

**NULIDAD NOMBRAMIENTO DE GERENTE DE ESE - Procedencia por haberse basado en una terna irregularmente conformada / GERENTE DE ESE - Nulidad del nombramiento. Proceso de selección no se ajustó a la ley / TERNA - Integración. Nombramiento de gerente o director de ESE. Marco legal / HOSPITAL DEL SARARE DE SARAVENA - Nombramiento de gerente / GERENTE DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - Integración irregular de la terna para su designación**

El señor Miguel Ángel Jiménez Escobar cuestionó la presunción de legalidad del Decreto 001 de 4 de enero de 2013, con el cual la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena designó al señor César Humberto Londoño Salgado en el cargo de gerente, con fundamento en que se integró irregularmente la terna de candidatos que la UPTC remitió a la Junta Directiva del hospital. Explicó que la expedición irregular del acto se materializó en el hecho de que el Hospital del Sarare de Saravena integró la terna de candidatos mediante la fusión de los resultados de dos convocatorias públicas diferentes. Esto es, porque con el fin de seleccionar al Director del hospital la ESAP había adelantado un primer concurso de méritos que solamente aprobaron los señores Miguel Ángel Jiménez Escobar y Jorge Mantilla Delgado, que la Junta Directiva del hospital declaró desierto, según consta en Acta 04 de 13 de abril de 2012, en atención a que no se pudo integrar la terna; y, porque no obstante lo anterior, en el segundo concurso público que estuvo a cargo de la UPTC, que tan solo aprobaron los señores César Humberto Londoño Salgado y Edgar Alexander Contreras Velásquez, el hospital decidió hacer valer los resultados que habían surgido con ocasión de la convocatoria que adelantó la ESAP. Pues bien, como ninguna norma jurídica autoriza a las Empresas Sociales del Estado a fusionar los resultados de dos concursos de méritos sucesivamente adelantados para proveer el cargo de director o gerente, bien puede afirmarse que la facultad de reglamentación con que cuentan esas entidades para todo lo relativo a esos procesos de selección, no llega hasta el punto de habilitar a esas empresas para dictar medidas en ese sentido, que no solo resulta en contravía al ordenamiento jurídico reinante, sino que de paso atenta contra principios constitucionales. Efectivamente, una medida como la adoptada por la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena en la convocatoria pública de 20 de noviembre de 2012, que permitió fusionar en una misma terna los resultados del concurso de méritos adelantado por la ESAP y que se declaró desierto, con los resultados de la convocatoria a cargo de la UPTC, va en contravía del principio de igualdad con asiento en el artículo 13 Constitucional, ya que no existe ninguna razón válida para que los señores Miguel Ángel Jiménez Escobar y Jorge Mantilla Delgado fueran automáticamente incorporados a la lista de elegibles resultante de la convocatoria de la UPTC, con puntajes aprobatorios, mientras que sus contendientes sí tenían que someterse a todas las pruebas del nuevo concurso. Además, la Junta Directiva del mencionado hospital al fusionar los resultados de los concursos adelantados por la ESAP y la UPTC, ignoró el apotegma "Venire contra pactum proprium nelli conceditur", según el cual la Administración no debe ir contra sus propios actos, y que en alta proporción se inspira en la buena fe o en la confianza que los asociados depositan en ella para que se ciña en sus actuaciones a sus propias decisiones. Por lo mismo, si la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena, según Acta 04 de 13 de abril de 2012 que es objeto de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho como así lo informó el actor, decidió declarar desierto el concurso de méritos que adelantó la ESAP, que equivale a un acto definitivo que impidió seguir adelante con la actuación, es porque los efectos jurídicos de sus resultados no podían tomarse en cuenta para la designación del director o gerente. Por tanto, al hacerlos valer para la nueva convocatoria pública a cargo de la UPTC, estaba yendo contra aquella máxima y contra su propio acto, lo cual evidencia, además,

un fuerte contrasentido jurídico porque al mismo tiempo le negó y asignó efectos jurídicos a los resultados del proceso de selección que se surtió con la mediación de la ESAP. Como lo dicho hasta ahora demuestra la ilegalidad del acto acusado, la Sala no encuentra necesario abordar los demás planteamientos formulados por el accionante con tal fin.

NOTA DE RELATORIA: La sentencia hace un recuento normativo de cómo se debe hacer la designación de los gerentes de las ESE.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN QUINTA**

**Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO**

**Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014)**

**Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00015-01**

**Actor: MIGUEL ÁNGEL JIMÉNEZ ESCOBAR**

**Demandado: GERENTE HOSPITAL DEL SARARE DE SARAVENA ESE**

La Sala decide el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante contra el fallo desestimatorio emitido el 17 de octubre de 2013, por el Tribunal Administrativo de Arauca.

### **I.- DEMANDA**

#### **1.- Pretensiones**

Con la demanda se solicitó:

**“PRIMERO:** Se declare la NULIDAD del acta 014 del 31 de diciembre de 2012, por medio del (sic) cual se propone una terna, así como del acuerdo 011 de 2.012, proferido por la Junta Directiva del Hospital del Sarare, por medio del cual se conforma la terna para la elección del Gerente de la E.S.E. HOSPITAL DEL SARARE periodo 2012 (sic).

**SEGUNDO:** Consecuentemente se declare la Nulidad del Decreto 001 de 2013, por medio del cual el Gobernador de Arauca, nombra al Dr. CESAR (sic) HUMBERTO LONDOÑO SALGADO, como Gerente del Hospital del Sarare ESE.

**TERCERO:** Déjese sin efectos el nombramiento, toma y posesión del Dr. CESAR (sic) HUMBERTO LONDOÑO SALGADO, como Gerente del Hospital del Sarare ESE, declarándose la vacancia del cargo.”

## **2.- Fundamentos de Hecho**

Como supuestos de hecho se afirmó que:

1.- Con Acuerdo 001 de 13 de enero de 2012 de la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena ESE, se autorizó al gerente a celebrar y adelantar concurso de méritos con las universidades para escoger al gerente 2012-2016. Además, la Junta Directiva expidió el Acuerdo 001 de 12 de febrero del mismo año, mediante el cual convocó a concurso de méritos, el cual se realizaría a través de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP).

2.- El 30 de marzo de 2012 la ESAP publicó en su página web los resultados de la prueba escrita de conocimientos, de competencias y valoración de antecedentes, en la que solamente los señores Miguel Ángel Jiménez Escobar y Jorge Mantilla Delgado obtuvieron un puntaje igual o superior a 70.

3.- El 13 de abril de 2012 se reunió la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena (Acta 004), a la cual asistió la señora Lupita Granados Chaparro, Asesora del Despacho del Gobernador, como su representante. Luego de citar los artículos 6 y 7 del Decreto 1876 de 1994 informó el actor que ella *“no fue designada mediante Resolución, sino mediante PODER”*, el cual califica de insuficiente porque no era el medio idóneo para hacer una delegación, porque debió otorgarse por acto administrativo motivado y preciso, y porque lo hizo como gobernador cuando ha debido ser como presidente de la Junta Directiva. De dicha reunión surgió el Acuerdo 002 de la misma fecha, mediante el cual se declaró desierto el concurso en mención, firmado por la señora Lupita Granados Chaparro como delegada y por el secretario.

4.- El 24 de agosto de 2012 el Tribunal Superior de Bogotá D.C. - Sala Penal, confirmó el fallo dictado el 5 de julio del mismo año por el Juzgado 19 Penal del Circuito de la misma ciudad, que declaró improcedente la tutela interpuesta por Miguel Ángel Jiménez Escobar (Exp. 110013109019201200064).

5.- El 29 de octubre de 2012 se reunió la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena (Acta 009), donde se informó que únicamente la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), expresó interés para adelantar el nuevo concurso para la escogencia del gerente. Por ello, ese día se expidió el Acuerdo 005 que autorizó la firma del contrato con esa entidad.

6.- El 1º de noviembre de 2012 se publicó en la página web del Hospital del Sarare de Saravena la nueva convocatoria.

7.- El 14 de noviembre de 2012 el gerente *ad-hoc* del Hospital del Sarare de Saravena dirigió el oficio 600-02-2499 al señor Miguel Ángel Jiménez Escobar para que manifestara por escrito si quería que en la nueva convocatoria se le mantuviera el puntaje obtenido en la que había adelantado la ESAP. También se le advirtió que el silencio se interpretaría como renuncia a ello.

8.- El 15 de noviembre de 2012 el señor Jiménez Escobar presentó derecho de petición al Hospital del Sarare de Saravena, radicado el día siguiente, para que le despejaran dudas sobre *“el soporte jurídico para conformar la nueva terna, su inclusión y la preservación del puntaje obtenido en la primera convocatoria.”*, pues se había declarado desierto.

9.- El 23 de noviembre siguiente el demandante recibió el oficio fechado el 20 de los mismos, de notificación de nueva convocatoria pública, que corrigió la de 1º de noviembre, mediante el cual se le hizo saber que conforme al fallo de tutela dictado el 24 de agosto de 2012, por el Tribunal Superior de Bogotá - Sala Penal, las dos personas que habían superado el puntaje mínimo requerido en la convocatoria de la ESAP, tenían derecho a que ello se les reconociera en la nueva convocatoria. Empero, dice el actor, esto es falso, puesto que la tutela se negó por improcedente y nunca hizo tal afirmación.

10.- La petición mencionada en el hecho 8º fue atendida el 3 de diciembre de 2012, con oficio 600-02-2592, pero sin responder integralmente lo solicitado, pues se limitó a afirmar que la nueva convocatoria conservaba los mismos requisitos, elementos y puntajes de la adelantada por la ESAP *“y que la decisión de presentarse o **NO** es de MIGUEL ANGEL (sic) JIMENEZ (sic) ESCOBAR, y de ello depende el procedimiento.”*

Que a raíz de que el actor presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Hospital del Sarare de Saravena y ante el hecho de que su

silencio se tomaría como renuncia al derecho, *“mi cliente opto (sic) por GUARDAR SILENCIO RENUNCIANDO AL DERECHO DE PARTICIPAR en la convocatoria de la UPTC.”*

11.- El 28 de diciembre de 2012 a las 5:00 p.m., se publicó en la página web del Hospital del Sarare de Saravena el resultado final de la convocatoria pública (Acuerdo 004 UPTC).

12.- El actor, con el propósito de evitar que su nombre fuera utilizado para legalizar una terna incompleta, que presentaba las irregularidades descritas en hechos anteriores, radicó derecho de petición ante la Procuraduría (Dic. 28/12), ante el director de la UAESA vía mail - miembro de la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena (Dic. 28/12) y ante el Gobernador de Arauca (Dic. 31/12), para que su nombre no fuera incluido en la lista de elegibles del concurso efectuado por la UPTC.

Agregó que al Hospital también remitió la petición en físico el 2 de enero de 2013 y *“que pese a verse (sic) recibido por medio electrónico el 28 de diciembre, solo se abrió hasta el 02 de enero de 2013.”*, con lo cual se desconoció lo prescrito en el artículo 5º del CPACA, porque si la petición la recibió vía mail en horario laboral, la debió abrir el mismo día y no esperarse hasta el 2 de diciembre.

13.- La petición al Gobernador de Arauca y Presidente de la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena se remitió el 28 de diciembre a la página web (5:19 p.m.), y el mismo día se envió al correo electrónico del señor Hugo Vásquez Niño, Director de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca (UAESA), reenviada el 30 de los mismos, y el 31 de diciembre llevó en físico a la oficina de correspondencia de la Gobernación de Arauca.

14.- El 31 de diciembre de 2012 se reunió la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena (Acta 014), en la que se informó que si bien el señor Jiménez Escobar no respondió las peticiones que le dirigió la Junta Directiva, sí lo hizo con la presentación de la acción de tutela ante el Juzgado del Circuito de Arauca, que fue desestimada. En fin, que su nombre se incluyó en la terna para poder nombrar al demandado, pese a que siempre se opuso a ello y a que el objeto de la tutela fue suspender el acto que declaró desierta la convocatoria de la ESAP y el acto de

convocatoria de la UPTC, pues ya había sido interpuesta demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

15.- El Acuerdo 11 de 2012 señaló en su parte motiva que los candidatos Jorge Mantilla Delgado y Miguel Ángel Jiménez Escobar conservaban el puntaje obtenido en la convocatoria de la ESAP, porque el primero se presentó al concurso y porque el segundo no se manifestó oportunamente. Decisión que, según el actor, es ilegal al ignorar que ya había manifestado que no quería hacer parte de la nueva convocatoria.

16.- Con Decreto 001 de 4 de enero de 2013 el Gobernador de Arauca designó al demandado como gerente del Hospital del Sarare de Saravena.

17.- El 22 de enero de 2013 el gerente del Hospital del Sarare de Saravena respondió en forma negativa el derecho de petición presentado por el actor el 28 de diciembre de 2012, en documento sin logros y sin tomar en cuenta que debió declararse impedido por el interés que tenía en el caso. El actor reiteró su inconformismo con la inclusión de su nombre en la terna de la nueva convocatoria y se preguntó cómo era posible que ante el hecho de haberse declarado desierta o “*sin validez*” la anterior convocatoria el puntaje que allí obtuvo sí tuviera validez.

18.- Ninguno de los actos mencionados fue publicado o notificado al demandante, en especial su inclusión en la terna de candidatos.

### **1.3.- Normas violadas y concepto de violación**

El actor invocó los artículos 6º y 7º numeral 1º del Decreto 1876 de 1994 para insistir en los cuestionamientos que presentó frente al poder otorgado a la señora Lupita Granados para que actuara como representante del Gobernador de Arauca, en la reunión de la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena realizada el 13 de abril de 2012 (Acta 004).

Igualmente acudió al artículo 3º numerales 1º, 3º, 8º y 9º, 8º numeral 4º y 65 del CPACA, para fundar la ilegalidad del acto acusado en la falta de publicidad del Acuerdo 011 de 31 de diciembre de 2012, el Acta 014 de la misma fecha y el Decreto 001 de 2013. Se valió del artículo 7º numeral 8º del mismo código para reiterar los reparos alusivos a la petición que vía electrónica se radicó el 28 de diciembre de 2012 y que solamente se abrió el 2 de enero de 2013.

Además de citar los artículos 139 y 151 numeral 13 del CPACA, para efectos procedimentales, sostuvo que lo narrado con la demanda configura la causal de nulidad contemplada en el artículo 275 numeral 3º *ibídem*, en virtud a que la inclusión del actor en la terna de la que resultó electo el demandado, implica una alteración de la verdad *“pues esta quedó conformada por solo dos integrantes”*, ante lo cual se debió declarar desierto el concurso. Por último, afirmó que la demanda se presentó antes de que operara la caducidad.

## II.- CONTESTACIÓN

El apoderado del Departamento de Arauca se opuso a las pretensiones y frente a los hechos admitió algunos como ciertos en tanto que otros debían probarse.

Después de afirmar la autonomía e independencia que el Hospital del Sarare de Saravena tiene respecto de esa entidad territorial, señaló que el Hospital celebró el contrato interadministrativo 002 de 7 de febrero de 2012 con la ESAP para la elección de gerente, que el artículo 2º del Decreto 800 de 2008 le otorga autonomía a su Junta Directiva para regular dicho proceso, y que fue así como acogió los parámetros consagrados en la Resolución 165 de 2008 expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP).

Una de las reglas de la convocatoria (Art. 11), establecía que la terna se integraría con los aspirantes que alcanzaran un puntaje igual o superior a 70, lo que así se informaría en la página web de la ESAP. Esta entidad, mediante comunicación 172-160.20-0501-2012, informó a la Junta Directiva que solamente dos personas cumplieron ese requisito y que por ello no era posible integrar la terna. Como efecto de lo anterior, se declaró desierto ese concurso pero se advirtió que las personas que habían obtenido el puntaje mínimo requerido, podían integrar el listado resultante del nuevo concurso, si así lo decidían, acto que se basó en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011, el Decreto 800 de 2008, la Resolución 165 del mismo año del DAFP, el artículo 12 del Decreto 2993 de 2011 y la sentencia C-181 de 2000 de la Corte Constitucional.

Señaló que ante esa situación fue necesario adelantar otro proceso de selección, con la colaboración de la UPTC. Así, la convocatoria se hizo entre el 20 de noviembre y el 3 de diciembre de 2012, y el 28 siguiente ya se tenían los

resultados definitivos. En la terna se incluyó al señor Miguel Ángel Jiménez Escobar porque no se presentó al nuevo concurso, no obstante que se le requirió el 14 de noviembre de 2012 para que manifestara su interés de hacer parte de la terna, pero solo hasta el 31 de los mismos dijo que no era su deseo conformar la terna del nuevo concurso, pues lo que procedía era su integración con las dos personas del concurso de la ESAP, y por supuesto, su designación como gerente del Hospital del Sarare de Saravena.

En cuanto a las objeciones que se hicieron al poder otorgado por el Gobernador de Arauca a la Asesora del Despacho, señor Lupita Chaparro, para que lo representara en la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena, indicó que conforme al artículo 7º del Decreto 1876 de 1994 esas Juntas cuentan con un mínimo de seis miembros, entre ellos el gobernador o su delegado. Además, que tal delegación se aviene a lo normado en el artículo 211 Constitucional y los artículos 9º y 10º de la Ley 489 de 1998.

La apoderada designada por el gerente del Hospital del Sarare de Saravena en su contestación también se opuso a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos unos fueron admitidos como ciertos y otros no, aunque se detuvo a sustentar que el poder otorgado por el Gobernador de Arauca a la señora Lupita Granados Chaparro fue un típico acto de delegación administrativa, que estaba autorizado por el artículo 7º numeral 1º del Decreto 1876 de 1994 y por el artículo 10º numeral 1º de la Ordenanza 03E de 1997, y que cumplía lo determinado para esa figura en la sentencia de 22 de marzo de 2012, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado. Además, aclaró que el poder contiene un error de transcripción porque el gobernador se identificó como presidente de la Junta Directiva del Hospital San Vicente, cuando en verdad lo hacía de la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena.

Igualmente explicó que el derecho de petición presentado por el actor el 16 de noviembre de 2012 se respondió el 3 de diciembre siguiente, y que si bien con oficio de 14 de noviembre, firmado por el gerente *ad-hoc* Dr. Ángel María Merchán, se le advirtió a aquél que su silencio se tomaría como una renuncia a integrar la terna, ello fue objeto de modificación, al punto que ese sería el resultado si así lo manifestaba expresamente y no por el solo silencio.

Que según lo estipulado en el Acuerdo 011 de 2012 y la convocatoria publicada el 20 de noviembre del mismo año, la inscripción de candidatos se haría entre el 4 y el 10 de diciembre de 2012, los candidatos que habían alcanzado un puntaje igual o superior a 70 en el concurso de la ESAP debían renunciar al mismo para poder participar del concurso de la UPTC, e inscribirse a más tardar el 10 de diciembre de 2012 antes de las 6:00 p.m.

En cuanto a los fundamentos de la defensa, adujo que con independencia de si la petición del actor se radicó el 28 de diciembre de 2012 ó el 2 de enero de 2013, la administración contaba con 15 días para resolverla (CPACA Art. 14). La exclusión iba en contravía de la Convocatoria de 20 de noviembre de 2012, que fue aceptada por el actor al no haberla solicitado en tiempo, documento que además radicó después de conocer el resultado del concurso.

Negó que se configurara la causal de nulidad del numeral 3º del artículo 275 del CPACA, y para ello repitió que la convocatoria publicada el 1º de noviembre de 2012 fue modificada con la expedida el 20 de los mismos, así como las condiciones en que podían participar del nuevo concurso las personas que lo habían hecho en el concurso de la ESAP. Agregó que según la modificación la renuncia de los señores Jiménez Escobar y Mantilla Delgado a participar en el concurso de la UPTC, al cual quedaban incorporados por haber obtenido más de 70 puntos, solamente se produciría ante su expresa renuncia.

Lo anterior se hizo con el fin de acatar el concepto rendido el 18 de octubre de 2011 por la Dra. Claudia Patricia Hernández León, Director del DAFP, ante consulta elevada por la Gerente *ad-hoc* del Hospital del Sarare de Saravena, así como el fallo de 5 de julio de 2012 del Juzgado 19 Penal del Circuito de conocimiento de Bogotá D.C., dictado en la acción de tutela No. 201200064 promovida por el aquí demandante contra la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena y la ESAP.

Posteriormente hizo algunas precisiones en torno al carácter vinculante del acto modificatorio de la convocatoria inicial para refutar el argumento del actor, según el cual prefirió guardar silencio para renunciar a la convocatoria de la UPTC, dado que al demandante ya se le había notificado la reforma a la convocatoria desde el 23 de noviembre de 2012, guardando silencio ante ello.

Por último, después de referirse a las normas jurídicas que gobiernan la designación del gerente de las Empresas Sociales del Estado, la apoderada concluyó que: (i) debe designarse a quien haya obtenido el mejor puntaje de la terna que al efecto se integre; (ii) la terna se conformará con los candidatos que hayan alcanzado un puntaje igual o superior a 70; (iii) en el concurso de la ESAP únicamente los señores Miguel Ángel Jiménez Escobar (71.84) y Jorge Mantilla Escobar (71.13) superaron ese puntaje; (iv) por la misma circunstancia ese proceso se declaró desierto (Acuerdo 002/12); (v) la nueva convocatoria se publicó el 1º de noviembre de 2012; (vi) Con Acuerdo 006 de 16 de noviembre de 2012 se suspendió dicho concurso; (vii) con Acuerdo 007 de 2012 se reactivó el mismo; (viii) el 20 de noviembre de 2012 se publicó la nueva convocatoria con sus modificaciones; (ix) el señor Jorge Mantilla Escobar participó en la nueva convocatoria y renunció al puntaje obtenido en el concurso de la ESAP; (x) en el concurso de la UPTC tan solo superaron el puntaje requerido César Humberto Londoño Salgado (79) y Edgar Alexander Contreras Velásquez (76.40); y (xi) la terna se integró, entonces, por las dos personas anteriores y el demandante, quien no renunció en tiempo a continuar en el concurso de la UPTC.

El apoderado del señor César Humberto Londoño Salgado en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos admitió algunos como ciertos, pero ante otros expresó no constarle nada al respecto. Su respuesta es similar a las anteriores en algunos aspectos, pero hizo énfasis en que la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado es la autoridad competente para reglamentar estos procesos de selección, conforme a lo dispuesto en el Decreto 800 de 2008, que reglamenta parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, y el artículo 1º de la Resolución 165 de 2008 expedida por el DAFP.

De igual forma insistió en que los anteriores actos y la convocatoria publicada el 1º de noviembre de 2012, modificada por la convocatoria publicada el 20 de los mismos, son actos administrativos. Que en la última no se estableció que el silencio de los señores Miguel Ángel Jiménez Escobar y Jorge Mantilla Delgado, se tomaría como renuncia a seguir en el proceso de selección a cargo de la UPTC, pues para ello se requería una manifestación expresa, que solamente fue radicada por el señor Jiménez Escobar cuando conoció su ubicación en la lista de elegibles.

Sobre la falta de publicación invocada por el actor sostuvo el apoderado que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado ello incide en la eficacia de los actos administrativos, pero no en su validez, dado que no corresponde a un elemento intrínseco sino extrínseco. Además, puede considerarse que el accionante se notificó por conducta concluyente de los actos en cuestión, ya que al respecto presentó derecho de petición.

### III.- FALLO APELADO

Se trata de la sentencia dictada el 17 de octubre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Arauca, por medio del cual denegó las pretensiones de la demanda.

El Tribunal *a-quo* en sus consideraciones abordó, en primer lugar, los reparos formulados contra el poder que otorgó el Gobernador del Departamento de Arauca a la señora Lupita Granados Chaparro, para que lo representara en la reunión de Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena cumplida el 13 de abril de 2012, en la que se declaró desierto el concurso de méritos que adelantó la ESAP. Al efecto señaló que *“tal yerro no genera consecuencia alguna en la presente discusión, ya que aquí no se busca por ningún lado la invalidación del acto mediante el cual se declaró desierto el concurso llevado a cabo por la ESAP...”*.

Pese a lo anterior, el Tribunal sostuvo que de asumirse dicho estudio, la indebida actuación de uno de los integrantes de la Junta Directiva no tendría la capacidad de viciar lo decidido, pues se conservaría la mayoría requerida. Agregó que el poder no se puede asimilar a una delegación administrativa porque la delegación implica la transferencia de funciones mientras que el poder es la autorización para que una persona represente a otra; porque la delegación ocurre entre autoridades administrativas y el poder puede otorgarse a un particular; porque la delegación requiere autorización, en tanto que el poder se puede conferir siempre que no esté prohibido; y, porque la delegación es unilateral y no requiere aceptación del delegatario, mientras que el poder sí y corresponde a una relación bilateral. Así, concluyó que al haberse otorgado el mencionado poder se vulneró lo previsto en el artículo 7º del Decreto 1876 de 1994.

En torno a la censura relativa a la indebida conformación de la terna de candidatos en el concurso adelantado por la UPTC, fundada en que no podía incluirse allí al

demandante y en que por el hecho de que tan solo dos aspirantes superaron el puntaje mínimo requerido (70), se debió dar la misma solución de la anterior convocatoria, esto es, declarar desierto el concurso, el Tribunal *a-quo* señaló que el deber de integrar la terna con los tres mejores puntajes surge de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, en el artículo 72 inciso 2º de la Ley 1438 de 2011, en el Decreto 800 de 2008 modificado por el Decreto 2993 de 2011, en la Resolución 165 de 2008 del DAFP y de lo discurrido en la sentencia C-181 de 2010 de la Corte Constitucional.

Por ello, al fundarse ese proceso de elección en el mérito de los aspirantes, resultaba ajustado a derecho que en el segundo concurso se hubieran querido incluir a las dos personas que habían superado el puntaje mínimo requerido, pues si bien *“no era imperioso dejar sobrevivir los anteriores puntajes, se trató de una plausible manera de valorar el mérito...”*. La convocatoria de 20 de noviembre de 2012 fijó las reglas mediante las cuales serían tomados en cuenta los puntajes obtenidos por aquéllos concursantes, en particular que si no había rechazo expreso se entenderían incluidos en el nuevo concurso.

Al Tribunal *a-quo* ese proceder no le pareció irregular, en particular porque se dio a conocer con la convocatoria de 20 de noviembre de 2012, comunicada al demandante con escrito de 23 de los mismos, sin que se hubiera pronunciado oportunamente al respecto. El señor Jiménez Escobar solamente vino a expresar su exclusión del concurso con posterioridad al 3 de diciembre de 2012, ya que lo hizo a través del escrito enviado por correo electrónico el 28 siguiente.

Ahora, si bien el gerente *ad-hoc* del Hospital del Sarare de Saravena con oficio de 14 de noviembre de 2012 le solicitó al actor que expresara si tenía interés en continuar en el nuevo concurso con el puntaje del anterior, tal regla se modificó con la convocatoria de 20 de noviembre de 2012, porque se *“consagró su inclusión automática a menos que los beneficiarios taxativamente se negara a ello.”* Regla que, además de haber sido expedida por la autoridad competente, fue conocida por el señor Jiménez Escobar desde el 23 de noviembre de esa anualidad y sabía que las inscripciones se cerraban el 3 de diciembre siguiente.

Por lo dicho, el Tribunal no encontró viable la nulidad de los actos acusados y mucho menos imponer condena en costas a la parte vencida, dado la naturaleza pública de este medio de control.

#### IV.- RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante no estuvo de acuerdo con la afirmación del Tribunal *a-quo*, para quien no existió ninguna irregularidad en el hecho de haberse tenido en cuenta el puntaje que en el primer concurso obtuvo el señor Miguel Ángel Jiménez Escobar. Al efecto aquél señaló que con escrito de 14 de noviembre de 2012 el gerente *ad-hoc* del Hospital del Sarare de Saravena ratificó lo expresado en oficio de 31 de octubre del mismo año, sobre que el silencio conllevaría al desistimiento del puntaje para el nuevo concurso. Adicionalmente, la comunicación de 23 de noviembre de 2012, suscrita por el citado gerente, no dijo nada sobre modificaciones a la convocatoria pública.

Tampoco se mostró conforme con la aseveración que hizo el Tribunal *a-quo* en torno a que la renuncia radicada el 28 de diciembre de 2012 fue inoportuna y que por ello las reglas de la nueva convocatoria lo obligaban. Frente a ello sostuvo que el oficio que recibió el 23 de noviembre de 2012 nada dijo sobre modificaciones a la convocatoria, tan solo que le hacía entrega de la misma; por el contrario, el gerente *ad-hoc* del Hospital del Sarare de Saravena le hizo saber por escrito que *“el NO pronunciamiento en los términos de Ley constituye una real y verdadera renuncia del derecho”*.

El actor negó que tuviera la condición de participante en el concurso y por ello no debía observar las modificaciones a la convocatoria, ni estar atento a su desarrollo, máxime cuando la terna se publicó en la página web de la entidad hasta el 16 de octubre de 2013, *“Es decir diez meses y 18 días después de la petición de mí (sic) prohijado de NO hacer parte de la lista de elegibles. O después de 10 meses y 12 días de la publicación del decreto 001 de 2013.”*

El apelante señaló que si la terna no había sido publicada el demandante no podía oponerse a la misma, y que a pesar de que la convocatoria de 1º de noviembre de 2012 fue modificada con la de 20 de los mismos, en su comunicación no se hizo claridad sobre su inclusión o no en el concurso. Este proceder atenta contra los principios de transparencia, publicidad y eficacia consagrados en el artículo 3º numerales 8º, 9º y 11 de la Ley 1437 de 2011, y *“el hecho de hacer incurrir en error al señor MIGUEL ANGEL (sic) JIMENEZ (sic), en la respuesta genera desde toda óptica una violación al principio de transparencia.”*. Y, todo este panorama resulta más sombrío para el apelante porque el Hospital del Sarare de Saravena

no contestó la petición que vía mail radicó el 28 de diciembre de 2012, bajo la excusa de que la funcionaria encargada no pudo asistir a su trabajo el 31 de los mismos por razones de salud, con lo cual se desconoció lo prescrito en los artículos 9º numeral 9º, 54, 60 y 61 del CPACA.

#### **V.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA**

El Procurador 7º Delegado ante el Consejo de Estado señaló que el marco jurídico invocado por el actor no está referido a la pretensión anulatoria y para demostrarlo mencionó cada una de las disposiciones que supuestamente se violaron con el acto acusado, afirmando además que bajo las nuevas reglas del CPACA se conservan principios como el de justicia rogada, la congruencia y el debido proceso, de modo que el operador jurídico no puede salirse de ese contexto jurídico.

Sostuvo que el fallo de primera instancia *“procedió a adecuar la pretensión a un marco jurídico que nunca fue propuesto por la parte demandante”*, motivo por el cual ese ha debido ser el fundamento de la denegación de las súplicas de la demanda. Por tanto, como las normas indicadas no fueron vulneradas con el acto acusado, se debe confirmar el fallo impugnado.

No obstante lo anterior, el agente del Ministerio Público expresó que en caso de no acogerse este planteamiento y hacerse el estudio de fondo, lo procedente es revocar la sentencia del Tribunal *a-quo* y acceder a lo pretendido.

Para respaldar su posición transcribió lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011, el Decreto 800 de 2008 y la Resolución 165 de 2008, y precisó que para elegir al gerente del Hospital del Sarare de Saravena se adelantó un primer concurso con la ESAP, que se declaró desierto porque únicamente dos aspirantes obtuvieron el puntaje mínimo establecido, con lo que no se pudo integrar la terna. Ello llevó a la realización de un nuevo concurso, esta vez a cargo de la UPTC, en el que se fijaron las reglas del mismo, que conforme a la doctrina constitucional son la ley del concurso (T-090/13).

Informó que la convocatoria inicial fue objeto de modificación para ponerla a tono con lo conceptuado por el DAFP, según el cual *“la persona que superó el concurso podrá formar parte del listado que resulte del nuevo concurso sin necesidad de volver a concursar”*, lo que se dijo en el marco de un proceso de selección en el que solamente un aspirante obtuvo el puntaje mínimo establecido.

Con todo, precisó que la facultad de modificar la convocatoria no es irrestricta, pues debe ajustarse a la ley. En el *sub lite* la modificación a la convocatoria no era viable porque el artículo 4º *in fine* del Decreto 800 de 2008 determina que en los casos en que no se logre conformar la terna lo procedente será adelantar nuevo concurso de méritos, hasta que ello se logre.

Insistió en que la convocatoria final no tiene fuerza vinculante, que tampoco se la puede brindar el concepto del DAFP, ya que esta entidad no se ocupa de los concursos de mérito, como en cambio sí le corresponde hacerlo a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC). Además, en la convocatoria no se indicó el momento en el que dichos aspirantes podían renunciar a su derecho a conservar el puntaje obtenido en el primer concurso, punto que no podía fijarse en el fallo de primer grado, como de hecho lo hizo al ubicarlo en el vencimiento de la inscripción. Y no lo acepta porque *“en estricto rigor el término para renunciar al derecho en consideración de esta Delegada se extiende en el tiempo hasta el momento mismo en el que se ha de proceder a la designación, último procedimiento que se adelanta en el proceso de conformación de la terna.”*

Por último, el colaborador fiscal sostuvo que en atención a que el señor Jiménez Escobar manifestó que no era su deseo integrar la terna de la cual se designaría al gerente del Hospital del Sarare de Saravena, la terna en verdad no se integró y por ello el acto demandado sería nulo.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1.- Competencia**

La competencia de la Sección Quinta para conocer del recurso de apelación contra el fallo de 17 de octubre de 2013, dictado por el Tribunal Administrativo de Arauca, está fijada en lo dispuesto en el artículo 150 del CPACA; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 del 5 de Agosto de 2003, que modificó el artículo 13

del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999, expedidos por la Sala Plena del Consejo de Estado.

## **2.- Prueba del acto acusado**

La designación del señor César Humberto Londoño Salgado como gerente del Hospital del Sarare ESE, se acreditó con copia auténtica del Decreto 001 de 4 de enero de 2013, suscrito por el Gobernador del Departamento de Arauca<sup>1</sup>.

## **3.- Pruebas relevantes**

1.- Copia del informe rendido por la ESAP dentro del proceso de selección del gerente del Hospital del Sarare de Saravena, en el que se aprecia que tan solo dos personas obtuvieron un puntaje igual o superior a 70, esto es, las personas identificadas con las cédulas de ciudadanía 91.229.932 (71.13) y 79.290.424 (71.84)<sup>2</sup>.

2.- Copia auténtica del Acta No. 04 de 13 de abril de 2012, de la reunión de la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena, en la que intervino, entre otras personas, la señora Lupita Granados Chaparro, Asesora del Despacho del Gobernador de Arauca, quien actuó en representación de dicho mandatario. En esa reunión se aprobó la propuesta de declarar desierto el concurso para designar al gerente del Hospital, gracias a que no pudo conformarse la terna porque únicamente dos personas obtuvieron el puntaje mínimo establecido<sup>3</sup>.

3.- Copia auténtica del poder otorgado por el Dr. José Facundo Castillo Cisneros como Gobernador del Departamento de Arauca y *“presidente de la Junta Directiva del Hospital San Vicente de Arauca ESE”*, a la señora Lupita Granados Chaparro, Asesora del Despacho del Gobernador, *“para que me represente en la REUNIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA DEL HOSPITAL DEL SARARE ESE, que se efectuará, el día 13 de abril de 2012, de manera virtual.”*<sup>4</sup> (La Sala impone negrillas).

---

<sup>1</sup> Folios 207 y 208.

<sup>2</sup> Folio 29.

<sup>3</sup> Folios 31 a 34.

<sup>4</sup> Folio 36.

4.- Copia auténtica del Acuerdo 002 de 13 de abril de 2012, expedido por la señora Lupita Granados Chaparro como Delegada del Gobernador de Arauca y Presidenta de la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena, y por el señor Edgar Alexander Contreras en condición de Secretario, por medio del cual se declaró desierto el concurso de méritos que se había encomendado a la ESAP<sup>5</sup>.

5.- Copia auténtica del Acuerdo 005 de 29 de octubre de 2012, expedido por la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena, por medio del cual se adjudicó a la UPTC la realización del concurso de méritos para seleccionar al gerente<sup>6</sup>.

6.- Copia auténtica del oficio de 31 de octubre de 2012, por medio del cual el gerente *ad-hoc* del Hospital del Sarare de Saravena, señor Ángel María Merchán Espíndola, le solicitó al señor Miguel Ángel Jiménez Escobar que informara *“si tiene interés en continuar en la terna de aspirantes a la gerencia de la E.S.E. Hospital del Sarare, por haber superado los 70 puntos en la convocatoria inmediatamente anterior o por el contrario renuncia a este derecho que otorga la Ley.”*<sup>7</sup>.

7.- Copia de la Convocatoria pública hecha por la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena, entre el 1º y el 16 de noviembre de 2012, para la escogencia del gerente. Nada dice en cuanto a los efectos que en ese concurso tendría el puntaje alcanzado por los señores Miguel Ángel Jiménez Escobar y Jorge Mantilla Delgado, en el proceso que había adelantado la ESAP y que se declaró desierto<sup>8</sup>.

8.- Copia auténtica del oficio de 14 de noviembre de 2012, dirigido por el gerente *ad-hoc* del Hospital del Sarare de Saravena, señor Ángel María Merchán Espíndola, al señor Miguel Ángel Jiménez Escobar, en el que por segunda vez le pide que:

“...se sirva informar si tiene interés en continuar en la terna de aspirantes a la Gerencia de la E.S.E. Hospital del Sarare, por haber superado los **SETENTA PUNTOS** (70), en la convocatoria pública realizada inmediatamente anterior o si por el contrario renuncia a este derecho que le otorga la Ley.

---

<sup>5</sup> Folios 37 y 38.

<sup>6</sup> Folios 68 y 69.

<sup>7</sup> Folio 226.

<sup>8</sup> Folios 229 a 235.

Sírvase **NOTIFICAR** a través del correo: [www.hospitaldelsarare.gov.co](http://www.hospitaldelsarare.gov.co) o en la Calle 30 Numero (sic) 19A-82 Barrio Libertadores de la ciudad de Saravena su decisión, el NO pronunciamiento en los términos de Ley constituye una real y verdadera renuncia del derecho...”<sup>9</sup>

9.- Copia auténtica del oficio de 15 de noviembre de 2012 enviado por el señor Miguel Ángel Jiménez Escobar al gerente *ad-hoc* del Hospital del Sarare de Saravena, en el que ante el ofrecimiento anterior le pregunta si se le mantendría el puntaje obtenido, cuál sería el fundamento jurídico de ello y qué procedimiento se seguiría.<sup>10</sup>

10.- Copia auténtica del oficio dirigido el 23 de noviembre de 2012 por el gerente *ad-hoc* del Hospital del Sarare de Saravena al señor Miguel Ángel Jiménez Escobar, mediante el cual le notifica la convocatoria pública de 20 de noviembre a 3 de diciembre de 2012<sup>11</sup>.

11.- Copia auténtica de la convocatoria pública de 20 de noviembre a 3 de diciembre de 2012, efectuada por la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena, de la cual se destaca:

“Que en existencia del fallo del Tribunal Superior de Bogotá Sala Penal de fecha 24 de agosto de 2012, donde se establece que los concursantes que tienen más de 70 puntos, tienen derecho a ‘que la entidad debe iniciar una convocatoria para conformar el listado con el mínimo requerido por la ley, teniendo en cuenta que la terna se conformara (sic) con quienes obtengan los 3 (tres) primeros lugares, Es (sic) preciso señalar que la persona quien supero (sic) el concurso podrá formar parte del listado que resulte del nuevo concurso sin necesidad de volver a concursar’. **Esto significa, que los concursantes que tienen más de 70 puntos en el concurso anterior adelantado por la ESAP, tienen derecho a hacer parte de la lista del concurso que se adelante con los puntajes allí obtenidos. Si uno de éstos participantes se presenta a ésta convocatoria, lo deberá manifestar por escrito renunciando al puntaje anterior, antes de la fecha de la finalización de recepción de Hojas de vida.** Si se mantienen los dos concursantes con dicho puntaje, para el cumplimiento de los requisitos mínimos del concurso, sería suficiente con un aspirante que los cumpliera, en el mismo sentido si solamente uno deja de renunciar al puntaje, se requerirán dos que cumplan con los requisitos mínimos. Si ninguno de los dos participantes se presenta a la convocatoria de la UPTC, se requerirán tres aspirantes que cumplan con los requisitos mínimos.

.....

---

<sup>9</sup> Folio 227.

<sup>10</sup> Folio 78.

<sup>11</sup> Folio 228.

Si los concursantes MIGUEL ÁNGEL JIMENEZ ESCOBAR Y JORGE MANTILLA DELGADO, renuncian al puntaje obtenido con la ESAP, significa que se acogen al nuevo puntaje obtenido en el proceso que se adelanta con la UPTC. Si los concursantes reservan su puntaje obtenido con la ESAP, para el proceso que adelante la UPTC, tendrán ubicación en la lista de resultados con su puntaje confrontado con los de los nuevos concursantes. Es decir que si en el nuevo concurso hubiese concursantes que superen los puntajes de la ESAP, éstos se ubicarán en orden descendente la lista (sic). Lo mismo puede ocurrir si los nuevos concursantes obtienen puntaje inferiores (sic) al concurso de la ESAP, y en tal caso quedarían por (sic) en el lugar que su puntaje indique.”<sup>12</sup> (Las negrillas no vienen con el original)

12.- Copia auténtica del oficio de 3 de diciembre de 2012 dirigido por el gerente *ad-hoc* del Hospital del Sarare de Saravena al señor Miguel Ángel Jiménez Escobar, en respuesta a la petición elevada el 15 de noviembre del mismo año, mediante el cual se le dijo que *“la decisión es suya de aceptar o NO su participación y en ese orden de ideas el procedimiento es de acuerdo a esa decisión de presentarse o abstenerse de hacerlo”*<sup>13</sup>.

13.- Copia auténtica del Acta 04 de 28 de diciembre de 2012, del convenio interadministrativo 161 del mismo año, firmado entre el Hospital del Sarare de Saravena y la UPTC, conforme a la cual únicamente superaron el puntaje mínimo requerido los concursantes César Humberto Londoño Salgado (79) y Edgar Alexander Contreras Velásquez (76.40)<sup>14</sup>.

14.- Copia auténtica del escrito de 27 de diciembre de 2012, radicado el día siguiente, dirigido al Presidente de la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena por el señor Miguel Ángel Jiménez Escobar, con el que después de exponer las razones por las cuales debió ser nombrado en el concurso que adelantó la ESAP y que, en su sentir, hacían ilegal el acto que lo declaró desierto, expresó que: *“No se incluya ni nombre, junto a la lista de elegibles del Concurso celebrado por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia para conformar la Terna, para la designación de Gerente del HOSPITAL DEL SARARE*

---

<sup>12</sup> Folios 239 a 247.

<sup>13</sup> Folio 248.

<sup>14</sup> Folios 249 y 250.

ESE.”, y que por consiguiente se integre la terna con los dos concursantes que obtuvieron más de 70 puntos<sup>15</sup>.

15.- Copia auténtica del Acta 014 de 31 de diciembre de 2012, de la reunión de la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena, en la cual se conformó la terna de candidatos al cargo de gerente de esa entidad, así: César Humberto Londoño Salgado (79), Edgar Alexander Contreras Velásquez (76.40) y Miguel Ángel Jiménez Escobar (71.84)<sup>16</sup>.

16.- Copia auténtica del Acuerdo 011 de 31 de diciembre de 2012, expedido por la presidencia de la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena, con el cual se integró la terna en los términos señalados en el numeral anterior<sup>17</sup>.

17.- Copia auténtica del aviso firmado por la Técnica Oficina Jurídica del Hospital del Sarare de Saravena, señora Liliana Córdoba Guzmán, que se fijó entre el 31 de diciembre de 2012 y el 3 de enero de 2013, para hacer publicidad a la terna escogida<sup>18</sup>.

18.- Copia auténtica del Decreto 001 de 4 de enero de 2013, expedido por el Gobernador del Departamento de Arauca, a través del cual se designó al señor César Humberto Londoño Salgado como gerente del Hospital del Sarare de Saravena.

19.- Copia auténtica de la certificación expedida el 5 de marzo de 2013 por la Ingeniera Yanet Moreno Velasco, en condición de Profesional Universitario de Sistemas y Estadística del Hospital del Sarare de Saravena, a la cual se anexa reporte impreso de publicación de artículos, según el cual en torno al mencionado proceso de selección los resultados preliminares y finales se publicaron en la

---

<sup>15</sup> Folios 252 a 255.

<sup>16</sup> Folios 103 a 105.

<sup>17</sup> Folios 124 a 126.

<sup>18</sup> Folio 258.

página web de la entidad el 21 de diciembre de 2012, y la terna final se publicó desde el 1º de enero de 2013<sup>19</sup>.

20.- Oficio de 22 de enero de 2013, por medio del cual el señor César Humberto Londoño Salgado, en su calidad de gerente del Hospital del Sarare de Saravena, respondió al señor Miguel Ángel Jiménez Escobar el derecho de petición que había presentado el 31 de diciembre de 2012<sup>20</sup>.

#### **5.- Asunto de fondo**

El señor Miguel Ángel Jiménez Escobar cuestionó la presunción de legalidad del Decreto 001 de 4 de enero de 2013, con el cual la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena designó al señor César Humberto Londoño Salgado en el cargo de gerente, con fundamento en que se integró irregularmente la terna de candidatos que la UPTC remitió a la Junta Directiva del hospital.

Explicó que la expedición irregular del acto se materializó en el hecho de que el Hospital del Sarare de Saravena integró la terna de candidatos mediante la fusión de los resultados de dos convocatorias públicas diferentes. Esto es, porque con el fin de seleccionar al Director del hospital la ESAP había adelantado un primer concurso de méritos que solamente aprobaron los señores Miguel Ángel Jiménez Escobar (71.84) y Jorge Mantilla Delgado (71.13), que la Junta Directiva del hospital declaró desierto, según consta en Acta 04 de 13 de abril de 2012, en atención a que no se pudo integrar la terna; y, porque no obstante lo anterior, en el segundo concurso público que estuvo a cargo de la UPTC, que tan solo aprobaron los señores César Humberto Londoño Salgado (79) y Edgar Alexander Contreras Velásquez (76.40), el hospital decidió hacer valer los resultados que habían surgido con ocasión de la convocatoria que adelantó la ESAP.

La Sala, después de apreciar que los hechos narrados por la parte demandante son ciertos, como así lo prueban los documentos enlistados en el acápite de pruebas

---

<sup>19</sup> Folios 259 y 260.

<sup>20</sup> Folios 131 a 136.

relevantes y que no fueron tachados de falsos, concluye que, en efecto, la designación del señor César Humberto Londoño Salgado como Director o Gerente del Hospital del Sarare de Saravena, es contraria al ordenamiento jurídico, según pasa a explicarse:

Después de la vigencia de la Constitución de 1991 el legislador expidió la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993 *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*, mediante la cual se introdujeron importantes reformas al sistema de seguridad social en salud. Para solo mencionar uno de tales aspectos, baste señalar que se creó como una categoría especial de entidad pública descentralizada a las Empresas Sociales del Estado, las cuales contarían con personería jurídica, patrimonio propio y **autonomía administrativa**, cuya creación dependería del orden al que perteneciera, motivo por el cual podrían instituirse a partir de una ley, o de una ordenanza o de un acuerdo, según el caso (Art. 194).

También se determinó en el artículo 195 numeral 4º de la Ley 100 de 1993, que el régimen jurídico del director o representante legal de las Empresas Sociales del Estado sería el fijado en el artículo 192 *ibídem*. Es decir, que *“serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud,..., de terna que le presente la junta directiva,..., por períodos mínimo (sic) de tres (3) años prorrogables...”*<sup>21</sup>. Esto significa que, por ejemplo, los gerentes de las Empresas Sociales del Estado del orden municipal o departamental debían nombrarse por los respectivos alcalde o gobernador, de la terna que al respecto le enviara la junta directiva del órgano correspondiente.

Aunque la materia se intentó reglamentar con la expedición del Decreto Ley 1298 de 22 de junio de 1994 *“Por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, ya que en su artículo 81 trató lo concerniente a la dirección de los hospitales públicos, el decreto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-255 de 7 de junio de 1995, porque el artículo habilitante (Ley 100/93 Art. 248), *“...violó la prohibición contenida en el inciso tercero del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución,*

---

<sup>21</sup> Esta norma entró en vigor a partir de 31 de marzo de 1995.

*según la cual las facultades extraordinarias 'no se podrán conferir para expedir códigos'...*”.

Posteriormente se expidió la Ley 1122 de 9 de enero de 2007 *“Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*, que en torno a los gerentes de las Empresas Sociales del Estado fijó en el artículo 28 nuevas reglas, así:

**“Artículo 28.- De los gerentes de las empresas sociales del Estado.**

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.

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. (...)” (La Sala subraya)

De las modificaciones efectuadas por el legislador la Sala pone de relieve el hecho de haberse calificado el período como institucional y haberse elevado a cuatro años. Además de consagrarse que el gerente sería reelegible por una sola vez, también se determinó que en todo caso se adelantaría un proceso de selección o un concurso de méritos, con base en el cual se integraría la terna que la Junta Directiva presentaría al jefe de la respectiva entidad territorial para que hiciera el nombramiento correspondiente, lo cual suponía cierto margen de discrecionalidad

en el jefe de la Administración en el sentido de poder nombrar a cualquiera de las personas que hacían parte de la terna.

Enseguida el Presidente de la República expidió el Decreto 800 de 14 de marzo de 2008 *“Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007”*, que sobre la designación del gerente de las Empresas Sociales del Estado dispuso:

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

El mismo año se dictó la Resolución 165 de 18 de marzo *“Por la cual se establecen los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos públicos abiertos para la conformación de las ternas de las cuales se designarán los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial”*, expedida por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, que en torno a la valoración de pruebas en el concurso de méritos determinó:

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

De la lista a que se refiere el inciso anterior, la Junta Directiva, mediante el mecanismo que ella determine, conformará la terna para la designación del Gerente o Director de la respectiva empresa social del Estado.”

Sin embargo, en el año 2010 la Corte Constitucional profirió la sentencia C-181 de 17 de marzo con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, por medio de la cual declaró la exequibilidad condicionada de los apartes arriba subrayados del artículo 28 de la Ley 1122 de 9 de enero de 2007, así:

“..., 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.”

Este pronunciamiento de la Corte Constitucional, que desde luego produjo efectos *erga omnes*, conllevó un cambio radical en la forma de proveer el cargo de gerente de las Empresas Sociales del Estado. Así lo asumió rápidamente el Congreso de la República, quien positivizó esa doctrina constitucional con la expedición de la Ley 1438 de 19 de enero de 2011 “*Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.*”, que reprodujo lo que esa Alta Corte había determinado en punto de la forma como operaría el criterio del mérito en la designación de aquél funcionario. En específico dispuso:

**“Artículo 72.- Elección y evaluación de directores o gerentes de hospitales.** ...En caso de que el cargo de Director o Gerente de una Empresa Social del Estado esté vacante a más tardar dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes se iniciará un proceso de concurso público para su elección.

La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del proceso de elección. El resto de la terna operará como un listado de elegibles, para que en el caso de no poder designarse el candidato con mayor puntuación, se continuará con el segundo y de no ser posible la designación de este, con el tercero.”

Además, con el ánimo de acoger aquella Doctrina Constitucional y poner las cosas conforme a lo legislado en el anterior precepto, el Presidente de la República prontamente modificó el artículo 4º del Decreto 800 de 14 de marzo de 2008 a través del artículo 12 del Decreto 2993 de 19 de agosto de 2011, cuyo contenido es del siguiente tenor literal:

**“Artículo 12.-** Modifíquese el Artículo 4º del Decreto 800 de 2008, conforme a lo dispuesto en el Artículo 72 de la Ley 1438 de 2011, el cual quedará así:

**‘ARTÍCULO 4º.-** La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del proceso de elección. El resto de la terna operará como un listado de elegibles, para que en el caso de no poder designarse al candidato con mayor puntuación, se continúe con el segundo y de no ser posible la designación de éste, con el tercero.’”

La evolución doctrinal y legal que ha experimentado la forma de proveer el cargo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado desde que la Ley 100 de 1993 creó esta especie de entidad pública y hasta hoy, conducen a la Sala a afirmar que el mérito, como principio medular del ejercicio de la Función Pública según la Constitución Política de 1991, adquirió mayor relevancia puesto que en la actualidad solamente las tres personas que obtengan las mayores calificaciones pueden integrar la terna que se suministra al jefe de la respectiva entidad territorial, y éste solamente puede designar a quien haya ocupado el primer puesto, pudiendo designar en su orden a los restantes candidatos ante la eventualidad de que el primero no tome posesión del cargo.

Ahora bien, la evolución normativa que se ha imprimido a la forma de proveer el cargo de gerente o director de las Empresas Sociales del Estado, en buena medida gracias a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, ha llevado a que el mérito sea el factor preponderante para hacer tal designación. En atención a ello es claro para la Sala que la provisión para este empleo solamente puede ser el producto de un proceso previo de selección o de un concurso de méritos, **entendido por supuesto en singular más no en plural.**]

Tanto el derogado artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, como el modificado artículo 4º del Decreto 800 de 2008, así como el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011 y el artículo 12 del Decreto 2993 de 2011, han sido coherentes en disponer que la conformación de la terna, que opera como una lista de elegibles, debe surgir de **un solo** concurso de méritos. No prevén la posibilidad de que la terna se pueda componer con los nombres de los candidatos que superaron el actual proceso de selección más los nombres de las personas que superaron un proceso de selección anterior que se declaró desierto.

Pues bien, como ninguna norma jurídica autoriza a las Empresas Sociales del Estado a fusionar los resultados de dos concursos de méritos sucesivamente

adelantados para proveer el cargo de director o gerente, bien puede afirmarse que la facultad de reglamentación con que cuentan esas entidades para todo lo relativo a esos procesos de selección, no llega hasta el punto de habilitar a esas empresas para dictar medidas en ese sentido, que no solo resulta en contravía al ordenamiento jurídico reinante, sino que de paso atenta contra principios constitucionales.

Efectivamente, una medida como la adoptada por la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena en la convocatoria pública de 20 de noviembre de 2012, que permitió fusionar en una misma terna los resultados del concurso de méritos adelantado por la ESAP y que se declaró desierto, con los resultados de la convocatoria a cargo de la UPTC, va en contravía del principio de igualdad con asiento en el artículo 13 Constitucional, ya que no existe ninguna razón válida para que los señores Miguel Ángel Jiménez Escobar y Jorge Mantilla Delgado fueran automáticamente incorporados a la lista de elegibles resultante de la convocatoria de la UPTC, con puntajes aprobatorios, mientras que sus contendientes sí tenían que someterse a todas las pruebas del nuevo concurso.

Así, la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena creó un privilegio inaceptable a favor de aquellas personas, que por supuesto no podía fundarse válidamente en la recomendación que hiciera, a modo de *obiter dictum*, la sentencia proferida el 8 de mayo de 2012 por el Juzgado 19 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá D.C., dentro de la Acción de Tutela No. 201200064 presentada por Miguel Ángel Jiménez Escobar contra la Junta Directiva del hospital en cita y la ESAP, respecto o contra el concurso anterior a fin que se le protegieran sus derechos fundamentales al mínimo vital, trabajo, igualdad, debido proceso, acceso a cargos públicos y a la vida en condiciones dignas. Tampoco podía apoyarse en la supuesta protección de los derechos fundamentales de los concursantes que habían visto frustradas sus aspiraciones porque el concurso adelantado por la ESAP fue declarado desierto.

Además, la Junta Directiva del mencionado hospital al fusionar los resultados de los concursos adelantados por la ESAP y la UPTC, ignoró el apotegma "*Venire contra pactum proprium nelli conceditur*", según el cual la Administración no debe ir contra sus propios actos, y que en alta proporción se inspira en la buena fe o en la confianza que los asociados depositan en ella para que se ciña en sus actuaciones a sus propias decisiones.

Por lo mismo, si la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena, según Acta 04 de 13 de abril de 2012 que es objeto de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho como así lo informó el actor, decidió declarar desierto el concurso de meritos que adelantó la ESAP, que equivale a un acto definitivo que impidió seguir adelante con la actuación, es porque los efectos jurídicos de sus resultados no podían tomarse en cuenta para la designación del director o gerente. Por tanto, al hacerlos valer para la nueva convocatoria pública a cargo de la UPTC, estaba yendo contra aquella máxima y contra su propio acto, lo cual evidencia, además, un fuerte contrasentido jurídico porque al mismo tiempo le negó y asignó efectos jurídicos a los resultados del proceso de selección que se surtió con la mediación de la ESAP.

Como lo dicho hasta ahora demuestra la ilegalidad del acto acusado, la Sala no encuentra necesario abordar los demás planteamientos formulados por el accionante con tal fin.

#### **6.- Conclusión**

La Sala ha evidenciado, con las anteriores disquisiciones, que la designación del señor César Humberto Londoño Salgado como Director o Gerente del Hospital del Sarare de Saravena, es ilegal, toda vez que se expidió en forma irregular. Por tanto, se revocará el fallo desestimatorio apelado y en su lugar se anulará el acto acusado, para cuya eficacia se librarán las comunicaciones correspondientes.

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

#### **F A L L A**

**PRIMERO: REVOCAR** el fallo desestimatorio proferido el 17 de octubre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Arauca, dentro del Medio de Control de Nulidad Electoral No. 810012333000201300015-01 adelantado por el señor Miguel Ángel Jiménez Escobar. En su lugar se dispone:

**ANULAR** la designación del señor César Humberto Londoño Salgado como gerente del Hospital del Sarare de Saravena ESE, contenida en el Decreto 001 de 4 de enero de 2013, suscrito por el Gobernador del Departamento de Arauca.

**SEGUNDO:** Comuníquese este fallo al Gobernador del Departamento de Arauca y a la Junta Directiva del Hospital del Sarare de Saravena ESE.

**TERCERO:** En firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

**CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
Presidente

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**SUSANA BUITRAGO VALENCIA**