



## Sentencia 00408 de 2014 Consejo de Estado

GERENTE DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO - Periodo. Nombramiento. Conformación de terna. Reelección. Vacancia

Analizadas las dos disposiciones, la legal y la reglamentaria, encuentra la Sala que no hay un desborde del límite impuesto por la Ley 1122 de 2007 al Gobierno Nacional. El artículo 11 del Decreto 357 de 2008, asigna unos términos para el trámite de la reelección, que como ya dijimos homogenizan la operación y ordenan la gestión pertinente para garantizar los principios de la función administrativa en todos los órdenes territoriales. De otro lado, observa la Sala, que adicional a lo dispuesto en la referida ley, el Decreto deja expreso que al proponer la reelección del Director o Gerente al nominador, éste puede aceptarla o rechazarla.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 357 DE 2008 (8 de febrero) - ARTICULO 7, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (No anulado) / DECRETO 357 DE 2008 (8 de febrero) - ARTICULO 8, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (No anulado) / DECRETO 357 DE 2008 (8 de febrero) - ARTICULO 9, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (No anulado) / DECRETO 357 DE 2008 (8 de febrero) - ARTICULO 10, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (No anulado) / DECRETO 357 DE 2008 (8 de febrero) - ARTICULO 11, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (No anulado)

FUENTE FORMAL: LEY 1122 DE 2007 - ARTICULO 28

DEFINICION Y EVALUACION DEL PLAN DE GESTION DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO - Término. Parámetros. No excede la facultad reglamentaria

El Legislador le asignó a las Juntas Directivas la función de definir y evaluar el Plan de Gestión a desarrollar por los Directores o Gerentes. Dentro de ese marco, el Ejecutivo expidió el demandado Decreto 357 de 2008. En el artículo 7° como ya se sintetizó, se fijó el término para la evaluación ordinaria, la cual debería realizarse dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de cada uno de los informes de gestión que definió el artículo 6° ídem. Por su parte los artículos 8° y 9°, establecieron los parámetros para la evaluación ordinaria y extraordinaria de los mismos funcionarios conforme a la metodología definida por el Ministerio de la Protección Social, y la necesidad de que los resultados de la evaluación se dejaran expresos en un Acuerdo motivado, el cual debía ser notificado a los evaluados, y, contra el cual cabía el recurso de reposición dentro de los 5 días hábiles siguientes. En el contexto expuesto, no encuentra la Sala que el Gobierno Nacional haya excedido en esta reglamentación la facultad que le es inherente, ni que haya limitado la autonomía de las Juntas Directivas de las ESE's, al indicar el procedimiento para calificar y evaluar la gestión de los Gerentes y Directores. Lo previsto en los artículos antecedentes hace referencia a un procedimiento o trámite propiamente dicho, que hace ejecutable la función asignada por la Ley a las Juntas Directivas de evaluar los Planes de Gestión de estos funcionarios.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 357 DE 2008 (8 de febrero) - ARTICULO 7, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (No anulado) / DECRETO 357 DE 2008 (8 de febrero) - ARTICULO 8, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (No anulado) / DECRETO 357 DE 2008 (8 de febrero) - ARTICULO 9, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (No anulado)

FUENTE FORMAL: LEY 1151 DE 2007

EVALUACION INSATISFACTORIA DE GESTION DE GERENTE DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO - Crea causal de retiro. Violación al debido proceso. Exceso de facultad reglamentaria. Competencia del legislador

El artículo 32 de la Ley 1151 de 2007 en su parte final, creó una causal de retiro del servicio para el Director o Gerente, generada por el

resultado insatisfactorio de la evaluación ordinaria o extraordinaria, y conminó a la Junta Directiva a solicitar al nominador con carácter obligatorio para éste, la remoción de dicho funcionario. Esta causal de retiro fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional como ya se dijo en un aserto precedente, porque esa disposición contenía una sanción de plano sin el correspondiente debido proceso administrativo; no obstante, observa la Sala que tal norma fue reproducida en el artículo 10° del Decreto 357 de 2008. Las causales de retiro del servicio, ingreso, permanencia y evaluación, hacen parte del régimen jurídico de los empleados en general y, por ende, de su estructura orgánica. Para el caso particular de la salud, la Carta Política ha dispuesto que la ley establecerá para las entidades descentralizadas su régimen jurídico y la responsabilidad de sus Presidentes, Directores o Gerentes, tal y como lo prescribe el artículo 210 ib. Es indefectible entonces, que el régimen de responsabilidades tiene reserva de ley, vale decir, que su competencia solo atañe al Legislador.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 357 DE 2008 (8 de febrero) – ARTICULO 10, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA (No anulado)

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 210

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil catorce (2014).-

Rad. No.: 11001-03-24-000-2008-00408-00(0819-10)

Actor: JHON ALEXANDER LOPEZ MARTINEZ

Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

AUTORIDADES NACIONALES

Procede la Sala a dictar sentencia en la Acción Pública de Nulidad formulada por el señor JHON ALEXANDER LÓPEZ MARTÍNEZ, al no encontrar causal que invalide lo actuado, conforme a los siguientes,

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

El señor JHON ALEXANDER LÓPEZ MARTÍNEZ, actuando en nombre propio, presentó acción de nulidad por inconstitucionalidad contra los artículos 7, 8, 9, 10 y 11 del Decreto 357 de 8 de febrero de 2008, expedido por el Presidente de la República, por medio del cual reglamentó la evaluación y reelección de los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial<sup>1</sup>, al considerar que con este Decreto se estaba usurpando funciones que no le correspondían ya que de acuerdo con la Constitución Política, éstas solo se podían reglamentar mediante una ley.

## NORMAS VIOLADAS

Señaló que el Decreto demandado violó los artículos 49, 150-7 y 23, 300-7, 313-6 y 365 de la Constitución Política.

Consideró el actor, que la reglamentación demandada es una usurpación de funciones por el Gobierno Nacional ya que de ella se desprenden consecuencias jurídicas como la permanencia, remoción o reelección del Gerente o Director de las Empresas Sociales del Estado, la cual solo puede ser reglada por el Estado mediante ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 150 numeral 7° y 23° de la Constitución Política.

Soportó su aseveración en la sentencia C-953 de 2007 en la que la Corte Constitucional (sic)<sup>2</sup> al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 27, parágrafo 3 de la Ley 1122 de 2007 expresó que la creación, transformación, categorización, organización y operación de las Empresas Sociales del Estado tenían reserva de ley y por lo tanto el Gobierno no podía reglamentar estos temas salvo facultades extraordinarias dadas por el Congreso de la República.

Si se tiene en cuenta que las Juntas Directivas no pueden existir de manera independiente a las Empresas Sociales del Estado, se entiende que aquellas hacen parte integral de la estructura administrativa de las ESE y, por tanto, su reglamentación debe darse igualmente mediante una ley.

Cuando este decreto reglamentó la forma de evaluación de los gerentes por parte de las Juntas Directivas, creó exigencias básicas y esenciales para las gerencias de las ESE que supedita la actuación de aquellas para el ejercicio de sus funciones y limita su autonomía. Además, impuso obligaciones no previstas en la ley como la elaboración de Acuerdos en donde conste la calificación, los cuales deben ser enviados al correspondiente Departamento o Distrito so pena de tener sanciones.

Si el Concejo Municipal o la Asamblea Departamental reglamentan las Empresas Sociales el Estado y la evaluación del gerente, su actuación se vería limitada por las restricciones dadas en el Decreto demandado lo cual es abiertamente inconstitucional, pues los artículos 300-7 y 313-6 establecen la libertad de la administración territorial en la configuración y determinación de la administración municipal.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- El Ministerio de la Protección Social, a través de apoderado<sup>3</sup>, contestó la demanda solicitando abstenerse de conocer el contenido de la misma por falta de fundamentos jurídicos.

Propuso las excepciones de: ineptitud sustantiva de la demanda, libertad de configuración legislativa, ejercicio de facultad reglamentaria, falta de fundamento jurídico y la innominada.

1. Sobre la ineptitud de la demanda y la falta de fundamento jurídico.

Afirmó, que si bien el actor relacionó los artículos presuntamente vulnerados por la norma demandada, no expresó las razones o argumentos jurídicos de su dicho ni los cargos por los cuales podía considerarse que dicho texto violaba la Constitución Política, lo cual va en contravía de lo sostenido por la Corte Constitucional cuando expuso que toda demanda de inconstitucionalidad debe contener y esbozar razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes porque de lo contrario el Juez tendría que terminar inhibiéndose<sup>4</sup> para conocer el asunto.

Advirtió, que si bien la jurisprudencia y el concepto del Ministerio Público citados por el actor guardan alguna relación con el tema en estudio, no podían ser los argumentos o razones que debió exponer para explicar la violación aludida ni tampoco los fundamentos de ella, pues se trató de

una aseveración generalizada que da lugar a que se declare la inhibición para estudiar el fondo del asunto.

2. Sobre la libertad de configuración legislativa y el ejercicio de la facultad reglamentaria.

De conformidad con el artículo 150 de la Carta Política, el Congreso ostenta la función legislativa para dictar las leyes relacionadas con la protección social de los ciudadanos, esto es, organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios de salud a los habitantes, los cuales están protegidos por los artículos 49 y siguientes de la Constitución.

Por otro lado, los apartes acusados contienen previsiones para salvaguardar y defender el interés público que existe en la organización de la prestación de los servicios de salud. Estas normas reglamentan la evaluación y reelección de Gerentes o Directores de Empresas Sociales del Estado del orden territorial que fueron establecidas en el artículo 32 de la Ley 1151 de 2007, y, lo que hizo el Decreto demandado fue establecer el procedimiento para darle aplicación a dicho artículo, por ende, no existió usurpación de funciones por parte del Gobierno Nacional.

Agregó, que con la Resolución Ministerial 0473 de 2008 se había definido además, la metodología para el diseño, elaboración y evaluación del plan de gestión de los Gerentes o Directores de las ESE del nivel territorial como instrumento de medición y evaluación.

Sostuvo que el Decreto 357 de 8 de febrero de 2008, fue expedido con base en el numeral 11° del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia.

- El Departamento Administrativo de la Función Pública, a través de apoderado, solicitó denegar las súplicas de la demanda por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos atendibles<sup>5</sup>.

Se refirió a la constitucionalidad y legalidad del Decreto demandado indicando que en desarrollo del artículo 150 Constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley 1122 de 2007<sup>6</sup> "por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", estableciendo en el artículo 27 que el Gobierno Nacional, dentro de los seis meses siguientes a su promulgación, debía regular las Empresas Sociales del Estado señalando la manera como debía ejercer dicha potestad reglamentaria.

En lo referente a los Gerentes de las ESE, delineó en el artículo 28 *ibídem*, su calificación y reelección. Estableció que podrían ser reelegidos por una sola vez cuando la Junta Directiva así lo propusiera al nominador, siempre y cuando cumpliera con los indicadores de evaluación señalados en el reglamento, o previo concurso de méritos.

De conformidad con esta Ley y para determinar si el Decreto demandado excedió las facultades dadas al Gobierno en el artículo 189-11 de la Constitución, se debe observar si las normas acusadas desarrollaron los artículos 27 y 28 arriba señalados, que habían dado expresas facultades al Gobierno para reglamentar las ESE (esto en las partes que no fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-953 de 2007), tal como aconteció en el caso en estudio, en donde por medio de los artículos demandados en el Decreto, se establecieron los lineamientos reales que permitían establecer los requisitos para acceder a la reelección del Director o Gerente de las ESE.

Subrayó, que el Presidente de la República está facultado para reglamentar y desarrollar las leyes, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en su jurisprudencia cuando establece que "la competencia reglamentaria se dirige a la producción de actos administrativos por medio de los cuales lo que se busca es convertir en realidad el enunciado abstracto de la ley para encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real"<sup>7</sup>.

En ese sentido, la Ley 1122 de 2007 estableció que sobre las ESE's, el Gobierno Nacional tenía la competencia para reglamentar lo relacionado en el artículo 27 y 28 *ib.*, en los aspectos que no fueron declarados inexecutable por la sentencia C-953 de 2007, tal y como lo hizo en el Decreto demandado, con el fin de establecer los lineamientos reales que permitieran establecer los requisitos para acceder a la reelección del Director o Gerente de la ESE, con las consecuencias lógicas cuando no se cumplieran los requisitos exigidos por las normas.

Concluyó afirmando, que el Decreto se ajustó a los parámetros fijados por la Ley para organizar las ESE, sin que el Gobierno haya usurpado funciones o competencias constitucionales del legislativo o de los entes territoriales como lo pretendió demostrar el actor, pues el desarrollo de la ley se dio dentro del marco establecido por la Constitución y la ley.

#### ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La única entidad que presentó alegatos de conclusión fue el Departamento Administrativo de la Función Pública, en donde reiteró las razones de la defensa expuestas en el escrito de contestación de la demanda para que se denieguen las súplicas propuestas.

#### EL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, emitió concepto fiscal solicitando denegar la pretensión de nulidad, por considerar que se había demostrado que la reserva de ley en cuanto a la estructura orgánica, nada tenía que ver con la reglamentación acusada la cual hace relación a la gestión sobre los aspectos técnicos de los criterios establecidos por el legislador<sup>8</sup>.

Consideró, que la excepción de inepta demanda no debía prosperar por cuanto el actor había cumplido con la carga impuesta por el artículo 97-7 del C.C.A., modificado por los artículos 36 y 37 de la Ley 270 de 1996 y 33 de la Ley 446 de 1998, de señalar la norma superior violada y que hacía referencia a la competencia del legislativo para regular las ESE; además, el derecho sustancial debe prevalecer sobre el derecho formal, más cuando están involucrados derechos fundamentales de los asociados.

La potestad reglamentaria establecida en la Constitución Política tiene como finalidad la cumplida ejecución de la ley y es el mecanismo adecuado para su debida aplicación, lo que implica una función subsidiaria que complementa la voluntad del legislador pero circunscrita a la ley. Con esta facultad, el ejecutivo no puede, en ejercicio de ella, establecer nuevas condiciones o requisitos o variar su esencia pues estaría suplantando al legislador.

El caso en estudio adujo, se debe resolver aplicando la sentencia de constitucionalidad dictada por la Corte SC-953, sobre la regulación de las ESE, con la que se puede establecer que no hubo desborde reglamentario<sup>9</sup>.

#### CONSIDERACIONES

-

#### CUESTIÓN PREVIA

#### COMPETENCIA

La demanda que se estudia fue presentada como acción de nulidad por inconstitucionalidad, no obstante, para efectos de verificar la competencia, esto es, si le corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ó a la Sección Segunda, es necesario recordar que la Sección Primera en sentencia de 15 de enero de 2003<sup>10</sup> analizó la distribución de competencias para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad promovidas por un (los) ciudadano (s) contra decretos del Gobierno Nacional, con las siguientes consideraciones: "El Consejo de Estado ejerce sus competencias jurisdiccionales por medio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, ya sea en Sala Plena, ya a través de alguna de sus secciones. Tratándose de la decisión de acciones de nulidad por inconstitucionalidad, el artículo 97-7 del CCA (según fue modificado por el art. 33 de la Ley 446) distribuyó la competencia entre la Sala Plena y las Secciones, reservando a la Sala Plena las concernientes a decretos (i) de carácter general, (ii) cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con una norma constitucional, y (iii) que no obedezcan a función propiamente administrativa. Cuando el decreto acusado no reúna estas tres condiciones, el fallo corresponde a la Sección respectiva. ...".

El decreto acusado fue expedido en virtud de la potestad reglamentaria confiada al Presidente de la República por el artículo 189-11 de la C.P., por consiguiente, es una función propiamente administrativa por razón de su objeto y finalidad, actividad que de acuerdo a lo expuesto radica la competencia funcional en la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

#### PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a definir si los artículos 7°, 8°, 9°, 10° y 11° del Decreto 357 de 2009, expedido por el Ministro de la Protección Social y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, fueron proferidos excediendo la facultad reglamentaria del Ejecutivo, toda vez que los temas allí previstos tienen reserva legal.

Para resolverlo se manejará el siguiente esquema: 1. Acto demandado. 2. Marco jurídico del Decreto No. 357 de febrero de 2008. 3. Cargo de nulidad y decisión.

Previo a plantear la norma cuestionada, debe advertir la Sala que las excepciones de libertad de configuración legislativa y ejercicio de facultad reglamentaria propuesta por el Ministerio de la Protección Social, no son en rigor excepciones sino argumentos de la defensa, por ende, se analizarán con el tema de fondo.

Respecto de la ineptitud sustantiva de la demanda y la falta de fundamento jurídico, debe señalar la Sala, que si bien la propuesta jurídica no es la más técnica, la demanda cumple los requisitos previstos en el artículo 137 del C.C.A., y además, de las normas violadas y del concepto de violación expuesto, se puede extraer lo pretendido.

#### NORMA DEMANDADA.

Se demanda la nulidad de los artículos 7°, 8°, 9°, 10° y 11° (en los apartes subrayados) del Decreto No. 357 de 8 de febrero de 2008<sup>11</sup> que disponen:

“DECRETO 357 DE 2008

(Febrero 8)

Por medio del cual se reglamenta la evaluación y reelección de Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en los artículos 32 de la Ley 1151 de 2007 y 28 de la Ley 1122 de 2007,

DECRETA:

... ARTÍCULO 7°. Término para la evaluación. De manera ordinaria, la Junta Directiva deberá evaluar el cumplimiento del plan de gestión del Director o Gerente, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de cada uno de los informes de gestión definidos en el artículo anterior.

ARTÍCULO 8°. Evaluación ordinaria de la gestión de los directores o gerentes. La evaluación del plan de gestión del Director o Gerente se realizará atendiendo la metodología que defina el Ministerio de la Protección Social. Durante el proceso de evaluación, el Director o Gerente sustentará los resultados ante la Junta Directiva.

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

Una vez en firme el Acuerdo que contiene los resultados de la evaluación, la Junta Directiva deberá enviar copia del mismo a la Dirección Departamental de Salud o del Distrito Capital según el caso.

PARÁGRAFO. Los Directores o Gerentes que sean posesionados en fecha distinta a la señalada para el período institucional o con anterioridad a la expedición del presente decreto, deberán ser evaluados en el término señalado en el artículo 7° del presente decreto, previa presentación del informe de gestión. En caso de que faltare menos de tres (3) meses para la presentación del informe de gestión, la evaluación se deberá realizar en la fecha inmediatamente siguiente dentro del plazo señalado.

ARTÍCULO 9°. Evaluación extraordinaria de la gestión de los directores o gerentes. Una vez aprobado el plan de gestión, la Junta Directiva podrá disponer evaluaciones extraordinarias, previa solicitud al Director o Gerente del informe correspondiente sobre los aspectos del plan que se quiera evaluar. El período mínimo a evaluar no podrá ser inferior a tres (3) meses. Dichas evaluaciones deberán ser solicitadas por las dos terceras partes de los miembros de la Junta Directiva. El Director o Gerente tendrá un plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la solicitud para presentar su informe y la Junta Directiva contará con un término de diez (10) días hábiles para su evaluación.

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

Una vez en firme el Acuerdo que contiene los resultados de la evaluación extraordinaria, la Junta Directiva deberá enviar copia del mismo a la Dirección Departamental de Salud o del Distrito Capital según el caso.

PARÁGRAFO. La evaluación que se realice en cumplimiento de los convenios de desempeño suscritos entre las Entidades Territoriales y/o las Empresas Sociales del Estado y el Ministerio de la Protección Social, deberá ser remitida a la Junta Directiva de la empresa. Una vez recibido este informe de evaluación, la Junta Directiva deberá proceder a efectuar la evaluación extraordinaria de la gestión del Director o Gerente, siempre y cuando este hubiera ejercido sus funciones como mínimo tres (3) meses durante el período objeto de evaluación de los convenios de desempeño, teniendo como insumo para la misma, los aspectos de la evaluación que tengan que ver con la gestión de la empresa.

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

ARTÍCULO 11. Evaluación para reelección del Director o Gerente. Los Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando se haya realizado la evaluación correspondiente del plan de gestión conforme a lo señalado en el presente decreto y la misma haya sido satisfactoria.

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

concurso.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Si Durante los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto, se tramita la reelección de Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado que hayan sido objeto de convenios de desempeño suscritos entre las Entidades Territoriales y/o las Empresas Sociales del Estado y el Ministerio de la Protección Social, la Junta Directiva deberá previamente proceder a la evaluación de su gestión, teniendo como insumo las metas y compromisos establecidos en la matriz de condonabilidad que hace parte integral de dichos convenios en lo relacionado con la gestión de la empresa. Si los resultados de la evaluación son satisfactorios la Junta Directiva podrá proponer al nominador la reelección del Director o Gerente y este podrá aceptarla o negarla en los términos establecidos en el presente artículo.

-  
..."

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL DEL DECRETO 357 de 2008.

Tal y como se enuncia en el título del decreto demandado, fue proferido en uso de las atribuciones conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en los artículos 32 de la Ley 1151 de 2007 y 28 de la Ley 1122 de 2007.

El artículo 32 de la Ley 1151 de 2007<sup>12</sup>, que previó la evaluación de Directores o Gerentes de Instituciones Públicas Prestadoras de Servicio de Salud, fue declarado parcialmente inexecutable (texto con subraya) por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1088 de 2008<sup>13</sup>, porque esa disposición contenía una causal de retiro del servicio público traducida en una sanción ipso jure, sin el correspondiente debido proceso administrativo.

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

Por su parte el artículo 28 de la Ley 1122 de 9 de enero de 2007<sup>14</sup> "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones" dispone lo siguiente:

"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<sup>15</sup>.

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”.

Si bien el Decreto demandado no hace referencia al artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, es fundamental integrarlo al análisis normativo dado que establece la regulación de las Empresas Sociales del Estado y le confiere al Gobierno Nacional la facultad de reglamentar dentro de los siguientes seis meses a su vigencia, los aspectos allí dispuestos:

“ARTÍCULO 27. Regulación de las Empresas Sociales del Estado. El Gobierno Nacional reglamentará dentro de los seis meses a partir de la vigencia de la presente ley, los siguientes aspectos:

a) Los requisitos para la creación, transformación, categorización, organización, y operación de las Empresas Sociales del Estado, teniendo en cuenta los siguientes criterios: Población, densidad poblacional, perfil epidemiológico, área de influencia, accesibilidad geográfica y cultural, servicios que ofrece, grado de complejidad, capacidad instalada, capital de trabajo, producción, sostenibilidad, diseño y la participación de la Empresa Social del Estado (ESE) en la red de su área de influencia; Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-953 de 2007. El texto restante fue declarado EXEQUIBLE en la misma Sentencia, en el entendido de que los decretos reglamentarios versan sobre los aspectos técnicos de los criterios establecidos por el legislador.

b) La forma de constituir Empresas Sociales del Estado cuando se trata de empresas de propiedad de varias entidades territoriales que se asocian; Literal b) declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-953 de 2007.

c) Las condiciones y requisitos para que la Nación y las entidades territoriales puedan transferir a las Empresas Sociales del Estado (ESE), recursos cuando por las condiciones del mercado las ESE, en condiciones de eficiencia, no sean sostenibles;

d) Los mecanismos de conformación, las funciones y funcionamiento de las juntas directivas del nivel nacional, departamental, distrital y municipal. En todo caso estas deberán estar integradas en forma tal que un tercio de sus integrantes estén designados por la comunidad, un tercio represente el sector científico de la salud y un tercio al sector político-administrativo. Literal d) declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-953 de 2007.

PARÁGRAFO 1°. Mientras el Gobierno Nacional reglamente el presente artículo, y a partir de la vigencia de la presente ley, cualquier creación o transformación de una nueva Empresa Social del Estado (ESE) deberá tener previamente, el visto bueno del Ministerio de la Protección Social. Parágrafo 1, declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-953 de 2007.

PARÁGRAFO 2°. Las Instituciones Prestadoras de Salud públicas que en el momento vienen funcionando y tienen contratación vigente podrán continuar su ejecución, y dispondrán de un año a partir de la fecha de la vigencia de la presente ley para transformarse en Empresas Sociales del Estado o afiliarse a una.

PARÁGRAFO 3°. Por ser de categoría especial de entidad pública descentralizada, el Gobierno Nacional expedirá seis meses después de la entrada en vigencia de la presente ley, la reglamentación en lo referido a conformación de juntas directivas, nombramiento, evaluación y remoción de gerentes, régimen salarial, prestacional, sistemas de costos, información, adquisición y compras de las Empresas Sociales del Estado. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-953 de 2007.

PARÁGRAFO 4°. Para los departamentos nuevos creados por la Constitución de 1991 en su artículo 309, que presenten condiciones especiales, y el departamento del Caquetá, el Ministerio de la Protección Social reglamentará en los seis meses siguientes a la expedición de esta ley, la creación y funcionamiento de las Empresas Sociales del Estado, con los servicios especializados de mediana y alta complejidad requeridos,

priorizando los servicios de Telemedicina.

La Contratación de servicios de Salud para las Empresas Sociales del Estado de estos Departamentos se realizará preferiblemente con las EPS públicas administradoras del régimen subsidiado, las cuales se fortalecerán institucionalmente."

La Corte Constitucional en el estudio de constitucionalidad de la Ley 1122 de 2007<sup>16</sup>, hizo un análisis sobre la facultad reglamentaria concedida al Presidente de la República y el alcance de ésta.

Sobre el literal a) del artículo 27 advirtió su exequibilidad en el entendido de que los decretos reglamentarios versan sobre los aspectos técnicos de los criterios establecidos por el legislador y excluyó por inexecutable lo atinente a la creación o transformación de una ESE, toda vez que son aspectos estructurales y de competencia del legislador, en el nivel nacional, o por las Asambleas o Concejos, en los niveles territoriales.

El literal b) fue declarado inexecutable por atentar contra la autonomía territorial al señalar que el Ejecutivo no puede definir para las entidades territoriales "la forma", o el modo de hacer la asociación de Empresas Sociales del Estado, cuando tal definición es competencia del legislador, de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales en su respectivo nivel, conforme a la Carta y a la ley (artículos 300-7 y 313-6 C.P.).

Sobre el literal d) concluyó la Sala que "los mecanismos de conformación, las funciones y funcionamiento de las juntas directivas del nivel nacional, departamental distrital y municipal", al igual que el parágrafo 3º del mismo artículo, sobre la conformación de las juntas directivas, en los términos ya enunciados en esta providencia, tienen también reserva de ley. Por ende, no es el Ejecutivo el llamado a definir orgánicamente las funciones, conformación y funcionamiento a nivel nacional (Art. 201 C.P.) de tales juntas directivas de las ESE ni tampoco a hacerlo en el ámbito territorial. Ello compete al legislador y a las Asambleas y Concejos, conforme a Carta y la ley (Art. 150-7, 300-7 y 313-6 de la Constitución.)".

Sobre la "reglamentación" del nombramiento, evaluación y remoción de gerentes; el régimen salarial y los costos, adquisición y compras de las ESE, de los que trata el resto del parágrafo 3º del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, señaló, que estos aspectos tampoco pueden ser objeto de delegación al Ejecutivo, toda vez que el régimen jurídico de las entidades descentralizadas por servicios hace parte de la facultad de configuración legislativa que reconoce la Constitución Política, en la cual está inmersa la autonomía propia de todo ente descentralizado.

Dentro del marco jurídico y jurisprudencial expuesto se estudiará el cargo propuesto para determinar si el Ejecutivo invadió la órbita del Legislador al expedir los artículos 7º, 8º, 9º, 10º y 11º del Decreto No. 357 de 2008.

#### CARGO DE VIOLACIÓN Y DECISIÓN.

Exceso de la facultad reglamentaria por reserva legal.

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

Para desarrollar metodológicamente el cargo propuesto que no individualiza la violación respecto de cada uno de los artículos demandados, la Sala los revisará separadamente frente a su contenido, la argumentación expuesta y las normas señaladas como violadas.

Debe resaltarse primeramente, que el objeto del Decreto 357 de 2008 según el artículo 1º, es regular lo relacionado con la presentación,

aprobación y evaluación del plan de gestión que debe ser ejecutado por los Directores o Gerentes de la Empresas Sociales del Estado del orden territorial; y, establecer condiciones para la reelección de esos funcionarios.

- El artículo 7° ib., concede el término de 15 días hábiles a la Junta Directiva para evaluar el cumplimiento del plan de gestión del Gerente o Director, una vez se hayan presentados los informes de gestión.

- El artículo 8° ib., prevé que la evaluación del plan de gestión del Director o Gerente debe atender la metodología definida por el Ministerio de la Protección Social, cuyos resultados debe sustentar ante la Junta Directiva. Estos resultados se deben hacer constar en un Acuerdo que debe ser notificado al Director o Gerente para que pueda interponer recurso de reposición dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a ella. En firme la evaluación debe remitirla a la Dirección Departamental de Salud o del Distrito Capital según el caso. El párrafo de este artículo, trae las previsiones para la evaluación en caso de que estos funcionarios se posesionen en una fecha diferente a la del periodo institucional.

- El artículo 9° y el párrafo ib., regulan la evaluación extraordinaria de la gestión de estos directivos, indicando el periodo mínimo a evaluar, el porcentaje de los miembros de la Junta Directiva para solicitarla, términos y procedimiento para tal fin.

- El artículo 10° ib., establece el trámite para el retiro del servicio cuando la evaluación ordinaria o extraordinaria del ellos es insatisfactoria; y el procedimiento para la designación del nuevo funcionario atendiendo lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 o la norma que la modifique, adicione o sustituya.

- El artículo 11° ib., dispone el procedimiento y los términos en caso de que haya reelección del Director o Gerente luego de una evaluación satisfactoria. El párrafo transitorio, reglamenta lo concerniente a su reelección cuando hayan sido objeto de convenios de desempeño dentro de los seis meses siguientes a la expedición de ese decreto, para lo cual deben proceder a la evaluación de su gestión, teniendo como insumo las metas y compromisos establecidos en la matriz de condonabilidad.

Conforme a esta síntesis, la Sala resolverá si el Gobierno Nacional excedió las facultades otorgadas por el artículo 189 numeral 11 y conforme a los temas regulados en los artículos 27 y 28 de la Ley 1122 de 2007 y 32 de la Ley 1151 de 2007, para incurrir en la violación de los artículos 49, 150-7-23; 300-7; 313-6 y 365 de la Constitución Política.

El artículo 32 de la Ley 1151 de 2007 en su parte final, creó una causal de retiro del servicio para el Director o Gerente, generada por el resultado insatisfactorio de la evaluación ordinaria o extraordinaria, y conminó a la Junta Directiva a solicitar al nominador con carácter obligatorio para éste, la remoción de dicho funcionario.

Esta causal de retiro fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional como ya se dijo en un aserto precedente, porque esa disposición contenía una sanción de plano sin el correspondiente debido proceso administrativo; no obstante, observa la Sala que tal norma fue reproducida en el artículo 10° del Decreto 357 de 2008.

En efecto, allí se prevé la misma causal de retiro por resultado insatisfactorio de la evaluación ordinaria o extraordinaria del Gerente o Director así:

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

La reproducción de la norma declarada inconstitucional es razón suficiente para anular esa disposición, no obstante, considera la Sala importante dejar en claro que hay razones adicionales para tomar esta decisión como se pasa a explicar.

Las causales de retiro del servicio, ingreso, permanencia y evaluación, hacen parte del régimen jurídico de los empleados en general y, por ende, de su estructura orgánica. Para el caso particular de la salud, la Carta Política ha dispuesto que la ley establecerá para las entidades descentralizadas su régimen jurídico y la responsabilidad de sus Presidentes, Directores o Gerentes, tal y como lo prescribe el artículo 210 ib.

“ARTICULO 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes”.

Es indefectible entonces, que el régimen de responsabilidades tiene reserva de ley, vale decir, que su competencia solo atañe al Legislador.

En el preciso tema de las conductas objeto de sanción, tanto en la sentencia C-953 de 2007 citada y en la C-665 de 2000<sup>17</sup>, la Corte Constitucional al hacer el estudio de exequibilidad del artículo 192 de la Ley 100 de 1993, dejó perfectamente definida la competencia con la siguiente afirmación:

“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”.

Al prever el artículo 10° del Decreto 357 de 2008 una causal de retiro por valoración insatisfactoria de los Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, el Gobierno Nacional está creando una causal de exclusión del servicio, excediendo su facultad reglamentaria al ser éste, como ya se dijo, reserva legal. Debe resaltarse que en materia de reglamentación, la facultad del ejecutivo está sometida a los límites que le imponen la Constitución y la Ley, de contera, que esa potestad está condicionada a los principios, reglas y definiciones que ésta fije.

Las anteriores consideraciones dan lugar a declarar la nulidad del artículo 10° del Decreto 357 de 2008, tal y como se reflejará en la parte resolutive de esta providencia.

Continuando con el análisis de legalidad de los demás artículos demandados, es necesario recordar que éstos derivan su fuente reglamentaria del 32 de la Ley 1151 de 2007 y 28 de la Ley 1122 de 2007, los cuales deben ser concordantes con el artículo 27 ídem.

En el artículo 27 ib. se le confirieron facultades al Gobierno Nacional, entre otros aspectos, para que regulara lo concerniente a:

PARÁGRAFO 3°. Por ser de categoría especial de entidad pública descentralizada, el Gobierno Nacional expedirá seis meses después de la entrada en vigencia de la presente ley, la reglamentación en lo referido a conformación de juntas directivas, nombramiento, evaluación y remoción de gerentes, régimen salarial, prestacional, sistemas de costos, información, adquisición y compras de las Empresas Sociales del Estado. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-953 de 2007.

La argumentación para tal decisión se fundó en que tanto el nombramiento y remoción de los funcionarios, la clasificación de los empleos y el régimen salarial eran reserva de ley y no podía por tanto el Ejecutivo reglamentar sobre ello. No señaló la citada sentencia razones particulares

en lo atinente a inexequibilidad sobre la evaluación de los Gerentes, pero sí quedó claro que esta no era materia de “reglamentación” sino existían directrices legislativas.

En ese entendido, el Legislador estableció en el artículo 32 de la Ley 1151 de 2007, los parámetros para la definición y evaluación del Plan de Gestión ejecutado por los Directores de parte de las Juntas Directivas.

En suma, estipuló tal preceptiva, que las Juntas Directivas debían definir y evaluar el Plan de Gestión para ser ejecutado por el Director o Gerente durante el período para el cual fue designado. Este Plan debía contener las metas de gestión y resultados relacionados con la viabilidad financiera, la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios y las metas y compromisos incluidos en convenios suscritos con la Nación o la entidad territorial si los hubiere.

De lo anterior se deduce que el Legislador le asignó a las Juntas Directivas la función de definir y evaluar el Plan de Gestión a desarrollar por los Directores o Gerentes.

Dentro de ese marco, el Ejecutivo expidió el demandado Decreto 357 de 2008. En el artículo 7° como ya se sintetizó, se fijó el término para la evaluación ordinaria, la cual debería realizarse dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de cada uno de los informes de gestión que definió el artículo 6° ídem. Por su parte los artículos 8° y 9°, establecieron los parámetros para la evaluación ordinaria y extraordinaria de los mismos funcionarios conforme a la metodología definida por el Ministerio de la Protección Social, y la necesidad de que los resultados de la evaluación se dejaran expresos en un Acuerdo motivado, el cual debía ser notificado a los evaluados, y, contra el cual cabía el recurso de reposición dentro de los 5 días hábiles siguientes.

En el contexto expuesto, no encuentra la Sala que el Gobierno Nacional haya excedido en esta reglamentación la facultad que le es inherente, ni que haya limitado la autonomía de las Juntas Directivas de las ESE's, al indicar el procedimiento para calificar y evaluar la gestión de los Gerentes y Directores. Lo previsto en los artículos antecedentes hace referencia a un procedimiento o trámite propiamente dicho, que hace ejecutable la función asignada por la Ley a las Juntas Directivas de evaluar los Planes de Gestión de estos funcionarios.

En efecto, la ley abstracta -1151 de 2007-, se define y concreta en la directriz de un medio -como es el Decreto 358 de 2008-, que debe acarrear una línea homogénea en los organismos de salud a través de términos y Acuerdos para efectos de garantizar el debido proceso y una mejor y transparente organización.

Prueba de lo anterior, es la existencia de un acto administrativo como es el Acuerdo de la Junta Directiva, en donde se le obliga a plasmar de manera motivada los resultados de la evaluación del Plan de Gestión. La decisión argumentada es una garantía del debido proceso para los funcionarios calificados, lo contrario, sería permitir y avalar la arbitrariedad, dado que no se conocerían las razones por las cuales ese órgano directivo evalúa de una manera u otra la gestión de un funcionario, permitiendo la interferencia de elementos no objetivos como la política, el amiguismo, entre otros aspectos subjetivos.

Ello no significa per se, que se imponga una obligación o función excedida, porque estos órganos directivos comunican sus decisiones a través de actos administrativos, llámense Acuerdos, Resoluciones, Circulares, etc., de manera que es una obligación propia de su existencia y comunicación. Lo que hace entonces esta reglamentación, es poner “orden en la casa” para decirlo en términos coloquiales, y evitar así procedimientos diversos y desordenados en los diferentes niveles asistenciales.

En virtud de lo anterior y como ya se anunció, no hay lugar a la prosperidad del cargo de nulidad respecto de los artículos 7°, 8° y 9° del Decreto 357 de 2008, porque el Gobierno Nacional obró conforme a sus competencias reglamentarias.

Finalmente queda por analizar el artículo 11° y su párrafo transitorio. Esta norma contiene la evaluación para la reelección del Director o Gerente, y, su desarrollo corresponde a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

Esta última norma legisló varios tópicos: 1. El periodo de los Gerentes que es por 4 años y le asignó un carácter institucional. 2. El nombramiento de los Gerentes que se hará por concurso de méritos y reguló el término para hacerlo. 3. La conformación de la terna como función de la Junta Directiva, la cual deberá realizarse de acuerdo a los parámetros indicados en la sentencia C-181 de 2010. 4. La reelección de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado 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. 5. Previó la vacancia absoluta del Gerente.

En el párrafo transitorio previó diferentes eventualidades para unificar y finalizar los periodos de los Gerentes de las ESE Nacionales, Departamentales, Distritales o Municipales.

Particularmente el artículo 11 demandado, reitera que los Directores o Gerentes de la Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, siempre y cuando se haya realizado la evaluación correspondiente al Plan de Gestión. Señala que si es satisfactoria, la Junta Directiva dentro de los 5 días hábiles siguientes a la evaluación, podrá proponer al nominador la reelección y éste dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, podrá aceptar la reelección o negarla. Si no la acepta, la Junta Directiva adelantará el concurso respectivo.

El párrafo transitorio regula lo concerniente a la reelección de los Directores o Gerentes de las ESE's que hayan sido objeto de convenios de desempeño suscritos entre las Entidades Territoriales y/o las Empresas Sociales del Estado y el Ministerio de la Protección Social, para que la Junta Directiva evalúe su gestión conforme a las metas y compromisos establecidos en la matriz de condonabilidad y reitera que si son satisfactorios, ese órgano directivo podrá proponer al nominador la reelección y éste podrá aceptarla o negarla en los términos establecidos en ese artículo.

Analizadas las dos disposiciones, la legal y la reglamentaria, encuentra la Sala que no hay un desborde del límite impuesto por la Ley 1122 de 2007 al Gobierno Nacional. El artículo 11 del Decreto 357 de 2008, asigna unos términos para el trámite de la reelección, que como ya dijimos homogenizan la operación y ordenan la gestión pertinente para garantizar los principios de la función administrativa en todos los órdenes territoriales. De otro lado, observa la Sala, que adicional a lo dispuesto en la referida ley, el Decreto deja expreso que al proponer la reelección del Director o Gerente al nominador, éste puede aceptarla o rechazarla.

Esta decisión del nominador puede inferirse de lo dispuesto por la ley así expresamente no lo diga, como sí lo hizo el Decreto demandado. En efecto, si la Junta Directiva propone<sup>18</sup> la reelección al Jefe del ente Territorial cuando cumpla los indicadores de gestión, es lógico que éste tenga la opción de aceptarla o rechazarla. De interpretarse en forma contraria, la expresión no habría sido "...podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador", sino que habría sido imperativa o ni siquiera se habría contemplado tal posibilidad.

En ese orden de ideas, el artículo 11 del Decreto 357 de 2008, se encuentra ajustado a la ley y, por ende, se negará el cargo propuesto.

En resumen, de acuerdo al análisis realizado, se declarara la nulidad del artículo 10° del Decreto 357 de 2008 y se negarán las demás pretensiones.

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

FALLA

DECLÁRASE la nulidad del artículo 10° del Decreto No. 357 de 8 de febrero de 2008, expedido por el Presidente de la República de Colombia, el Ministro de la Protección Social y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, de acuerdo al análisis expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DENIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE. En firme esta providencia archívese el expediente.

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

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Folios 7-13

2 Citó como fuente la Corte Suprema de Justicia.

3 Folios 90-98

4 C-1052-2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

5 Folios 117-125

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

*"ARTÍCULO 27. REGULACIÓN DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. El Gobierno Nacional reglamentará dentro de los seis meses a partir de la vigencia de la presente ley, los siguientes aspectos:*

*a) <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los requisitos para la creación, transformación, categorización, organización, y operación de las Empresas Sociales del Estado, teniendo en cuenta los siguientes criterios: Población, densidad poblacional, perfil epidemiológico, área de influencia, accesibilidad geográfica y cultural, servicios que ofrece, grado de complejidad, capacidad instalada, capital de trabajo, producción, sostenibilidad, diseño y la participación de la Empresa Social del Estado (ESE) en la red de su área de influencia;*

*b) <Literal INEXEQUIBLE>*

*c) Las condiciones y requisitos para que la Nación y las entidades territoriales puedan transferir a las Empresas Sociales del Estado (ESE), recursos cuando por las condiciones del mercado las ESE, en condiciones de eficiencia, no sean sostenibles;*

*d) <Literal INEXEQUIBLE>*

*PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>*

*PARÁGRAFO 2o. Las Instituciones Prestadoras de Salud públicas que en el momento vienen funcionando y tienen contratación vigente podrán continuar su ejecución, y dispondrán de un año a partir de la fecha de la vigencia de la presente ley para transformarse en Empresas Sociales del Estado o afiliarse a una.*

*PARÁGRAFO 3o. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Por ser de categoría especial de entidad pública descentralizada, el Gobierno Nacional expedirá seis meses después de la entrada en vigencia de la presente ley, la reglamentación en lo referido a conformación de juntas directivas, nombramiento, evaluación y remoción de gerentes, régimen salarial, prestacional, sistemas de costos, información, adquisición y compras de las Empresas Sociales del Estado.*

*PARÁGRAFO 4o. Para los departamentos nuevos creados por la Constitución de 1991 en su artículo 309, que presenten condiciones especiales, y el departamento del Caquetá, el Ministerio de la Protección Social reglamentará en los seis meses siguientes a la expedición de esta ley, la creación y funcionamiento de las Empresas Sociales del Estado, con los servicios especializados de mediana y alta complejidad requeridos, priorizando los servicios de Telemedicina.*

*La Contratación de servicios de Salud para las Empresas Sociales del Estado de estos Departamentos se realizará preferiblemente con las EPS públicas administradoras del régimen subsidiado, las cuales se fortalecerán institucionalmente."*

7 Sentencia C-1005-2008

8 Folios 144-153

9 Para ello hizo una larga transcripción de la citada sentencia en los apartes que consideró pertinentes.

10 Expedientes acumulados 6414/6424/6447/6452/6453/6522/6523/6693/6714/7057. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: FRANKY URREGO ORTÍZ Y OTROS.

11 Publicado Diario Oficial 46896 de febrero 08 de 2008.

12 Expedida el 24 de julio de 2007.

13 Sentencia de 5 de noviembre de 2008. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

14 Publicada en el Diario Oficial 46506 de enero 09 de 2007.

15“...Como conclusión del análisis de constitucionalidad realizado, la Sala encuentra que (i) la medida no desconoce el principio de separación de poderes ni la autonomía de las entidades territoriales, puesto que se trata de una previsión estrechamente ligada al cambio legislativo realizado; (ii) la medida tampoco vulnera el derecho al acceso a los cargos públicos, parte integrante del derecho fundamental a la participación ciudadana en el ejercicio de cargos públicos, ni el principio de igualdad, pues la provisión de los cargos se encuentra sujeta a las previsiones que adopte el legislativo, y la prórroga, en el caso específico, se limita a un plazo razonable para la consecución del tránsito legislativo; y (iii) no resulta acorde con la Constitución Política, una pretendida prórroga de períodos vencidos, por lo que la Corte declarará la inexecutable de la expresión "el 31 de diciembre de 2006 o", contenida en el inciso primero del párrafo transitorio del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007". M.P. Jaime Córdoba Triviño.

16Sentencia de 14 de noviembre de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

17 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

18 Proponer: “La Real Academia Española da como definición “manifestar con razones algo para conocimiento de alguien, o para inducirle a adoptarlo”; “hacer una propuesta”; “recomendar o presentar a alguien para desempeñar un empleo, cargo, etc.”; “en las escuelas, presentar los argumentos en pro y en contra de una cuestión”...

---

Fecha y hora de creación: 2025-09-17 04:22:13