

EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Director de hospital publico / DIRECTOR DE HOSPITAL PUBLICO - El Nombramiento se debe realizar a través de terna presentada al gobernador del departamento / INSUBSISTENCIA DE EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - En ejercicio de la facultad discrecional / NOMBRAMIENTO DE DIRECTOR DE HOSPITAL PUBLICO - Por nombramiento ordinario sin proceso de selección a través de concurso de merito / DESVIACION DE PODER - No demostrado

Para la conformación de la terna se debe tener en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del cargo, aplicando para ello pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo. La competencia para designar a los gerentes o directores de las ESE es del Jefe del ente territorial quien para el caso, es el Gobernador del Departamento; el nombramiento se hace de una terna que debe presentar la Junta Directiva de la ESE, es decir, que le corresponde a dicha Junta conformar la terna, y enviarla al Gobernador del departamento, pero previo un proceso público de selección que se efectúa por parte de la ESE aunque no directamente, sino a través de universidades públicas o privadas o entidades expertas en selección de personal o mediante convenios de cooperación; igualmente, es la Junta Directiva quien determina los trámites para la realización del proceso público de selección. Si bien el artículo 5º del citado Decreto 3344, precisó que el proceso público para la conformación de las ternas no implica el cambio de la naturaleza jurídica del cargo a proveer, quien ha sido nombrado, mediante el proceso descrito anteriormente, aunque no goza de los beneficios contenidas en las normas de carrera administrativa, sí cuenta con una estabilidad relativa por ser un funcionario que ocupa un cargo de periodo, tiempo en el cual sólo puede ser removido *“cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética, según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa.* Lo anterior indica, que en el nombramiento y retiro del actor se ejerció la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, legalmente estatuida por el legislador para los propósitos que cumple la función pública. La singularidad de las circunstancias dentro de las que se ejerce el poder discrecional, obliga a apreciar desde diferentes perspectivas las razones del servicio que justifican la declaración de la voluntad administrativa al arbitrio de la autoridad pública para cada asunto en concreto, lo cual significa que dichas razones del servicio están circunscritas a los factores de oportunidad y conveniencia sujetos a la apreciación del operador público al momento de adoptar la decisión.

FUENTE FORMAL: LEY 90 DE 1990 - ARTICULO 26 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 192 / DECRETO REGLAMENTARIO 3340 DE 2009 - ARTICULO 1 / DECRETO REGLAMENTARIO 3340 DE 2009 - ARTICULO 2

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011)

Radicación número: 19001-23-31-000-2003-00678-01(1585-09)

Actor: BERNARDO JAVIER HINCAPIE GRANDA

Demandado: DIRECCIÓN DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL CAUCA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el 28 de mayo de 2009, denegatoria de las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el señor BERNARDO JAVIER HINCAPIE GRANDA, pidió al Tribunal declarar la nulidad de la Resolución No. 0188 de 31 de enero de 2003, expedida por el Director Departamental de Salud del Cauca, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Director de la Unidad I Cajibío, efectuado mediante acto administrativo de traslado según Resolución No. 4459 de 9 de noviembre de 2000.

A título de restablecimiento del derecho pidió que se ordene a la entidad demandada, su reintegro al cargo que ocupaba o a otro igual o de superior categoría; que se le reconozcan y paguen todas las sumas correspondientes a sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde la declaratoria de insubsistencia hasta cuando sea reincorporado al servicio; que se disponga que para todos los efectos legales no hubo solución de continuidad en la prestación de los servicios; y por último, que se le dé cumplimiento a la sentencia dentro del término establecido en los artículos 176 a 178 del C.C.A.

El apoderado de la parte actora, como **fundamentos de hecho**, manifestó que el demandante estuvo vinculado a la Dirección Departamental de Salud del Cauca desde el 1º de marzo de 1993, inicialmente como Médico Rural del Hospital de Corinto y después como Director de los Hospitales de Mercaderes, Piendamó, Corinto, Miranda y Cajibío.

Que el señor Hincapié fue un Director modelo, al punto que ejerció labores de asesoría a los Super Usuarios del Programa de Facturación de los municipios de Guapi, López, Micay y Timbiquí. No obstante, de forma sorpresiva el Director Departamental de Salud del Cauca, declaró insubsistente el nombramiento, mediante la resolución acusada, siendo reemplazado por el Médico Celimo Orlando Ortiz.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Citó como transgredidos los artículos 25, 26 y 53 de la Constitución Política; 26 del Decreto 2400 de 1968; 36 del Decreto 01 de 1984; 132, 295, 296 y 300 del Decreto Ley 1333 de 1986 y la Ley 78 de 1986.

Sostuvo que el acto viola los preceptos constitucionales, por cuanto no cumple con la verdadera función social del Estado de dar protección al trabajo. Es igualmente violatorio de las normas legales invocadas porque la Administración debía observar el procedimiento previo para desvincular a un funcionario de carrera y motivar el acto al menos en forma sumaria.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del ente demandado contestó oportunamente la demanda oponiéndose a sus pretensiones.

Advirtió que los cargos de Dirección en el sector de la salud se proveen a través de libre nombramiento y remoción, tal y como lo indica el artículo 26 de la Ley 10 de 1990.

Si bien el actor se vinculó a la entidad inicialmente como médico rural en una plaza para la prestación del servicio social obligatorio, después ejerció cargos de libre nombramiento y remoción, como Director de diversos centros de salud.

Por disposición legal, el cargo de Dirección que ocupaba el señor Bernardo Javier Hincapié Granda, es un cargo de libre nombramiento y remoción y no de carrera administrativa como erróneamente lo ha entendido la apoderada del actor. En consecuencia, era posible ejercer la facultad discrecional de la autoridad nominadora por motivos del buen servicio.

Finalmente, informó que el Doctor Celimo Orlando Ortiz, quien reemplazó al actor en el cargo de Director, posee basta experiencia para ejercer el empleo.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo del Cauca mediante sentencia del 28 de mayo de 2009, decidió negar las pretensiones de la demanda.

Analizó las pruebas recaudadas y concluyó que el cargo que ocupaba el demandante era de libre nombramiento y remoción y que el actor no se encontraba inscrito en carrera administrativa, razón por la cual no gozaba de ningún fuero de estabilidad relativa.

Sostuvo que la manifestación de apoyo de los declarantes, servidores de la entidad, relacionada con la gestión adelantada por el actor no es suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto de insubsistencia.

EL RECURSO

El apoderado del demandante apela la Sentencia de primera instancia, para que se revoque y, en su lugar, se acceda a las súplicas del libelo.

Argumenta que el cargo de Director que ocupaba el demandante es de carrera administrativa, porque dicho empleo no se encuentra en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, que contempla taxativamente los cargos de libre nombramiento y remoción.

Advierte que según el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, los Directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad *“sólo podrán ser removidos cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética, según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa.”* Por tanto, para declarar insubsistente al actor, era indispensable la concurrencia de un trámite previo, a la luz del cual se observaran faltas en el cumplimiento de sus funciones o la comisión de una falta disciplinaria.

Finalmente, manifestó que el Director Departamental de Salud del Cauca, que declaró la insubsistencia del nombramiento, nunca calificó el trabajo del actor, pues aquel contaba con escasos 8 días de posesionado, hecho que demuestra que la finalidad del acto no fue la de mejorar el servicio, sino otra distinta.

Se procede a decir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se debate en esta litis la nulidad de la Resolución No.0188 de 31 de enero de 2003 (fl. 2 cd. ppal.) por la cual el Director Departamental de Salud del Cauca, declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo

de Director de la Unidad Nivel I Cajibío, efectuado, mediante Resolución de traslado de 9 de noviembre de 2000.

El Tribunal Administrativo del Cauca, denegó las pretensiones de la demanda, en razón a que el cargo que ocupaba el demandante era de libre nombramiento y remoción y con las pruebas aportadas al proceso no se probó ninguna desviación de poder, pues la excelente gestión adelantada por el actor no es suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara esos actos de insubsistencia.

Contrario a lo anterior, el recurrente considera que el cargo de Director de Hospital Público, no es de libre nombramiento y remoción, sino de carrera, y que conforme al artículo 192 de la Ley 100 de 1993, quienes ocupan esos cargos *“sólo podrán ser removidos cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética, según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa.”*

El artículo 26 de de la Ley 10 de 1990, señala que para los servicios de salud en las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas los empleos de libre nombramiento y remoción, son, entre otros *“Los empleos que correspondan a funciones de dirección.”*

Ahora bien, el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, prescribe:

“Los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud, conforme a lo dispuesto en la Ley 60 de 1993 y a la reglamentación que al efecto expida el Gobierno Nacional, de terna que le presente la junta directiva, constituida según las disposiciones de la Ley 10 de 1990, por períodos mínimos de tres (3) años prorrogables. Sólo podrán ser removidos cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética, según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa.”

Por su parte, el Decreto Reglamentario No. 3340 de 20 de noviembre de 2003, dispone:

“Artículo 1º. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial conformará la terna de candidatos para la designación del gerente o director de dichas entidades de que trata el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, con las personas que sean escogidas mediante un proceso público abierto realizado de conformidad con lo establecido en el presente decreto” (subrayas no son del texto).

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

Como se ve, para la conformación de la terna se debe tener en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del cargo, aplicando para ello pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo.

El artículo 1º de la resolución No. 0739 de 5 de diciembre de 2003 expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, establece:

“Artículo 1º. Entidades encargadas del proceso. Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial determinarán los trámites pertinentes para la realización de los procesos de que trata el decreto 3344 de 2003, tendientes a seleccionar los aspirantes que harán parte de las listas mediante las cuales se conformaran las ternas para la designación de los gerentes o directores de dichas empresas.

El proceso, desde la recepción de inscripciones hasta la entrega de resultados definitivos, previos a la conformación de la terna, deberá ser adelantado por Universidades Públicas o Privadas con aprobación oficial o entidades expertas en selección de personal (...) (el subrayado no es del texto).

De lo anteriormente transcrito se tiene que la competencia para designar a los gerentes o directores de las ESE es del Jefe del ente territorial

quien para el caso, es el Gobernador del Departamento; el nombramiento se hace de una terna que debe presentar la Junta Directiva de la ESE, es decir, que le corresponde a dicha Junta conformar la terna, y enviarla al Gobernador del departamento, pero previo un proceso público de selección que se efectúa por parte de la ESE aunque no directamente, sino a través de universidades públicas o privadas o entidades expertas en selección de personal o mediante convenios de cooperación; igualmente, es la Junta Directiva quien determina los trámites para la realización del proceso público de selección.

Si bien el artículo 5º del citado Decreto 3344, precisó que el proceso público para la conformación de las ternas no implica el cambio de la naturaleza jurídica del cargo a proveer, quien ha sido nombrado, mediante el proceso descrito anteriormente, aunque no goza de los beneficios contenidas en las normas de carrera administrativa, sí cuenta con una estabilidad relativa por ser un funcionario que ocupa un cargo de periodo, tiempo en el cual sólo puede ser removido *“cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética, según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa.*

Aunque la reglamentación del artículo 192 de la Ley 100 de 1993, entró en vigencia el 20 de noviembre de 2003, después de ocurrida la insubsistencia del actor, la Sala debe definir si el nombramiento del actor como Director de la Unidad Nivel I de Cajibío, se hizo precedido de un concurso de méritos en cumplimiento del artículo 192 de la Ley 100 de 1993 o si fue mediante un nombramiento ordinario, dada la naturaleza del cargo, establecida en la Ley 10 de 1990.

A folio 3 del expediente se encuentra la certificación de los tiempos laborados por el actor, donde consta lo siguiente:

“MEDICO RURAL del Hospital de Corinto, desde el 1 de marzo de 1993 hasta el 8 de noviembre de 1994. Durante el tiempo comprendido entre el 2 de marzo de 1994 y el 8 de noviembre

de 1994 se le encargan las funciones de Director del hospital Corinto.

DIRECTOR del Hospital Mercaderes, desde el 9 de noviembre de 1994 hasta el 31 de enero de 1997.

DIRECTOR el Hospital Piendamó, desde el 1 de febrero de 1997 hasta el 30 de septiembre de 1998.

DIRECTOR del Hospital de Corinto, desde el 1 de octubre de 1998 hasta el 9 de noviembre de 2000. Durante el tiempo comprendido entre el 27 de junio al 13 de julio de 2000 se le encargan las funciones de Director del Hospital de Miranda.

DIRECTOR del Hospital de Cajibío, desde el 10 de noviembre de 2000 hasta el 31 de enero de 2003.

A folios 92, 110, 118, 143, 144 y 168 a 170, del cuaderno de pruebas obran los actos administrativos de encargo, nombramiento y traslado como Director de los Hospitales de Mercaderes, Cajibío, Miranda, Corinto y Piendamó. Todos ellos, firmados por el Director de Salud del Cauca y no por el Gobernador del Departamento. En el mismo cuaderno, reposan todos los antecedentes de la Hoja de vida del actor, sin ninguna referencia a proceso alguno de selección, ni concurso de méritos.

Lo anterior indica, que en el nombramiento y retiro del actor se ejerció la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, legalmente estatuida por el legislador para los propósitos que cumple la función pública.

La singularidad de las circunstancias dentro de las que se ejerce el poder discrecional, obliga a apreciar desde diferentes perspectivas las razones del servicio que justifican la declaración de la voluntad administrativa al arbitrio de la autoridad pública para cada asunto en concreto, lo cual significa que dichas razones del servicio están circunscritas a los factores de oportunidad y conveniencia sujetos a la apreciación del operador público al momento de adoptar la decisión.

De modo que si el ejercicio de la atribución discrecional resulta inoportuno o inconveniente porque se aparta del cumplimiento de la finalidad pública, se configura una falla en el proceso de declaración de la voluntad de la autoridad administrativa, denominada por la doctrina como desviación de poder.

Para demostrar tal hecho, el demandante pretende probar con sus excelentes calidades profesionales que era un funcionario eficiente y de buen rendimiento. Sin embargo, éstos son argumentos que “per se” no prueban el desmejoramiento en el servicio.

Con respecto a lo anterior, en sentencia del 11 de mayo de 1995, expediente No. 7755, actor: Stella Paredes Rodríguez, M.P. Dr Joaquín Barreto Ruiz, se dijo:

“...como lo ha planteado la Sala en otras oportunidades, tales condiciones no son por sí solas suficientes para enervar el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, ni conceden estabilidad laboral al funcionario de libre nombramiento y remoción dentro del servicio público, ya que aquellas circunstancias especiales no significan que no puedan haber otras personas que desempeñen mejor el cargo o existir otras razones que por motivo del buen servicio, hagan aconsejable producir la desvinculación del empleado.” (se resalta)

Así las cosas, como no se probaron los vicios atribuidos a la declaratoria de insubsistencia, deberá mantenerse incólume la presunción de legalidad de la resolución acusada y, en consecuencia, se confirmará la decisión del Tribunal que negó a las pretensiones de la demanda.

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,

F A L L A :

CONFÍRMASE la sentencia de veintiocho (28) de mayo de dos mil nueve (2009), proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro

del proceso promovido por BERNARDO JAVIER HINCAPIE GRANDA contra la dirección Departamental de Salud.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

El anterior proyecto fue leído y aprobado por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Expediente No. 1585-09. Actor: BERNARDO JAVIER HINCAPIE GRANDA

2214200

Bogotá D.C.,

Mayo 16 de 2005

Concepto 037 de 2005

Doctores

GUSTAVO ADOLFO ZAPA DE LA OSSA

Presidente Junta Directiva Hospital Santa Clara

MILTÓN NUÑEZ PAZ

Gerente Hospital Santa Clara ESE

Carrera 15 No. 1 - 59 Sur

Fax 3283106

Ciudad

Radicación 2-2005-20363

ASUNTO: Reflexiones jurídicas respecto de la prórroga del nombramiento del gerente actual de un hospital - ESE y la conformación de la terna para el mismo asunto establecida conforme el Decreto [3344](#) de 2003.

Radicación: 1-2005-12857.

Respetados Doctores.

Atentamente nos permitimos emitir concepto jurídico, previo a la toma de la decisión sobre el posible impedimento para gestionar los trámites relacionados con el proceso de selección de los integrantes de la terna para aspirar al cargo de Gerente del Hospital Santa Clara E.S.E, la cual surgiría como consecuencia de la prórroga del nombramiento del actual Gerente de la misma Entidad pública y frente a la que se presentan algunas alternativas y propuestas, planteamientos éstos sobre los que también formulamos las observaciones respecto de su compatibilidad con la normatividad vigente, en los siguientes términos:

I. Análisis Normativo.

1-. Conforme lo dispuso el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud, nombrará a los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad.

El párrafo 1º del mandato legal antes citado difiere la entrada en rigor de la disposición al 31 de marzo del año 1995.

2-. En el año inmediatamente siguiente a la expedición de la Ley que creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en virtud del Decreto reglamentario 1892 de 1994 se estableció 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 - ESE del nivel territorial. El artículo 2º del mencionado reglamento determina que los que los directores o gerentes son empleados públicos nombrados para un período de tres (3) años, el cual puede ser prorrogado.

3-. Días antes de la entrada en vigencia del artículo 192 de la Ley 100 de 1993, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 439 de 1995, y con éste derogó los procedimientos de invitación a participar y de selección de los gerentes o directores de las ESEs, contenidos en los artículos octavo y noveno del Decreto 1892 de 1994.

Motivo por el cual para aquella época fue jurídicamente viable que en algunas convocatorias a director o gerente de hospital se incluyera automáticamente el nombre de quien venía desempeñando el cargo, en lo que se denominaba "completar terna".

4-. Luego de 10 años de sancionada la Ley 100, el Gobierno Nacional decidió reglamentar parcialmente el artículo 192 ibídem y en consecuencia expidió el Decreto 3344 del 20 de Noviembre de 2003.

5-. A partir de la expedición del Decreto 3344 de 2003, para la designación todos los gerentes o directores de una ESE, la Junta Directiva dicha Empresa u Hospital debe conformar la terna de candidatos que presentará al correspondiente Jefe de la respectiva entidad territorial, y previamente a la escogencia de aquellas personas integrantes de la terna, deberá adelantar

un proceso **público abierto** efectuado bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad.

Adicionalmente del artículo 6º en armonía con el artículo 2º del Decreto 3344 de 2003, se evidencia que las entidades (Hospital o ESE) están obligadas a celebrar convenios de cooperación ó a contratar con universidades públicas o privadas u otras entidades expertas en la selección de personal, para que específicamente estas se encarguen de la aplicación, realización y evaluación de pruebas de conocimientos, valoración de experiencia, aptitudes e idoneidad, entre otras, de los concursantes que aspiren a ser incluidos en la terna.

Posteriormente el Gobierno Nacional profirió el Decreto 536 del 24 de Febrero de 2004, según el cual las Empresas Sociales del Estado - ESE de las entidades territoriales, **podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros o convenios con entidades públicas o privadas, o** a través de operadores externos, caso en el que cuando sus funciones se desarrollaren únicamente a través de contratación con terceros o convenios con entidades públicas o privadas, **o mediante operadores externos**, la designación del Gerente o Director de la Empresa se regirá por lo señalado en el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, de terna que presente la Junta Directiva de la entidad, **la cual se conformará únicamente con funcionarios** de las respectivas direcciones territoriales de salud. Dicho funcionario continuará devengando el mismo salario del empleo del cual es titular en la dirección territorial.

El anterior procedimiento es excepcional, y está previsto para ESEs u hospitales públicos que funcionan únicamente a través de operadores externos o terceros y por lo tanto, para la conformación de la terna señalada en el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, no se aplicará el proceso señalado en el Decreto 3344 de 2003 y en su lugar el procedimiento designado es exclusivamente el contemplado en el Decreto 536 de 2004.

Todo lo anterior significa que en la actualidad, para la designación de un Director o Gerente de Hospital o ESE del orden territorial, cuyo funcionamiento no se efectúe únicamente a través de terceros u operadores externos, la respectiva Junta indefectiblemente debe realizar previamente un **proceso público abierto** para la conformación de la terna. En consecuencia, a los miembros de Junta directiva les corresponde como a todo servidor público el ejercicio de sus funciones en favor de los intereses generales del Estado, atender siempre los fundamentos consagrados en el artículo 209 constitucional y adicionalmente, sujetarse a efectivizar a través de sus actos los principios de la transparencia y objetividad que específicamente informan el mecanismo de integración objeto del presente análisis.

II. Análisis Jurisprudencial.

A-. La Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del expediente 3255, el 15 de Julio de 2004 profirió fallo de segunda instancia, en el cual considero como válida la prórroga de nombramiento de Gerente de Hospital de Cúcuta,

sin que fuera necesario que se conformara terna por parte de la respectiva Junta Directiva.

Sobre el fallo antes citado vale la pena precisar que la Sentencia de primera instancia fue proferida el 21 de noviembre de 2003, el mismo día en que en el Diario Oficial No. 45378 se publicó el Decreto 3344 de 2003, por virtud del cual se reglamentó el artículo 192 de la Ley 100 de 1993 y se determinó el procedimiento para la designación de gerente o director de los hospitales públicos o ESEs.

B-. La Corte Constitucional a través de la Sala Primera de Revisión de Tutelas, por medio del fallo del 17 de marzo de 2005, ante las pretensiones de declarar el derecho a la igualdad y el respeto por el debido proceso, el Alto Tribunal determinó la habilitación jurídica que ostenta la Administración Distrital para acogerse integralmente a las reglas de los procesos de selección por méritos, siempre y cuando, la misma Entidad Pública así lo haya previsto.

El referido fallo estableció que "...si la Administración decide realizar un proceso de selección por méritos para proveer éstos cargos, en virtud del derecho al *debido proceso administrativo y al principio de buena fé, tal procedimiento vincula* a la Administración, dentro del marco que por ella haya sido establecido" y en clara referencia a las Sentencias T-484 de 2004 y T-422 de 1992, continuó mencionando que " ... En efecto, aún para aquellos casos en los cuales la administración dispone una selección por méritos para *proveer un cargo que no es de carrera*, la Corte ha considerado que *debe nombrarse a quien demostró tenía mayores méritos*, si se puede establecer que la *política* de la administración consistía en nombrar a quien obtuviera el mayor puntaje en tal proceso"; por lo que al administrar justicia imperiosamente concluye que todos los integrantes de la terna tenían que haber pasado por una serie de pruebas y cumplido previamente con los requisitos que demostrarán su idoneidad para ocupar el cargo, pues el aceptar una terna en donde uno de los integrantes fuera diferente a los demás, favorecía injustificadamente a una persona determinada y vulneraría el procedimiento que la misma Administración había señalado. En el texto analizado, la Corte termina analizando que "... la injustificada preferencia se hace aún más patente cuando discrecionalmente la Alcaldía nombra a la persona que no cumple con los requisitos y que por tanto no se encuentra en un mismo plano de igualdad con los otros dos miembros, y no ha sido incluida en la terna bajo igual trato".

En punto a los procesos de selección, la misma Sentencia T- 268 de 2005 hace alusión a que independientemente de su origen y/o rango son perfectamente compatibles las normas que inspiran las actuaciones del servicio público, tales como la transparencia y la eficiencia que garantizan en forma particular la igualdad.

Así las cosas, debemos concluir que existiendo en el ordenamiento jurídico vigente reglas precisas para determinar como debe designarse a quien debe ocupar el cargo de gerente o director de hospital o ESE publica, resultaría cuando menos inane elucubrar sobre el procedimiento preestablecido por

medio del reglamento ejecutivo, y en aras de integrar la terna, aceptar el acceso a través de aplicación de procedimientos dispares o no igualitarios para cada uno de los aspirantes.

III. Previsiones normativas respecto de Integrar - Completar - Prorrogar la terna previa a la selección de Gerente o Director de Hospital público o ESE.

En nuestro criterio, la integración de una terna para designar el gerente o director de un Hospital (Decreto 3344/03), no es jurídicamente incompatible con la decisión de prorrogar el período del Gerente que actualmente viene desempeñando el cargo (Art.192 L.100/93, art.2º Dcto 139/96 y art. 10º Dcto 1892/94). Sin embargo, la aspiración de completar la terna, esto es acceder a su integración a través de la prórroga del período actualmente desempeñado, sin presentar los exámenes de aptitud y las pruebas psicotécnicas, de conocimiento, y demás evaluaciones previas realizadas por los otros aspirantes, constituiría una pretensión que no puede ser de recibo por parte de la Administración Distrital, toda vez que la idea de seleccionar sólo a dos candidatos adicionales al que se encuentra en ejercicio actualmente, constituiría una fórmula no reglamentaria que vulneraría los principios constitucionales inspiradores de la función pública (arts. 13 y 29) y específicamente, por ésta vía se desobedecería el preciso procedimiento fijado por el Decreto 3344 de 2003.

Ahora bien, lo que se estima jurídicamente improcedente es conformar ternas para la elección de Gerentes o Directores de Hospital sin el acatamiento *integral* de la normatividad vigente ó completando de manera parcial la terna. Lo anterior, en razón a que la conformación de la lista de candidatos debe hacerse con un procedimiento uniforme para todos y cada uno de los aspirantes que incluya los nombres de todos ellos, mencionando su identificación y los resultados individualmente obtenidos en cada una de las pruebas, y al respetar los procedimientos de selección objetiva, igualdad y transparencia, en la terna no existirá candidato que haya estado exento de presentar los respectivos exámenes ó que no los haya presentado aduciendo el desempeño actual del cargo en condición de prórroga del período, ya que ésta circunstancia no podría predicarse de los otros, dos miembros del mecanismo seleccionado.

Así las cosas debemos recomendar que la Junta Directiva de la ESE u hospital público del nivel territorial inicie y lleve a cabo los trámites pertinentes para impulsar la realización de un proceso público abierto que en todo caso estará acompañado de una amplia difusión de información respecto de la provisión del cargo. En consecuencia, se celebrarán los convenios de cooperación pertinentes para que con una universidad o entidad experta en selección de personal, se integre la lista de los pre-candidatos, previo el análisis y evaluación objetiva de los criterios de mérito, capacidad y experiencia acreditados por todos los aspirantes.

IV. El caso concreto de prórroga del período del Gerente del Hospital Santa Clara.

En efecto mediante el Decreto Distrital 533 de 2001 se nombró Gerente de la ESE. El designado para desempeñar el cargo tomó posesión el 13 de agosto del mismo año.

Al vencimiento del período de duración del empleo del Gerente, predeterminado por la Ley 100 de 1993 como fijo y establecido por tres años consecutivos, se profirió el Decreto Distrital 247 de Agosto 13 de 2004, por virtud del cual se prorrogó el nombramiento de la misma persona que venía desempeñando el cargo, hasta la *designación y posesión de un nuevo gerente*.

Según el Decreto 361 del 8 de Noviembre de 2004, en atención a que es política de la actual Administración la provisión de los cargos de gerentes de las ESEs del orden Distrital, a través de las ternas remitidas por las respectivas juntas directivas, previamente conformadas por medio del proceso de convocatoria pública previsto por el Decreto Nacional No. [3344](#) de 2003 y la Resolución No. 793 originaria del Departamento Administrativo de la Función Pública, se consideró la impostergable necesidad de solicitar a la Junta Directiva del Hospital Santa Clara Nivel III - ESE, la realización del proceso de convocatoria pública tendiente a la conformación de la terna para el nombramiento del Gerente de dicha entidad, acorde con los parámetros determinados por la normatividad nacional antes citada.

Entonces tenemos un Gerente que en la actualidad desempeña el cargo por prórroga de su período conforme los Decretos Distritales 533/01, 247/04 y 361/04, lo cual no obsta para que la Junta Directiva de la institución hospitalaria realice las gestiones tendientes a contratar o celebrar el convenio previsto por la normatividad específica vigente, a efecto de realizar el proceso público abierto de selección para la conformación de la lista de que trata el Decreto Nacional No. [3344](#) de 2003, sin que en ningún caso el ordenamiento jurídico vigente, redima de la presentación de las pruebas y demás exámenes previos a quien ejerce el cargo, ni tampoco habilita a la Junta ni a la Administración para implícitamente a través de la exoneración aceptar un favorecimiento tácito en favor de quien viene desempeñando el cargo e incluirlo automáticamente para la integración de la terna para optar al cargo de Gerente.

De otro lado, consideramos que es esta la oportunidad propicia para expresar nuestra discrepancia jurídica en torno al criterio contenido en el Oficio No. 04952 emitido por la Dirección del Departamento del Servicio Civil, el 30 de Diciembre de 2004, por las razones que se sintetizan, así:

- 1-. La autonomía de las Juntas Directivas de las ESEs u hospitales no es absoluta, como tampoco lo debe ser la discrecionalidad de quien de la selección contenida en la terna, debe designar a quien ocupe el cargo de gerente o director; toda vez que en un Estado Social de Derecho, acorde con los postulados de la buena fe, objetividad, igualdad, transparencia e igualdad, deberá bajo trato igual, sin ningún favorecimiento especial acatar el procedimiento reglado que para el efecto fue expedido por el Gobierno Nacional.

2-. El acceso a la terna debe obedecer a reglas claras, objetivas y precisas para todos los ciudadanos que sin causal de inhabilidad, participen en el concurso público y abierto indicado por la Entidad a efecto de escoger sólo a tres integrantes que en igualdad de condiciones se presentaron al mecanismo de selección.

Actualmente a la terna no se debe acceder sin la presentación completa de los exámenes o pruebas predeterminadas para el proceso de selección, como si por vía autorización de la prórroga, se tuviera un derecho adquirido o se hubiese previsto una pretermisión al procedimiento de libre selección, elección y reelección. Lo anterior (inclusión automática a través de prórroga) era compatible con la realidad y jurídicamente posible antes de la expedición del reglamento contenido en el Decreto Nacional 3344 de 2003, cuya razón de ser se fundamenta en que debe prevalecer la distribución igualitaria según los méritos demostrados por los aspirantes, acorde con los principios constitucionales de la función pública. En este sentido, deben interpretarse los documentos expedidos por la Secretaría General Radicaciones No. 2-2003-26856 y 2-2004-13165 (Respuesta a los Radicados 1-2004-07673 y 74), específicamente en el Oficio 04952 originario del Servicio Civil, el que se cita un extracto de un documento jurídico aplicable antes de la entrada en vigencia del Decreto [3344](#) del 20 de Noviembre de 2003, el cual no fue observado con posterioridad a este. En efecto, con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 3344 de 2003, tanto ésta Secretaría como la Procuraduría General de la Nación, habían aceptado la procedencia jurídica de completar terna de candidatos a Gerentes de Hospitales.

3-. Son tres y no dos, los candidatos de una terna y por tanto, en la integración deben ser tres las de hojas de vida que la Junta debe presentar a consideración del Alcalde Mayor, lo cual no obsta para que quien se encuentra ejerciendo el cargo por virtud de la prórroga se presente al concurso público abierto, de que tratan los decretos reglamentarios del artículo 192 de la Ley 100 de 1993, y en igualdad de condiciones ingrese al mecanismo de selección previa.

Finalmente, éste Despacho recuerda el fiel respeto al artículo 6º de la Ley 581 de 2000, que para cuando el mecanismo de selección sea una terna, en aras de la igualdad de género exige se incluya a una mujer en cada terna que se conforme para proveer el cargo público y que tiene precisa aplicación conforme los postulados legales citados en éste concepto.

En nuestro criterio se concluye que la conformación de la terna debe efectuarse integralmente con base en la legislación vigente (Decreto 3344/04) y dicho procedimiento se ejecutará teniendo en cuenta un **sólo** mecanismo de selección para todos y cada uno de los participantes; esto es, todos los aspirantes deben someterse a los mismos exámenes y pruebas aplicables para todas las personas que se presenten para el cargo; significa lo anterior que en la conformación de la terna no debe permitirse el ingreso de unos aspirantes vía prórroga del período del cargo y a otros, por exclusiva presentación de exámenes o diversas pruebas de conocimientos. Todos los miembros de la terna deben ser pre-seleccionados de idéntica forma, sin distingo alguno porque tal método sería por decir lo menos odioso y sin duda

vulneraría el debido proceso y el derecho a la igualdad de que trata el artículo 13 de la Constitución Política. Con la determinación ecuaníme de garantizar igualdad de condiciones para aspirar al ingreso, se garantizará el cumplimiento de los principios constitucionales y en especial los establecidos por artículo 4º del Decreto 3344/04 que fundamentalmente inspiran la selección del gerente o director de ESE u hospital público previo el acatamiento del proceso público abierto cuya convocatoria debe liderar la Junta Directiva de la respectiva Entidad.

De otra parte, se anexa a éste concepto Resolución del Alcalde Mayor que designa Gerente Ad hoc de hospital Santa Clara, con el objeto de resolver la solicitud de impedimento del actual Gerente, que tendría interés en participar en el proceso de selección mencionado.

Sin otro particular, reciba un atento saludo,

MANUEL ÁVILA OLARTE

Subdirector de Conceptos

MARTHA YANETH VELEÑO QUINTERO

Directora Jurídica Distrital

DECRETO 3344 DE 2003

(Noviembre 20)

[Derogado por el art. 9, Decreto Nacional 800 de 2008](#)

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

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

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

DECRETA:

[Ver Decreto Nacional 536 de 2004](#)

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

Artículo 2º. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial determinará los trámites pertinentes para la realización del proceso público abierto de que trata el artículo anterior, el cual deberá efectuarse por

la entidad con universidades públicas o privadas, con entidades expertas en selección de personal, o a través de convenios de cooperación.

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

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

Esta invitación deberá contener la información completa sobre los requisitos, funciones del cargo y asignación básica del mismo, la fecha de inscripción de candidatos, de recepción de los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos por parte del candidato, las pruebas a aplicar, su correspondiente valoración para efectos de la calificación final y en general la información relevante del proceso.

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

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

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

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

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

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

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

Publíquese, comuníquese y cúmplase.

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

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro de la Protección Social,

Diego Palacio Betancourt.

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública,

Fernando Antonio Grillo Rubiano.

Nota: Publicado en el Diario Oficial 45378 de Noviembre 21 de 2003.

DECRETO 536 de 2004

(Febrero 24)

Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 192 de la Ley [100](#) de 1993.

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

DECRETA:

Artículo 1°. Las Empresas Sociales del Estado de las entidades territoriales, podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros o convenios con entidades públicas o privadas, o a través de operadores externos.

Artículo 2°. Cuando la Empresa Social del Estado del nivel territorial determine que sus funciones se desarrollarán únicamente a través de contratación con terceros o convenios con entidades públicas o privadas, o mediante operadores externos, la designación del Gerente o Director de la empresa se regirá por lo señalado en el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, de terna que presente la Junta Directiva de la entidad, la cual será conformada únicamente con funcionarios de las respectivas direcciones territoriales de salud.

El funcionario que sea escogido para desempeñar las funciones de la Gerencia o Dirección de la Empresa Social del Estado del orden territorial, continuará devengando el salario del empleo del cual es titular en la dirección territorial.

Artículo 3°. Para la conformación de la terna señalada en el artículo anterior no se aplicará el proceso señalado en el [Decreto 3344 de 2003](#).

Artículo 4°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias.

Publíquese, comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 24 de febrero de 2004.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro de la Protección Social,

Diego Palacio Betancourt.

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública,

Fernando Antonio Grillo Rubiano.

Nota: Publicado en el Diario Oficial 45472 de Febrero 25 de 2004.

LEY 1122 DE 2007

Artículo 28. *De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado.* [Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 800 de 2008.](#)

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-181 de 2010, en el entendido de que la terna a la que se refiere deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el respectivo concurso de méritos; de que el nominador de cada empresa social del Estado deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje; y de que el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero.**

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento, o previo concurso de méritos.

En caso de vacancia absoluta del gerente deberá adelantarse el mismo proceso de selección y el período del gerente seleccionado culminará al vencimiento del período institucional. Cuando la vacancia se produzca a menos de doce meses de terminar el respectivo período, el Presidente de la República o el jefe de la administración Territorial a la que pertenece la ESE, designará gerente.

Parágrafo Transitorio. Los Gerentes de las ESE de los niveles Departamental, Distrital y Municipal cuyo período de tres años termina el 31 de diciembre de 2006 o durante el año 2007 continuarán ejerciendo el cargo hasta el 31 de marzo de 2008. **Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante [Sentencia C-957 de 2007](#).**

[Ver el Decreto Distrital 397 de 2007](#), [Ver el Decreto Distrital 556 de 2007](#)

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.

DECRETO 800 DE 2008

(marzo 14)

por el cual se reglamenta parcialmente el artículo [28](#) de la Ley 1122 de 2007.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007,

DECRETA:

Artículo 1°. Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial conformarán la terna de candidatos de que trata el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, para la designación del Gerente o Director de dichas

entidades, con las personas que sean escogidas mediante concurso de méritos público y abierto, adelantado de conformidad con lo establecido en el presente decreto.

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

La Universidad o Institución de educación superior deberá ser escogida bajo criterios de selección objetiva, demostrar competencia técnica, capacidad logística y contar con profesionales con conocimientos específicos en seguridad social en salud.

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

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

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

Artículo 4°. La Junta Directiva conformará la terna de la lista que envíe la entidad encargada de adelantar el proceso de selección, la cual deberá estar integrada mínimo con cinco aspirantes y presentada en orden alfabético. Si culminado el concurso de méritos no es posible conformar el listado con el mínimo requerido, deberán adelantarse tantos concursos como sea necesario.

Artículo 5°. El concurso de mérito público y abierto que se adelante en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1122 de 2007 y el presente decreto, se efectuará bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad y bajo los estándares mínimos que establezca el Departamento Administrativo de la Función Pública, quien prestará la asesoría que sea necesaria. [Ver la Resolución del D.A.F.P. 165 de 2008](#)

Artículo 6°. El proceso público abierto para la conformación de la lista de aspirantes a las ternas no implica el cambio de la naturaleza jurídica del cargo a proveer.

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

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

Artículo 9°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto [3344](#) de 2003 y demás disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 14 de marzo de 2008.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro de la Protección Social,

Diego Palacio Betancourt.

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública,

Fernando Antonio Grillo Rubiano

NOTA: Publicado en el Diario Oficial 46931 de marzo 14 de 2008.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: DARÍO QUIÑONES PINILLA

Bogotá, D. C., quince (15) de julio de dos mil cuatro (2004).

Radicación número: 54001-23-31-000-2003-0473-01(3255)

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en los artículos 129 y 231 del Código Contencioso Administrativo, esta Sala es competente para conocer del recurso

de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

El recurso de apelación se interpuso dentro del término que para el efecto señala el artículo 250, inciso primero, del Código Contencioso Administrativo.

Excepciones formuladas por el demandado y el tercero interviniente

El Gobernador del Departamento de Norte de Santander formuló la que denominó excepción de inepta demanda por error en la escogencia de la acción. A su turno, la Empresa Social del Estado "Hospital Erasmo Meoz", las que llamó excepciones de indebida escogencia de la acción e indebida acumulación de pretensiones. Los planteamientos de ineptitud de la demanda e indebida escogencia de la acción coinciden en afirmar que la demandante debió instaurar demanda en ejercicio de la acción de nulidad simple y no la especial de nulidad de carácter electoral. Y, el argumento de indebida acumulación de pretensiones de la demanda está referido a la imposibilidad de ordenar la aplicación de normas derogadas y la improcedencia de la condena en costas en las acciones públicas.

En primer lugar, la Sala aclara que el planteamiento de ineptitud de la demanda se resolverá en esta sentencia, a pesar de que, según el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, en los procesos contencioso administrativos no hay lugar a proponer y tramitar excepciones previas. Por lo tanto, se estudiará como impedimento procesal.

El planteamiento de ineptitud de la demanda no prospera porque la acción de nulidad de carácter electoral procede para discutir la validez de un acto administrativo de nombramiento, como es el caso objeto de estudio. En efecto, la reiterada jurisprudencia de esta Corporación ha dejado en claro que, como se desprende de los artículos 128, numeral 1º, 132, numeral 8º, 134A, numeral 9, 136, numeral 12, 227, 228, 229 y 231 del Código Contencioso Administrativo, mediante el ejercicio de la acción de nulidad de carácter electoral no sólo se controvierte la legalidad y constitucionalidad de una

elección sino también de un nombramiento, siempre y cuando en este último no se pretenda el restablecimiento de un derecho subjetivo ni opere éste en forma automática¹.

Además, esta Sección ha reiterado en diversas oportunidades que en el proceso electoral es posible invocar las causales de nulidad previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, pues si bien es cierto anteriormente la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado sostenía que la acción de nulidad de carácter electoral sólo podía ejercerse cuando se invocara una de las causales especiales de nulidad de los actos administrativos de contenido electoral expresamente señaladas en los artículos 223, 227 y 228 del Código Contencioso Administrativo, no lo es menos que esa tesis fue modificada por esta Sección y según jurisprudencia reiterada desde el año de 1998², viene sosteniendo que además de las causales específicas señaladas en los artículos citados, al ejercer la acción de nulidad de carácter electoral también se pueden invocar las causales generales de nulidad del acto administrativo contempladas en el artículo 84 de esa misma normativa. Para explicar la tesis expuesta, esta Sección dijo:

“Se desvirtúa la presunción de legalidad de un acto administrativo de contenido electoral cuando se encuentra probada la existencia de una causal de nulidad de los actos administrativos, ya sea especial o general. Ello se explica porque la acción electoral busca ejercer un control de legalidad de un acto administrativo que, si bien tiene un contenido jurídico especial, se desarrolla mediante una confrontación objetiva directa entre la norma que se considera violada y la decisión administrativa que se acusa y, como acción de nulidad que es, está dirigida a dejar sin efectos jurídicos un acto administrativo ilegal o inconstitucional.

Dicho en otros términos, la acción contencioso administrativa de nulidad, que es una sola, tiene una especie que se diferencia por su contenido. De un lado, la acción de nulidad de actos administrativos en general y, de otro, la acción de nulidad de actos administrativos de contenido electoral. De ahí que la característica que delimita la naturaleza jurídica de la acción de nulidad de carácter electoral de la

¹ Entre otros, los autos del 14 de noviembre de 1997, expediente 1728, del 30 de septiembre de 2002, expediente 2970 y del 6 de agosto de 2003, expediente 3137. En igual sentido, sentencias del 4 de agosto de 2000, expediente 2407 y del 24 de octubre de 2003, expediente 2819.

² Entre otras, las sentencias del 26 de noviembre de 1998, expedientes 1747, 1748, del 1º de junio de 1999, expediente 2234, del 5 de agosto de 1999, expediente 2160 y del 22 de septiembre de 1999, expediente 2220.

de nulidad general no está dada por el tipo de causal que se invoca sino por el contenido del acto que se cuestiona. De hecho, la acción de nulidad, llámese general o especial, pretende única y exclusivamente dejar sin efectos jurídicos un acto administrativo. Ello es precisamente lo que diferencia la acción de nulidad –simple o electoral- de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho: que esta última busca, además de la nulidad del acto administrativo demandado, la restitución de un derecho individual y concreto.

En consecuencia, en el proceso contencioso electoral es posible invocar las causales de nulidad previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y, por lo tanto, pueden originar la nulidad de un acto administrativo de contenido electoral si están suficientemente demostrados los supuestos fácticos que originan el reproche de ilegalidad³.

Así las cosas, como en este asunto se pretende la nulidad del Decreto 312 del 7 de marzo del 2003, proferido por el Gobernador del Departamento de Norte de Santander, por medio del cual "... se prorroga el periodo del Gerente de la Empresa Social del Estado, Erasmo Meoz de Cúcuta", esto es, se busca la nulidad de un acto administrativo que, en esencia e implícitamente, contiene un nombramiento es evidente que la acción procedente para discutir su validez es la de nulidad de carácter electoral. De consiguiente, los planteamientos de ineptitud de la demanda e indebida escogencia de la acción no prosperan.

En relación con el argumento de indebida acumulación de pretensiones de la demanda se tiene lo siguiente:

Si bien es cierto que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, "En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil", no es menos cierto que la improcedencia de la condena en costas en los procesos electorales no incide en la procedencia formal y sustancial de la demanda que discute la validez de un acto

³ Sentencia del 25 de enero de 2002, expediente 2561

administrativo de nombramiento. Entonces, la improcedencia de esa petición no impide que la Sala conozca de fondo el asunto planteado en la demanda.

De otra parte, el argumento relacionado con la supuesta derogatoria de algunas normas que la demandante invoca como vulneradas no constituye una excepción sino un argumento de defensa encaminado a desvirtuar el fundamento de derecho de la acción con el objeto de impedir una decisión favorable a las pretensiones de la demanda. De hecho, si es cierto que las normas que se consideran infringidas no producían efectos jurídicos en el momento en que se expidió el acto administrativo demandado las pretensiones se negarían porque no se desvirtuaría la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos. Pero ello, precisamente, constituye un argumento de fondo que debe resolverse en la sentencia.

Luego, los argumentos expuestos por el Gobernador del Departamento de Norte de Santander y la Empresa Social del Estado "Hospital Erasmo Meoz" deben desestimarse y, por lo tanto, la Sala procede a adelantar el estudio de fondo correspondiente.

Cargo relacionado con la imposibilidad de prorrogar el período del Gerente del Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta

En este proceso se pretende la nulidad del Decreto número 000312 del 7 de marzo de 2003 del Gobernador del Departamento de Norte de Santander, por medio de la cual prorrogó el período del señor José Mauricio Cámara Fuentes como Gerente de la Empresa Social del Estado Erasmo Meoz de Cúcuta (folios 108 a 110).

La demandante consideró vulnerados los artículos 192 de la Ley 100 de 1993, 8°, 9° y 10° del Decreto 1892 de 1994, y 1°, 13, 29, 122, 123 y 124 de la Constitución. En sentido estricto, la afectación de las normas superiores resulta del desconocimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que invocó como infringidas. Por esa razón, en primer lugar, la Sala estudiará los

cargos de ilegalidad y, sólo de ser necesario, analizará la infracción de las normas constitucionales.

El artículo 192 de la Ley 100 de 1993, “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, dispone lo siguiente:

"Dirección de los Hospitales Públicos. Los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud, conforme a lo dispuesto en la Ley 60 de 1993 y a la reglamentación que al efecto expida el Gobierno Nacional, de terna que le presente la junta directiva, constituida según las disposiciones de la Ley 10 de 1990, por períodos mínimos de tres (3) años prorrogables. Sólo podrán ser removidos cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética, según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa definidas mediante reglamento del Gobierno Nacional

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

Parágrafo 2º. Los directores de hospitales del sector público o de las Empresas Sociales del Estado se regirán en materia salarial por un régimen especial que reglamentará el Gobierno Nacional dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente Ley, teniendo en cuenta el nivel de complejidad y el presupuesto del respectivo hospital."⁴

De otra parte, los artículos 8º y 9º del Decreto 1892 de 1994, “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”, fueron derogados expresamente por el artículo 15 del Decreto 439 del 8 de marzo de 1995.

Así, esa norma señaló:

⁴ Mediante sentencia C-665 de 2000, esa norma fue declarada exequible, salvo la expresión subrayada que se declaró inexecutable.

“Este decreto rige a partir de la fecha de su publicación; modifica en lo pertinente los artículos 13 y 14 del Decreto 1892 de 1994 y el artículo 3 del Decreto 1921 de 1994; deroga las disposiciones que le sean contrarias en especial los artículos 3, 4, 5, 6, 8 y 9 del Decreto 1892 de 1994 y surte efectos fiscales a partir del 1º de enero de 1995”

Ahora, el Decreto 439 de 1995, fue publicado en el Diario Oficial número 41.755 del 10 de marzo de 1995. Luego, a partir de esa fecha deben entenderse derogados los artículos 8º y 9º del Decreto 1892 de 1994, cuya violación se reclama en esta oportunidad. Y, como el acto administrativo impugnado fue proferido el 7 de marzo de 2003, resulta evidente que al momento de su expedición esos artículos no producían efectos jurídicos y, por lo tanto, no se imponía su observancia. De este modo, el control de legalidad del nombramiento impugnado respecto de esas normas no procede.

A su turno, el artículo 10º del Decreto 1892 de 1994 dispone lo siguiente:

“Del nombramiento y posesión. El jefe de la respectiva entidad territorial nombrará al Director de Hospital Pública o Gerente de Empresa Social de Salud de la terna que la Junta Directiva le haya remitido. El aspirante seleccionado tomará posesión ante el nominador o su delegado, en los términos y condiciones de la normatividad vigente.

Parágrafo. En caso de ausencia definitiva del Director o Gerente nombrado mediante este procedimiento, el Jefe de la entidad territorial solicitará a la Junta Directiva completar la terna original para nombrar con base en ella al nuevo director”.

Para efectos de la designación del Director de los Hospitales Públicos o Empresas Sociales del Estado, la lectura de las normas transcritas en precedencia permiten inferir tres aspectos. El primero, el nominador es el jefe de la respectiva entidad territorial que hubiere asumido los servicios

de salud, de conformidad con lo establecido en la Ley 60 de 1993. En otras palabras, el nombramiento corresponde al jefe de la entidad territorial que tiene a su cargo el respectivo hospital. El segundo, la potestad nominadora no es absoluta, pues está sometida a la postulación de la Junta Directiva del Hospital. En efecto, a esa junta corresponde elaborar una terna de la que el jefe de la entidad territorial debe escoger el Director de la Empresa Social del Estado. Y, tercero, el período del Director del Hospital Público es de 3 años, pero por expresa autorización legal puede prorrogarse.

Lo anterior muestra que los artículos 192 de la Ley 100 de 1993 y 10º del Decreto 1892 de 1994 consagran dos mecanismos para designar Director de Hospital Público, a saber: i) el nombramiento precedido por la integración de una terna y ii) la prórroga del período del actual director, ésta última precedida de la postulación de la Junta Directiva del Hospital Público. Puede verse, entonces, que en los dos sistemas de designación es indispensable cumplir con las etapas de postulación y nombramiento, pues a la Junta Directiva corresponde, de un lado, integrar la terna y, de otro, proponer la prórroga del período y, en los dos casos, al jefe de la respectiva entidad territorial corresponde nombrarlo.

Con todo, la demandante considera que aún en los casos de prórroga del período del Director de los Hospitales Públicos se requiere adelantar el proceso de selección e integración de la terna por parte de la Junta Directiva de la respectiva empresa.

Sin embargo, esa tesis no puede aceptarse porque al hacerlo confundiría los conceptos de prórroga y reelección del Director. En efecto, el sentido usual de los términos evidencia su diferencia: prórroga es el “plazo por el cual se continúa una cosa” y reelección es “la acción y efecto de reelegir”, esto es, “volver a elegir”⁵. En consecuencia, si la ley autoriza la ampliación del período para el que fue elegido un servidor público resultaría un contrasentido sostener que esa extensión estaría sometida a un nuevo proceso de elección. De hecho, si el legislador hubiese limitado el nombramiento del Director de las Empresas Sociales del Estado a la previa e indispensable exigencia de una terna no se hubiese referido a la prórroga del período sino a la reelección del actual gerente.

Además de la hermenéutica literal de las normas que se consideran infringidas, su interpretación sistemática con la Constitución y, en especial, con los principios de transparencia, celeridad y moralidad de la función administrativa, permite concluir que la prórroga del período del director de un hospital público no requiere integración de la terna. En efecto, si se aceptara la tesis expuesta por la demandante, no sólo se modificaría el sentido usual del término prórroga sino que se permitiría que la conformación de la terna se utilice como un simple instrumento formal para reelegir un funcionario. Entonces, en este último evento la administración no sólo optaría por un mecanismo demorado e ineficiente sino que generaría falsas expectativas para los otros aspirantes que integran la terna, lo cual resultaría contrario a los principios de moralidad de la función administrativa.

⁵ Diccionario Esencial de la Real Academia Española. Editorial Espasa. Madrid. 1997. Páginas 899 y 941, respectivamente.

Con base en lo anterior, la Sala estudiará si la prórroga del período del señor José Mauricio Cámara Fuentes como Gerente de la Empresa Social del Estado Erasmo Meoz de Cúcuta se ajustó a lo señalado anteriormente.

De acuerdo con el artículo 1º de la Ordenanza número 060 del 29 de diciembre de 1995 de la Asamblea del Departamento de Norte de Santander, el Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta es una Empresa Social del Estado del nivel departamental (folio 93). Por consiguiente, el nombramiento del Director de esa entidad descentralizada corresponde al Gobernador del Departamento de Norte de Santander, como en efecto sucedió, tal y como aparece con claridad en el acto administrativo acusado (folios 108 a 110).

A su turno, tal y como consta en el Acta número 03 del 12 de febrero de 2003, los miembros de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta aprobaron por unanimidad la proposición de postular únicamente al demandado para que el nominador prorrogara su período como Director de ese Hospital. De hecho, antes de adoptar esa decisión analizaron lo siguiente:

“El Dr. Morelli expone ante los miembros las dos posibilidades que tiene la junta para definir el procedimiento a seguir frente al vencimiento del período del Sr. Gerente, existe la posibilidad si así lo aprueba la junta de iniciar un proceso de convocatoria, revisión de hojas de vida y designación de una terna dirigida al Sr. Gobernador, para la escogencia de un nuevo Gerente para la institución; o si la Junta considera que la gestión del Dr. Cámara ha cumplido hasta la

fecha con el encargo encomendado para la administración y desarrollo de la institución, se prorrogue su período por tres años más, en el cargo. El Dr. Jorge E. Morelli, informa a los miembros de la junta que se considere la inclinación que existe por prorrogar el período del Dr. Mauricio Cámara, como gerente de la institución por los próximos tres años, por cuanto cumplió a satisfacción con el convenio de desempeño suscrito con el Ministerio de Salud y la Gobernación del Departamento, tratando de lograr un plazo de 5 años la sostenibilidad y viabilidad del hospital en beneficio de su población más pobre y vulnerable, manteniendo permanentes gestiones y acciones conjuntas con las autoridades departamentales.

(...)

Vistas las anteriores consideraciones correspondientes a la prórroga del actual período del gerente de la institución, la misma es aprobada por unanimidad de todos sus miembros, quienes se comprometen a suscribir con su firma la actual acta para que a través de la presidencia sea dirigida al Sr. Gobernador, para efectos, que sea él quien adopte la decisión de prorrogar el período del Dr. Mauricio Cámara por tres años más al servicio de la entidad, avalando la proposición unánime de todos los miembros de la junta directiva” (folios 112 a 116)

De igual modo, en la motivación del acto administrativo impugnado se expuso lo siguiente:

“Que la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta, ante el vencimiento del período del actual Gerente, teniendo en cuenta que las normas mencionadas permiten la prórroga del gerente, le han sugerido al señor Gobernador se prorrogue el período del Dr. José Mauricio Cámara Fuentes, actual Gerente de la E.S.E. Hospital Erasmo Meoz.

Que en concepto rendido por el Asesor Jurídico Externo del Servicio Seccional de Salud de Norte de Santander, de fecha febrero 11 de 2003, concluye que legalmente es procedente la prórroga en el cargo de gerente, siempre y cuando en dicha prórroga participen dos instancias, la Junta Directiva como postulante y el Gobernador como nominador”.

En tal virtud, resulta claro que aunque si bien es cierto la Junta Directiva del Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta no conformó terna para que el Gobernador de Norte de Santander escogiera y nombrara su Director, no

lo es menos que sí postuló a quien desempeñaba el cargo para que su período fuera prorrogado, tal y como lo disponen los artículos 192 de la Ley 100 de 1993 y 10 del Decreto 1892 de 1995. Por consiguiente, esa designación resultó ajustada a esas disposiciones.

Lo expuesto anteriormente es suficiente para concluir que no prospera el cargo por violación de los artículos 192 de la Ley 100 de 1993 y 10 del Decreto 1892 de 1995.

Cargo por violación de normas constitucionales

La demandante sostiene que el nombramiento impugnado desconoció los artículos 1°, 13, 29, 122, 123 y 124 de la Constitución, en tanto que contiene una decisión arbitraria e irregular que pugna con el Estado Social de Derecho, afecta el derecho de acceso a la función pública en igualdad de oportunidades y desconoce el debido proceso administrativo.

Nótese que los reproches de inconstitucionalidad se fundamentan en la supuesta arbitrariedad e irregularidad del Gobernador del Departamento de Norte de Santander al prorrogar el período del director del Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta. Sin embargo, como se vio en precedencia, esa decisión lejos de ser arbitraria se apoyó en los artículos 192 de la ley 100 de 1993 y 10° del Decreto 1892 de 1994, que autorizan dicha prórroga. En consecuencia, con esos planteamientos la demandante no desvirtuó la presunción de legalidad y constitucionalidad del acto administrativo impugnado.

A la luz de todo lo expuesto se concluye que, de acuerdo con el Señor Procurador Séptimo Delegado ante esta Corporación, se confirmará la sentencia objeto de apelación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: DIEGO YOUNES MORENO

Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación número: 6841

Actor: EDGAR JOSE SANTOYO MATEUS

Demandado: JUNTA DIRECTIVA DE LA ASOCIACION DE MUNICIPIOS, EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BARBOSA, GUATAVA, PUENTE NACIONAL Y VELEZ

CONSIDERACIONES

No obstante que de los documentos obrantes en autos se desprende que efectivamente la tramitación efectuada en orden a constituir la asociación de municipios Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Barbosa, Guavatá, Puente Nacional y Vélez", no se ajusta estrictamente a lo dispuesto en el Título XVI del decreto 1333 de 1986 que regula lo concerniente a la formación y funcionamiento de dichas entidades, lo cierto es que según consta en el acta obrante a folios 4 y 5 de la empresa demandada, surgió al ámbito del derecho en virtud del acto voluntario de los representantes legales de los citados municipios, quienes manifestaron estar facultados para constituida mediante sendos acuerdos expedidos por los respectivos concejos municipales y aportaron los decretos proferidos por sus despachos, por los cuales los municipios se vincularon a la Asociación.

Da cuenta el acta mencionada que luego los constituyentes de la Asociación probaron los estatutos de la misma y procedieron a nombrar al señor EDGAR JOSÉ SANTOYO MA TEUS como su gerente, para el período comprendido entre el 1º de abril de 1990 y el 31 de marzo de 1992.

Ahora bien, el artículo 17 de los estatutos mencionados prescribe:"
Nombramiento El Gerente será designado por la Junta Directiva de la Empresa de terna presentada por el respectivo Alcalde Municipal cuando le corresponda el turno de administrar la Empresa. La rotación gerencial iniciará así: Vélez, Puente Nacional, Barbosa y Guavatá y el período será de dos (2) años.

Aunque la redacción de la norma transcrita pueda dar lugar a interpretaciones encontradas en cuanto al período de dos (2) años allí contemplado; así, la entidad demandada estima que éste se refiere a la rotación gerencial de los municipios que la integran, y el demandante, por su parte, considera que alude a la duración de la gestión del Gerente, la verdad es que en el presente caso, no hay duda que al señor Santoyo Mateus se le designó como tal, para un período de dos años, como claramente se hizo constar en el acta de la sesión en que se produjo su designación y en la de su posesión.

Reiteradamente esta Corporación ha sostenido que la existencia de un período para el ejercicio de un empleo, confiere a su titular fuero de relativa estabilidad durante el transcurso del mismo y que este debe ser respetado por la autoridad nominadora.

Igualmente se ha precisado, que cuando existen razones de buen servicio para desvincular a un funcionario que desempeñe un cargo de período, la administración debe utilizar los mecanismos legales, que en forma válida le permitan prescindir de sus servicios.

Mas en el caso *sub-examine*, si bien los documentos aportados, entre ellos el acta misma que contiene la remoción del accionante, sugiera la existencia de motivos de esa naturaleza, la verdad es que se prescindió de tales procedimientos legales en orden de expedir el acto acusado.

De ahí que deba concluirse que la Junta Directiva de la empresa, al adoptar la decisión impugnada desconoció el derecho de estabilidad relativa de que gozaba el accionante, en virtud de que el período de dos años, para el cual se le había designado como gerente de aquella, no había fenecido, lo cual determina su irregularidad y hace fiable su infirmación, como acertadamente lo hizo el aquo.

La Junta Directiva de la empresa, al adoptar la decisión impugnada desconoció el derecho de estabilidad relativa de que gozaba el accionante, en virtud de que el período de dos años, para el cual se le había designado como gerente de aquella, no había fenecido, lo cual determina su irregularidad y hace fiable su infirmación, como acertadamente lo hizo el aquo. Así las cosas, procede confirmar la sentencia en cuanto declaró la nulidad del acto de insubsistencia del nombramiento del demandante.

Así las cosas, procede confirmar la sentencia en cuanto declaró la nulidad del acto de insubsistencia del nombramiento del demandante.

Empero, debe revocarse en la medida en que a título de restablecimiento del derecho ordenó su reintegro como gerente de la entidad demandada, ya que solo le asistía el derecho de permanecer en ese empleo hasta el 31 de marzo de 1992, día en que culminó el período para el cual fue designado y, consecuentemente, y como quiera que esa fecha ya pasó, únicamente procede a dicho título, ordenar que se le paguen los salarios y prestaciones sociales durante el lapso comprendido entre el 19 de julio de 1990, fecha en que se adoptó la decisión demandada y el 31 de marzo de 1992, día en que culminó el período para el cual fue nombrado como gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Barbosa, Guavatá, Puente Nacional y Vélez.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUB-SECCION "A"

Consejero ponente: NICOLAS PAJARO PEÑARANDA

Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y ocho (1.998).

Radicación número: 11983

Actor: MARCO AUGUSTO RIOS DURAN

Demandado: ASAMBLEA DE SANTANDER

CONSIDERACIONES:

Consta en el plenario que el actor mediante resolución No. 00124 del 1 de octubre de 1.992, proferida por la Comisión de la Mesa

Directiva de la Asamblea del Departamento de Santander, fue designado como Secretario de la Comisión del Plan en forma permanente por el respectivo período constitucional (fl. 1); que tomó posesión del cargo el día 6 del citado mes y año (fl. 3), y que prestó sus servicios hasta el día 7 de enero de 1.993 (fl. 10), ya que por la resolución acusada No. 280 del 8 de enero de dicho año su nombramiento fue declarado insubsistente (fls. 5 y 6).

Según la ordenanza No. 02 de noviembre 8 de 1.990 (fls. 8 y 9), los empleados permanentes de la Asamblea de Santander serán nombrados por un período fijo de 2 años a partir del 1º de octubre de 1.990.

Como se infiere de lo previsto en la aludida ordenanza, el demandante fue desvinculado del servicio con anterioridad a la fecha en que se vencía el término de los 2 años allí señalado y en las condiciones establecidas en la misma era un funcionario de período fijo.

Como se observa en el escrito introductorio, la parte actora invoca como infringidas, entre otras disposiciones, la ordenanza No. 02 de 1.990 mencionada (fl. 19), pues el demandante fue nombrado para un período fijo de dos años y a los tres meses de ocupar el cargo su nombramiento fue declarado insubsistente (fls. 21, 22 y 23).

Ahora bien, en sentencia del 17 de septiembre de 1.993, expediente No. 5505, actor: Mario Arcila Romero, Magistrado Ponente: doctor Joaquín Barreto Ruiz, sostuvo la Corporación que “no existiendo norma constitucional o legal que de manera expresa señale las condiciones de vinculación al servicio de los empleados públicos de las asambleas departamentales, bien pueden estas corporaciones administrativas hacerlo, conforme a lo que dispongan las normas que para el efecto ellas profieran, en virtud de lo establecido en el numeral 5º del artículo 187 de la Carta de 1.886, vigente para la época en que fue expedido el acto acusado.”, precepto constitucional que en los mismos términos ahora corresponde al numeral 7 del artículo 300 de la Constitución de 1.991 al consagrar que compete a las asambleas departamentales por medio de ordenanzas, determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de sus

dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; norma de carácter superior que consagra la autonomía de los entes territoriales para regular materias como la relativa al período que señaló la ordenanza 02 del 8 de noviembre de 1.990, expedida por la Asamblea de santander.

Además, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 27 de 1.992, artículo 6º, son empleos de período fijo, entre otros, aquellos que deban ser provistos para un tiempo determinado, según las ordenanzas.

Consecuentemente con lo planteado, se concluye que el demandante para el momento en que se produjo su desvinculación del servicio gozaba de una relativa estabilidad laboral en el cargo de Secretario de la Comisión del Plan de la Asamblea Departamental de Santander para el cual había sido nombrado por resolución No. 00124 de 1.992 y, por ende, no podía ser retirado de dicha corporación administrativa, sin justa causa, hasta cuando el período se venciera.

En las condiciones anotadas, es suficiente sin consideraciones adicionales, y con base en el cargo formulado al respecto por la parte actora en el libelo demandatorio contra el acto administrativo acusado, el cual está llamado a prosperar, que la sentencia apelada del Tribunal proferida el 4 de abril de 1.995, que denegó las súplicas de la demanda, se revoque, con el fin de declarar la nulidad de la resolución enjuiciada No. 280 y disponer el correspondiente restablecimiento del derecho, en la forma como se determina en la parte resolutive de la presente providencia, teniendo en cuenta que el derecho de permanencia en el servicio del demandante por gozar de una relativa estabilidad laboral en el cargo de Secretario de la Comisión del Plan era de dos años, término que se encuentra vencido por lo que no es viable jurídicamente ordenar el reintegro a dicho empleo, como lo ha expresado la Sala en asuntos de naturaleza similar al que ahora conoce (sentencia del 25 de marzo de 1.992, expediente No. 1854, actor: José de la Espriella Ossio, Magistrada Ponente: doctora Clara Forero de Castro).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: REINALDO CHAVARRO BURITICA

Bogotá, D.C., primero (1º) de diciembre de dos mil cinco (2.005)

Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00997-01(3857)

Actor: RAUL ALEXIS FORERO RAMIREZ

**Demandado: GERENTE EMPRESA SOCIAL DEL
ESTADO HOSPITAL EL SALVADOR DE UBATE**

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación conforme a lo previsto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la ley 446 de 1998.

2. El Asunto de Fondo:

Se demanda la nulidad del decreto 0246 de 30 de septiembre de 2004 expedido por el Gobernador del departamento de Cundinamarca mediante el cual se nombró al señor Mauricio Marulanda Rengifo en el cargo de Gerente, código 085 de la Empresa Social del Estado Hospital El Salvador del municipio de Ubaté, por un período de tres años.

Sostiene el demandante, que el nombramiento del Gerente del Hospital El Salvador del municipio de Ubaté se produjo con violación del artículo 29 de

la Constitución Política, el artículo 192 de la ley 100 de 1993 y el Decreto reglamentario 3344 de 2003, porque se cometieron irregularidades en la etapa previa que corresponde al proceso de preselección adelantado para la conformación de la terna enviada al Gobernador por la Junta Directiva de la ESE y de donde resultó nombrado el demandado.

Primer cargo.

Violación del artículo 29 de la Constitución Política.

El motivo de reproche del demandante hace relación a las siguientes situaciones que considera violatorias del procedimiento indicado en las normas que regulan la materia: i) No medió autorización ni delegación de la Junta Directiva a la Secretaria de Salud del Departamento de Cundinamarca para adelantar el proceso de selección porque las actas 06 y 07 de abril de 2004, que contienen la decisión de la Junta Directiva de solicitar apoyo a la Secretaría de Salud tan solo fueron firmadas el 29 de septiembre de 2004 y el oficio 05086 de 29 de abril de 2004, que formalizó dicha solicitud, está firmado por la Presidente de la Junta Directiva quien en esa fecha no se había posesionado; ii) El acta No. 13 de la sesión de 23 de septiembre de 2004 de la Junta Directiva, en donde se conformó la terna para la elección de Gerente de la ESE, no fue firmada ni aprobada.

Considera el demandante que se violó el primer inciso del artículo 29 de Constitución Política que dispone “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

Para proceder al análisis del problema jurídico planteado es necesario examinar las normas que regulan el proceso de selección y nombramiento de los gerentes de las ESE.

El artículo 192 de la ley 100 de 1993 establece:

Artículo 192. Dirección de los hospitales públicos. Los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud, conforme a lo dispuesto en la Ley 60 de 1993 y a la reglamentación que al efecto expida el Gobierno Nacional, de terna que le presente la junta

directiva, constituida según las disposiciones de la Ley 10 de 1990, por períodos mínimos de tres (3) años prorrogables. Sólo podrán ser removidos cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética, según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa.

Por su parte, el decreto reglamentario 3340 del 20 de noviembre de 2003 dispone:

“Artículo 1º. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial conformará la terna de candidatos para la designación del gerente o director de dichas entidades de que trata el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, con las personas que sean escogidas mediante un proceso público abierto realizado de conformidad con lo establecido en el presente decreto” (subrayas no son del texto).

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

Dicho proceso de integración de la lista de candidatos para la conformación de la terna tendrá en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del cargo y, por lo menos, deberá comprender la aplicación de pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo. En todo caso, quien asuma el proceso deberá garantizar el cumplimiento de los criterios aquí señalados.”(El subrayado no es del original).

Y el artículo 1º de la resolución No. 0739 de 5 de diciembre de 2003 expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, establece:

“Artículo 1º. Entidades encargadas del proceso. Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial determinarán los trámites pertinentes para la realización de los procesos de que trata el decreto 3344 de 2003, tendientes a seleccionar los aspirantes que harán parte de las listas mediante las cuales se conformaran las ternas para la designación de los gerentes o directores de dichas empresas.

El proceso, desde la recepción de inscripciones hasta la entrega de resultados definitivos, previos a la conformación de la terna, deberá ser adelantado por Universidades Públicas o Privadas con aprobación oficial o entidades expertas en selección de personal (...) (el subrayado no es del texto).

Del contenido de las normas anteriormente transcritas se tiene que la competencia para designar a los gerentes o directores de las ESE es del Jefe del ente territorial quien para el caso, es el Gobernador del Departamento; el nombramiento se hace de una terna que debe presentar la Junta Directiva de la ESE, es decir, que le corresponde a dicha Junta conformar la terna, y enviarla al Gobernador del departamento, pero previo un proceso público de selección que se efectúa por parte de la ESE aunque no directamente, sino a través de universidades públicas o privadas o entidades expertas en selección de personal o mediante convenios de cooperación; igualmente, es la Junta Directiva quien determina los trámites para la realización del proceso público de selección.

De otra parte, el artículo 43 de la ley 715 de 2002 establece lo siguiente:

“ARTICULO 43. Competencias de los Departamentos en Salud. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:

43.1.3. Prestar asistencia técnica y asesoría a los municipios e instituciones públicas que prestan servicios de salud, en su jurisdicción.

43.2.5. Concurrir en la financiación de las inversiones necesarias para la organización funcional y administrativa de la red de instituciones prestadoras de servicios de salud a su cargo.”(Subrayados no son del original)

Significa entonces que en materia de salud, el departamento tiene el deber legal de financiar la red de instituciones prestadoras de servicios de salud para su organización funcional y administrativa; es decir, que la competencia deriva de la propia ley, sin que se requieran actos adicionales para poder ejercerla. Armonizando esta norma con las anteriormente transcritas de la ley 100 de 1992, el decreto reglamentario 3344 de 2003 y la resolución 0739 de de 2003, forzoso es concluir que las Secretarías de Salud Departamentales pueden concurrir a la financiación y contratación de los servicios de las

universidades expertas en selección de personal para adelantar los procesos de selección de candidatos con el fin de conformar las ternas que habrán de enviarse al gobernador para los nombramientos de los gerentes de las ESE, sin que para el efecto y validez del proceso se requiera acto de delegación de las Juntas Directivas de estas entidades y corresponde a estas últimas la dirección del proceso.

Se precisa que la Empresa Social del Estado Hospital El Salvador de Ubaté es una entidad pública, descentralizada, del orden departamental, adscrita a la Dirección Departamental de Seguridad Social en Salud de Cundinamarca de donde surge su vínculo jurídico con la Secretaría de Salud del Departamento, quien necesariamente ejerce el control de tutela sobre aquella.

Se procederá a examinar la prueba aportada al plenario a fin de establecer si el nombramiento del demandado se ajustó al procedimiento prescrito por las normas anteriores.

Al proceso se allegaron copias autenticadas de las actas Nos. 06 y 07 de 12 y 27 de abril de 2004, respectivamente (fls. 49 a 58), en dichos documentos se lee lo siguiente:

Acta No. 6 de 12 de abril de 2004

“El señor Presidente explica que el señor Gobernador ha querido que la elección de los Gerentes de los hospitales públicos de Cundinamarca sea realizada por meritocracia, razón por la cual acudirá al mismo, para recibir instrucciones respecto de la prórroga o en dado caso, el proceso de selección.”(fl.51)

“La doctora Castro comenta que en caso de que el Gobernador decida realizar un proceso de meritocracia para la elección de gerente, la Secretaría de Salud prestará apoyo para entrar al proceso el cual será realizado por intermedio de la Universidad del Rosario y explicó los porcentajes y la metodología que se utilizará por lo que solicita al señor gerente realizar una carta de solicitud de apoyo a la Secretaría de Salud de Cundinamarca, firmada por el Presidente de la Junta Directiva.”(fl.52).

“De igual forma, en caso de que el Gobernador decida que se debe realizar concurso para la elección del Gerente, la Junta Directiva APRUEBA el

proceso expuesto por la doctora Castro, para realizarlo a través de la Universidad del Rosario, de conformidad con los lineamientos de la Secretaría de Salud de Cundinamarca."(fl.54).

Acta No. 007 de 27 de abril de 2004.

“SOLICITUD DE APOYO SECRETARIA DE SALUD DE CUNDINAMARCA PARA ENTRAR AL PROCESO DE MERITOCRACIA.

La doctora Claudia Castro expone la posibilidad de obtener apoyo por parte de la Secretaría de Salud de Cundinamarca para poder entrar al proceso de meritocracia y de esta forma realizar la elección de Gerente del Hospital. Todos los miembros de la Junta se encuentran de acuerdo para solicitar apoyo y se genera un oficio firmado por la Presidencia para tal fin”(fls. 57 y 58).

Del contenido de las actas anteriormente referidas se pudo comprobar que el Gobernador del Departamento de Cundinamarca, condecorador del vencimiento del período para el que fue nombrado el gerente de la ESE Hospital El Salvador, manifestó a dicha entidad la necesidad de adelantar un proceso de meritocracia para seleccionar a la persona que habría de reemplazarlo; fue así como la Junta Directiva de la ESE aprobó, en sesión realizada el 12 de abril de 2004, que en caso de realizar dicho proceso se solicitaría el apoyo a la Secretaría de Salud Departamental, decisión que fue reiterada por la misma Junta en sesión realizada el 27 de abril. Como se observa claramente, la decisión de la Junta Directiva no fue delegar en la Secretaría de Salud la competencia que le otorga la ley de integrar la terna y adelantar el proceso de selección, sino simplemente de obtener la financiación para adelantar el proceso de selección a través de la Universidad del Rosario, en cumplimiento de lo dispuesto por la ley.

Al expediente se aportó copia autenticada del oficio radicado el 29 de abril de 2004 en la Secretaría de Salud bajo el número 5086 (fl. 247), mediante el cual se materializó la decisión de la Junta Directiva de la ESE de solicitar apoyo a la Secretaría de Salud para la financiación del contrato que habría de celebrarse con una universidad o entidad experta en la selección de

personal con el fin de adelantar el proceso de selección; documento que dice lo siguiente:

“ Con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en el decreto 3344 de 2002 y Resolución 793 del mismo año, la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Hospital El Salvador de Ubaté, en su sesión de 27 de abril de 2004, ha decidido iniciar el proceso público abierto, tendiente a conformar la terna para elección de Gerente de la Empresa, de que trata el numeral 4º del artículo 195 de la ley 100 de 1993, conforme a lo ordenado por el artículo 192 ibídem; para lo cual ha establecido algunas pautas y criterios que se señalan en el documento de convocatoria adjunto a la presente.

Así mismo y como quiera que las normas antes citadas señalan que dicho proceso deberá efectuarse por la entidad con universidades públicas o privadas expertas en selección de personal, se ha decidido solicitar el apoyo y concurrencia de la Secretaría de Salud para efectos de contratar una entidad que pueda realizar dicho proceso, dado que el Hospital no cuenta con recursos para asumir los costos (...) (subrayas fuera del texto).

Los términos plasmados en este oficio demuestran, sin lugar a duda, que la Junta Directiva de la ESE es la entidad que está efectuando el proceso de selección, fijando las pautas y criterios que regirán el concurso los cuales materializó en el documento de convocatoria, determinando los trámites que deben seguirse para realizar el proceso de selección, tal como lo dispone la Resolución No. 793 de 2003 expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública; por lo tanto, de su contenido no puede inferirse que la ESE está trasladando a la Secretaría de Salud la dirección del concurso o la conformación de la terna, sino que para dar cumplimiento a lo ordenado por la ley, puntualmente solicitó a la Secretaría de Salud la financiación de la contratación de la entidad universitaria que efectuaría la selección, sin separarse de las competencias que tiene atribuidas por ley.

La Secretaría de Salud realizó el estudio de conveniencia y oportunidad para adelantar el proceso de selección a fin de dar cumplimiento a la ley y garantizar el funcionamiento y administración de la ESE, tal como consta en el documento suscrito por la Directora de Desarrollo de Servicios de Salud que obra a folios 100 a 103 del expediente.

A folios 107 a 117, obra copia simple del contrato de prestación de servicios número 094 de 2004, suscrito el 7 de mayo de 2004 entre la Secretaría de Salud del Departamento de Cundinamarca y la Universidad del Rosario, cuyo objeto es; “realizar el proceso de preselección para elaboración de listas para la conformación de ternas por las respectivas juntas directivas de las empresas sociales del estado del departamento para la designación de los respectivos Gerentes de máximo 15 Empresas Sociales del Estado(...) de acuerdo a las solicitudes de las Juntas Directivas (...)” (fl. 109); es decir, que no es la Secretaría de Salud quien hace la Selección, sino la Universidad del Rosario quien tiene a su cargo adelantar el proceso; adicionalmente, en la cláusula tercera se estipulan las obligaciones a cargo de la Secretaría de Salud y ellas están referidas al control del cumplimiento del objeto del contrato, la supervisión del contratista y al pago de la contraprestación establecida y por lo tanto, se evidencia una vez más, que la Secretaría de Salud no intervino en el proceso de selección de los aspirantes, actividad que cumplió directamente la entidad contratista, que para el caso, fue la Universidad del Rosario, tal y como lo dispone el artículo 2º del Decreto reglamentario 3340 de 2003, como también, que la Secretaría de Salud Departamental tan solo suscribió el contrato y financió la prestación del servicio.

También se aportó al proceso el plan de trabajo, cronograma del proceso, convocatoria legible, listado de inscritos, lista de admitidos y no admitidos, resultados de las pruebas de conocimientos, consolidado de resultados de cada prueba, lista final de aspirantes, datos correspondientes a la actividad adelantada por la Universidad del Rosario en cumplimiento del objeto contractual (fls. 163 a 194). En la lista de resultados finales del proceso de preselección de ternas de hospitales elaborada por la Universidad del Rosario aparecen los nombres de Gustavo Alonso Gómez Vásquez, con 83 puntos, Mauricio Marulanda Rengifo, con 77 puntos, Martín Alfonso Rodríguez López, con 65 puntos y Edgar Augusto Romero Rodríguez con 75 puntos (fl.192), listado de donde la Junta Directiva de la ESE procedió a conformar la terna para enviar al Gobernador del Departamento como se demuestra en el acta No. 13 de 2004.

En el Acta No. 13 de 23 de septiembre de 2004 suscrita por la presidente de la Junta Directiva en esta fecha se lee lo siguiente:

“La Presidente manifiesta que existen tres nombres aportados por la Universidad del Rosario, los cuales son los finalistas y conformarían la terna que sería enviada al señor Gobernador para su decisión, por lo que solicita votación para enviar terna sin necesidad de entrevista”(fl. 60)

“La doctora Claudia Castro informa que existían cuatro finalistas, uno de los cuales obtuvo un puntaje inferior a 70 puntos y tres que lo superaron, por lo que la Universidad entregó los nombres de los tres finalistas dentro de los cuales se debe tomar la decisión.”(fl. 61).

“La Presidente somete a votación la decisión de enviar la terna sin entrevista por parte de la Junta Directiva Vs. la propuesta de la señora Lilia Espinel de Mora de esperar el resultado final de la visita de la Superintendencia Nacional de Salud para poder tomar decisiones con respecto a la elección del Gerente del Hospital, por lo que la votación quedó así:

“A favor de la propuesta de la Presidente”:

Dra. Marcela Gutiérrez

Dra. Claudia Castro

Dr. Samuel Rey

Dr. Antonio Pulido

“A favor de la propuesta de la Representante de los usuarios”:

Sra. Lilia Espinel de Mora

Sr. José Armando Espitia

“Por lo anterior se decide enviar la terna sin entrevista para la decisión final del Señor Gobernador de Cundinamarca con respecto a la elección de gerente de la ESE Hospital El Salvador de Ubaté” (fl. 62) (subrayado fuera del texto)

Del examen del acta anteriormente transcrita se infiere que del listado de nombres enviados por la Universidad del Rosario, la Junta Directiva de la ESE Hospital El Salvador conformó la terna con aquellos nombres que superaron la prueba, es decir que obtuvieron un puntaje igual o mayor a 70, y acordó enviarla al Gobernador del departamento de Cundinamarca. Mediante oficio que obra a folio 248 del expediente se formalizó la remisión de la terna al Gobernador con los nombres de Gustavo Alonso Gómez Vásquez, Mauricio Marulanda Rengifo y Edgar Augusto Romero Rodríguez con lo cual culminó el proceso de preselección.

Observa la Sala, que el procedimiento de selección adelantado para la conformación de la terna de donde se nombró al señor Mauricio Marulanda Rengifo como Gerente de la ESE Hospital El Salvador, se ajustó estrictamente a lo prescrito por las normas que lo regulan; igualmente se comprobó que la Secretaría de Salud del Departamento se limitó a la contratación de la Universidad del Rosario y a ejercer el control para que se cumpliera cabalmente el objeto contractual, pero tal actividad no significó usurpación de las competencias de la Junta Directiva de la ESE Hospital El Salvador, porque fue la Junta quien determinó los trámites y parámetros del proceso de selección, designó la terna y la remitió al Gobernador del Departamento; en consecuencia, las acusaciones del demandante referidas a la trasgresión del artículo 29 de la Constitución Política, carecen de todo fundamento.

El demandante cuestiona la validez de las actas Nos. 06 y 07 de abril de 2004 y del acta No. 13 de septiembre de 2004 por no haber sido firmadas, y como consecuencia de ello, la validez de las decisiones tomadas por la Junta en las respectivas sesiones.

Las actas han sido definidas como “la relación escrita de lo sucedido, tratado o acordado en una junta”⁶. El artículo 23 del Estatuto General de la ESE Hospital El Salvador, regula las reuniones ordinarias y extraordinarias de la Junta Directiva y dispone que de cada una de las sesiones se levantará la respectiva acta en el libro que para el efecto se llevará y que permanecerá bajo la custodia del Gerente de la Empresa (fl. 221).

Como puede observarse, las actas de las juntas directivas tienen un carácter meramente probatorio de lo tratado en las sesiones que se realicen y de las decisiones adoptadas en ellas, pero la validez y eficacia de dichas decisiones, no depende de la suscripción de las actas toda vez que la ley no le ha dado a ese hecho tales efectos.

⁶ Diccionario de la Lengua Española, tomo I, pág.21, Madrid, 1970

Examinadas las actas que fueron cuestionadas por el demandante se pudo establecer lo siguiente:

A folios 250 a 264 del expediente obra copia autenticada del acta de 5 de agosto de 2004 de la Junta Directiva de la ESE Hospital El Salvador cuyo número no es legible; en dicho documento se hace constar que las actas 6 y 7 fueron revisadas se “hicieron los ajustes” (...) quedando pendientes de aprobación”(...) “se somete a consideración la 9 y la 6 y 7 son aprobadas”; significa entonces, que las actas 6 y 7 fueron aprobadas por la Junta Directiva el 5 de agosto de 2004; que el acta No. 6 fue firmada por la Presidente el 29 de septiembre de 2004 y el acta No. 7 fue firmada el 27 de abril de 2004 por la Presidente y el Secretario Ejecutivo, pero tales circunstancias en manera alguna constituyen presupuestos para la validez de las decisiones tomadas por los integrantes de la Junta Directiva de la ESE porque, como ya se dijo, estos documentos sirven de prueba sobre lo sucedido en las sesiones de la junta. Adicionalmente se advierte que ninguno de los integrantes de la Junta ha desconocido o cuestionado ni total ni parcialmente las decisiones de que dan cuenta las referidas actas.

Examinada el acta No. 13 de 23 de septiembre de 2004, se observa que se encuentra firmada por la Presidente de la Junta Directiva pero no por el Secretario Ejecutivo quien era el anterior Gerente del Hospital El Salvador; además, en el acta No. 14 de 29 de septiembre de 2004 consta que se dio lectura al acta No. 13 y se le hicieron algunas correcciones para su firma (fl. 265) y en el acta No.15 de 29 de octubre de 2004, consta lo siguiente: “el Secretario ejecutivo hace entrega de las actas 13 y 14 para su respectiva firma pero se hace la observación que el acta 13 ya fue aprobada por corresponder a la elección del nuevo gerente(...)”(fl. 268). De lo anterior se infiere que el acta No. 13 se aprobó el 29 de septiembre de 2004; es decir antes de la expedición del acto acusado y se firmó un mes después, por lo tanto, carecen de fundamento las afirmaciones del demandante en cuanto sostiene que el acta No. 13, en donde consta que se determinó la terna, no fue aprobada por la Junta Directiva ni firmada.

Sostiene el demandante que Marcela Gutiérrez suscribió en calidad de Presidenta de la Junta Directiva el oficio radicado con el No. 5086 de 29 de abril de 2004, solicitando el apoyo a la Secretaría de Educación antes de haberse posesionado como tal. Al expediente se aportó copia simple del acta de posesión No. 101 de 25 de mayo de 2004, documento carente de valor probatorio. Al respecto precisa la Sala que la señora Gutiérrez desempeñaba el cargo de Secretaria Privada del Gobernador y fue designada su representante ante la Junta Directiva de la ESE mediante decreto 0111 de 22 de abril de 2004 cuyo ejercicio no se encuentra condicionado a la posesión previa por no tratarse de un empleo en cargo distinto del que venía ejerciendo. Es claro por otra parte que el oficio que suscribió no es acto administrativo, en la medida en que contiene la comunicación de la decisión adoptada por la Junta Directiva, en cumplimiento del procedimiento legal.

El cargo no prospera.

Segundo cargo

Violación del artículo 192 de la ley 100 de 1993.

Dice el demandante que se violó el artículo 192 de la ley 100 de 1993 por que la conformación de la terna compete a la Junta Directiva de la ESE Hospital El Salvador de Ubaté, en cumplimiento del Decreto reglamentario 3344 de 2003, y que tal facultad no la delegó ni autorizó a la Secretaria de Salud.

Como quiera que este segundo cargo está referido a las mismas acusaciones que fueron formuladas y despachadas en el primer cargo, la Sala remite a las consideraciones que se hicieron en esa oportunidad y que llevaron a concluir que el cargo no tiene vocación de prosperidad.

La Sala comparte la decisión del A quo de denegar la pretensión de nulidad del acto de elección acusado e inhibirse de conocer de las pretensiones 2ª a 5ª de la demanda, por las razones que expuso en la sentencia impugnada. Efectivamente, de conformidad con el artículo 29 del C.C. A. se debe

demandar el acto que declaró la elección, sin perjuicio de que el motivo de nulidad se ubique en actos preparatorios o de trámite intermedios.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-28-000-2004-00006-01

Actor: JORGE ERNESTO SALAMANCA CORTES

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL Y OUTRO

Referencia: ACCION DE NULIDAD

2. CONSIDERACIONES

2.1. Los actos acusados.

El demandante pretende que se declare la nulidad Decreto No. 3344 de 20 de noviembre de 2003 del Ministerio de la Protección Social y de la Resolución Reglamentaria No. 793 de 5 de diciembre de 2003 del Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, cuyos textos son los siguientes:

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

DECRETO NUMERO 3344 DE 2003

(Noviembre 20)

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

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 192 de la Ley 100 el 1993,⁷

DECRETA:

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

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

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

Artículo 3º. *La Junta Directiva de la respectiva entidad, a través de medios de comunicación escrita de amplia*

⁷ **Artículo 192 de la Ley 100 de 1993.** Dirección de los Hospitales Públicos. Los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud, conforme a lo dispuesto en la Ley 60 de 1993 y a la reglamentación que al efecto expida el Gobierno Nacional de terna que le presente la junta directiva, constituida según las disposiciones de la Ley 10 de 1990, por períodos mínimos de tres (3) años prorrogables. Sólo podrán ser removidos cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética, según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa (definidas mediante reglamento del Gobierno Nacional).

Parágrafo 1.- Esta norma entrará en vigencia a partir del 31 de marzo de 1995.

Parágrafo 2. Los directores de hospitales del sector público o de las empresas sociales del Estado se regirán en materia salarial por un régimen especial que reglamentará el Gobierno Nacional dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente ley, teniendo en cuenta el nivel de complejidad y el presupuesto del respectivo hospital. (La parte entre comillas fue declarada inexecutable mediante sentencia C-665 de 2000).

circulación y otros medios de difusión masiva, invitará a los interesados en ocupar el cargo de gerente o director de la entidad a presentarse al proceso de conformación de la terna.

Esta invitación deberá contener la información completa sobre los requisitos, funciones del cargo y asignación básica del mismo, la fecha de inscripción de candidatos, de recepción de los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos por parte del candidato, las pruebas a aplicar, su correspondiente valoración para efectos de la calificación final y en general la información relevante del proceso.

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

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

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

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

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

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

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

Por su parte, la Resolución No. 793 de 2003 fue proferida por el Director del

Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y su texto es el siguiente:

Departamento Administrativo de la Función Pública
Resolución No. 793 de 2003

(Diciembre 5)

“Por la cual se establecen los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos públicos abiertos para la conformación de las ternas de las cuales se designarán los gerentes o directores de las empresas sociales del Estado del nivel territorial”.

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública,

en ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas por el artículo 7º del Decreto 3344 de 2003, y

Considerando:

Que mediante el Decreto 3344 de 2003 se estableció que la conformación de las ternas de candidatos para la designación del gerente o director por parte de la junta directiva de las empresas sociales del Estado del nivel territorial, se realizará con las personas que sean escogidas mediante un proceso público y abierto;

Que en el desarrollo de dicho proceso se tendrán en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del cargo, procesos que, por lo menos, deberán comprender la aplicación de pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo;

Que el proceso público abierto que se realice en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 3344 de 2003, se efectuará bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad;

Que corresponde a este departamento administrativo establecer los estándares mínimos para el desarrollo de dichos procesos,

Resuelve:

ART. 1º—Entidades encargadas del proceso. *Las juntas directivas de las empresas sociales del Estado del nivel territorial determinarán los trámites pertinentes para la realización de los procesos de que trata el Decreto 3344 de 2003, tendientes a seleccionar los aspirantes que harán parte de las listas mediante las cuales se conformarán las ternas para la designación de los gerentes o directores de dichas empresas.*

El proceso, desde la recepción de inscripciones hasta la entrega de resultados definitivos, previos a la conformación

de la terna, deberá ser adelantado por universidades públicas o privadas con aprobación oficial o entidades expertas en selección de personal. En todo caso la institución que se escoja deberá demostrar experiencia en procesos de selección de personal, competencia técnica, capacidad logística y contar para la realización del mismo con profesionales con conocimientos específicos en seguridad social en salud.

ART. 2º—Invitación a participar en el proceso y su publicación. Una vez seleccionada la entidad que realizará el proceso, la junta directiva de la respectiva empresa invitará a los interesados en participar en el mismo, a través de prensa escrita de amplia circulación municipal o regional, la invitación deberá igualmente publicarse en lugar de acceso al público de las secretarías o direcciones seccionales de salud del nivel departamental y municipal correspondientes y en la empresa social para la cual se realiza el proceso.

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

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

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

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

1. Nombre de la empresa social del Estado, nivel de complejidad, dirección y teléfono.
2. Fecha de la invitación.
3. Funciones y requisitos del cargo.
4. Asignación básica del empleo.
5. Fecha, horario y lugar de inscripción de candidatos.
6. Fecha y lugar de publicación de admitidos y no admitidos al proceso.
7. Pruebas a aplicar y valor de cada una de ellas dentro del proceso.
8. Lugar, fecha y hora de realización de las pruebas.
9. Fecha de publicación de resultados.

ART. 4º—Inscripciones. *El término para las inscripciones no deberá ser inferior a cinco días hábiles y se realizará en el formulario único de inscripción, que se encontrará disponible en las páginas web del Ministerio de la Protección Social y del Departamento Administrativo de la Función Pública, de las secretarías o direcciones territoriales de salud y de las empresas sociales del Estado.*

Al formulario único de inscripción deberán anexarse los documentos que acrediten la formación académica y la experiencia laboral relacionada en dicho formulario. Las certificaciones laborales deberán contener la descripción de las funciones desempeñadas.

En los casos de publicaciones de trabajo e investigaciones deberá anexarse copia del artículo y del glosario en el que se encuentre claramente identificada la publicación, volumen, número, fecha y autores.

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

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

El formulario único de inscripción, será diseñado por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

ART. 5º—Pruebas de evaluación. *En los procesos deberán aplicarse pruebas de conocimientos y de aptitudes.*

Las pruebas de conocimientos deberán estar orientadas a evaluar a los aspirantes en cuanto a los conocimientos normativos y técnicos relacionados con el cumplimiento de los objetivos y funciones de la entidad y del cargo a proveer, especialmente deberán evaluarse los relacionados con el sistema de seguridad social en salud.

Las pruebas de aptitudes estarán encaminadas a evaluar factores tales como liderazgo, orientación al logro, trabajo en equipo, capacidad de comunicación y de negociación, iniciativa, juicio y toma de decisiones y capacidad de administrar recursos.

Las aptitudes podrán evaluarse mediante pruebas escritas y/o entrevistas. Cuando se utilice la entrevista esta no podrá tener un peso superior al 15% de la totalidad del proceso y deberá ser grabada en medio magnético, que será enviado a la junta directiva de la correspondiente empresa social del Estado, con los resultados del proceso.

Igualmente, deberán valorarse los antecedentes de los aspirantes en cuanto a estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo exigidos en la

invitación, para lo cual la institución que adelante el proceso diseñará un instrumento en el cual se privilegie la experiencia en el sistema de seguridad social en salud y podrá incluir la valoración de publicaciones científicas realizadas por los aspirantes; esta prueba no podrá tener un valor superior al 20% de la totalidad del proceso y en ningún caso tendrá carácter eliminatorio.

ART. 6º—Valoración de las pruebas. *Las pruebas se valorarán en una escala de 0 a 100 puntos, cuyos resultados se ponderarán de acuerdo con el peso que se le haya asignado a cada prueba dentro del proceso. La lista de candidatos se elaborarán en orden alfabético con quienes hayan obtenido un puntaje ponderado igual o superior a 70 puntos, la cual deberá ser informada en medios de comunicación masiva.*

De la lista a que se refiere el inciso anterior, la junta directiva, mediante el mecanismo que ella determine, conformará la terna para la designación del gerente o director de la respectiva empresa social del Estado.

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

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

ART. 8º—Vigencia. *La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación.*

Aunque el artículo 9 del Decreto 800 de 14 de marzo de 2008 ⁸ derogó el Decreto 3344 de 2003 del Gobierno Nacional acusado la Sala decidirá de fondo los cargos contra éste en vista de los posibles efectos que las citadas disposiciones pudieron producir durante su vigencia. Al respecto, se reitera el criterio jurisprudencial consignado por la Sala en sentencia de 23 de febrero de 1996 que prohijó la tesis expuesta por la Sala Plena en sentencia de 14 de enero de 1996, así:

“...Si bien esta corporación tradicionalmente aplicó la teoría de la sustracción de materia como fundamento del correspondiente fallo inhibitorio que de ella se derivaba, esa posición jurisprudencial fue

⁸ *Diario Oficial No. 46.931 de 14 de marzo de 2008. Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.*

modificada en forma radical por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de que se impone fallo de mérito a pesar de que los actos demandados hayan sido derogados al momento de dictar sentencia, pues la derogatoria no restablece per se el orden jurídico vulnerado, sino que, apenas acaba con la vigencia, ya que un acto administrativo aún derogado, continúa amparado por la presunción de legalidad que lo protege, a que sólo se pierde ante el pronunciamiento de nulidad del juez competente...”

Por las razones expuestas se procederá al examen de fondo del Decreto 3344 de 2003 pese a su derogación.

2.2. Los cargos.

En criterio del demandante los actos acusados violan las siguientes normas jurídicas, relacionadas con los principios de descentralización y autonomía de las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios así como con las funciones de asambleas, concejos, gobernadores y alcaldes:

Constitución Política:

Artículo 150. *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta. (...)*”.

Artículo 189. *Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...). 16. Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley.*

Artículo 209. *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la*

descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Artículo 287. *Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Participar en las rentas nacionales.*

Artículo 300. *Modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo No. 1 de 1996. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas: (...)7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.*

Artículo 311. *Al municipio como entidad fundamental de la división político administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.*

Artículo 313. *Corresponde a los concejos: (...) 6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.*

Artículo 315. *Son atribuciones del alcalde: (...) 3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.*

Artículo 322. *(Inciso 1º, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 1 de 2000). Bogotá, Capital de la República y*

del departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital.

Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

Con base en las normas generales que establezca la ley, el concejo a iniciativa del alcalde, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas.

A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio.

Artículo 150. *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta. (...)*

Artículo 189. *Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...). 16. Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley.*

Artículo 209. *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

Artículo 287. *Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer*

las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales.

Artículo 300. Modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo No. 1 de 1996. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas: (...) 7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.

Artículo 311. Al municipio como entidad fundamental de la división político administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.

Artículo 313. Corresponde a los concejos: (...) 6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

Artículo 315. Son atribuciones del alcalde: (...) 3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.

Artículo 322. (Inciso 1º, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 1 de 2000). Bogotá, Capital de la República y del departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital.

Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

Con base en las normas generales que establezca la ley, el concejo a iniciativa del alcalde, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas.

A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio.

Ley 100 de 1993.

Artículo 153. Fundamentos del servicio público. *Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes: (...) 5. **Autonomía de instituciones.** Las instituciones prestadoras de servicios de salud tendrán, a partir del tamaño y complejidad que reglamente el gobierno, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, salvo los casos previstos en la presente Ley. 6. **Descentralización administrativa.** La organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud será descentralizada y de ella harán parte las direcciones seccionales, distritales y locales de salud. Las instituciones públicas del orden nacional que participen del sistema adoptarán una estructura organizacional, de gestión y de decisiones técnicas, administrativas y financieras que fortalezca su operación descentralizada.*

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

Artículo 195. Régimen jurídico. *Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico: 1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado". 2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social. 3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990. 4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley. 5. Las personas*

vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990. **6.** En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública. **7.** El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley. **8.** Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales. **9.** Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.

Decreto 1876 de 3 de agosto de 1994.⁹

Artículo 1º. Naturaleza Jurídica. *Las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa creadas o reorganizadas por Ley, o por las asambleas o concejos.*

Artículo 20. De la autonomía y de la tutela administrativa. *La autonomía administrativa y financiera de las Empresas Sociales del Estado se ejercerá conforme a las normas que las rigen. La tutela gubernamental a que están sometidas tiene por objeto el control de sus actividades y la coordinación de éstas con la política general del Gobierno en los niveles Nacional, Departamental, Distrital y Municipal y particular del Sector.*

Parágrafo. *Las Empresas sociales del Estado estarán adscritas a la Dirección Nacional, Departamental, Distrital o Municipal correspondiente, de acuerdo con su naturaleza, dependencia territorial y reglamentación vigente sobre la materia.*

El actor citó como violados los artículos 1, 2, 5, 6, 54 6 de la Ley 489 de 29 de diciembre de 1998¹⁰ que tratan sobre el objeto de la ley; ámbito de

⁹ Diario Oficial No. 41.478, del 5 de agosto de 1994, Por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado"

¹⁰ Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998, Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones,

aplicación; competencia administrativa; principio de coordinación; principios y reglas generales con sujeción a las cuales el Gobierno Nacional puede modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos administrativos del orden nacional; y definición de entidades descentralizadas.

2.3. Estudio de fondo de los cargos.

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

En el numeral **2.3.1.**, siguiente la Sala explicará porqué el Gobierno Nacional y el Departamento Administrativo de la Función Pública sí tenían competencia para expedir los actos acusados y señalará los fundamentos constitucionales y legales de dichas competencias. En el numeral **2.3.2.**, desvirtuará la tesis del actor según la cual la facultad para reglamentar la elección de los gerentes de las empresas sociales del Estado de las entidades territoriales corresponde privativamente a sus autoridades y demostrará, con fundamento en la jurisprudencia Constitucional, que dicha competencia corresponde al Legislador y que su ejercicio no vulnera los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales.

2.3.1. La competencia para expedir los actos acusados.

principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

a) El Decreto 3344 de 2003 fue dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria que la Carta Política le otorga al Presidente de la República en los siguientes términos:

Artículo 189. *Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*

(..)11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. (...) “.

El Decreto 3344 de 2003, como se advierte con su lectura, tuvo por objeto reglamentar el artículo 192 de la Ley 100 de 1992 de la Ley 100 de 1993 que establece la forma de elección de los directores de los Hospitales Públicos en los siguientes términos:

“Artículo 192 de la Ley 100 de 1993. *Dirección de los Hospitales Públicos. Los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud, conforme a lo dispuesto en la Ley 60 de 1993 y a la reglamentación que al efecto expida el Gobierno Nacional de terna que le presente la junta directiva, constituida según las disposiciones de la Ley 10 de 1990, por períodos mínimos de tres (3) años prorrogables. Sólo podrán ser removidos cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética, según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa (definidas mediante reglamento del Gobierno Nacional).*

Parágrafo 1.- *Esta norma entrará en vigencia a partir del 31 de marzo de 1995.*

Parágrafo 2. *Los directores de hospitales del sector público o de las empresas sociales del Estado se regirán en materia salarial por un régimen especial que reglamentará el Gobierno Nacional dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente ley, teniendo en cuenta el nivel de complejidad y el presupuesto del respectivo hospital. (La parte entre comillas fue declarada inexecutable mediante sentencia C-665 de 2000).*

Pese a que el primer inciso del artículo 192 de la Ley 100 de 1992 trata específicamente sobre la elección de los directores de hospitales del sector público, se aplica a los gerentes o directores de las empresas sociales del

Estado porque el artículo 195-4 ibídem que reglamenta el régimen jurídico de dichas empresas señala que su director o representante legal “será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley”.

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

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

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

b) Por su parte, la Resolución No. 793 de 5 de diciembre de 2003 que estableció los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos de selección de los gerentes o directores de las empresas sociales del Estado es un desarrollo del artículo 7 del Decreto 3344 de 2003.

La competencia del Departamento Administrativo de la Función Pública para proferir dicha resolución está establecida en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998¹¹, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 59. Funciones: *Corresponde a los ministerios y departamentos administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en sus actos de creación o en leyes especiales:*

1. Preparar los proyectos de ley relacionados con su ramo.

2. Preparar los proyectos de decretos y resoluciones ejecutivas que deban dictarse en ejercicio de las atribuciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y dar desarrollo a sus órdenes que se relacionen con tales atribuciones.

¹¹ Ley 489 de 1998 (diciembre 29). Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

3. **Cumplir las funciones y atender los servicios que les están asignados y dictar, en desarrollo de la ley y de los decretos respectivos, las normas necesarias para tal efecto.**

(...)”.

La competencia otorgada a los departamentos administrativos en general por la norma transcrita está establecida para el Departamento Administrativo de la Función Pública en particular en el artículo 5º del Decreto 1677 de 1º de septiembre de 2000, por el cual se reestructura dicha entidad,¹² cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 5º. Dirección. La Dirección del Departamento Administrativo de la Función Pública estará a cargo del Director del Departamento Administrativo, quien la ejercerá con la inmediata colaboración del Subdirector.

Son funciones del Director del Departamento, además de las que le señalan la Constitución y las leyes, las siguientes:

(...) 2. **Preparar los proyectos de ley, de decreto y resoluciones ejecutivas que deban dictarse en ejercicio de las atribuciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, y dar desarrollo a órdenes del Presidente que se relacionen con tales atribuciones.**

De acuerdo con las normas transcritas, el Departamento Administrativo de la Función Pública tiene la facultad de expedir los actos necesarios para cumplir las órdenes que les imparta el Presidente de la República, relacionados con las atribuciones que le otorga la Constitución como suprema autoridad administrativa.

En consecuencia, el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública tenía facultades para dictar la Resolución No. 793 de 5 de diciembre de 2003 acusada pues mediante ella cumplía la orden que le impartió el

¹² *Diario Oficial año CXXXVI. N. 44153. 7, septiembre, 2000.*

Presidente de la República en el artículo 7º del Decreto 3344 de 2003 para “establecer, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la expedición del presente decreto, los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos públicos abiertos aquí establecidos y podrá adelantar evaluaciones, sondeos, estadísticas sobre los mismos y asesorar su ejecución”, y la potestad reglamentaria que ejercía el Presidente mediante el decreto comentado constituye una de las funciones que el artículo 189-11 constitucional le atribuye en su condición de suprema autoridad administrativa.

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

El demandante considera que las normas acusadas, violan los principios constitucionales y legales que garantizan la descentralización y autonomía administrativa de las entidades territoriales porque la competencia para establecer las condiciones de la elección de gerentes y directores de las empresas sociales del Estado corresponde exclusivamente a las entidades territoriales.

La Sala negará prosperidad al cargo con los mismos argumentos que la Corte Constitucional utilizó en la sentencia C- 665 de 2000 para desvirtuar la misma acusación dirigida contra el artículo 192 de la Ley 100 de 1992, precisamente la norma reglamentada por el Decreto 3344 de 2003 acusado y otras de la Ley 10 de 1990 que trataban sobre el mismo tema. ¹³

¹³ Los textos acusados fueron los subrayados de las siguientes disposiciones: artículo 19 de la Ley 10 de 1990, Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones: Artículo 19. Estructura administrativa básica de las entidades de salud. Las entidades públicas deberán tener una estructura administrativa básica, compuesta por: 1) Una Junta Directiva, presidida por el Jefe de la Administración Seccional o local o su delegado, integrada en el primer nivel de atención -hospitales locales, centros y puestos de salud- por los organismos de participación comunitaria, en los términos que lo determine el reglamento. En las entidades de los niveles secundario y terciario de atención -hospitales regionales, universitarios y especializados- se integrará la junta, en forma tal, que un tercio de sus integrantes estén designados por la comunidad, un tercio de éstos representen el sector científico de la salud y un tercio de ellos representen al sector político administrativo. En desarrollo de lo previsto en el artículo 1º de esta ley, se reglamentarán los mecanismos de conformación, las funciones y funcionamiento de los organismos de dirección". Artículo 192 de la Ley 100 de 1993, Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones. **Dirección de los Hospitales Públicos.** Los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud, conforme

Respecto de la autonomía de las entidades territoriales en relación con la prestación del servicio de salud y el nombramiento de los gerentes de las empresas sociales del Estado, el fallo mencionado señaló:

*“La autonomía, al ser gubernamental y administrativa, se refiere no sólo a la facultad de dirección política sino también a la potestad de gestión de sus propios recursos. Sin embargo, **esta facultad debe ejercerse conforme a la Constitución y la ley, como lo define el artículo 287**”^[26].*

Para la Corte, los límites al ejercicio legislativo en la materia que se estudia, están dados, principalmente, por el artículo 287 Superior, que consagra los elementos mínimos para el ejercicio de la autonomía de las entidades territoriales, así:

“El núcleo esencial de la autonomía territorial se deriva de la posibilidad de gestionar sus propios intereses, entendida como la facultad de constituir sus propias formas de gobierno, de administración local. La cercanía y eficiencia que persigue la descentralización y la presencia autónoma de las instituciones estatales en conexión directa con las comunidades, tienen recíprocamente constituida la reserva que se confiere al ente central de representar el interés nacional, resguardo del principio de unidad.

Entonces, la facultad legislativa para definir el ámbito de la autonomía territorial está limitada tanto por la imposición constitucional que salvaguarda la autonomía territorial (C. P., art. 1º) como por los principios de fundamentalidad del

a lo dispuesto en la Ley 60 de 1993 y a la reglamentación que al efecto expida el Gobierno Nacional de terna que le presente la junta directiva, constituida según las disposiciones de la Ley 10 de 1990, por períodos mínimos de tres (3) años prorrogables. Sólo podrán ser removidos cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética, según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa definidas mediante reglamento del Gobierno Nacional.(...) Parágrafo 2. Los directores de hospitales del sector público o de las empresas sociales del Estado se regirán en materia salarial por un régimen especial que reglamentará el Gobierno Nacional dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente ley, teniendo en cuenta el nivel de complejidad y el presupuesto del respectivo hospital. (...).

Artículo 195 ibídem.- Régimen jurídico. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico: (...) 3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990. 4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente ley (...).

Artículo 197.- Empresas Sociales de Salud de carácter territorial. Las entidades territoriales deberán disponer, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de vigencia de esta ley, la reestructuración de las entidades descentralizadas cuyo objeto principal sea la prestación de servicios de salud, con el fin de adecuarlas a lo dispuesto en este capítulo”.

municipio y los de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (C.P., arts. 288 y 311).”^[27]

El derecho a gobernarse por autoridades propias (artículo 287, numeral 1º, C.P.) se ve complementada, así mismo, por la posibilidad de nombrar funcionarios como gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local y regional (artículos 305 y 315 constitucionales).

Con base en estas consideraciones, la Corporación determinó, en la ya referida sentencia C-113 de 2007^[28], que el establecimiento de una prórroga en el período de los personeros municipales no afecta la autonomía territorial, pues su nombramiento efectivo sigue estando en cabeza de los órganos de representación regional^[29], a pesar de la modificación en la duración del período realizada por el legislador. (...)

3.2.2. En lo referente a la distribución de competencias en el funcionamiento del sistema de seguridad social en salud, así como en la prestación efectiva del servicio, la delimitación de funciones entre los niveles central, regional y local, se ciñe a claros y expesos mandatos constitucionales. En primer lugar, el artículo 150 de la Carta, en su numeral 23, consagra la atribución del Congreso de la República, de regular la prestación de los servicios públicos.

Los artículos 48 y 49 de la Constitución, establecen el carácter de servicio público de la seguridad social, y señalan la obligación del Estado de llevar a cabo su regulación, organización y dirección, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Por último, en la medida en que la prestación de los servicios públicos es un fin social del Estado^[32], éste tiene la obligación de asegurar su prestación efectiva, y de determinar el régimen jurídico necesario para su efectividad^[33].

Las entidades territoriales, por su parte, tienen a su cargo, la prestación efectiva del servicio, así como la facultad de nombrar algunos funcionarios del sector salud, mas no su diseño ni su regulación. En lo que concierne al nombramiento los gerentes de las ESE, se trata de una facultad que se deriva de los artículos 287, 305 y 315 de la Carta^[34], así como de la regulación legal expedida directamente por el Congreso y que, tanto en la Ley 100 de 1993, como en la Ley 1122 de 2007, ha establecido que el nombramiento de estos funcionarios sea llevado a cabo por las autoridades regionales y locales.

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

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

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

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