración no pueden ser objeto de regulación.
3. Cuando la ley ha sido formulada de manera tan detallada y los temas en ella contenidos han sido desarrollados en forma tan minuciosa, que en principio, no necesitaría de reglamentación.

De otra parte, es importante señalar que a pesar de que en la acción de simple nulidad se ejerce el control de legalidad de la norma reglamentaria, también es cierto que, de encontrar que el reglamento no se ajusta a los preceptos constitucionales, aunque en apariencia se ajuste a la que le sirve de fundamento, habrá de declararse su nulidad, habida cuenta de que el ejercicio de la potestad reglamentaria no solo está atado a la ley que desarrolla, sino también, a los postulados superiores contenidos en la Constitución Política¹³, así como a los fines del Estado Social de Derecho¹⁴, a los cuales no puede ser ajeno en el ejercicio de sus funciones.

Primer problema jurídico

¿El artículo 2.º del Decreto 357 de 2008 expedido por el Gobierno Nacional, excedió la facultad reglamentaria al establecer que si el gerente o director de la ESE no presenta el plan de gestión dentro de los 30 días siguientes a su posesión en el cargo, dará lugar a evaluación no satisfactoria, por generar consecuencias jurídicas como la permanencia, remoción o reelección del gerente o director de las empresas sociales del Estado, materia que solo puede ser reglada por el Estado mediante ley?

La parte demandante señaló que la evaluación no satisfactoria se presenta como una sanción que impone el Gobierno en la norma reglamentaria, lo cual se desprende del hecho de que los artículos 10 y 11 del mismo decreto establecen que es causal de remoción del gerente aunque no hubiere terminado su período, aspecto frente al cual es necesario realizar las siguientes precisiones:

La evaluación insatisfactoria como causal de retiro para los gerentes de las empresas sociales del Estado

La Ley 1122 del 9 de febrero de 2007¹⁵ dispuso sobre la designación y reelección de los gerentes de las empresas sociales del Estado lo siguiente:

¹³ Artículo 6.º de la Constitución Política.

¹⁴ Artículo 2.º *ibidem*.

¹⁵ Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Artículo 28. De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado.

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente¹⁶. 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 o¹⁷ 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 1° de abril de 2012 y todos los gerentes de las ESE nacionales iniciarán períodos iguales el 7 de noviembre de 2010.

Nótese cómo en relación con los indicadores de evaluación, el artículo transcrito,

¹⁶ 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.

¹⁷ Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-957 de 2007.

solamente hace referencia a la posibilidad de reelección que tienen los gerentes de este tipo empresas cuando cumplan con tales indicadores y la junta directiva así lo proponga al nominador.

Por su parte, la Ley 1151 del 24 de julio de 2007¹⁸, en el artículo 32¹⁹, definió que las juntas directivas de las instituciones públicas prestadoras del servicio de salud evaluarían el plan de gestión que sería ejecutado por el gerente durante su período, el cual debía contener, entre otros aspectos, las metas de gestión y resultados relacionados con la viabilidad financiera, la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios, así como las metas y compromisos incluidos en los convenios suscritos con la Nación o la entidad territorial si los hubiere.

Dicha norma estableció que si el plan presentado era objeto de evaluación insatisfactoria se constituiría en causal de retiro del gerente aunque no hubiera terminado su período, para el efecto, la junta directiva debería solicitar al nominador con carácter obligatorio la remoción del mencionado funcionario, y posteriormente se realizaría la designación del nuevo gerente en los términos del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

Claramente el artículo en comento estableció como causal de retiro del gerente de la empresa social del Estado la evaluación insatisfactoria del plan de gestión.

A su vez, el Decreto 357 del 8 de febrero de 2008, en el artículo 2.º, fijó los plazos para la presentación del plan de gestión, esto es, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la posesión como director o gerente de la ESE, y precisó que incumplir con tal actuación conducirá a la evaluación no satisfactoria, resultado que una vez se encuentre en firme acarreará el retiro, tal y como lo prevé el artículo 10²⁰ *ejusdem*, al señalar que dentro de los 5 días hábiles siguientes, la junta directiva deberá solicitar al nominador, con carácter obligatorio, la remoción del servidor.

Adicionalmente, la evaluación del plan de gestión también repercutirá en la posibilidad de reelección en el cargo, pues solamente de ser satisfactoria, la junta directiva podrá hacer la proposición en tal sentido al nominador, a voces del

¹⁸ Por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010.

¹⁹ **ARTÍCULO 32.** Las Juntas Directivas de las Instituciones Públicas Prestadoras de Servicios de Salud deben definir y evaluar el Plan de Gestión para ser ejecutado por el Director o Gerente durante el período para el cual fue designado. Dicho Plan contendrá entre otras las metas de gestión y resultados relacionados con la viabilidad financiera, la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios y las metas y compromisos incluidos en convenios suscritos con la Nación o la entidad territorial si los hubiere. La evaluación insatisfactoria de dichos planes será causal de retiro del servicio del Director o Gerente para lo cual la Junta Directiva deberá solicitar al nominador y con carácter obligatorio para este la remoción del Gerente o Director aun sin terminar su período. La designación de un nuevo Gerente o Director se realizará conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, para el tiempo faltante conforme a los períodos institucionales fijados en dicho archivo.

²⁰ «**Artículo 10.** Retiro del servicio de los Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Una vez en firme el resultado insatisfactorio de la evaluación ordinaria o extraordinaria, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, la Junta Directiva deberá solicitar al nominador, con carácter obligatorio para este, la remoción del Gerente o Director aún sin terminar su período. La designación de un nuevo Gerente o Director, para el tiempo faltante conforme a los períodos institucionales, se realizará atendiendo lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 o la norma que la modifique, adicione o sustituya».

artículo 11 *ibidem*.

Ahora bien, la Corte Constitucional en la sentencia C-1088 de 2008 declaró la inexequibilidad del mencionado artículo 32 de la Ley 1151 de 2007, en el aparte «La evaluación insatisfactoria de dichos planes será causal de retiro del servicio del Director o Gerente para lo cual la Junta Directiva deberá solicitar al nominador y con carácter obligatorio para este la remoción del Gerente o Director aún sin terminar su período. La designación de un nuevo Gerente o Director se realizará conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, para el tiempo faltante conforme a los períodos institucionales fijados en dicho archivo.».

En síntesis, aquella corporación consideró que tal disposición contenía una causal de retiro del servicio que conlleva una sanción de plano, sin que para el efecto le antecediera un debido proceso administrativo, situación que priva al interesado de una serie de garantías tales como la publicidad y celeridad del procedimiento, el derecho de defensa y contradicción, la garantía del juez competente, etc., y que solo tienen sentido cuando se trata de la actividad sancionadora del Estado.

En atención al anterior pronunciamiento, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia del 23 de octubre de 2014²¹, anteriormente mencionada, al conocer de una demanda de nulidad en contra de varios artículos del Decreto 357 de 2007, dentro de ellos del artículo 10, estimó que al ser este una reproducción del artículo 32 de la Ley 1151 de 2007 debía ser declarado nulo.

Esta última providencia expuso razonamientos adicionales para adoptar esa decisión, consistentes en que las causales de retiro del servicio, el ingreso, permanencia y evaluación hacen parte del régimen jurídico de los empleados en general y por ende de su estructura orgánica. En materia de salud, la Constitución Política en el artículo 210, previó que la ley establecería el régimen jurídico de las entidades descentralizadas así como la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes. En consecuencia, el régimen de responsabilidades es una materia de reserva legal.

Asimismo, respecto de las conductas objeto de sanción, la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 192 de la Ley 100 de 1993²², dejó perfectamente definido que la competencia para tipificarlas está en cabeza del legislador y no del Gobierno, tal y como se desprende del artículo 29 de la Carta, y el hecho de que el Ejecutivo se adscriba dicha atribución sin límite de tiempo y sin el cumplimiento del artículo 150-10 *ibidem*, no solo vulnera el principio de legalidad y debido proceso, sino que también se constituye en un *inadmisibile* traslado de funciones legislativas al presidente de la República.

En ese orden, al prever el artículo 10.º del Decreto 357 de 2008 una causal de retiro por la valoración insatisfactoria de los directores o gerentes de las empresas

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 23 de octubre de 2014, radicación: 11001-03-24-000-2008-00408-00(0819-10), actor: Jhon Alexander López Martínez, consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez.

²² En las sentencias C-953 de 2007 y C-665 de 2000.

sociales del Estado, el Ejecutivo creó una causal de exclusión del servicio, actuación que excede su facultad reglamentaria al regular un asunto de reserva legal.

Más adelante, la Ley 1438 del 19 de enero de 2011²³ en el artículo 72 dispuso que la evaluación insatisfactoria del plan de gestión sería causal de retiro²⁴, sin embargo, en esta oportunidad se reguló que para ello se debería adelantar el proceso que la misma ley estableció en el artículo 74, así:

ARTÍCULO 74. EVALUACIÓN DEL PLAN DE GESTIÓN DEL DIRECTOR O GERENTE DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL ORDEN TERRITORIAL. Para la evaluación de los planes de gestión, se deberá dar cumplimiento al siguiente proceso:

74.1 El Director o Gerente de la Empresa Social del Estado del orden territorial deberá presentar a la Junta Directiva un informe anual sobre el cumplimiento del plan de gestión, el cual deberá ser presentado a más tardar el 1.º de abril de cada año con corte al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior. Los contenidos del informe y de la metodología serán definidos por el Ministerio de la Protección Social.

74.2 La Junta Directiva deberá evaluar el cumplimiento del plan de gestión del Director o Gerente, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación del informe de gestión.

74.3 Los resultados de la evaluación se harán constar en un acuerdo de la Junta Directiva, debidamente motivado, el cual se notificará al Director o Gerente quien podrá interponer recurso de reposición ante la Junta Directiva dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

74.4 La decisión de la Junta Directiva tendrá recurso de reposición ante la misma junta y de apelación en el efecto suspensivo, ante el Superintendente Nacional de Salud, para resolver dichos recursos se contará con un término de quince días (15) hábiles.

74.5 Una vez cumplido el proceso establecido en el presente artículo y en firme el resultado de la evaluación y esta fuere insatisfactorio dicho resultado será causal de retiro del servicio del Director o Gerente, para lo cual la Junta Directiva dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a haber quedado en firme el resultado de la evaluación, deberá solicitar al nominador con carácter obligatorio para este, la remoción del Director o Gerente aun sin terminar su período, para lo cual el nominador deberá expedir el acto administrativo correspondiente dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, contra este acto procederán los recursos de ley.

74.6 La no presentación del proyecto de plan de gestión o del informe de cumplimiento del plan de gestión dentro de los plazos señalados en la presente norma, conllevará a que la

²³ Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

²⁴ En este sentido la norma textualmente dispone: «[...] La evaluación insatisfactoria de dichos planes será causal de retiro del servicio del Director o Gerente para lo cual se deberá adelantar el proceso que establezca en la presente ley.[...]»

Superintendencia Nacional de Salud, en los términos y plazos establecidos para tal fin, produzca de manera inmediata la evaluación no satisfactoria, la cual será causal de retiro. (Negrillas de la Sala)

Posteriormente, la Ley 1797 del 13 de julio de 2016²⁵ reguló en el artículo 20 que dentro del periodo para el cual hubiere sido elegido el gerente o director solamente podrá ser retirado del cargo con fundamento en una evaluación insatisfactoria del plan de gestión, la cual se realizaría en los términos de la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, o también por destitución o por orden judicial.

Análisis del inciso 2.º del artículo 2 del Decreto 357 de 2008

a.) Vigencia de la norma

En primer lugar se precisa que la declaratoria de inexecuibilidad parcial del artículo 32 de la Ley 1151 de 2007, implicó no solo que desapareció el fundamento de derecho de la disposición acusada en esta oportunidad, lo que no obsta para proferir un pronunciamiento sobre la legalidad de la norma bajo examen, toda vez que este hecho no enerva su presunción de legalidad.

En este sentido, el Consejo de Estado ha sostenido²⁶ que aquella situación no vicia de nulidad el acto, ni impide que sea demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues sigue amparado por la presunción de legalidad, «[...] su enjuiciamiento debe efectuarse con base en los fundamentos de hecho y de derecho existentes en el momento de su expedición; máxime si se considera que sólo el fallo de nulidad, al producir efectos ex tunc, desvirtúa la presunción de legalidad que los acompañó mientras produjeron efectos. [...]»²⁷.

Además, observa la Sección que después del pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-1088 de 2008, en relación con la evaluación insatisfactoria de los planes de gestión como causal de retiro del servicio del director o gerente de la ESE, la materia ya fue regulada por las Leyes 1438 del 19 de enero de 2011²⁸, en el artículo 72, y 1797 del 13 de julio de 2016 en el artículo 20.

²⁵ Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

²⁶ Sobre el particular ver las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 1 de agosto de 1991, Rad. 949, C.P. Miguel González Rodríguez, y de la Sección Tercera, sentencia del 5 de julio de 2006, Radicación: 25000-23-26-000-1999-00482-01(21051), Actor: Municipio de Puerto Boyacá, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio; sentencias del 10 de marzo de 2011, exp. 13857 C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Sección Tercera; 10 de mayo de 2012 exp. 00353-01 C.P. María Claudia Rojas Lasso, Sección Primera; 12 de octubre de 2006, exp. 14438 C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié, Sección Cuarta; 3 de agosto de 2000, exp. 5722, C.P. Olga Inés Navarrete, Sección Primera y del 3 de febrero de 2010, exp. 19526, C.P. Ruth Stella Correa, Sección Tercera.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 10 de marzo de 2011, Radicación: 11001-03-24-000-2004-00380-01, Actor: Álvaro Restrepo Valencia, C.P.: María Claudia Rojas Lasso.

²⁸ Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

b.) Contenido normativo

«La no presentación del plan de gestión dentro del plazo señalado en el presente decreto dará lugar a evaluación no satisfactoria.»

Claramente, la norma *sub judice* estuvo concebida para reglamentar la evaluación insatisfactoria como causal de retiro de los gerentes de las ESE, que había sido definida por el artículo 32 de la Ley 1151 de 2007, afectada por el vicio de inconstitucionalidad antes expuesto, el cual también afecta la disposición *sub examine*, pues contiene una sanción para sus destinatarios, esto es, la evaluación no satisfactoria, aspecto que de acuerdo con la ley que sirvió de sustento para su expedición conducía a su retiro, sin otorgar al evaluado la posibilidad de controvertir y exponer antes sus razones de defensa para no ser objeto de ella.

Por lo anterior, se desvirtúa el argumento expuesto por el Ministerio de la Protección Social²⁹ relacionado con que el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 dejó al reglamento la facultad de señalar los indicadores de evaluación para los gerentes de las empresas sociales del Estado y que fue precisamente esta la labor que se adelantó en el Decreto 357 de 2008, en el aparte del artículo 2.º acusado.

Igualmente, debe anotarse que el artículo bajo estudio no se limitó a la labor de definir un indicador de evaluación, pues para el momento de su expedición, la norma consagraba que el resultado insatisfactorio de aquella acarrearía el retiro, lo que equivalía a que incurrir en la conducta de no presentar el plan de gestión dentro del plazo concedido conllevaba el retiro, antes de la terminación del periodo para el que fue designado lo que acarrea una sanción para los gerentes o directores de las empresas sociales del Estado, aspecto que como se vio es de reserva legal, en los términos del artículo 210 de la Constitución Política³⁰, tal y como lo señaló la sentencia del 23 de octubre de 2014, antes mencionada, con lo cual queda desvirtuada la presunción de legalidad del acto parcialmente acusado.

Conclusión:

El artículo 2.º del Decreto 357 de 2008 expedido por el Gobierno Nacional, excedió la facultad reglamentaria al establecer que si el gerente o director de la ESE no presenta el plan de gestión dentro de los 30 días siguientes a su posesión en el cargo, dará lugar a evaluación no satisfactoria.

Lo anterior en razón a que dicho aparte genera consecuencias jurídicas como la permanencia, remoción o reelección del gerente o director de las empresas sociales del Estado, pues establece una causal de retiro, con vulneración del debido proceso, sin otorgar al evaluado la posibilidad de controvertir y exponer antes sus razones de defensa para no ser objeto de ella, y además, al definir una conducta que conduce a una sanción, incurre en extralimitación del ejercicio de la

²⁹ Hoy de Salud y Protección Social.

³⁰ «[...] La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes.»

potestad reglamentaria al regular un aspecto que es de reserva legal, en los términos del artículo 210 de la Constitución Política, relativo a la responsabilidad de los gerentes o directores de las empresas sociales del Estado.

Segundo problema jurídico

¿El artículo 11.º del Decreto 357 de 2008 expedido por el Gobierno Nacional atribuyó al representante legal de las entidades territoriales una facultad que la ley otorgó a la junta directiva de las empresas sociales del Estado en relación con el nombramiento de sus gerentes?

El actor cuestiona quién es la autoridad nominadora de los gerentes o directores de las empresas sociales del Estado y sugiere que la norma demandada la atribuyó a la junta directiva de las empresas sociales del Estado.

Sobre la elección y el nombramiento de los gerentes de las empresas sociales del Estado, es conveniente precisar que la Ley 10 del 10 de enero de 1990³¹, en el párrafo 3.º del artículo 19, señaló que la nominación de los directores científicos y los gerentes estaría a cargo del jefe de la administración local o seccional, de una terna propuesta por la junta directiva del respectivo hospital.

En términos similares, la Ley 100 de 1993, en el artículo 192, indicó que los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, serían nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial que hubiere asumido los servicios de salud, de una terna presentada por la junta directiva, por períodos de 3 años prorrogables.

Posteriormente, el Decreto 1892 del 3 de agosto de 1994³², en el artículo 10, señaló que sería el jefe de la respectiva entidad territorial quien nombraría al director de hospital público o gerente de empresa social de salud de la terna que la Junta Directiva le haya remitido. Y por su parte, el Decreto 139 de 17 de enero de 1996³³, estableció en el artículo 2.º lo siguiente: «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 período fijo, nombrados por el Jefe de la Entidad Territorial respectiva, para un período mínimo de tres (3) años, prorrogables, [...] ».

Posteriormente, la Ley 1122 de 2007, en el artículo 28 fijó el periodo de los directores de las empresas sociales del Estado en 4 años, los cuales accederían mediante concurso de méritos que debería efectuarse dentro de los tres meses siguientes al inicio del período del respectivo jefe de la entidad territorial, y si bien

³¹ Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones.

³² Por el cual se establece el Sistema de Selección, Nombramiento y el Régimen Especial de Salarios y Estímulos de los cargos de Directores de Hospitales Públicos o Gerentes de Empresas Sociales de Salud del Nivel Territorial y se adiciona el Decreto 1335 de 1990.

³³ Por el cual se establecen los requisitos y funciones para los Gerentes de Empresas Sociales del Estado y Directores de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del sector público y se adiciona el Decreto número 1335 de 1990.

en el primer inciso no especifica quién haría el nombramiento, más adelante define que en caso de vacancia absoluta de dicho cargo, a menos de doce meses de terminar el período correspondiente, el presidente de la República o el jefe de la administración territorial a la que pertenece la ESE, designará gerente³⁴.

En ese orden, al disponer el aparte demandado que el jefe de la entidad territorial puede aceptar la solicitud de reelección que le presente la junta directiva, no desconoce de manera alguna que la autoridad nominadora del gerente de la empresa social del Estado, es el jefe de la administración local o seccional según sea el caso.

Conclusión:

El artículo 11.º del Decreto 357 de 2008 expedido por el Gobierno Nacional no atribuyó al representante legal de las entidades territoriales una facultad que la ley concedió a la junta directiva de las empresas sociales del Estado en relación con el nombramiento de sus gerentes, pues claramente la facultad nominadora está en cabeza del jefe de la administración local o seccional según sea el caso.

Decisión: Al concluirse que los apartes acusados sí incurre en el primero de los vicios alegados, la Sección Segunda del Consejo de Estado declarará la nulidad del inciso 2.º del artículo 2 del Decreto 357 de 2008 que prevé: «La no presentación del plan de gestión dentro del plazo señalado en el presente decreto dará lugar a evaluación no satisfactoria.» y se negarán las demás pretensiones.

Reconocimiento de personería

Se reconocerá personería a la doctora Luz Dary Moreno Rodríguez como apoderada de la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social, hoy del Trabajo, en los términos y para los efectos del poder conferido en el folio 187 del expediente.

Se reconocerá personería a la doctora Maia Valeria Borja Guerrero como apoderada del Departamento Administrativo de la Función Pública, en los términos y para los efectos de la sustitución efectuada a folio 175 del expediente.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

FALLA

Primero: Declárese la nulidad del inciso 2.º del artículo 2 del Decreto 357 de 2008

³⁴ Posteriormente la Ley 1438 de 2011, tampoco manifestó expresamente quién es la autoridad nominadora de dicho funcionario, la duda que hubiera podido surgir en ese sentido, quedó disipada con el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 al disponer «Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial. En el nivel nacional los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República [...]».

que prevé: «La no presentación del plan de gestión dentro del plazo señalado en el presente decreto dará lugar a evaluación no satisfactoria.».

Segundo: Deniéguense las demás pretensiones.

Tercero: Reconózcase personería a las doctoras Luz Dary Moreno Rodríguez y Maia Valeria Borja Guerrero como apoderadas de la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social y del Departamento Administrativo de la Función Pública, en los términos y para los efectos del poder conferido en el folio 187 y de la sustitución efectuada a folio 175 del expediente, respectivamente.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ