

RETIRO DEL SERVICIO DE GERENTE POR INTERVENCIÓN FORZADA DE HOSPITAL – Ineficiencia administrativa / EMPLEADO DE PERIODO – Gerente de Hospital. Retiro del servicio por intervención forzada.

Por disposición del legislador, artículo 192 de la Ley 100 de 1993, los Directivos de los Hospitales Públicos tienen un período de tres (3) años prorrogables y 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 por “ineficiencia administrativa”. La Superintendencia, habida cuenta de que la situación administrativa era tan deficiente en la entidad, consideró pertinente el retiro del actor y designar un Agente interventor “con miras a subsanar” los hechos que dieron origen a la toma de posesión de bienes, haberes y negocios y a la intervención forzosa del ente hospitalario. En otras palabras, consideró ineficiente la labor desempeñada por el actor en su condición de Gerente de la Entidad y, por ende, debía ser reemplazado por el respectivo Agente Especial. De acuerdo con lo anterior, la Supersalud podía, “facultativamente” retirar al actor y designar el respectivo Agente Interventor para que, mediante las medidas administrativas, proceda a mejorar la situación en la que se vio sometida la entidad, por el deficiente manejo empresarial, dado entre otros, por la Dirección del actor, lo que justifica que la Superintendencia pueda disponer libremente del cargo por fuera del periodo propio que ampara al directivo hospitalario.

FUENTE FORMAL : LEY 715 DE 2001 - ARTICULO 68 / CONSTITUCION POLITICA- ARTICULO 189 / DECRETO 663 DE 1993- ARTICULO 116 / LEY 510 DE 1999 - ARTICULO 22 / DECRETO 2418 DE 1999 / LEY 100 DE 1993-ARTICULO 192

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil once (2011).-

Radicación número: 25000232500020070136501(0740-09)

ACTOR: JOSE ERNESTO PARAMO ALTURO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 29 de enero de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que declaró no probadas las excepciones propuestas y negó las pretensiones de la demanda interpuesta por José Ernesto Páramo Alturo contra La Nación – Superintendencia Nacional de Salud.

La demanda

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 659 de 4 de mayo de 2007 por medio de la cual se ordenó tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa del Hospital Universitario San Rafael de Girardot, ESE, y separó del cargo al demandante en su calidad de Representante Legal del Hospital; y 1259 de 3 de agosto del mismo año, proferidas por la Superintendencia Nacional de Salud que resolvió en forma negativa el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución anterior. (Fls. 44-83)

A título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar a la demandada reintegrarlo al cargo que desempeñaba; pagar las prestaciones sociales y la

diferencia de los valores dejados de recibir por concepto de salarios desde el 8 de mayo de 2007 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia y “*de ahí en adelante durante todo el tiempo en que dure la relación laboral que existe en la actualidad entre mi representado y la autoridad demandada, calculados en DOSCIENTOS CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES (250 SMMLV), que es el valor a la fecha de terminación del período, es decir 31 de marzo de 2008 y la suma aproximada de MIL TREINTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES (1030 SMMLV), por la expectativa de reelección de acuerdo con la ley 1122 de enero de 2007*” (sic); los daños morales calculados en 200 smmlv; y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Como fundamento de sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

Conforme con la Ley 100 de 1993 y su Decreto Reglamentario 1876 de 1994 el actor participó y ganó el proceso de selección de meritocracia establecido en el Decreto 3344 de 2003 y la Resolución No. 793 de 2003, para ocupar el cargo de Gerente de la ESE, Hospital Universitario San Rafael de Girardot.

Fue nombrado para el período comprendido entre octubre de 2004 a octubre de 2007, mediante el Decreto 0262 de 11 de octubre de 2004. Sin embargo, por la reforma de la Ley 100 de 1993, a través de la Ley 1122 de 2007¹ se extendió el período hasta marzo de 2008.

¹ “Artículo 28. De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado:

[...]

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

La Superintendencia Nacional de Salud, el 27 de enero de 2007, ordenó una visita intempestiva al Hospital la cual, en informe presentado el 23 de febrero del mismo año, hizo un reconocimiento a la gestión en la recuperación de la cartera a través de Outsourcing pues, tenía cartera con un poco más de sesenta (60) días ya que lo que se venía facturando se estaba cobrando en un amplio porcentaje, aunque, indicó que se podía mejorar la recuperación de la cartera de vigencias anteriores.

Igualmente detectó problemas, que ya habían sido evaluados por el Hospital, en un estudio aprobado por el Departamento de Cundinamarca, Planeación Nacional y el Ministerio de la Protección Social, donde se analizaba la necesidad de una reestructuración administrativa.

El 9 de marzo de 2007, el Gerente del Hospital dio respuesta al informe señalando las imprecisiones de que adolecía pues, los datos del recaudo de Outsourcing no eran reales y, se habían tomado cortes que desdibujaban la realidad presupuestal; indicó además, los problemas de las deudas anteriores al año 2004 pues, muchas de ellas no tenían soporte y destacó el incremento del recaudo en los últimos dos meses del año 2004, del 2005 y 2006 los cuales eran muy superior a los años 2001, 2002 y 2003.

ejerciendo el cargo hasta el 31 de marzo de 2008. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-957 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

Concluyó la Superintendencia Nacional de Salud, que la viabilidad financiera y administrativa del Hospital San Rafael de Girardot, estaba seriamente comprometida por lo que, el 8 de mayo de 2007, hacia las 9:30 a.m., fue puesto en conocimiento del Gerente por un funcionario de la Supersalud, de la expedición de la Resolución No. 659 de 4 de mayo de 2007. Ese mismo día se le informó de la posesión del Agente Especial y de la entrega, que del Hospital debía hacer a este funcionario, al día siguiente.

Existe presunta falsedad ideológica en documento público pues, el Agente Especial presentó acta de posesión del 8 de mayo de 2008 en Bogotá y estuvo tomando posesión del Hospital de Girardot a las 10:30 a.m. del mismo día, lo cual era imposible que sucediera.

Contra la anterior Resolución, el demandante interpuso recurso de reposición que no fue contestado por la Supersalud por lo que, a través de tutela, el Juzgado 10 Penal del Circuito de Bogotá, ordenó a la Superintendencia de Salud dar respuesta al recurso lo cual hizo a través de la Resolución No. 1259 de 3 de agosto de 2007 confirmando en todas sus partes la resolución recurrida.

Estas Resoluciones fueron expedidas con falsa motivación y desviación de poder. En consecuencia, solicitó decretar la suspensión provisional del acto administrativo por violación de los artículos 192 de la Ley 100 de 1993, 21 y 24 de la Ley 510 de 1999 normas que prevén que los Directores de los Hospitales Públicos serán elegidos por períodos de tres años prorrogables y

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.”

sólo podrán ser removidos por faltas graves de conformidad con el régimen disciplinario aplicable.

A folio 87, el demandante subsanó la demanda en cuanto a las pretensiones indicando que como consecuencia de la nulidad de las Resoluciones demandadas, se ordene a la Superintendencia de Salud pagar todos los valores dejados de percibir, por concepto salarios y prestaciones sociales, desde el 8 de mayo de 2007, día de su desvinculación, hasta la fecha de presentación de la demanda el 14 de diciembre de 2007, sin exceder el término de caducidad de cuatro meses, que corresponde a 136 smmlv aproximadamente, esto es, \$62.764.000; y pagar los demás emolumentos contemplados en la ley y que se condene en costas a la demandada.

Normas violadas

Citó como violadas las siguientes normas:

Constitución Política, los artículos 29, 53, 121 y 125; 191 de la Ley 100 de 1993; 81 del Decreto 1298 de 1994; 21, 22 y 24 de la Ley 510 de 1999; 68 de la Ley 715 de 2001.

La sentencia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró no probadas las excepciones propuestas y negó las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (folios 153 a 165):

Las excepciones propuestas de legalidad de los actos demandados, indebido agotamiento de la vía gubernativa y caducidad de la acción, no están llamadas a prosperar porque, no fueron probadas.

Previo a analizar el fondo del asunto, consideró necesario precisar que la decisión central de los actos administrativos demandados, corresponde a la toma y posesión de los haberes del Hospital siendo la separación del cargo del actor una decisión accesoria y dependiente de la principal; por lo tanto, como las pretensiones de la demanda son de carácter laboral, ya que se pidió como restablecimiento del derecho su reintegro en el cargo y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, sólo se entraría a analizar la legalidad de esta última decisión, es decir, si la Superintendencia de Salud tenía facultad para retirar al Gerente del Hospital San Rafael de Girardot como consecuencia del proceso que se llevó a cabo y sin que hubiese cumplido su período.

Al actor se le nombró dentro de los parámetros establecidos en el artículo 192 de la Ley 100 de 1993², y fue designado en la terna que entregó la Junta

² “**ARTICULO. 192.-Dirección de los hospitales públicos.** Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3344 de 2003. Reglamentado por el Decreto Nacional 536 de 2004. 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 mínimo 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. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-665 de 2000 .[...].”

Directiva al Gobernador de Cundinamarca, quien procedió a nombrarlo en el cargo de Gerente del Hospital San Rafael de Girardot, por un período de tres años.

El artículo “69” (*sic*) de la Ley 715 de 2001 otorgó facultades a la Superintendencia Nacional de Salud de ejercer la intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades sometidas a su vigilancia mientras que el Decreto 1015 de 2002³ estableció las normas, el artículo 116 del Decreto Ley 663 de 1993, Ley 510 de 1999 y el Decreto 2418 de 1999, señalando el procedimiento a que debía someterse.

Estas normas (artículo 116 del Decreto Ley 663 de 1993, Ley 510 de 1999 y el Decreto 2418 de 1999) hacían referencia a la toma de posesión y liquidación de entidades financieras; sin embargo, fueron modificadas posteriormente por el Decreto 2211 de 2004⁴ que determinó y desarrolló el

³“Artículo 1º. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará en los procesos de intervención forzosa administrativa, para administrar o para liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como en los de intervención técnica y administrativa de las Direcciones Territoriales de Salud, las normas de procedimiento previstas en el artículo 116 del Decreto-ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999, el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan.”

⁴ **ARTÍCULO 10. TOMA DE POSESIÓN Y MEDIDAS PREVENTIVAS.** <Decreto derogado por el artículo 12.2.1.1.4 del Decreto 2555 de 2010> De conformidad con el artículo 115 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 21 de la Ley 510 de 1999, la toma de posesión tendrá por objeto establecer si la entidad vigilada a debe ser objeto de liquidación; si es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social, o si se pueden realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para que los depositantes, ahorradores e inversionistas puedan obtener el pago total o parcial de sus acreencias. La decisión correspondiente deberá adoptarse por la Superintendencia Bancaria en un término no mayor de dos (2) meses contados a partir de la fecha de la toma de posesión, prorrogables por un término igual por dicha entidad, previo concepto del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. Para el efecto, la Superintendencia Bancaria y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras durante dicho plazo, mantendrán mecanismos de coordinación e intercambio de información sobre los antecedentes, situación de la entidad, posibles medidas a adoptar y demás acciones necesarias, para lo cual designarán a los funcionarios encargados de las distintas labores derivadas del proceso.

procedimiento aplicable a las entidades financieras sujetas a posesión y liquidación forzosa administrativa, por lo tanto, era sobre esta última norma que debía determinarse si la Supersalud al intervenir la ESE Hospital San Rafael de Girardot, tenía facultad para remover a su Gerente.

Conforme con el artículo 1º del Decreto 2211 citado, la separación del empleo del administrador o Director de una entidad, es una medida preventiva no obligatoria sino facultativa, que podía tomar una entidad de acuerdo con las circunstancias que llevaran su estado de crisis; por lo tanto, si la Supersalud lo consideraba necesario y justificable, podía retirar al Gerente de las entidades intervenidas.

Conforme con lo probado en el proceso, en el informe presentado en el que se analizó la viabilidad financiera del Hospital, se decía que la entidad, pasados tres años, seguía sin superar las dificultades e inconsistencias

Lo anterior no impedirá que la Superintendencia Bancaria adopte las medidas previstas en el inciso tercero del artículo 115 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 21 de la Ley 510 de 1999.

El acto administrativo que ordene la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada por la Superintendencia Bancaria dispondrá las siguientes medidas preventivas:

1. Medidas preventivas obligatorias

a) La inmediata guarda de los bienes de la institución financiera intervenida y la colocación de sellos y demás seguridades indispensables;

[...]

j) La prevención a los deudores de la intervenida que sólo podrán pagar al Agente Especial, advirtiendo la inoponibilidad del pago hecho a persona distinta, así como el aviso a las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria sobre la adopción de la medida, para que procedan de conformidad;

k) La prevención a todos los que tengan negocios con la intervenida, que deben entenderse exclusivamente con el Agente Especial, para todos los efectos legales;

l) La designación del funcionario comisionado para ejecutar la medida, quien podrá solicitar que se decreten y practiquen las medidas necesarias para dar cumplimiento a la toma de posesión.

2. Medidas preventivas facultativas. El acto administrativo podrá disponer también las siguientes medidas:

a) La separación de los administradores, directores, y de los órganos de administración y dirección así como del revisor fiscal, salvo en los casos que la Superintendencia Bancaria determine lo contrario, de conformidad con el artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sin perjuicio de la facultad de removerlos con posterioridad. En caso de remoción del Revisor Fiscal, su reemplazo será de signado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras;

[...].”

reveladas por los informes de revisoría fiscal; no había suministrado las evaluaciones jurídicas, financieras y técnicas solicitadas; los procesos eran lentos por lo tanto, no permitían solucionar los problemas de la entidad, entre otros. Igualmente, la misma Resolución 659, habla de la violación de las leyes, el incumplimiento de las circulares e instrucciones o recomendaciones dadas por la Supersalud a la entidad, lo que condujo a que la entidad interviniente decidiera el retiro del actor.

Por su parte, el actor se limitó simplemente a señalar que cumplió una satisfactoria gestión, sin aportar pruebas que desvirtuaran los hechos, la ineficiencia administrativa a él inculcada, por lo que la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos demandados, no fue desvirtuada y en consecuencia, debían denegarse las pretensiones de la demanda.

El recurso de apelación

La parte demandante, por intermedio de apoderado, interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído, el cual sustentó de folios 174 a 188, así:

Consideró que el *A quo* llegó a unas conclusiones que no eran acordes con la realidad y las pruebas aportadas al proceso, además que estas últimas no fueron estudiadas en su conjunto, pues para retirarlo debió existir una justa causa.

No analizó la sentencia de constitucionalidad C-1049 de 2000 contra el párrafo 1 del artículo 22 de la Ley 510 de 1999 citada en la demanda en la que se señala que *“es necesario, entonces, que se tenga en cuenta la responsabilidad del empleado administrador o revisor fiscal en torno a los hechos que han ocasionado la toma de posesión, para concluir solamente de ella la justa causa de la terminación de su contrato y la pérdida del derecho a una adecuada indemnización.”*

Tampoco contradijo los cuadros anexados que son el fundamento del análisis superfluo realizado por la demandada y que la Supersalud analizó erradamente en la Resolución No. 1259, así:

Cuadro de la Superintendencia:

AÑO	RECAUDO	COMPROMISOS	% EJECUCIÓN
2004	36.873.311	42.969.334	1.17
2005	37.526.239	49.295.896	1.31
2006	32.717.546	42.646.984	1.30

Cuadro respuesta de la entidad:

AÑO	RECAUDO	COMPROMISOS	% EJECUCIÓN
2001	25.292.935	38.208.025	1.51
2002	32.200.470	44.298.218	1.38
2003	33.669.085	49.099.014	1.46
2004	36.873.311	42.969.334	1.17
2005	37.526.239	49.295.896	1.31
2006	32.717.546	42.646.984	1.30

Cuadro análisis de la Superintendencia que hace parte de la Resolución No. 659 de 2007:

AÑO	RECAUDO	COMPROMISOS	% EJECUCIÓN
2004	36.873.311	42.969.334	-6.096.023
2005	37.526.239	49.295.896	-11.769.656
2006	32.717.546	42.646.984	-9.929.438
TOTAL	107.117.096	134.912.213	-27.795.117

Erró la Supersalud ya que se toma como si el déficit del año anterior no fuera asumido por la siguiente vigencia, siendo el valor del déficit de \$9.929'438.000 y no de \$27.795'117.000. Si se manejara la tesis de la Superintendencia, desde el año 2001 al 2006 el déficit sería de \$68.237'884.000 lo cual es ilógico.

AÑO	RECAUDO	COMPROMISOS	% EJECUCIÓN
2001	25.292.935	38.208.025	12.915.090
2002	32.200.470	44.298.218	12.097.748
2003	33.669.085	49.099.014	15.429.929
2004	36.873.311	42.969.334	6.096.023
2005	37.526.239	49.295.896	11.769.656
2006	32.717.546	42.646.984	9.929.438
TOTAL	198.279.586	266.517.470	68.237.884

La responsabilidad del Gerente se analizó sesgadamente pues, ya existía una aprobación de reestructuración del Hospital y se había expedido la

Ordenanza 002 de 3 de mayo de 2007, emitida por la Gobernación de Cundinamarca donde se autorizaba al Gobernador para suscribir un convenio con el Ministerio de Protección Social para que con aportes de recursos, se superara la crisis hospitalaria.

La investigación que condujo a la intervención del Hospital, era una situación netamente administrativa, cuya labor era el análisis general y objetivo de la situación de viabilidad de la empresa, diferente al debido proceso en materia disciplinaria, necesario para la remoción de un funcionario público, cuya competencia es del Juez Disciplinario quien realiza todo un proceso en el que la parte se puede defender, para poder dar lugar a su retiro.

Es claro que las anteriores administraciones dejaron el Hospital en mala situación sin que pueda endilgarse responsabilidad alguna al actor pues, al contrario, realizó todos los trámites para lograr una reestructuración. Ni las resoluciones demandadas ni la investigación realizada le individualiza responsabilidad alguna pues, daban fe de la no viabilidad de la empresa objetivamente y no subjetivamente como concluyó el *A quo*.

No se puede entender como justa causa de despido y como consecuencia de ello, no tener de derecho a indemnización, la intervención administrativa de la Superintendencia Nacional de Salud a la ESE Hospital San Rafael de Girardot. Se violaron las garantías constitucionales del debido proceso y derecho a la defensa pues no se le pudo demostrar responsabilidad disciplinaria para separarlo del cargo, además que, la culpa grave y el dolo deben ser declarados mediante proceso, de lo contrario se estaría negando la presunción de inocencia.

El Ministerio Público

El Procurador Tercero Delgado ante el Consejo de Estado (fls. 203-221), solicitó confirmar la sentencia apelada pues el accionante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que amparaban los actos administrativos.

Hizo un recuento de las normas que regulan a los Directores de los Hospitales Públicos y las funciones dadas a la Superintendencia Nacional de Salud para la toma de posesión y liquidación forzosa administrativa de entidades financieras (Decreto 2211 de 2004) y de cualquier EPS e IPS que administre cualquier régimen (Decreto 1018 de 2007).

La normatividad que regula la toma de posesión como medida administrativa, representa la potestad de intervención propia de los organismos de supervisión y control, obedece a unas causales específicas y taxativas que la ley señala y que están contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto Ley 663 de 1993, modificado por la Ley 510 de 1999 y 795 de 2003 controlado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Dicha normatividad, por remisión legal, también regula otros sectores como el Sistema de Seguridad Social en Salud, en cabeza de la Supersalud, teniendo en cuenta que también cumplía funciones de inspección, vigilancia y control sobre las empresas prestadoras del servicio de salud.

Esta remisión se dio en el artículo 68 de la Ley 715 de 2001 y el Decreto 1015 de 2002, modificado por el Decreto 736 de 2005 que remite a las

normas de procedimiento previstas en el Decreto Ley 663 de 1993, modificado por la Ley 510 de 1999 y 795 de 2003, que corresponden al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan como los Decretos 2211 de 2004 y 1018 de 2007.

La toma de posesión tiene medidas preventivas de carácter obligatorio y otras facultativas que son de inmediato cumplimiento, una vez se expida el acto administrativo que las ordene. Contra esta medida sólo procede el recurso de reposición.

En el caso en estudio y conforme con el artículo 192 de la Ley 100 de “1992” (*sic*) ya citado, los Directores de Hospitales del sector público o de las Empresas Sociales del Estado, sólo podrán ser removidos cuando se demuestre ante la autoridad competente, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética según las disposiciones vigentes o, ineficiencia administrativa.

La ineficiencia administrativa corresponde a quien, por ley, realiza un control sobre la gestión. Esta función que se ha asignado a quien ejerce la inspección, vigilancia y control de las entidades, es decir, conforme con el artículo 189-22 de la C.P. al Presidente de la República quien realiza esta actividad a través de un órgano que hace parte de la Administración Nacional, en este caso, a la Superintendencia de Salud, entidad que, a su vez, por aplicación de normas relativas a la intervención forzosa puede, inclusive, separar del cargo a quien administra la entidad intervenida, como medida preventiva de carácter facultativa.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 10 de junio de 2005 ha tratado el caso de “*separación del cargo por toma de posesión*” para empleados del sector financiero; en este caso, se trata de empleados particulares que para todos los efectos, se rigen por una misma normatividad, de acuerdo con la remisión que ha hecho la ley.

Sin embargo, indicó que había que examinar este fallo en concordancia con la sentencia C-1049 de 2000 de la Corte Constitucional, que declaró condicionalmente exequible el parágrafo del artículo 22 de la Ley 510 de 1999, que modificó el artículo 16 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el entendido que, la justa causa para la terminación del contrato de trabajo y la exclusión de la indemnización se configuran por la “*probada responsabilidad*” del trabajador en los hechos que han dado lugar a la toma de posesión de la entidad.

Si se entendía así, el objeto de este recurso debía concentrarse en verificar el sometimiento a la legalidad de los actos proferidos, no el aspecto fáctico sustento de la decisión; es decir, verificar que el acto se encuentre correctamente motivado, ajustado a las normas que lo rigen y que se hayan garantizado los derechos del afectado, esto es, el debido proceso y el derecho de defensa.

De acuerdo con el informe allegado al proceso y que es la consecuencia del acto enjuiciado, existió un déficit entre el año 2004 y 2006 de “27.795’000.000, producto de menos ingresos frente a los gastos. Señaló la Resolución enjuiciada, las falencias administrativas y financieras incluyendo el desacato a las instrucciones de la Circular Externa No. 012

respecto de la información financiera complementaria que debía ser reportada a la Superintendencia por las ESE y Hospitales Públicos.

Cumplió la Supersalud con el rigor procedimental de su competencia que concluyó con la decisión de adelantar la toma de posesión de la ESE Hospital Universitario San Rafael de Girardot, actos que fueron debidamente notificados al demandante quien no logró desvirtuar las irregularidades encontradas; aunque era cierto que estaba adelantando un proceso de reestructuración, estimó la Supersalud que pasados (4) cuatro años, la situación seguiría en las mismas condiciones dado el muy elevado déficit que presentaba la entidad.

Sobre este tema cito sentencia del Consejo de Estado de 3 de septiembre de 2009, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado, referida al control jurisdiccional que ejerce esta jurisdicción con respecto a los actos administrativos que definen un procedimiento disciplinario.

Concluyó que no se presentó la falsa motivación ni la falta de competencia de los actos demandados pues, este era el organismo de control encargado de la vigilancia de las ESE; tampoco se dio desviación de poder, pues había actuado dentro del marco de sus competencias; en cuanto al retiro del actor como consecuencia de la intervención de la entidad, era la misma ley la que así lo consagraba siendo entonces una justa causa, acorde con el ordenamiento legal que podría pensarse que es otra forma de terminación de la relación laboral de los servidores públicos, de período fijo que acceden al servicio por meritocracia, para el desempeño de labores directivas o gerenciales.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia, previas las siguientes:

Consideraciones

El problema jurídico por resolver

Establecer si la Superintendencia Nacional de Salud podía, en ejercicio de las facultades extraordinarias de toma de posesión e intervención forzosa, separar del cargo al demandante, quien ocupaba el puesto de Gerente 085, de la Empresa de Seguridad Social del Estado San Rafael del Municipio de Girardot, adscrito a la Secretaria de Salud de Cundinamarca, de manera discrecional.

Actos Acusados

Resoluciones Nos. 659 de 4 de mayo de 2007 por medio de la cual la Superintendencia Nacional de Salud ordenó tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa del Hospital Universitario San Rafael de Girardot, ESE, y separó del cargo al demandante en su calidad de Representante Legal del Hospital; y 1259 de 3 de agosto del mismo año, proferidas por la Superintendencia Nacional de Salud que resolvió en forma negativa el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución anterior. (fls. 10-23 y 24-42)

Hechos probados

Copia del Decreto 262 de 11 de octubre de 2004 (fl.2) por medio del cual el Gobernador de Cundinamarca nombró al actor para el período de octubre de 2004 a octubre de 2007.

De folios 5 a 9 obran Resoluciones de 5 de julio y 31 de agosto de 2007 que prorrogan el término de la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa del Hospital Universitario San Rafael de Girardot, ESE. por petición del Agente Interventor quien manifestó en la primera, que el inventario preliminar de los activos y pasivos de la entidad, no se tenían aún; y en la segunda, recomendó seguir ejecutando el salvamento bajo el esquema de la gestión gerencial.

En el cuaderno 3 (folios 1-41), obra el informe hecho por la Superintendencia Nacional de Salud contra el Hospital Universitario San Rafael de Girardot, ESE donde a folio 41 recomienda liquidar la entidad y crear una nueva en las mismas instalaciones donde se corrijan las falencias anotadas que lo llevarán en cuatro (4) años a estar en condiciones similares.

Análisis de la Sala

La Sala entrará a resolver los aspectos planteados con el recurso de apelación, en el siguiente orden: 1) De la facultad para remover a empleados de dirección por efectos de la toma de posesión de bienes e intervención por deficiente manejo administrativo; 2) De la vinculación del actor; y 3) Solución al caso concreto.

1. De la facultad para remover a empleados de dirección por efectos de la toma de posesión de bienes e intervención por deficiente manejo administrativo.

Conforme a la Constitución Política en el artículo 189, en los numerales 22 y 26, le otorgan al Presidente de la República las funciones de ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos y de las instituciones de utilidad común.

Con fundamento en las anteriores funciones, se expidió la Ley 715 de 2001 por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros, para lo cual le asignó la competencia presidencial de inspección y vigilancia a la Superintendencia Nacional de Salud, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 68. INSPECCIÓN Y VIGILANCIA. La Superintendencia Nacional de Salud tendrá como competencia realizar la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las normas constitucionales y legales del sector salud y de los recursos del mismo.

Las organizaciones de economía solidaria que realicen funciones de Entidades Promotoras de Salud, administradoras de régimen subsidiado o presten servicios de salud y que reciban recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, estarán sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud.

La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá funciones de inspección, vigilancia y control sobre las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud IPS, en relación con el cumplimiento de las normas técnicas, científicas, administrativas y financieras del sector salud. Los procesos de liquidación de las instituciones prestadoras de servicios de salud, IPS, privadas serán de competencia de la Superintendencia de Sociedades, con excepción de las fundaciones, corporaciones y demás entidades de utilidad común sin ánimo de lucro, siempre y cuando no hayan manejado recursos públicos o de la Seguridad Social en Salud.

Para el ejercicio de sus funciones, la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la jurisdicción coactiva, realizará el cobro de las tasas, contribuciones y multas a que hubiere lugar.

La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá la intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos, cedidos al sector salud, Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud, en los términos de la ley y los reglamentos.

La intervención de la Superintendencia de Salud a las Instituciones Prestadoras de Salud tendrá una primera fase que consistirá en el salvamento.

Sin perjuicio de la responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal, la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus atribuciones y competencias, y previa solicitud de explicaciones, impondrá a los representantes legales de los departamentos, distritos y municipios, directores de salud, jefes de presupuesto, tesoreros y demás funcionarios responsables de la administración y manejo de los recursos sector salud en las entidades territoriales, multas hasta de 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la expedición del acto administrativo, a favor del Fondo de Solidaridad y Garantía, por incumplimiento de las instrucciones y órdenes impartidas por la Superintendencia, así como por la violación de la normatividad vigente sobre la prestación del servicio público de salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud. El pago de las multas debe hacerse con recursos de su propio peculio, y en consecuencia no se puede imputar al presupuesto de la entidad de la cual dependen.”.

Por su lado, el Presidente de la República, en ejercicio de sus facultades reglamentarias conferidas por la Carta en los Artículos 189, numerales 11, 22 y 26, reglamentó el artículo antes transcrito, a través del Decreto 1015 de 2002, y al respecto indicó:

“Artículo 1°. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará en los procesos de intervención forzosa administrativa, para administrar o para liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como en los de intervención técnica y administrativa de las Direcciones Territoriales de Salud, las normas de procedimiento previstas en el artículo 116 del Decretoley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999, el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan.

Artículo 2°. La Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus atribuciones y competencias, señaladas por los artículos 42.8 y 68 de la Ley 715 de 2001 podrá en todo tiempo ejercer la intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las instituciones prestadoras de salud sin ánimo de lucro, con las excepciones allí previstas. Para este efecto, aplicará el procedimiento administrativo respectivo, conforme a las normas a que alude el artículo anterior.

Con el propósito de que se adopten las medidas concernientes, la Superintendencia Nacional de Salud, comunicará la decisión administrativa correspondiente.

En otras palabras, conforme a la preceptiva anterior, la Superintendencia Nacional de Salud tenía la facultad de intervenir de manera forzosa para administrar o liquidar las instituciones prestadoras de salud, sin ánimo de lucro, aplicando las normas de procedimiento previstas en el artículo 116 del

Decreto-ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999, el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan, las que regulan el proceso de intervención del sector Financiero. En otras palabras, para la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa, en lo no regulado, se aplica el Estatuto Orgánico Financiero.

Ahora bien, en dicho Estatuto Orgánico, en el artículo 22 de la Ley 510 de 1999, se precisó:

“ARTICULO 22. El artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, quedará así:

La toma de posesión conlleva:

a) La separación de los administradores y directores de la administración de los bienes de la intervenida. En la decisión de toma de posesión la Superintendencia Bancaria podrá abstenerse de separar determinados directores o administradores, salvo que la toma de posesión obedezca a violación a las normas que regulan los cupos individuales de crédito o concentración de riesgo, sin perjuicio de que posteriormente puedan ser separados en cualquier momento por el agente especial;

[...]

PARAGRAFO. La separación de los administradores y del revisor fiscal por causa de la toma de posesión, al momento de la misma o posteriormente, da lugar a la terminación del contrato de trabajo por justa causa y por ello no generará indemnización alguna.
(Destacado no es del texto).

El párrafo de la norma antes transcrita fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1049 de 10 de agosto de 2000, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, *'sólo si se lo entiende y aplica en el sentido de que la justa causa para la terminación del contrato de trabajo y la exclusión de la indemnización se configuran por la probada responsabilidad del trabajador en los hechos que han dado lugar a la toma de posesión de la entidad. Bajo cualquiera otra*

interpretación, la norma acusada se declara INEXEQUIBLE.', al respecto precisó:

“Facultad relativa del legislador para fijar las causas justas de despido

[...]

En efecto, si por regla general, en caso del cese de actividades de la empresa la terminación unilateral de los contratos de trabajo por parte del patrono no se produce bajo el criterio de una justa causa (artículo 62 del C.S.T., subrogado por el 7 del Decreto 2351 de 1965), no existe razón alguna para consagrar, sin distinciones, que tratándose de los trabajadores a los que se refiere la norma acusada, dicha interrupción de la actividad empresarial (en este caso por la toma de posesión de sus negocios y haberes) se entienda siempre como justa causa y se ocasione, también injustificadamente, la consecuencia de no tener derecho a indemnización alguna.

Es necesario, entonces, que se tenga en cuenta la responsabilidad del empleado administrador o revisor fiscal en torno a los hechos que han ocasionado la toma de posesión, para concluir solamente de ella la justa causa de la terminación de su contrato y la pérdida del derecho a una adecuada indemnización. Si tal responsabilidad no puede ser probada previo un debido proceso, lo dispuesto por la norma es contrario a la Constitución, en cuanto, además de lo dicho, implica la consagración de una modalidad de responsabilidad objetiva que el artículo 29 de la Constitución proscrib; en cambio, será constitucional lo dispuesto por el párrafo impugnado cuando se pueda demostrar que los hechos que han generado la medida de toma de posesión se han producido como consecuencia de la responsabilidad del administrador o revisor fiscal, a título de dolo o a título de culpa grave.

Sólo bajo este entendido se declarará exequible la disposición.”.

De la misma forma como lo precisó el *A quo*, y esto no se discute en el proceso, el Decreto 2211 de 2004 determinó el procedimiento aplicable a las

entidades financieras sujetas a toma de posesión y liquidación forzosa administrativa y, entre otras facultades, indicó que el acto administrativo que ordene la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada, en nuestro caso, por la Superintendencia de Salud, dispondría de las siguientes medidas preventivas, en lo pertinente al caso el numeral 2º, prevé:

“2. Medidas preventivas facultativas. El acto administrativo podrá disponer también las siguientes medidas:

a) La separación de los administradores, directores, y de los órganos de administración y dirección así como del revisor fiscal, salvo en los casos que la Superintendencia Bancaria determine lo contrario, de conformidad con el artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sin perjuicio de la facultad de removerlos con posterioridad. En caso de remoción del Revisor Fiscal, su reemplazo será designado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras; [...].”

Conforme a las normas antes citadas, la Superintendencia Nacional de Salud, al hacer la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa, en el presente asunto del Hospital San Rafael de Girardot E.S.E., podía de manera *“facultativa”* retirar a su Representante Legal, siempre y cuando exista una justa causa y la decisión se sustente en la probada responsabilidad, en este caso del Director o Gerente, en los hechos que han dado lugar a la toma de posesión de la entidad.

Al respecto, conviene precisar que las normas antes citadas están dirigidas a miembros del sector privado y/o a entidades estatales cuyos empleados están vinculados por contrato de trabajo, mientras que un servidor público

está sometido a la Constitución, la Ley y los Reglamentos, de manera que deben interpretarse las normas, conforme a la clase de empleado al que se está aplicando.

2) De la vinculación del actor.

El artículo 192 de la Ley 100 de 1993, reguló la provisión del empleo de Director o Gerente de los Hospitales Públicos, en los siguientes términos:

“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 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.”

La norma antes citada fue revisada en su constitucionalidad por la Corte Constitucional en sentencia C-665/00, que declaró inexecutable el aparte antes tachado y ajustada a la Carta el resto de la disposición, para ello, razonó así:

“En lo relativo a los apartes demandados del artículo 192 de la Ley 100 de 1993, que se refieren al nombramiento de los directores de los hospitales públicos, el cual corresponde al jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud, de terna que le presente la junta directiva integrada como se señaló en el numeral anterior, y al período de los directores de estas entidades y sus causales de remoción, son todos aspectos que se han dejado por el Constituyente en manos del legislador y que en modo alguno, en el caso de las disposiciones impugnadas, desconocen ni vulneran principios o textos constitucionales.

Si los directores tienen un período prorrogable de tres años, y permanecen en sus cargos mientras no se demuestre la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa, ello, con la salvedad que adelante se expone, no constituye desconocimiento de norma constitucional alguna, pues el legislador está en libertad de establecer las causales que considere para el retiro de estos servidores públicos.

Desde luego, como acaba de decirse, es el legislador -y no el Gobierno- el llamado a tipificar las conductas objeto de sanción, lo que aparece claro en el artículo 29 de la Constitución. La adscripción de competencia al Ejecutivo para hacerlo, sin límite de tiempo y sin los requisitos del artículo 150, numeral 10, de la Constitución, además de vulnerar el principio de legalidad y el debido proceso, representa un inadmisibles traslado de funciones legislativas al Presidente de la República. Por eso, la Corte declarará la inexecutable de las expresiones "definidos mediante reglamento del Gobierno Nacional".

Ahora bien, el actor considera que los directores de estas entidades deberían ser nombrados por el Presidente de la República, los gobernadores o los alcaldes, según el caso, para que así fueran agentes suyos y existiera la libertad de removerlos en cualquier momento, dentro de su concepción de que las empresas sociales del Estado son verdaderos establecimientos públicos.

Como ya se ha anotado, las empresas sociales del Estado tienen una naturaleza jurídica diversa de la que corresponde a los establecimientos públicos, y su función primordial, a diferencia de éstos, no consiste en el cumplimiento de tareas administrativas en un sentido general, sino que radica ante todo en la atención de salud. Por ello, las disposiciones que las rigen son también distintas y, en el caso de las empresas sociales, que por su naturaleza de entidades descentralizadas públicas debían ser creadas por ley, como en efecto lo fueron, el legislador estaba facultado para establecer su estructura orgánica y por ende, lo relativo al período, nombramiento y causales de retiro de sus directores.

El párrafo del artículo 192 de la Ley 100 de 1993, también demandado, consagra que el Gobierno deberá reglamentar un régimen especial en materia salarial para los directores de hospitales del sector público de las empresas sociales del Estado, teniendo en cuenta el nivel de complejidad y el presupuesto del respectivo Hospital.

La Sala encuentra que esta disposición se ajusta al texto constitucional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 150, numeral 19, literal e), según el cual corresponde al Congreso dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. Lo que el citado párrafo hace no es otra cosa que establecer un marco general para que el Gobierno, teniendo en cuenta el nivel de complejidad y el presupuesto del respectivo hospital, reglamente un régimen especial en materia salarial para los directores de los hospitales públicos y de las empresas sociales del Estado.

Se trata entonces de una ley marco en materia del régimen salarial que debe regir para los directores de estas entidades, los cuales, por su naturaleza y funciones, son empleados públicos.

Es decir que por disposición del legislador, los Directivos de los Hospitales Públicos tienen un período de tres (3) años prorrogables y 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 por “*ineficiencia administrativa*”.

En el presente asunto, el nombramiento del actor se efectuó, conforme al procedimiento regulado en la norma transcrita y el demandante fue designado por un periodo de tres (3) años, como consta en el Decreto 0262 del 11 de octubre de 2004, proferido por el Gobernador del Departamento de Cundinamarca (folios 2 y 3), cargo del cual tomó posesión el 14 de octubre de 2004 (folio 4), luego entonces el periodo culminaba el 14 de octubre de 2007.

Es decir, que el demandante gozaba de un periodo de tres (3) años y sólo podía ser removido, por las causales previamente establecidas por el legislador.

3. Solución al caso concreto

Conforme se ha indicado la Superintendencia Nacional de Salud, podía retirar “*facultativamente*” al Representante Legal de la entidad respecto de la cual ejerce la toma de posesión de bienes.

Ahora bien, esta potestad que tiene la Superintendencia no es omnímoda ni absoluta sino que debe estar inspirada en razones del servicio público, pues sólo la justa causa, sustentada en la ineficiencia en la prestación del servicio, puede ser el sustento de su remoción en el proceso de toma de posesión de

bienes y de la intervención forzosa administrativa, en este caso de la Empresa Social del Estado, Hospital Universitario San Rafael de Girardot.

En el presente asunto, el retiro del servicio del actor se explicitó en la Resolución demandada No. 1259 del 3 de agosto de 2007, en los siguientes términos:

“[...] En cuanto al cuestionamiento que hace el actor sobre lo resuelto en el acto impugnado relativo a la separación del cargo del representante legal de la entidad intervenida, del cual fue objeto, es de anotar que la misma resulta ser una consecuencia de la decisión adoptada de conformidad al párrafo del artículo 22 de la Ley 510 de 1999.

*Para esta Superioridad es claro que la orden impartida en el artículo 2 de la Resolución No. 659 del 4 de mayo de 2007, consistente en **separar** del cargo de Representante Legal de la entidad intervenida, doctor José Ernesto Páramo Alturo, no fue una decisión arbitraria y mucho menos violatoria del debido proceso en razón a que dentro del procedimiento administrativo al que se remite a la Superintendencia Nacional de Salud para ejecutar la función de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar a las Entidades vigiladas se encuentra autorizada para que con la toma de posesión se disponga la separación de los administradores y directores de la administración de los bienes de la intervenida (Artículo 22 literal a y párrafo de la Ley 510 de 1999, modificatorio del artículo 116 del Decreto Ley 663 de 1993) y así lo vuelve a reiterar el Decreto 2211 de “204” (sic) en su artículo 1° numeral 2 literal a) señalando además, que la separación de los administradores y del revisor fiscal por causa de la toma de posesión, al momento de la misma o posteriormente, da lugar a la terminación del contrato de trabajo por justa causa y por ello no generará indemnización alguna.*

La anterior sanción obedece a que si el administrador de una entidad, a pesar de tener a su alcance todas las medidas técnicas que le proporciona la ley, permite que su entidad sea intervenida mediante una toma de posesión, se configura una justa causa para separarlo de la representación legal de la entidad vigilada, pues ha demostrado ineptitud para el desempeño de su cargo, el

cual exige mayor responsabilidad, pues los administradores no son ajenos a los hechos que determinan la toma de posesión de una entidad, y, por tanto, se justifica su separación del cargo, al no resultar lógico retribuirles su deficiente gestión, cuando tienen una mayor responsabilidad que el resto de los empleados y por dicha razón se les debe aplicar un régimen especial más estricto. Por otra parte, si se colocara en una balanza el interés general y el particular con la separación del cargo al doctor José Ernesto Páramo Alturo, por la consecuente causa de la toma de posesión del Hospital Universitario San Rafael ESE, dicha balanza tiene inevitablemente que inclinarse a favor del primero, pues, la protección del interés general es uno de los postulados de un Estado Social de Derecho como el colombiano (art. 1 C.P.), y éste se logra, entre otras, procurando el mayor celo sobre la administración de una institución prestadora de servicios de salud, la cual por clasificarse en un nivel de mediana y alta complejidad se constituye en un centro de referencia de la región, por la cual se debe realizar todo lo que este a su alcance para salvarla y buscar que logre que la prestación del servicio de salud se brinde con los mayores estándares de calidad, y en su lugar minimizar los riesgos que su crisis financiera, administrativa y asistencial pueda causar a los usuarios que hagan uso de los servicios ofrecidos.

De tal suerte que al impartirse la orden de separarse del cargo al doctor José Ernesto Páramo Alturo, tampoco se desobedece el derecho al debido proceso, puesto que el presupuesto para la separación del cargo, es la toma de posesión, medida que se encuentra regulada por el legislador y supone, en el caso concreto, que la Superintendencia después de agotar un trámite expedito, profirió la Resolución No. 659 de 2007, al concluir que la viabilidad financiera y administrativa de la institución se encuentra seriamente comprometida, por las causas expresadas particularmente en la Resolución 659 del 4 de mayo de 2007 y que en resumen, corresponden a:

(i) Los ingresos son inferiores a los egresos, (ii) la cartera en su gran mayoría es de difícil cobro, pues tiene más de un año, incluyendo cartera desde el año 1999, (iii) no existen resultados de costos, de donde se sigue que no es fácil realizar una evaluación financiera que permita establecer un punto de equilibrio, (iv) los manuales de proceso no se aplican, (v) no se destina el dinero que por ley debe destinarse al mantenimiento hospitalario, (vi) el presupuesto no muestra la realidad de

desarrollo del negocio, simple y sencillamente permite a través de una expectativa de cobro de cartera, presupuestar unos gastos que son superiores a los ingresos, (vii) los estados financieros dictaminados con opinión adversa, (viii) los problemas financieros afectan la prestación del servicio de salud, en tal sentido, principio del mes de enero no había suficientes médicos atendiendo el área de urgencias, ya que, los que allí estaban renunciaron por falta de pago, (ix) la falta de insumos desorganiza y retrasa las cirugías programadas.

Las citadas causas, condujeron a separar del cargo al doctor José Ernesto Páramo Alturo como Representante Legal de la Empresa Social del Estado tantas veces mencionada, previo haberle garantizado el Derecho Fundamental al debido Proceso (sic), trasladándole el informe del resultado de la visita, quien lo controvirtió mediante escrito fechado 9 de marzo de 2007, cuyas razonamientos y soportes allegados no desvirtuaron las irregularidades encontradas en el manejo de la Institución prestadora de Salud, lo que conllevó a que la Superintendencia Nacional ordenara la intervención forzosa administrativa del Hospital Universitario San Rafael ESE, y dispusiera de manera inmediata la imposición de la medida cautelar denominada "Toma de Posesión", con el fin de establecer si la entidad vigilada es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social, para lo cual se consideró necesario separar a su representante legal, dada la situación que atraviesa la Entidad Hospitalaria, fundado dichas actuaciones en las normas procesales ya citadas. [...]"

Es decir que la Superintendencia, habida cuenta de que la situación administrativa era tan deficiente en la entidad, consideró pertinente el retiro del actor y designar un Agente interventor *“con miras a subsanar”* los hechos que dieron origen a la toma de posesión de bienes, haberes y negocios y a la intervención forzosa del ente hospitalario (folio 22). En otras palabras, consideró ineficiente la labor desempeñada por el actor en su condición de Gerente de la Entidad y, por ende, debía ser reemplazado por el respectivo Agente Especial.

De acuerdo con lo anterior, la Supersalud podía, “facultativamente” retirar al actor y designar el respectivo Agente Interventor para que, mediante las medidas administrativas, proceda a mejorar la situación en la que se vio sometida la entidad, por el deficiente manejo empresarial, dado entre otros, por la Dirección del actor, lo que justifica que la Superintendencia pueda disponer libremente del cargo por fuera del periodo propio que ampara al directivo hospitalario.

Al respecto, conviene señalar que una vez explicitadas las razones que indujeron a la administración interventora a retirar del servicio al actor y que estas están cobijadas de la presunción de legalidad que ampara a todo acto administrativo, el demandante, para efectos de lograr su anulación debe probar que el acto administrativo está incurso en alguna de las causales de anulación previstas en el artículo 84 del C.C.A.

A partir del conocimiento de la situación deficitaria de la entidad demandada, Hospital Universitario San Rafael de Girardot E.S.E., hace presumir, además, que el demandante, en su condición de directivo, tuvo alguna injerencia en las causas que originaron su intervención; por ende, no era necesario adelantar un proceso disciplinario o adelantar diligencias tendientes a demostrar que la situación precaria de la entidad hospitalaria fue ocasionada por el actor.

Los actos administrativos acusados, que se presumen expedidos en aras de la buena prestación del servicio público indicaron que la entidad hospitalaria tenía problemas de administración que se reflejaron en la situación deficitaria, pero, además, en dichos actos se retiró del servicio al actor en

razón del cargo desempeñado, lo que conduce a deducir que si existe una mala administración; ya que el Representante Legal tiene una labor ineficiente y puede ser retirado de manera facultativa; lo antes dicho porque el ser directivo, implica que sus funciones tienen una especial responsabilidad y dignidad que conlleva mayores compromisos y riesgos de los cuales no podía sustraerse.

En otras palabras, la gestión deficitaria que dio lugar a la toma de posesión de bienes, haberes y negocios y a la intervención administrativa, tiene que ver con la persona que gerenciaba o regentaba la institución, como efectivamente se sustentó en los actos acusados, especialmente en los acápite transcritos.

Ante tal panorama, el demandante debió demostrar que la labor por él desempeñada, fue eficiente y que la crisis que provocó la intervención de la entidad, fue por causa ajena a sus labores de Gerente; el análisis de los cuadros comparativos de la situación deficitaria, en nada cambia la condición precaria en que estaba el Hospital, y en ambos casos pueden servir de fundamento para deducir la existencia de una labor ineficiente del actor.

El ocupar un cargo de Gerente o Director de una entidad hospitalaria implica una alta responsabilidad y ante situaciones deficitarias en cuanto al manejo de la entidad dicho funcionario debe ceder su interés particular frente al interés público, de procurar la continuidad del servicio de salud, por ello, es procedente la potestad de retiro, justificada en la ineficiente prestación de servicio, que se ve reflejada en la necesidad de intervención por parte, en este caso, de la Superintendencia Nacional de Salud. Se insiste, en el sub

júdice, se observó una condición de ineficiencia administrativa que cobija no sólo a la entidad sino a su representante legal, como se sustentó en los actos acusados.

Afirma el apelante que la situación administrativa no fue ocasionada por él y que estaba realizando las gestiones tendientes a sanear la situación deficitaria del hospital que regentaba, sin embargo no probó tal situación.

Empero dentro del plenario no se demostró que la decisión de retiro, que se presume expedida en aras del buen servicio, estuviese incurso en falsa motivación o con desviación de poder, es decir, que la gestión del demandante fue eficiente y que las condiciones deficitarias de la entidad fueron por su mal manejo administrativo.

Se insiste, cuando se impugna un acto alegando que en su expedición no mediaron los postulados del buen servicio es indispensable para desvirtuar la aludida presunción, aducir y allegar las pruebas que lo demuestren.

Así, se deben concretar y probar los motivos distintos a la buena marcha de la administración que determinan la expedición del acto; de lo contrario, se llegaría al extremo de juzgar con base en meras apreciaciones subjetivas, lo cual no es posible, toda vez que, por disposición legal, toda decisión judicial debe estar fundada en la prueba regular y oportunamente allegada al proceso.

Finalmente conviene insistir en que, en el presente asunto, no era necesario adelantar procedimiento alguno para establecer la ineficiencia del actor

pues, se repite, de los aspectos deficitarios en el funcionamiento del hospital se puede deducir lo primero.

Así las cosas, del análisis en conjunto de todas estas circunstancias que rodean la remoción del actor lleva a la conclusión de que su retiro fue justificado y no puede hablarse de falsa motivación o violación del debido proceso porque el objetivo buscado fue sanear la situación deficitaria a que estaba sometida la entidad intervenida. En consecuencia la presunción de legalidad de los actos demandados permanece incólume pues no se acreditaron los cargos de anulación propuestos, y por ello, habrá de confirmarse la sentencia apelada, que denegó las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia la sentencia de 29 de enero de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que declaró no probadas las excepciones propuestas y negó las pretensiones de la demanda interpuesta por José Ernesto Páramo Alturo contra La Nación – Superintendencia Nacional de Salud.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ