



NULIDAD ELECTORAL - Contra el acto de elección del gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña / NULIDAD ELECTORAL - La determinación del problema jurídico. No hubo variación en la fijación del litigio

Aunque ha sido un elemento trascendental presente a lo largo de las decisiones judiciales, en tanto constituye el marco que los sujetos procesales dan al operador y sobre el cual éste abordará el análisis de la causa judicializada y adoptará la decisión correspondiente, con la entrada de la vigencia del CPACA, adquirió una expresa preponderancia con la imposición del legislador de la fijación del litigio, como se establece en el artículo 180, cuya estructura está dada por las pretensiones, los hechos en los que las partes no coinciden y los argumentos en los que soportan los sujetos procesales su papel dentro del proceso. De ahí su necesaria fijación en la llamada audiencia inicial y ahora en el auto que conforme a la nueva legislación introducida por la Ley 2080 de 2021 debe darse en la providencia que anuncia que la decisión será adoptada con la figura de sentencia anticipada (art. 182 A). (...). En esa línea, resulta importante destacar lo grave que puede ser variar la fijación del litigio cuando este ya se encuentra en firme, pues implica alterar las condiciones esenciales del debate, lo cual desmedra el debido proceso y el derecho de defensa, ante el abrupto e inoportuno cambio de las reglas del asunto judicializado. Tales cambios sorpresivos nunca serán bien vistos en la correcta administración de justicia, como quiera que la incertidumbre y la falta de seguridad jurídica emergerían dentro del asunto bajo conocimiento. (...). La Sala advierte que en realidad la fijación del litigio se mantuvo estable y unívoca en determinar si el acto era transgresor de las normas o incurrió en las censuras indicadas por el demandante, focalizados en la figura de la reelección como fue el espectro que la parte actora dio al juez con su demanda y de la que la parte demandada se defendió. (...). [M]ientras en la audiencia inicial se mencionó que debía determinarse si se había cumplido con los requisitos previos de la reelección en lo indicado en el fallo el cuestionamiento parte de si se requería concurso previo o solicitud de la Junta Directiva de la institución hospitalaria, que es en últimas lo que extraña el demandante como presupuesto que debe anteceder frente a quien se reelige. Colofón de esos extremos es que en realidad no existió una variación o modificación trascendente o incidente en el eje temático abordado por el Tribunal al decidir el mérito del asunto al compararse con aquel estandarizado en la audiencia inicial.

NOTA DE RELATORÍA: La presente providencia cuenta con aclaración de voto presentada por la Magistrada Rocío Araújo Oñate. De la fijación del litigio, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 12 de marzo de 2015, C.P. Susana Buitrago Valencia, radicación 11001-03-28-000-2014-00019-00. Sobre el mismo tema, igualmente consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 18 de junio de 2021, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 23001-23-33-000-2020-00387-01.

OBJETO DEL LITIGIO – No hubo desvío de la temática central de discusión judicial

[E]s claro que al no haber modificación sustancial en la fijación del litigio, tampoco emerge la consecuencia del supuesto desvío de la temática discutida. (...). En efecto, hacer claridad sobre que el cargo de gerente de las E.S.E. es de período y es de libre nombramiento y remoción, son consideraciones que además de estar acordes a la ley, corresponden al planteamiento del actor cuyo propósito es mostrar cómo se desarrolló el procedimiento de nombramiento, siendo esa la censura que efectivamente analizó el juez de primera instancia, aunado a que





aquellas resultan temáticas que sí contribuyen a dilucidar el asunto en el que se discute la forma en cómo se provisionó el cargo, cuya designación es la que se está demandando y que se integran en forma armónica a la discusión judicializada. No se advierte entonces disparidad alguna de cara al eje temático que correspondía juzgar al tribunal, pues si se tratara solo de circunscribirse a lo indicado en los planteamientos del demandante, no se entendería cómo un juzgamiento de la causa jurídica que conforman, en principio, un accionante y su opositor, que luego se nutre con las postulaciones de otros sujetos procesales, pudiera solo desarrollarse con la sola arista que del asunto dé la parte actora. (...). [D]esde un inicio el planteamiento judicializado consiste en dilucidar si el nombramiento del accionado estuvo acorde a la regulación en cuanto a presupuestos y requisitos previos que deben observarse al efecto, siendo puntos nodales del asunto, en forma concreta, si se trató de una reelección que incumplió con los parámetros básicos que dieran viabilidad a dicha figura, incluido el hecho de si se requería de un concurso de méritos frente al cargo de gerente, por lo que si la naturaleza es ser de libre nombramiento o remoción y se trata de un cargo de período, lejos de constituir temáticas ajenas al asunto que ocupó la atención del *a quo*, suministraron un panorama jurídico que ilustró el asunto y sin que se advierta observando el fallo que hayan sido causas de desvío en la decisión del caso o que hayan incidido en una decisión que contraria a derecho. Aclarados esos aspectos previos, procede la Sala con el estudio de fondo respectivo.

EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - Marco normativo y designación del gerente o director / SUBROGACIÓN DE LA NORMA / REELECCIÓN DEL GERENTE DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – Sólo puede ser restringida mediante prohibición expresa

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993 (...), se estableció un esquema diferente en la prestación del servicio de salud, al permitir que se efectuara a través de las llamadas empresas sociales del Estado, que podían crearse por ley, ordenanza o acuerdo, según su nivel y fueron concebidas como entidades públicas descentralizadas, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa (art. 194 ib). En cuanto a sus regímenes jurídico, laboral, contractual, presupuestal y otros aspectos, esa misma ley indicó que las E.S.E. tendrían como objeto la prestación del servicio de salud dejando claro que es un servicio público y de seguridad social a cargo del Estado. Cuenta con una junta o consejo directivo y con un director o representante legal (art. 195). Frente a ese director o gerente, quien funge como representante legal, la Ley 100 de 1993, (...) en el artículo 192, (...) se evidencia que siempre la designación o nombramiento ha estado a cargo del presidente, gobernador o alcalde, según sea el caso y siempre ha sido un cargo de período –en principio tres años prorrogables-, pero en ese entonces se elegía de una terna presentada por la junta directiva. Mediante el Decreto 1876 de 3 de agosto de 1994 (...), se señaló que son una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa creadas o reorganizadas por Ley, o por las asambleas o concejos y que la Junta Directiva tiene a su cargo elaborar la terna de candidatos para presentar al Jefe de la respectiva entidad territorial para la designación del Director o Gerente (num. 17 art. 11). El decreto anterior fue aclarado por el artículo 1° del Decreto 1621 del 25 de septiembre de 1995 en lo atinente a que “los miembros de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado respectiva, tendrán un período de tres (3) años en el ejercicio de sus funciones y podrán ser reelegidos”. Posteriormente, mediante Decreto 139 de 17 de enero de 1996 “se establecen los requisitos y funciones para los Gerentes de Empresas Sociales del Estado y Directores de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del sector público...”, en el que se indicó con



respecto a la naturaleza del cargo son empleados públicos de período fijo, nombrados por el jefe de la entidad territorial respectiva, para un período mínimo de tres (3) años, prorrogables, de terna que presente la junta directiva del Organismo o Entidad, de acuerdo con lo dispuesto sobre el particular por la Ley 10 de 1990, para ejercer funciones de dirección, planeación, evaluación y control en la administración y gestión de una Institución Prestadora de Servicios de Salud, de naturaleza jurídica pública y de las Empresas Sociales del Estado (art. 2). (...). El Decreto 1569 de 5 de agosto 1998, derogado por el Decreto 785 de 2005, (...), en materia de los empleos propios del sistema de salud dispuso frente al director o gerente, que siendo un cargo directivo, el nombrado debe contar con título universitario y experiencia profesional, respetando los requisitos fijados por otras disposiciones legales (lit. a) art. 5°). Concretamente, para el cargo de gerente de la E.S.E., continuó con las ponderaciones a partir de nivel de atención y la categorización de municipios, según fuera el caso. En el Decreto 3344 de 20 de noviembre de 2003 –derogado por el Decreto 800 de 14 de marzo de 2008- se reglamentó el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, en el punto exacto de la junta directiva de la E.S.E. de nivel territorial, atinentes a la designación del gerente, al fijar dentro de sus atribuciones: (i) la conformación de la terna de candidatos al cargo, (ii) a partir de un proceso público abierto (art. 1); (iii) la determinación de los trámites de este (art. 2), tales como que la entidad territorial se apoye en universidades, entidades expertas en la selección de personal o a través de convenios de cooperación. Se indicó por el legislador que para la conformación de la terna se tendrían en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del cargo, con aplicación de pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridas para el cargo y se debe comunicar en medio de difusión masiva la invitación a los interesados para que se presenten al proceso de conformación de la terna (arts. 2 y 3). En este decreto se hace la aclaración de que el proceso público abierto para la conformación de las ternas no implica el cambio de la naturaleza jurídica del cargo (art. 5). Así también, asignó al DAFP establecer los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos públicos abiertos quien podrá adelantar evaluaciones, sondeos, estadísticas sobre los mismos y asesorar la ejecución respectiva y en desarrollo de este artículo el director del dicho departamento administrativo expidió la Resolución N° 793 de 5 de diciembre de 2003. (...). En el acto en cita se consagró que la Junta Directiva de la ESE determinará el trámite pertinente para la selección de los aspirantes a las listas mediante las cuales se conformarán las ternas para la designación de los gerentes (art. 1). Impuso que desde las inscripciones hasta la entrega de resultados definitivos previos a la conformación de las ya mencionadas ternas debían ser adelantadas por universidades públicas o privadas o entidades expertas en selección de personal. Mediante la Ley 1122 de 9 de enero de 2007 (...), en su artículo 28 se (...) reglamentó parcialmente por el Decreto 808 de 14 de marzo de 2008, indicando que la junta directiva de las E.S.E. del nivel territorial debe conformar la terna referida, especificando que la escogencia de las personas debe realizarse mediante concurso de méritos público y abierto. (...). Especificó que en el ejercicio meritocrático deberán aplicarse pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos y las aptitudes, que permitan determinar que el aspirante es idóneo para el desempeño del cargo (art. 3). (...). [F]ue modificado por el artículo 13 del Decreto 2993 de 2011, la terna debía estar integrada con cinco aspirantes como mínimo, al punto de imponer que debían realizarse tantos concursos como fuera necesario hasta obtener ese número de candidatos (art. 4). En desarrollo de esta disposición, concretamente del artículo 5°, el DAFP expidió la Resolución 165 de 18 de marzo de 2008 “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”. En esta reglamentación se reiteró que, en el ámbito



territorial, las entidades encargadas del proceso de selección de los aspirantes a ocupar el cargo de gerente son las juntas directivas de las E.S.E. (art. 1), por intermedio de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o en asocio con personas especializadas en la selección de personal para cargos de alta gerencia. (...). La Ley de 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”, tuvo como propósito, entre otros, un programa de fortalecimiento de las E.S.E. (art. 69). (...). Sobre la evaluación del plan de gestión del gerente determinó el trámite correspondiente. (...). Mediante Decreto reglamentario 2993 de agosto 19 de 2011, se indicó lo siguiente: “que en el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011, se estableció el procedimiento para la conformación de las ternas para la designación del Gerente de las Empresas Sociales del Estado, razón por la cual se hace necesario modificar el artículo 4° del Decreto 800 de 2008”. (...). Retomando la importancia en el asunto del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, sobre la conformación de la terna como herramienta para designar al gerente respectivo, la Corte Constitucional en sentencia C-181 de 17 de marzo de 2010, declaró la exequibilidad condicionada de la parte final del inciso primero, en el entendido de que aquella se integra por los aspirantes con las tres mejores calificaciones en el concurso de méritos, siendo obligatorio elegir al de mayor puntaje, guardando estricto orden descendente y sucesivo, en caso de ser necesario. (...). En el segundo inciso en el que expresamente se consagra la posibilidad de que el gerente sea reelegido, desde las siguientes condiciones *sine qua non*: (i) por una sola vez; (ii) debe cursar propuesta de la junta directiva al nominador; (iii) el potencial reelegido debe cumplir con los indicadores de evaluación, conforme el reglamento (iv) o previo concurso de méritos. (...). [L]a Corte Constitucional, en sentencia C-777 de 29 de septiembre de 2010 consideró que conforme al texto previsto en el segundo inciso del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, existían dos eventos que daban viabilidad a la reelección del gerente. (...). Concluyó la Corte que el concurso de méritos no permitiría la reelección indefinida y que resulta razonable que dicha figura se limite a una sola vez, a partir del margen de configuración legislativa en cabeza del Congreso. (...). El Decreto 780 de 6 de mayo de 2016 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”, con el objeto de compilar las normas de carácter reglamentario que rigen el sector y contar con un instrumento jurídico único, integra frente a las E.S.E., los subsiguientes aspectos normativos, advirtiendo que la regulación sobre el nombramiento del gerente por concurso de méritos, las ternas y la figura de la reelección por evaluación fueron sustituidas por el artículo 1 del Decreto 1427 de 2016, lo cual marca un punto de inflexión que modificó el espectro normativo en forma trascendente precisamente respecto del asunto que se discute en el presente caso: (...). En la evolución normativa, se expide la Ley 1797 de 13 de julio de 2016 “Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 20 prevé el asunto que se analiza en el *sub judice*, atinente a la designación de los gerentes. (...). [L]a Sala encuentra que en la sentencia que se informa, se negó la censura de violación del artículo 125 constitucional, dada la existencia excepcional de otros métodos de selección para ingresar a la función pública. (...). Aunado a que dentro de las competencias del legislador está la implementación del sistema de selección pertinente, apropiado y más útil para la provisión del empleo y con mayor motivo cuando se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción y de período, a los que no se les aplica el régimen de carrera administrativa y, por ende, el concurso de méritos dependerá de que para dicho cargo se implemente por parte del legislador. Descartó que la forma de designación plasmada en el artículo 20 de la Ley 1797 elimine el mérito o someta el nombramiento del cargo a consideraciones meramente subjetivas, porque de todos modos se deben cumplir requisitos, el perfil y la experiencia





exigidas, frente a las cuales el legislador también tiene la potestad normativa, similar a como lo hace para los concursos. (...). Tampoco le fue de recibo la censura de violación del mandato de no regresividad en la provisión de cargos por el cambio del procedimiento de designación de uno garantista de derechos fundamentales de igualdad y oposición a tratos discriminatorios por uno subjetivo, en lo que concluyó su improsperidad. (...). La Corte Constitucional, en la sentencia en precedencia, aludió a que la Ley 1797 de 13 de julio de 2016 suprimió el concurso de méritos, el cual históricamente y en regulaciones anteriores se había implementado como mecanismo previo a la designación del gerente de la E.S.E., abolición que como se dejó claro, avaló en la sentencia C-046 de 2018. (...). En sus considerados, el Decreto 1427, deja claro en forma expresa que sustituye las secciones 5 y 6 del capítulo 8 del título 3, parte 5, libro 2 del Decreto 780 de 2016, referentes al nombramiento y reelección de gerentes de las ESE, dentro del marco de la Ley 1797 de 2016, concretamente en su artículo 20, por lo que considera necesario señalar el procedimiento para la evaluación de las competencias de los aspirantes a ocupar el cargo de gerente de dichas empresas y, sin mencionar los presupuestos para la reelección, supresión en la mención a lo que respondió su reglamentario 1427 de 2016 al sustituir la norma que sobre la modalidad de reevaluación contenía el Decreto 780 citado en precedencia. (...). En este punto la Sala encuentra que al hablar la norma de sustitución de la norma, se entra en la llamada subrogación de la ley concebida como el reemplazo de un contenido regulatorio, lo cual resulta acorde con el decreto 780 (subrogado), comoquiera que tuvo propósitos compiladores y no de creación dispositiva, suavizando así el tránsito de la regulación e incluso permitiendo que apartes de aquella regulación pervivan. (...). Dentro del marco expuesto, la Sección Quinta evidencia que normativamente hay un antes y un después de la entrada en vigencia de la Ley 1797 de 2016 y de su reglamentario 1427 del mismo año, que suprimió el concurso de méritos como en el pasado se previó, cambio que avizoró y se validó con la sentencia C-046 de 23 de mayo de 2018, por si se dudaba que al haber suprimido el concurso de méritos se incurría en violación del mandato constitucional 125 y que la Corte zanjó al declarar exequible la norma contenida en el artículo 20 de la Ley en cita. (...). Dentro de ese contexto, lo cierto es que la Ley 1797 de 2016 no aludió a la figura de la reelección, salvo en un aparte [del] párrafo transitorio del artículo 20. (...). No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional han indicado que el derecho constitucional a ser elegido y hacer parte del poder político o público, previsto en el artículo 40 Superior, y en el que claro está se incluyen las designaciones en todas sus modalidades, en el caso de la figura de la reelección solo puede ser restringido mediante la prohibición expresa. (...). La Sala considera que haciendo una interpretación armónica con la supresión expresa del mecanismo del concurso de méritos para la provisión del cargo de gerente, en principio, puede considerarse que la viabilidad de la reelección, será posible con el allanamiento que se tenga de los presupuestos y requisitos previstos en la regulación de la Ley 1797 y el Decreto 1427 ambos de 2016, aplicables al caso *sub judice*, en tanto el nombramiento que se discute data de mayo de 2020. Por lo anterior, no puede traerse al caso la aplicación de la Ley 1122 de 2011 y normas análogas, comoquiera que (...) la evolución normativa posibilitaba dos métodos de reelección, a saber: o bien por evaluación o bien por concurso de méritos, pero ambas figuras fueron subrogadas por las normas del año 2016 mencionadas. Ello para dar alcance a que la Ley 1122 sí puede estar vigente, pero para las materias en las que no ha habido derogación, subrogación o modificación con normas posteriores.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la creación de las empresas sociales del Estado, por ley, ordenanza o acuerdo, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-408-94.





Sobre la conformación de la terna como herramienta para designar al gerente de una Empresa Social del Estado ESE, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-181 de 17 de marzo de 2010, expediente D-7845, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En cuanto a los dos eventos que daban viabilidad a la reelección del gerente de Empresa Social del Estado ESE, consultar: Corte Constitucional, expediente D-8101, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En cuanto al estudio de exequibilidad del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, alusivo al nombramiento de gerentes o directores de las empresas sociales del estado, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-046 de 23 de mayo de 2018, expedientes D-11782 y D-11797 acumulados, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. De la definición de subrogación de la ley, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-502 de 4 de julio de 2012, expediente D-8888, M.P. Adriana María Guillén Arango. Sobre un tema análogo más no exacto aunque aplicable en sus generalidades a la figura de la reelección, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-267 de 1995. En cuanto a las designaciones en todas sus modalidades, en el caso de la figura de la reelección solo puede ser restringido mediante la prohibición expresa, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 29 de octubre de 2012, M.P. Alberto Yepes Barreiro, radicación 25000-23-24-000-2011-00755-01.

NULIDAD ELECTORAL - Contra el acto de elección del gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña / GERENTE DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - Ya no están sometidos al mecanismo de provisión mediante concurso de méritos público y abierto / REELECCIÓN DEL GERENTE DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – No existe prohibición expresa que así lo haya determinado

Se recuerda que en la alzada, el recurrente aseveró que se trató de una reelección que según él, se rige por la Ley 1122 de 2007 porque la Ley 1797 de 2016 no reguló nada de esta forma de provisión del cargo de gerente, por lo que insistió en que se requería que la junta directiva del ente la hubiera propuesto al nominador. Al respecto, la Sección Quinta encuentra que (...) sobre la regulación que rige este asunto, circunscrita en materia de reelección a la Ley 1797 y el Decreto 1427 [de 2016], (...), fueron subrogadas en sus modalidades, a saber: (i) por concurso de méritos y (ii) por evaluación, por lo cual para esta Magistratura el silencio de la Ley 1797 de 2016 de traer de nuevo esta clase de figura y la sustitución de la figura contemplada en el decreto 780 de 2016 por el reglamentario 1427 de aquella, normativa, a diferencia de lo que indica el apelante, lo que permite es poner en evidencia la inaplicabilidad de normas anteriores como la Ley 1122 de 2007 o el Decreto 052 de enero de 2016, en un tema cuya subrogación fue específica mediante normas posteriores, aunado a que la Ley 1438 de 2011 -también citada por el apelante- no trae en su contenido regulación alguna sobre la reelección. Aunado a que la estructura sustancial del concurso de méritos, las ternas y la modalidad de reelección por reevaluación de la regulación pasada resultaría incompatible con la Ley 1797 de 2016 y de su reglamentario, de ahí la necesidad de sustitución de los contenidos normativos de antaño. (...). Dentro de ese contexto, al adentrarse en el contenido del acto demandado, esto es el Decreto 000455 de 8 de mayo de 2020, se advierte que en sus considerandos y en la resolutive aludió al nombramiento, enfocándose en soportes normativos como el artículo 20 de la Ley 1797 de 13 de julio de 2016, que las secciones 5 y 6 del Decreto 780 de 2016 fueron sustituidas por el Decreto 1427 de 2016, reglamentario de la Ley precitada, dando aplicación a la Resolución 680 de 2 de septiembre de 2016 del DAFP y a la Resolución departamental 000281 de 22 de abril de 2020, mediante la cual el gobernador de Norte de Santander dispuso conformar un órgano técnico con varias autoridades seccionales, para verificar los requisitos de formación académica y experiencia profesional previstos para el





cargo en el Decreto 785 de 2005 [artículo 22], conforme al nivel de complejidad de la ESE. (...). En ese marco normativo desarrollado por el acto enjuiciado, la Resolución 680 de 2 de septiembre de 2016, “por la cual se señalan las competencias que se deben demostrar para ocupar el empleo de gerente o director de las Empresas Sociales del Estado”, el DAFP invocó como soporte los lineamientos previstos en los tantas veces mencionados artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y el Decreto 1427 de 2016, a fin de determinar el procedimiento para la evaluación de las competencias y conductas de los aspirantes a ocupar el empleo de director o gerente de las ESE (art. 1 objeto y campo de aplicación) y frente a lo cual dispuso que los candidatos deben acreditar las competencias para el cargo, entendidas estas como las capacidades de la persona para desempeñar las funciones inherentes al empleo, a partir de los siguientes ítems: (i) conocimientos, (ii) destrezas, (iii) habilidades, (iv) valores, (v) actitudes y (vi) aptitudes. Así mismo, concibió la conducta asociada como la manifestación verbal, escrita o actitudinal de una persona respecto de una situación real o virtual que se le exponga. (art. 2 definiciones), conforme lo previsto en el Decreto 785 de 2005. (...). [L]a Sala recuerda que aunque el recurrente no cuestiona los requisitos básicos para el desempeño del cargo ni la evaluación de competencias laborales, que conforme a la normativa de 2016 debe acreditar toda persona que aspire a ocupar el cargo máximo gerencial de la E.S.E., como factores objetivos de selección, lo cierto es que conforme a la Ley 1797 y el Decreto 1427 de 2016, los requisitos que el nominador, en este caso el gobernador, debe verificar son dos, a saber: (i) el cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y (ii) evaluar las competencias que señale el DAFP (art. 20 Ley 1797/16), con apoyo en lo indicado en la C-046 de 2018. El primero de los requisitos resulta acreditado, por cuanto (...) se demostró con la constancia de 3 de marzo de 2020 expedida por el Instituto Departamental de Salud en compañía de la Gobernación del departamento, (...) que el demandado Pinzón López, se encuentra vinculado a la E.S.E. Hospital Emiro Quintero Cañizares, desde el 24 de junio de 2016. (...). El segundo requisito, con el Test Wartegg rendido por el accionado el 29 de abril de 2021 y la interpretación general realizada por la psicóloga Ruth Yaneth Vargas Téllez, que resulta reforzado con el análisis del cumplimiento y ejecución del plan de gestión que el accionado rindiera a la junta directiva y esta hiciera la respectiva evaluación como consta en el Acta 002 de 28 de abril de 2020 y en el Acuerdo N° 002 de la misma fecha, emitido por dicha junta. Finalmente, sobre el argumento de la apelación que se refiere a la ausencia de prueba de que la junta directiva de la ESE solicitó la reelección como Gerente, de Jairo Pinzón López no es de recibo, dado que la rogación o propuesta que estaba prevista en cabeza de la Junta Directiva, como elemento sustancial previo para que el nominador procediera a reelegir al accionado, se encontraba previsto para la llamada “reelección por evaluación” que se itera por la Sala fue sustituida o subrogada en su texto, por otro contenido normativo que no la contempló, por lo que mal podría exigirse dentro del contexto que se juzga de cara a la Ley 1797 de 2016 y el Decreto 1427 de la misma anualidad. Esta última la razón por la cual resulta inconducente adentrarse en el análisis de las pruebas que dan cuenta que al gobernador nominador no allegó solicitud o petición de reelección rubricada por la junta directiva de la E.S.E. Por otra parte, la acusación que dejó entrever el apelante sobre una posible preclusión en el tiempo para efectuar el nombramiento, son dos aspectos los que permiten no encontrar de recibo la argumentación. Por un lado, el asunto que se vio modificado por las razones históricas vividas por la humanidad y que llevó al país a resultar por un período regulado por normas de excepción como el Decreto Legislativo 491 de 2020, con el que se amplió en 30 días, el término fijado para dicha designación en tiempos de normalidad, esto es, los tres meses siguientes a la posesión del nominador y, por otro lado, que la glosa en este punto, el apelante la sustentó en la Ley 1122 de 2016 y el Decreto





052 del mismo año, que (...) no rigieron este caso, en el punto focal que se judicializó y se analizó por la Sala. Colofón, es que la evolución normativa permite a la Sala afirmar que los gerentes de las empresas sociales del estado, ya no están sometidos al mecanismo de provisión mediante concurso de méritos público y abierto como tampoco que de manera consecencial presente una lista de elegibles génesis de la terna para proveer el cargo, sino que con la regulación de 2016, como lo indicó la Corte [Constitucional] en su sentencia C-046 de 2018, pueden ser designados con la concurrencia de dos presupuestos a cargo del nominador, se hace referencia a la verificación previa del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y de la evaluación de las competencias que señale el DAFP, los cuales constituyen condiciones objetivas de selección. Por otra parte, que para el espectro del cargo gerencial no existen las dos modalidades de la reelección que preveían normas anteriores al año 2016, en las categorías de (i) concurso de méritos y (ii) de evaluación, en atención a la sustitución o subrogación normativa, sin que ello constituya la proscripción de la reelección, comoquiera que no existe prohibición expresa que así lo haya determinado normativamente. (...). [N]o resulta de recibo exigir al nominador el requisito previo de que la junta directiva de la E.S.E la proponga para que aquel opte por esa decisión de proveer el cargo con la designación de quien ya había desempeñado el cargo. Así las cosas, los argumentos de la parte recurrente no tienen la virtualidad de generar la convicción para quebrar el fallo emitido por el *a quo*, por lo que se impone confirmar la sentencia apelada.

FUENTE FORMAL: LEY 10 DE 1990 - ARTÍCULO 2 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 192 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 194 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 195 / LEY 1122 DE 2007 - ARTÍCULO 28 / LEY 1438 DE 2011 - ARTÍCULO 69 / LEY 1438 DE 2011 - ARTÍCULO 72 / LEY 1797 DE 2016 - ARTÍCULO 20 / LEY 2080 DE 2021 - ARTÍCULO 182A / DECRETO 1876 DE 1994 - ARTÍCULO 11 NUMERAL 17 / DECRETO 1621 DE 1995 - ARTÍCULO 1 / DECRETO 139 DE 1996 / DECRETO 1569 DE 1998 / DECRETO 3344 DE 2003 / DECRETO 785 DE 2005 - ARTÍCULO 12 / DECRETO 800 DE 2008 - ARTÍCULO 1 / DECRETO 800 DE 2008 - ARTÍCULO 2 / DECRETO 800 DE 2008 - ARTÍCULO 4 / DECRETO 800 DE 2008 - ARTÍCULO 8 / DECRETO 2993 DE 2011 - ARTÍCULO 12 / DECRETO 2993 DE 2011 - ARTÍCULO 13 / DECRETO 780 DE 2016 / DECRETO 1427 DE 2016

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá, D.C., nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 54001-23-33-000-2020-00470-01

Actor: LUIS EDUARDO CARRASCAL QUINTERO

Demandado: JAIRO PINZÓN LÓPEZ – GERENTE E.S.E. HOSPITAL EMIRO QUINTERO CAÑIZARES DE OCAÑA, PERÍODO 2020-2024





Referencia: NULIDAD ELECTORAL - El concurso de méritos y la reelección de los gerentes de las E.S.E.

SENTENCIA – SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 10 de diciembre de 2020, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral interpuesta en contra del acto de nombramiento del señor Jairo Pinzón López, en calidad de Gerente de la E.S.E. Hospital Emiro Quintero Cañizares, período 2020-2024.

1. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Luis Eduardo Carrascal Quintero, actuando en nombre propio, presentó demanda¹ de nulidad electoral, conforme al siguiente *petitum*:

“PRIMERA. Se declare la nulidad del acto administrativo expedido a través de la Resolución No. 000455 del 08 de mayo de 2020, “Por la cual se hace un nombramiento”, emanada por el gobernador de Norte de Santander, señor Silvano Serrano Guerrero; en donde, decreta nombrar al doctor **JAIRO PINZÓN LÓPEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 88.278.159, expedida en Ocaña (Norte de Santander), en el cargo de gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña, cuyo período irá desde su posesión hasta el 31 de marzo de 2024.

SEGUNDA. Como consecuencia de la pretensión anterior, se ordene al gobernador de Norte de Santander, señor Silvano Serrano Guerrero, inicie los trámites para llevar a cabo el concurso de méritos de que trata el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y demás normas concordantes y vigentes, para elegir gerente o director de la E. S. E. Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña para el período institucional 2020-2024.

TERCERA. Que se hagan las demás declaraciones y condenas a que haya lugar conforme está establecido en las leyes y las circunstancias para este tipo de proceso.”.

1.2. Hechos

Los fundamentos fácticos, en síntesis, fueron los siguientes:

1.2.1. La Ley 1797 de 2016 prevé que el nombramiento del gerente de la E.S.E. Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña es competencia del gobernador de Norte de Santander por ser una Empresa Social del Estado del orden

¹ La demanda fue presentada el 26 de mayo de 2019. Véase registro Samai 2 y 4.



departamental de segundo nivel de complejidad. Así mismo, es imperativo que dentro de los tres meses siguientes a su posesión adelante dicho nombramiento, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo y de la evaluación de competencias que señala el Departamento Administrativo de la Función Pública –en lo sucesivo DAFP - .

1.2.2. El referido nombramiento debió haberse efectuado a más tardar el 31 de marzo de 2020, comenzando el período institucional de los cuatro años, el 1 de abril de la misma anualidad, conforme lo dispone la ley precitada.

1.2.3. El gobernador como autoridad nominadora debió haber analizado a través de prueba escrita, las competencias señaladas por el DAFP, para dar cumplimiento al Decreto 1427 del 2016 reglamentario del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, que en su artículo 2.5.3.8.5.1 *Evaluación de competencias*, dispuso que para ocupar el empleo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial, se requiere que las competencias con respecto a cada aspirante sean estudiadas.

1.2.4. No se llevó a cabo ninguna clase de convocatoria, de lo cual el actor dedujo que la evaluación de competencias se hizo única y exclusivamente al señor Jairo Pinzón López, comoquiera que era el gerente en el período anterior “*donde se desprende sin mayor esfuerzo que efectivamente lo que tuvo lugar fue su reelección*”. El gobernador tampoco solicitó el apoyo del DAFP, que aunque le es potestativo, permite inferir que el examen lo realizó él directamente, como se evidencia de los considerandos del acto demandado.

1.2.5. Indicó que a partir de la vigencia de la Ley 1797 de 2016, la nominación del cargo que se analiza la puede hacer el gobernador, pero respetando el cumplimiento de los requisitos del empleo establecidos en las normas correspondientes y dando cumplimiento a la evaluación de competencias.

1.2.6. El presidente de la República expidió la Circular Externa 004 de 4 de marzo de 2020, dirigida a gobernadores y alcaldes, atinente al nombramiento de gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado, a través de selección objetiva, para lo cual el Gobierno Nacional dispuso de manera gratuita las herramientas que permitan evaluar y acreditar que los aspirantes al cargo cumplan con los requisitos determinados por el DAFP, parámetros que fueron desconocidos por el gobernador de Norte de Santander en el nombramiento que se discute.

1.2.7. Aseveró que mediante oficio RAD N° 220840008418-1 del 5 de mayo de 2020, la gobernación dio respuesta a un derecho de petición que la parte actora había presentado, en la cual se indicó que era inconveniente hacer convocatoria para la provisión del empleo de gerente, en atención a la pandemia y al riesgo que ello generaría para quienes eventualmente pudieran intervenir.



1.2.8. Arguyó que el gobernador tuvo claro desde el inicio que el cargo no lo supliría mediante procedimiento de selección objetiva sino por la figura de la reelección del señor Jairo Pinzón López.

1.2.9. El accionado a la fecha de presentación de la demanda se encuentra suspendido provisionalmente por la Procuraduría General de la Nación durante tres meses (boletín 291 de 18 de mayo de 2020), sin que el demandante indique la causa.

1.2.10. El Decreto 000329 de 31 de marzo de 2020, desarrollo del Decreto Legislativo 491 de 2020, en el artículo 13, permitió la ampliación del período institucional de los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado, por treinta días, es decir hasta el 30 de abril, por lo que a 1 de mayo de 2020 ya debía estar nombrado en propiedad el nuevo funcionario, pero habiendo cumplido previamente los requisitos de ley, sobre todo el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016.

1.2.11. La norma reglamentaria precitada también se transgredió por el gobernador, por cuanto desconoció el artículo 11, que “[Dispuso] *el inicio del trámite que hace referencia el artículo 20 de la ley 1797 de 2016, reglamentado por el decreto No. 1427 del primero de septiembre de 2016, del Ministerio de Salud y Protección Social y la resolución 680 del dos de septiembre de 2016, para la selección de los gerentes en propiedad, trámite que se realizará dentro del término de la expedición a que hace referencia el presente acto administrativo. Una vez finalizado los 30 días de extensión del periodo o encargo, se procederá a nombrar a los nuevos gerentes de conformidad con lo aquí expuesto.*”, dado que reiteró que el camino a tomar era el del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, por lo que al ser omitido implicó a su vez la violación de los principios de transparencia, igualdad, buena fe y legalidad.

1.2.12. El acto de nombramiento surgió a la vida jurídica con desconocimiento de las normas superiores que invoca en el encabezado y en sus considerandos, comoquiera que la reelección del gerente obedece a parámetros legales y conforme al procedimiento de la Ley 1122 de 2007, que dispone que aquella es viable por una sola vez (art. 28), cuando la junta directiva así lo proponga al nominador (gobernador), siempre y cuando, el potencial nombrado cumpla con los indicadores de evaluación.

1.2.13. Así mismo, el artículo 74 de la Ley 1438 de 2011 y su reglamentario 052 de 15 de enero de 2016 en el artículo 1, disponen que el informe del plan de gestión que se presenta ante la junta directiva es el correspondiente al período para el cual fue nombrado, que para el caso sub lite transcurrió de 2016 a 2020, y siempre que sea satisfactorio y se encuentre en firme, circunstancias de tiempo, modo y lugar que se desconocieron.

1.2.14. El Decreto 052 de 2016, en el artículo 2, prevé los plazos para la reelección por evaluación, el cual transcribe con los apartes subrayados que considera pertinentes y de los que evidenció fueron incumplidos:





“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al inicio del período del respectivo gobernador o alcalde, si así lo decide, deberá proponer al nominador la reelección, lo cual deberá contar en el acta de la sesión correspondiente, que deberá junto con la última evaluación del plan de gestión, la cual deberá ser satisfactoria y estar en firme y corresponder al periodo para el cual fue nombrado.

Seguidamente, el jefe de la entidad territorial, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud deberá decidir si acepta o niega la reelección. En caso de aceptar, el nominador dentro de los quince (15) días calendario siguientes, deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya sido reelegido...”. (Subrayas del demandante).

La norma pretranscrita la aplicó al caso concreto y concluyó:

- (i) Primeros quince (15) días hábiles siguientes al inicio del período del gobernador: 23 de enero de 2020.
- (ii) Cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud de la junta directiva al gobernador: 31 de enero de 2020.
- (iii) Quince (15) días calendario siguientes para designar en el cargo al gerente: máximo a 15 de febrero de 2020.

1.2.15. En la misma línea de la reelección, el artículo 2 del Decreto 052 de 2016 dispone que en caso de que el gobernador se niegue a ella, debe solicitar a la junta directiva que proceda a convocar el respectivo concurso de méritos.

A juicio de la parte actora, a partir del 1 de febrero de 2020, se debió comenzar el trámite previsto en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y demás decretos reglamentarios, comoquiera que los presupuestos para la reelección no se cumplieron, lo cual imponía efectuar la convocatoria para concurso de méritos, pero ello no aconteció en el *sub lite*, en franca contradicción a los principios de legalidad, igualdad, transparencia, buena fe y selección objetiva.

1.2.16. A su vez, se incumplió por parte del burgomaestre la promesa de 21 de febrero de 2020, dentro del marco del denominado “*Pacto por la Transparencia*” en el nombramiento de los gerentes de las E.S.E., suscrito por el director ejecutivo de la Federación Nacional de Departamentos y el Ministro (e) de Salud y Protección Social, en el que el Gobierno Nacional y los gobernadores asumieron compromisos para contribuir a la claridad en la gestión, la promoción de la idoneidad, el mejoramiento en la calidad de los servicios que prestan los hospitales públicos del país para la satisfacción de las necesidades y expectativas en salud de las personas y comunidades en sus territorios.

Dentro del primer ítem del compromiso “*los gobernadores se comprometen a aplicar estrictamente el principio de selección objetiva de los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado*”.



De tal suerte, que el gobernador arrasó con el principio de confianza legítima que se tenía respecto al cumplimiento del pacto en mención.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

1.3.1. El demandante invocó los artículos 215 de la Constitución Política; el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016; Ley 1438 de 2011² y el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007; los Decretos 909 de 2004, 785 de 2005, artículos 2.5.3.8.5.1, 2.5.3.8.5.2, 2.5.3.8.5.3, 2.5.3.8.5.4., 2.5.3.8.5.5. de la Ley 1427 de 2016, 780 de 2016, artículos 1 y 2 del decreto 052 de 2016, artículos 11 y 13 del decreto 329 del 2020, 418 del 2020 y los artículos 1, 2, 13 del Decreto Legislativo 491 del 2020. La Resolución N°. 680 del 2016 del Departamento Administrativo de la Función Pública y la Circular Externa 004 del 04 de marzo de 2020.

1.3.2. El concepto de violación lo estructura en tres grandes cargos, a saber: (i) el acto de nombramiento está viciado por infracción de las normas en que debería fundarse; (ii) desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió y (iii) expedición irregular.

1.3.3. Sobre la PRIMERA CENSURA referente a la **infracción de normas de fundamento del acto** indicó que ni constitucional ni legalmente facultan al gobernador de Norte de Santander para autorregular la elección (reelección) del gerente de la E.S.E. Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña (2020-2024), comoquiera que tanto el concurso de méritos como aquella se encuentran regladas.

Explicó que en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994 y el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020 “por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional”, el presidente de la República y sus ministros expidieron varias reglamentaciones.

Dentro de la normativa de excepción tendiente a prevenir y a controlar la propagación del Covid-19, está el Decreto Legislativo 418 de 18 de marzo de 2020, en el que se establece la dirección y el manejo del orden público en el territorio nacional que está a cargo del presidente de la República, con aplicación inmediata y preferente sobre las disposiciones que expidan los alcaldes y gobernadores.

Así también, el primer mandatorio expidió el Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, cuyo propósito y ámbito de aplicación están dados por la adopción de medidas de urgencia para garantizar la atención y prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas, todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, órganos de control, autónomos e independientes del Estado y los

² Sin mencionar el artículo exacto, aunque en el concepto de violación aludió al artículo 74.



particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco de la declaratoria de Emergencia Económica (art. 1).

En cuanto al objeto del decreto en cita, está determinado porque las autoridades cumplan con la finalidad de proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía del interés general, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines y principios estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.

Dentro de las normas contenidas en este decreto y que interesan a la causa, se encuentra el artículo 13 atinente a la facultad para ampliar el período institucional de gerentes o directores de las E.S.E. por treinta (30) días más, pero sin modificar el procedimiento eleccionario previsto en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, que impone la verificación del cumplimiento de los requisitos legales del cargo y la evaluación de las competencias que señale el DAFP.

Ahora bien, indicó la parte actora que de conformidad con el Decreto 1427 de 1 de septiembre de 2016, que reglamentó el artículo 20 de la Ley 1797, establece en sus artículos 2.5.3.8.5.1. la evaluación de competencias; 2.5.3.8.5.3. la evaluación de las competencias para ocupar el empleo de director o gerente de la E.S.E. del nivel territorial; 2.5.3.8.5.4. el apoyo de la función pública en la evaluación de competencias y 2.5.3.8.5.5. el nombramiento.

Para la primera, respecto de los aspirantes a ocupar el cargo de Gerente de la E.S.E., el DAFP expidió la Resolución N° 680 de 2016 “*por la cual se señalan las competencias que se deben demostrar para ocupar el empleo de gerente o director de las Empresas Sociales del Estado*”, que según el artículo 3°, son: (i) compromiso con el servicio, (ii) orientación de los resultados, (iii) manejo de las relaciones interpersonales, (iv) planeación, (v) manejo eficaz y eficiente de los recursos. Además, debe acreditar los requisitos de título profesional y experiencia en el sector salud (formación académica y experiencia exigidos en el artículo 22 del Decreto Ley 785 de 2005 para las E.S.E. del nivel territorial).

El artículo 4° *ejusdem* consagra que el DAFP brindará la asesoría requerida por las entidades del orden nacional o territorial y mediante la Circular Externa N° 004 de 4 de marzo de 2020, se socializó el compromiso de los gobernadores y alcaldes para aplicar el principio de selección objetiva para la escogencia del gerente de las E.S.E. y se contaba con las herramientas necesarias apoyadas por dicho departamento administrativo.

Solo era necesario que la entidad territorial solicitara el apoyo a la Función Pública, mediante oficio dirigido al correo institucional y para lo cual la institución ya disponía de las herramientas tecnológicas necesarias y de manera gratuita, sin que se advierta justificación para que ello no se hubiera hecho respecto al nombramiento demandado.



No obstante, el gobernador optó por la reelección, en contravía del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 que determinó que el período de los gerentes de las E.S.E., en todos los niveles de la administración, serían institucionales y por 4 años, para que tuvieran unidad con el del Presidente de la República, Gobernadores y Alcaldes municipales.

La norma en cita también prevé la reelección por una sola vez, cuando la junta directiva así lo proponga al nominador y teniendo en cuenta los parámetros establecidos en la Ley 1438 de 2011 y en el Decreto 52 de 2016.

En esta última reglamentación se contienen los presupuestos para dar viabilidad a la reelección, a saber: (i) contar con la evaluación que la junta directiva debe hacer al plan de gestión del gerente saliente, la cual haber obtenido calificación satisfactoria y encontrarse en firme y (ii) los plazos para hacer viable la “reelección por evaluación”, dado que la junta directiva puede solicitarla dentro de los 15 días hábiles siguientes del inicio del período del respectivo gobernador o alcalde. Si este acepta, dentro de los 15 días calendario siguientes debe designar al reelegido. En caso de negarse, debe solicitar a la junta directiva que proceda a convocar al respectivo concurso de méritos.

De todo lo anterior, concluyó *“que de manera flagrante se violó y obviamente a todas luces fue ilegal al no cumplir con lo indicado anteriormente, lo cual, no permite decir cosa diferente a aseverar sin vacilación alguna que el nombramiento del sr. Jairo Pinzón López como gerente de la E.S.E. Hospital Emiro Cañizares de Ocaña no se ajustó a derecho; esto es, a las preceptivas regulatorias para llevar a cabo un nombramiento...”*.

1.3.4. Respecto de la SEGUNDA CENSURA relativa a la **desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió**: la parte actora aseveró que la jurisprudencia ha decantado que la validez del acto administrativo y su eficacia dependen del cumplimiento de unos elementos mínimos y esenciales.

En el caso concreto, el allanamiento del acto a la forma legal es solo aparente, comoquiera que fue expedido por la autoridad respectiva, es decir el nominador del cargo que es el gobernador y contiene su voluntad. Así también, presenta una motivación y persigue una finalidad. Pero todo ello se encuentra viciado de nulidad cuando quien lo expide incumple con sus atribuciones al ser casi nula su preocupación para efectuar el nombramiento del gerente de la E.S.E. referida, que en estricta legalidad correspondía a una selección objetiva, transparente y coherente.

1.3.5. Frente a la TERCERA CENSURA consistente en la **expedición irregular**, el demandante la deriva señalando que el procedimiento eleccionario en cuestión fue tramitado de manera anormal en todas sus etapas, sin la observancia propia de la forma contemplada en la Constitución, ley o resoluciones y demás normas concordantes.



Aseveró que el nombramiento del gerente en cuestión comporta una serie de normas preexistentes que no podían desconocerse por la simple voluntad del nominador, al tratarse de procedimientos ajustados a la realidad institucional y a la normativa vigente sobre la materia en lo que corresponde al nombramiento respectivo y agregó: *“por lo que nadie puede escapar al andamiaje institucional en el orden administrativo y legal como le correspondía a la gobernación de Norte de Santander; pues, para el nombramiento (reelección) del señor Jairo Pinzón López ya estaba suficientemente estructurado el carácter reglamentario que rige el sector y por ende, se contaba con instrumentos jurídicos que no podían, bajo ninguna circunstancia de tiempo, modo y lugar abstraerse a ellos.”*.

1.3.6. Finalmente, argumentó que el secretario jurídico del departamento, quien verificó los requisitos de formación académica y experiencia profesional consagrados en el Decreto 785 de 2005, emitió respuesta al suscrito, dando a conocer su postura y su argumentación, trayendo a colación el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 en cuanto a la elección del gerente de la E.S.E. y a que de antemano ya conocía que no se haría convocatoria pública para proveer el cargo.

1.4. Trámite procesal

1.4.1. Por auto de 7 de julio de 2020³, el Tribunal admitió la demanda y negó la solicitud de suspensión provisional porque al revisar las normas invocadas por el actor, todas son procedimentales y frente a éstas, el actor no señaló las circunstancias fácticas precisas que implican el desconocimiento del trámite, aunado a que varias son de carácter transitorio para el año 2016.

El *a quo* indicó que para concluir que fueron incumplidos los procedimientos debe hacerse una revisión de su aplicabilidad en el tiempo, de cara a las pruebas, lo que implica valoraciones que no resultaban evidentes en ese momento procesal, pues no se advertía vicio o irregularidad en su expedición ni tampoco un abierto desconocimiento de la normativa aplicable, que justificara la procedencia de la medida cautelar.

1.4.2. Surtidas las notificaciones de ley al señor Pinzón López, al departamento de Norte de Santander, al gobernador, al demandante y de comunicar la demanda a la comunidad en general, los sujetos procesales recorrieron el traslado respectivo.

1.4.3. El nombrado Jairo Pinzón López, contestó oportunamente la demanda⁴, a través de apoderado judicial, aseverando que el gobernador dispuso de un órgano técnico para llevar a cabo la evaluación de competencias, como lo indicó en la Resolución 000281 de 22 de abril de 2020. Indicó que no es obligatorio contar con el apoyo del DAFP.

Argumentó que el Decreto 000329 de 31 de marzo de 2020 dio aplicación a la norma de excepción contenida en el Decreto Legislativo 491 de 2020 sobre la

³ Véase registro Samai 8, folios 1 a 9.

⁴ Véase registro Samai 11, folios 3 a 7. Escrito presentado el 27 de julio de 2020.





ampliación del período institucional en treinta (30) días, que a juicio del memorialista, deben contarse hábiles.

En relación con las censuras de violación planteó lo siguiente:

- **Presunción de legalidad del acto**, dado que no se presenta violación a las normas fundamento del acto demandado, comoquiera que el demandante se limitó a hacer una relación de regulaciones, pero omitió precisar de qué forma esas reglas fueron inobservadas por el gobernador. Tampoco acreditó la desviación de poder porque no aportó elementos de juicio de la actividad desplegada por aquel. Finalmente, frente a la expedición irregular adolece de la falta de carga argumentativa y del exiguo planteamiento, por cuanto la demanda se limitó a afirmar, sin explicación adicional, que el gobernador inobservó las formas constitucionales, legales y reglamentarias del acto demandado sin especificar a cuáles de tantas formalidades aludía.

Explicó el trámite previo observado para el nombramiento del señor Pinzón López, en calidad gerente de la E.S.E. referido y lo clasificó en las siguientes etapas cronológicas:

(i) Dentro de los tres meses siguientes a la posesión del gobernador, aconteció la expedición del Decreto Legislativo 491 de 2020, mediante el cual el presidente de la República facultó a los jefes de las entidades territoriales para ampliar el de los gerentes de las E.S.E.

En desarrollo de esa legislación de excepción, el gobernador de Norte de Santander amplió el tiempo de los gerentes respectivos por el término de treinta días contados a partir del 1 de abril de 2020, mediante Decreto 000329 de 31 de marzo de 2020. Estos días deben entenderse hábiles, en aplicación del artículo 62 de la Ley 4 de 1913, es decir hasta el 15 de mayo siguiente.

La elección demandada se dio el 8 de mayo de 2020.

(ii) Verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo y evaluación de las competencias que señala el DAFP

Mediante Resolución 000281 de 22 de abril de 2020, el gobernador de Norte de Santander dispuso conformar un órgano técnico para verificar los requisitos de formación académica y experiencia profesional. Así mismo, se contempló de la aplicación de una prueba escrita por parte de un profesional en psicología con experiencia en procesos de selección de personal.

El 28 de abril de 2020, dicho órgano técnico constató que el señor Jairo Pinzón López cumplió con todos y cada uno de los requisitos exigidos en el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales de la E.S.E. Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña para el cargo de gerente.



El 29 de abril de 2020, la sicóloga Ruth Yaneth Vargas Téllez aplicó la prueba escrita test proyectivo gráfico Wartegg, para verificar el cumplimiento de las competencias y conductas asociadas del señor Pinzón López para el ejercicio del cargo gerencial y le otorgó concepto favorable.

A partir de esas probanzas fue que el gobernador nombró al accionado.

- Inexistencia de irregularidades en el nombramiento

De conformidad a las supuestas irregularidades señaladas por la parte actora, estas resultan intrascendentes por ser producto de su invención *“desde las irregularidades... alrededor de la conformación del órgano técnico por parte del Secretario Jurídico del departamento y el Asesor Jurídico del despacho del gobernador, hasta las irregularidades (inexistentes) por la supuesta extemporaneidad en el nombramiento...”*.

Indicó que sobre la supuesta irregularidad que rodeó la conformación del órgano técnico dispuesto para la verificación de requisitos, como se lee en el concepto de violación de la demanda en concreto en el numeral 1.3.6., que estuvo integrado por el Secretario Jurídico del departamento y por el Asesor Jurídico del despacho del gobernador, sin que ello pueda afectar la legalidad del acto –como parece entenderlo el demandante por existir un posible impedimento de aquellos-comoquiera que en el caso del primero de los funcionarios mencionados fue nombrado y participó en dicho órgano *“se dio mucho tiempo atrás a la respuesta que este dio a la petición elevada por el demandante”*.

Con respecto al Asesor Jurídico del despacho del gobernador, tampoco se entiende cómo pudo verse afectada la legalidad de la actuación, por el hecho de que haya sido este quien proyectó el acto de nombramiento.

Sobre una segunda irregularidad alegada por el actor devenida del plazo legal para efectuar el nombramiento, lo cierto es que fue oportuno, como lo corrobora el análisis que se hizo en el capítulo previo titulado *“dentro de los tres meses siguientes a la posesión del gobernador”* y que deja claro que la contabilización efectuada por el demandante está alejada de la realidad fáctica.

Concluyó que de las presuntas irregularidades planteadas por el actor o no existieron o no tuvieron la trascendencia necesaria para incidir en el nombramiento.

1.4.4. El departamento de Norte de Santander presentó⁵ escrito en tiempo, por intermedio de apoderado judicial, para oponerse a la prosperidad de la pretensiones, toda vez que el gobernador no actuó en forma discrecional, dado que el nombramiento del gerente de la E. S. E, se llevó a cabo de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, reglamentado por el Decreto No. 1427 de 2016.

⁵ Registro Samai 12, folios 2 a 27. Escrito presentado el 28 de julio de 2020.



En esa línea, a partir de las normas legales superiores cotejó el acto administrativo demandado, a fin de ilustrar que los requisitos legales para el nombramiento del gerente son dos, a saber: que el gerente de la E.S.E. sea designado por el jefe de la respectiva entidad territorial y que se verifique previamente el cumplimiento de los requisitos del cargo y de la evaluación de las competencias que señala el DAFP respecto del elegido.

En cuanto al nombramiento del señor Pinzón López, como gerente, estuvo a cargo del gobernador del departamento y, frente al segundo requisito, quedó claro en la parte considerativa del acto acusado que para dar cumplimiento a este, el gobernador expidió la Resolución N° 000281 de 22 de abril de 2020, mediante la cual dispuso conformar un órgano técnico para verificar los requisitos del cargo, establecidos en el Decreto 785 de 2005 y estatutos de la entidad y el nombrado tuvo concepto favorable de sus condiciones de elegibilidad, por lo que procedió a su nombramiento.

Respecto de la oportunidad para efectuar el nombramiento, es claro que conforme a la Ley 1797 de 2016 debió acontecer a más tardar el 31 de marzo de 2020, dado que el 1 de abril siguiente comienza el período institucional de 4 años. Pero el Gobierno Nacional mediante Decreto Legislativo 491 de 2020 amplió en 30 días hábiles el término para elegir gerentes y directores de los 931 hospitales, plazo que fenecía el 15 de mayo de 2020.

El Decreto 1427 de 1 de septiembre de 2016, reglamentario del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, en su artículo 2.5.3.8.5.1. dispuso sobre la evaluación de competencias, que el gobernador como autoridad nominadora del orden departamental efectúa a través de prueba escrita las competencias señaladas por el DAFP.

Expuso que el mencionado decreto en el artículo 2.5.3.8.5.3. dispone que las competencias serán evaluadas al aspirante "*(si es uno solo -caso que únicamente se puede dar en la reelección o cuando al darse invitación para concurso de méritos solo se presenta una persona-). Es importante precisar, que no se llevó a cabo ninguna clase de convocatoria.*"

En el caso concreto, la evaluación de competencias se hizo única y exclusivamente al señor Jairo Pinzón López, quien era el gerente en el período anterior, donde se evidencia que se trató de una reelección, la cual está permitida.

Si bien la prohibición de la reelección estaba contemplada en la Ley 1122 de 2007, fue derogada por la Ley 1797 de 2016, por medio de la cual se reguló la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Así también, el Gobierno Nacional propuso en el 2016 un procedimiento mediante el cual debían aplicarse unas pruebas de competencias obligatorias antes de la designación, a pesar de ser un cargo de libre nombramiento y remoción.



Aclaró que en el "Pacto por la transparencia" se consagraron unas pruebas, pero ello no es obligatorio, porque se trató de un compromiso de los gobernadores.

Explicó que antes se trataba de una calificación de desempeño que luego se cambió por una prueba de competencia, la cual se puede validar en forma directa, como aconteció en este caso, por lo que no había lugar a efectuar la valoración de competencias a aspirantes, comoquiera que la Ley 1797 de 2016 cambió el procedimiento para el nombramiento del gerente de la E.S.E., en el que se prevé que la nominación la puede hacer directamente el gobernador, sin que medie proceso de selección o concurso.

Ahora bien, el Decreto 1427 de 1 de septiembre de 2016, en su artículo 2.5.3.8.5.4. determinó que el gobernador, si así lo dispone, puede solicitar de manera gratuita apoyo para la evaluación respectiva, lo cual es discrecional o facultativo.

Insistió en que a partir de la vigencia de la Ley 1797 de 2016, la nominación la puede hacer el gobernador, pero respetando la verificación del cumplimiento de los requisitos legales del cargo y la evaluación de competencias. Hechos que ocurrieron en el caso sub júdice.

Indicó que mediante la Circular Externa 004 de 4 de marzo de 2020 expedida por el presidente de la República y dirigida a los gobernadores y alcaldes, relativa al nombramiento de gerentes de las E.S.E., se socializó el compromiso de aplicar el principio de selección objetiva para la designación de aquellos. El Gobierno Nacional dispuso de manera gratuita las herramientas que permitan evaluar y acreditar que los aspirantes al cargo cumplan con los requisitos determinados por el DAFP, la cual no fue incumplida por el gobernador de Norte de Santander, a más que no se trató de una elección sino de una reelección.

Aseveró que esta última figura además de estar permitida, por una sola vez, siempre que la junta directiva lo proponga al nominador y que el funcionario cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el reglamento.

Aclaró que si bien el DAFP puede apoyar al gobernador para la evaluación de competencias, ello legalmente no es obligatorio. Además, que se trató de la reelección y no de un primer nombramiento.

A su turno, indicó que para la reelección del gerente actual se practicaron las pruebas correspondientes, con fundamento en el Decreto 1122 de 2007, artículo 28 y con apoyo en el concepto 2020060028412 del 23 de enero de 2020 de la función pública, referente a las inhabilidades e incompatibilidades de los gerentes de la E.S.E.

Por otra parte, expuso que el Decreto 000329 de 31 de marzo de 2020 devino del Decreto Legislativo 491 de 2020 y amplió el período institucional de los gerentes de las E.S.E., por treinta días es decir hasta el 30 de abril de 2020, por lo que a 1



de mayo siguiente, ya debía estar nombrado un nuevo gerente en propiedad o el reelegido, quienes deben cumplir los requisitos legales para el cargo.

Desconoció la afirmación del demandante atinente a que el nombramiento en cuestión se haya derivado de la discrecionalidad del gobernador en cuanto a la escogencia del trámite para suplir el cargo, por cuanto lo que se dio fue la figura de la reelección que está permitida legalmente, por lo que deduce que la demanda del actor se debe a su inconformidad por no poder participar en el concurso para la escogencia del gerente de la E.S.E.

Además, la reelección no obedece a parámetros de un nominador, dado que cuenta con un procedimiento reglado en el artículo 28 del Decreto 1122 de 2007.

La Ley 1797 de 2016 cambió el procedimiento para el nombramiento del gerente de la E.S.E., al indicar que puede hacerlo directamente el nominador, sin que medie proceso de selección o concurso, por lo que no era un imperativo para el gobernador y se apoyó en la sentencia de la Corte Constitucional C-046 de 2018, para explicar que con base en la Ley 1122 de 2007 y en la Ley 1438 de 2011, aunque reconocían que la naturaleza del cargo de gerente es el de libre nombramiento y remoción, preveían su provisión, a través del concurso, con la distinción que en la segunda ley se surtía con estricto respeto al mérito.

Ambas regulaciones generaron serias dificultades para suplir la vacante del cargo, debido a que no siempre se contaba con un mínimo de tres aspirantes que superaran las pruebas aplicadas para conformar la lista de elegibles, por lo que en esos casos debía convocarse a un nuevo concurso, lo cual conlleva una grave afectación tanto al servicio público a cargo de las E.S.E. como al presupuesto de la entidad. Esas fueron las causas para que el legislador expidiera la Ley 1797 de 2016, que no contempla que la provisión del cargo deba estar precedida de un proceso de selección, al tratarse de un empleo de libre nombramiento y remoción, directivo de confianza con labores de conducción y orientación institucionales.

De todo lo anterior concluyó que el acto demandado mantiene la presunción de legalidad, en tanto fue proferido por la autoridad competente y para su expedición se observó la normativa aplicable al caso.

Otro hecho al que se opuso fue a la acusación de que el secretario jurídico del departamento, quien verificó los requisitos de formación académica y experiencia profesional consagrados en el Decreto 785 de 2005, incurrió en una especie de “inhabilidad” –como se lee en el numeral 1.3.6. de la síntesis del concepto de la violación y en la contestación de la demanda como se constata a folio 11 de este proveído- *“cuando este funcionario había emitido respuesta al suscrito, dando a conocer su postura y su argumentación, trayendo a colación el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 en cuanto a la elección del gerente de la E.S.E.... Ya que por dar respuesta a la petición realizada por el actor, no inhabilita al secretario jurídico del ente territorial para hacer parte del equipo jurídico que evaluó los requisitos de orden legal exigidos para ocupar el cargo de la gerencia...”*.



1.4.5. El 4 de septiembre de 2020, el Tribunal *a quo* citó a audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el 22 de septiembre siguiente.

En esta se fijó el litigio en los siguientes términos:

“La parte demandante considera que se debe declarar la nulidad la Resolución No. 000455 del 08 de mayo de 2020, “Por la cual se nombró al doctor JAIRO PINZÓN LÓPEZ, en el cargo de gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña”, por encontrarse viciado por infracciones en las normas en que debía fundarse, irregularidad en el procedimiento y por desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

Por su parte la demandada considera que el acto administrativo goza de presunción de legalidad y cumple con los estándares exigidos por vía jurisprudencial, e indica se dio la figura de reelección de un cargo que es excepción a la regla general de la carrera administrativa, por tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción, con periodo fijo y comprende la dirección de una entidad administrativa descentralizada del nivel territorial.

Conforme a lo anterior el problema jurídico se centra en **determinar si nombramiento del Cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña se ajustó a los lineamientos establecidos por el Decreto legislativo 491 de 2020, la Ley 1797 de 2016 y demás normas reglamentarias y si al momento de su expedición se cumplió con los requisitos previos para la reelección.**”.

Así mismo, se incorporaron al proceso las pruebas documentales aportadas con el escrito de demanda y con la contestación del departamento, toda vez que el señor Pinzón López no aportó, entre ellas: el acto acusado contenido en el Decreto 000455 de 8 de mayo de 2020; el Decreto 000329 de 31 de marzo de 2020; el concepto N° 72571 de 2019 del DAFP (Rad. 20196000072571 de 8 de marzo de 2019 atinente a la aplicación de la Ley 1122 de 2007 para la figura de la reelección; escritos de 17 y 20 de abril de 2020 de la parte actora enviados al gobernador en la que solicitó información acerca del concurso para la escogencia del gerente de la E.S.E. Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña (2020-2024); Pacto por la Transparencia en el nombramiento de los gerentes de las E.S.E. de 21 de febrero de 2020; Resolución N° 017 de 6 de marzo de 2020 expedida por el gobernador de Cundinamarca “*por la cual se invita a postular hojas de vida para el cargo de gerente de E.S.E. del orden departamental y se fijan las condiciones para la participación*”; oficio de respuesta a las peticiones referidas (radicado 20208800098712) suscrito por el Secretario Jurídico de la gobernación de Norte de Santander y copia del oficio dirigido al jefe de la Oficina de Talento Humano en la se solicita se envíe al proceso, copia íntegra del expediente administrativo que dio origen a la elección del accionado Jairo Pinzón López como gerente de la entidad ya referida.

Y se ordenó oficiar a la Gobernación de Norte de Santander, para que allegue: las evaluaciones de competencias del señor Jairo Pinzón López para ser reelegido como gerente de la ESE Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña; certificación o documento en el que conste que se verificaron los requisitos para el cargo y la prueba escrita de la evaluación de competencias para el gerente; copia del acta de la Junta Directiva de la E. S. E, donde evaluó los indicadores de plan de gestión del anterior período institucional y de qué manera y en qué tiempo le



solicitó la reelección del señor Jairo Pinzón López como gerente de la E. S. E. en mención; copia de acta auténtica del documento donde tomó posesión del cargo.

Así también, oficiar al DAFP, para determinar si el Gobernador de Norte de Santander pidió apoyo para llevar a cabo la elección o reelección del gerente de la E. S. E. Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña y para que certificaran si esa entidad habría podido apoyar al burgomaestre, para llevar a cabo la prueba escrita de evaluación de competencias a través de las herramientas tecnológicas con que se cuenta en la actualidad; para que remita el concepto de si el test proyectivo grafico WARTEGG, era la prueba indicada para medir o valorar todas y cada una de las competencias a evaluar.

En esa línea, oficiar a E.S.E. Hospital Emiro Quintero Cañizares para que allegue: las evaluaciones efectuadas al Gerente de la época y la solicitud que la junta hizo de ratificación del señor Jairo Pinzón López como gerente de la E. S. E. Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña para el periodo institucional 2020-2024 donde se exprese de forma concreta y clara las fechas en que se llevaron a cabo las mismas.

Se negó el oficio a la RNEC para que remitiera el acta de escrutinio, credencial o documento análogo donde se declara gobernador de Norte de Santander al señor Silvano Serrano Guerrero, toda vez que dicha prueba se encuentra en el expediente digital adosada con la contestación de la demanda por parte del departamento.

Se decretó el testimonio del Secretario Jurídico de la gobernación de Norte de Santander Johan Eduardo Ordoñez Ortiz, quién declarará sobre las circunstancias relativas a la respuesta que le dio a la solicitud que en ejercicio del derecho de petición elevó el hoy demandante.

1.4.5. Aunque la audiencia de pruebas fue agendada para el 20 de octubre de 2020, se aceptó la solicitud de aplazamiento del testigo y se llevó a cabo el 25 de octubre siguiente⁶ en la que se recibió la declaración del señor Johan Eduardo Ordoñez Ortiz, en calidad de Secretario Jurídico de la gobernación de Norte de Santander, solicitado por la parte actora. Terminada la etapa probatoria, se dispuso que las partes presentaran los alegatos de conclusión y que el Ministerio Público rindiera su concepto.

1.4.6. El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante sentencia de 10 de diciembre de 2020 negó las pretensiones de la demanda. Esta providencia fue notificada el 18 de diciembre siguiente y fue recurrida en apelación por la parte actora, mediante escrito de 13 de enero de 2021⁷, el cual fue concedido, en el efecto suspensivo, mediante proveído de 22 de enero de 2021, y ordenado el envío del expediente a esta Corporación.

⁶ Índice Samai 26.

⁷ Índice Samai 35, folios 3 a 14.





1.4.7. A través de auto del 22 de febrero de 2021, proferido por el magistrado ponente, se admitió el recurso de apelación y se puso a disposición de la parte contraria el escrito impugnatorio. Se corrió traslado para que las partes presentaran los alegatos de conclusión dentro de los tres (3) días siguientes. De igual manera, se ordenó que, al vencimiento del término del anterior, se corriera el traslado al Ministerio Público para que emitiera su concepto, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 293 del CPACA.

1.5. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander negó las pretensiones de la demanda, mediante sentencia de 10 de diciembre de 2020⁸, por considerar que el acto de nombramiento del señor Jairo Pinzón López, como gerente de la E.S.E. goza de presunción de legalidad y cumplió con los estándares exigidos por la vía jurisprudencial, comoquiera que fue expedido por el nominador a quien correspondía, esto es al gobernador de Norte de Santander y procedió acorde con los mandatos legales, decisión que fundamentó en las siguientes consideraciones:

No hay lugar a decretar la nulidad del acto electoral bajo el entendido que el gobernador del departamento cumplió con la verificación de requisitos y la evaluación de competencias según los lineamientos trazados por el DAFP.

Por otra parte, explicó que al expedirse la Ley 1797 de 2016, se suprimió la exigencia de realizar una convocatoria a concurso previo al nombramiento que disponía el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, la cual fue declarada exequible mediante sentencia C-046 de 2018. Con esta nueva regulación tampoco se requería solicitud de la junta directiva para que el gobernador procediera a realizar un nuevo nombramiento mediante la reelección del señor Jairo Pinzón López como gerente, como lo disponía la ley precitada y su reglamentario 052 de 2016, ya que esto contraría la naturaleza jurídica del cargo que es de libre nombramiento y remoción en cabeza del jefe de la entidad territorial departamental.

Tal consideración se puede verificar con la nueva normativa, en la que la evaluación insatisfactoria del plan de gestión es ahora solo causal de remoción del gerente de la E.S.E.

Valoró las pruebas documentales, entre ellas, el Acuerdo 002 de 28 de abril de 2020 de la junta directiva de la E.S.E. en el que consta el resultado de la sumatoria de las calificaciones ponderadas del plan de gestión del gerente correspondiente a la vigencia de 2019, mostró un puntaje de 4.49 *“evidenciando un cumplimiento en la ejecución... igual o superior al 70% lo que se traduce en una calificación satisfactoria”*.

Además, el 29 de abril de 2020, la sicóloga Ruth Yaneth Vargas Téllez analizó al elegido mediante el Test Proyectivo Wartegg, para la verificación del cumplimiento de las competencias y conductas asociadas del candidato y conceptuó que

⁸ Índice Samai 32, folios 1 a 39.



cumplía con los presupuestos señalados en la Resolución N° 680 de 2 de septiembre de 2016 expedida por el DAFP. Este hecho se acreditó con la copia de la prueba “*interpretación general del Wartegg*” aportado por la parte demandada.

Reposa también respuesta de 1 de octubre de 2020 del DAFP a las inquietudes de la parte actora, a saber: **(i)** no se encontró en los archivos de la entidad solicitud del gobernador del departamento de Norte de Santander en la que pidiera la evaluación de algún candidato al cargo de gerente de la E.S.E.; **(ii)** los nominadores del cargo de gerentes de estas empresas (alcaldes y gobernadores) son los encargados de realizar la selección de las hojas de vida y podían solicitar el apoyo de la Función Pública o adelantar la evaluación por su cuenta; **(iii)** relató el trámite cuando el gobernador o alcalde, según sea el caso, optan por solicitar el apoyo del mentado departamento administrativo, pero aclaró que según la Circular 004 de 2020 no determinó que el nominador tuviera la obligación de realizar la evaluación con el DAFP; **(iv)** para la evaluación de competencias pueden utilizarse diferentes pruebas sicométricas o proyectivas, por lo que el profesional en psicología es autónomo para determinar por cuál herramienta opta y **(v)** el test Wartegg sirve para evaluar el ajuste de la persona a diferentes ámbitos de su entorno, por este motivo el profesional que aplicó la prueba es el encargado de brindar información acerca de la metodología que conduce a que un estudio proyectivo permita evaluar las diferentes competencias que caracterizan a los candidatos a ocupar el cargo de gerente de una E.S.E.

Sobre el testimonio del señor Johan Eduardo Ordóñez Ortiz recaudado dentro del proceso durante la audiencia de pruebas, indicó que el propósito del actor con esta declaración era conocer los motivos por los cuales el deponente en calidad de Secretario Jurídico de la gobernación respondió a su petición y concretamente establecer cuáles fueron las circunstancias que llevaron a no realizar el concurso, que incluso a juicio del solicitante de la prueba, era viable efectuarla virtualmente en tiempo de pandemia.

Consideró el marco jurídico y jurisprudencial de la naturaleza tanto de las E.S.E. como del cargo de gerente y explicó la evolución normativa respecto de la provisión de dicho empleo, indicando que el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 dispuso que la prestación del servicio de salud fue transformado, dado que las entidades territoriales tendrían para tales efectos a las E.S.E, las cuales constituyen una categoría especial de persona jurídica pública descentralizada, con patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por ley o por las asambleas o concejos.

Citó la sentencia C-046 de 2018 de la Corte Constitucional, para concluir que comoquiera que la evolución de la regulación en el asunto de la provisión del cargo de gerente ha implicado modificaciones importantes, la vigente al momento de expedir el acto enjuiciado es la Ley 1797 de 2016, concretamente el artículo 20, que contiene el marco rector para el nombramiento o reelección del gerente de la E.S.E.

Indicó que el Decreto 1427 de 1 de septiembre de 2016, reglamentario el referido





artículo 20 de la Ley en cita, en sus artículos 2.5.3.8.5.1. fijó la evaluación de competencias, 2.5.3.8.5.3. previó que el gobernador podría realizar dicho análisis, conforme a las competencias señaladas por el DAFP, el artículo 2.5.3.8.5.4. permitió apoyarse en dicho departamento administrativo para efecto de la evaluación referida, pero dejó a discrecionalidad del nominador hacer la solicitud correspondiente y finalmente, en el artículo 2.5.3.8.5.5. determinó que el nombramiento del gerente de la E.S.E. en quien acredite los requisitos exigidos para el desempeño del cargo y demuestre las competencias requeridas.

Ahora bien, el Decreto Legislativo 491 de 2020, en el artículo 13, estableció la facultad para ampliar el período institucional de los referidos gerentes que terminaba el 30 de marzo de 2020, en treinta días más, los cuales una vez finalizados implica que el nominador nombre al director, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016.

Descendió al caso concreto, para pronunciarse en forma separada de cada una de las censuras de violación que trae la demanda:

1.5.1. **Sobre la infracción de las normas en que el acto debía fundarse:** indicó que observado el contenido del nombramiento enjuiciado, sí tiene fundamento en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, comoquiera que en la designación de los gerentes o directores de las E.S.E. por parte del gobernador no violó el principio de mérito establecido en el artículo 125 de la Constitución, por tratarse de un cargo que se exceptúa de la regla general, dado que desde un inicio, fue dispuesto como una excepción a los empleos de carrera, comoquiera que fue catalogado como un cargo de libre nombramiento y remoción de período fijo. Quedando plenamente claro que, para la forma de provisión y estabilidad de la designación de este gerente, el marco normativo aplicable es el Decreto 1427 de 1 de septiembre de 2016.

1.5.2. **Expedición irregular:** consideró que esta censura es impróspera, toda vez que con la Ley 1797 de 2016 se cambió el procedimiento para el nombramiento del gerente, al facultarse al nominador para efectuarlo directamente, sin que medie proceso de selección o concurso de méritos por ser un cargo de libre designación y remoción, conforme lo dejó claro la sentencia de la Corte Constitucional C-046 de 23 de mayo de 2018.

Además, analizado el trámite empleado por el gobernador para la reelección en el cargo del señor Pinzón López, se adecuó a la normativa aplicable y si bien en el expediente no obra prueba de que la junta directiva del Hospital Emiro Quintero Cañizares propusiera la reelección del accionado, lo cierto es que dicha solicitud no era necesaria, comoquiera que se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción, cuya designación solo está sujeta a dos condiciones: (i) previa verificación de los requisitos establecidos para el cargo y (ii) la evaluación de las competencias que señale el DAFP.

1.5.3. **Desviación de las atribuciones propias de quien profirió el acto:** el *a quo* tampoco encontró prosperidad a esta censura por cuanto la parte actora no



logró demostrar que con el nombramiento demandado se perseguía una finalidad distinta a la asignada a la autoridad nominadora. Al efecto rescató lo dicho en consideraciones anteriores de que se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción, con período fijo, que comprende la dirección de una entidad administrativa descentralizada del nivel territorial, que el designado contó con concepto favorable respecto del cumplimiento de las competencias señaladas en la Resolución 680 de 2 de septiembre de 2016 y que cumplió con los requisitos exigidos para el cargo, con lo que evidenció que el gobernador de Norte de Santander al momento de expedir el acto demandado respetó el mandato legal relacionado con la elección del gerente de la E.S.E. Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña.

Finalmente, se pronunció sobre el planteamiento de la agencia fiscal atinente a la inexistencia de solicitud de la junta directiva de la E.S.E. proponiendo al nominador la reelección en el cargo del señor Pinzón López. Arguyó que la norma vigente y aplicable al caso es la Ley 1797 de 2016 (art. 20), en concordancia con el Decreto 1427 de 2016 *“de donde se desprende que la evaluación del plan de gestión está vigente en cuanto hace referencia al retiro durante el período porque lo contiene la misma ley. En todo caso no puede estar vigente como prerrequisito para nombrar gerente por vía de reelección porque riñe con lo que pretende la misma ley y es que sea de libre nombramiento y remoción como lo determinó la Ley 100 de 1993 al clasificar la naturaleza jurídica de dicho cargo”*.

Aseveró que la vinculación del gerente, bien sea por nombramiento o por reelección, es una facultad que le compete, en este caso, solo al gobernador y suprimir el concurso de méritos fue el propósito de la Ley 1797 de 2016.

Aclaró que no está vigente la Ley 1122 de 2007 y, por ende, no es de recibo que la escogencia gerencial fuera producto de un concurso de mérito.

En el presente caso la nueva normativa resulta acorde con la temática de que siendo un cargo de libre designación y remoción, se exceptúe de la regla de ingreso por concurso de méritos.

Concluyó que *“el nombramiento del gerente... acreditó los requisitos exigidos para el desempeño del cargo y demostró las competencias requeridas, conforme a las pruebas aportadas al expediente en los siguientes términos: (i) la junta directiva de la E.S.E. Hospital Emiro Quintero Cañizares, según consta en el acta N° 002 del 28 de abril de 2020, se reunió y aprobó el proyecto de Acuerdo 002, donde se hacía constar el resultado satisfactorio de la sumatoria de las calificaciones ponderadas del plan de gestión del gerente de dicha E.S.E. de la vigencia 2019 (ii) también se tiene que el señor Pinzón López, le fue aplicado el Teste Proyectivo Wartegg, conceptuado por la sicóloga Ruth Yaneth Vargas Téllez, en el cual señaló que cumplía con las competencias indicadas en la Resolución N° 680 de 2 de septiembre de 2016, expedido por el DAFP.”*

En contraste la parte actora no cumplió con el deber de probar la existencia de anomalía o irregularidad en la formación del acto administrativo acusado, e indicó que tampoco le asiste razón al señor procurador respecto del cumplimiento de los requisitos previos establecidos para proceder al nombramiento analizado.





Todas las anteriores fueron las razones del Tribunal para negar las pretensiones de la demanda.

1.6. El recurso de apelación

La parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia de 10 de diciembre de 2020, al considerar que existen serios reparos frente a la forma cómo se limitó el problema jurídico a decidir y aunque indica que reitera los conceptos planteados en la demanda, focaliza la argumentación de alzada exclusivamente en los ejes temáticos que se tratan a continuación:

Problema jurídico planteado en el audio primera audiencia inicial	Problema jurídico planteado en la sentencia
¿Determinar si el nombramiento hecho al señor Jairo Pinzón López en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña se ajustó a los lineamientos establecidos en el decreto legislativo 491 de 2020, ley 1797 de 2016 y demás normas concordantes y reglamentarias, determinados tanto en los hechos como en el concepto de violación, <u>si al momento de la expedición (decreto 000455 de 08 de mayo de 2020) se cumplió con los requisitos previos para la reelección?</u>	¿Determinar si el Decreto N° 000455 del 8 de mayo de 2020 proferido por el Gobernador de Norte de Santander, por medio del cual se realizó el nombramiento del señor Jairo Pinzón López en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña, <u>se ajustó a los lineamientos establecidos por la Ley 1797 de 2016, el Decreto legislativo 491 de 2020 y demás normas reglamentarias, o si se requería de un concurso previo y la solicitud de la Junta Directiva de la institución hospitalaria conforme lo sostiene el demandante?</u>

Atribuyó a esta supuesta disconformidad en el planteamiento de los problemas jurídicos que se hayan denegado las pretensiones de la demanda y que se desdibujaran los argumentos y conceptos del Ministerio Público y del DAFP y los suyos como demandante.

Descalificó que el núcleo del asunto dilucidado por el Tribunal fue el determinar la naturaleza del cargo del gerente en si era de libre nombramiento y remoción y de período, porque en realidad el enfoque era determinar la forma de proveerlo.

Explicó que como se trató de una reelección, esta se sigue rigiendo por la Ley 1122 de 2007 porque la Ley 1797 de 2016 no reguló nada sobre esta forma de provisión del cargo de gerente, por lo que insistió en que se requería que la junta directiva del ente la hubiera propuesto al nominador, posición que coincide con el concepto 72571 de radicado N° 20196000072571 de fecha 8 de marzo de 2019 el cual manifiesta que respecto del procedimiento para la reelección del cargo de Gerente de una E.S.E., debe observarse el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, que la permite por una sola vez, cuando la junta directiva así lo proponga al nominador, teniendo en cuenta para ello los parámetros establecidos para el efecto en la Ley 1438 de 2011 y en el Decreto 52 de 2016 (arts. 1 y 2).





Este aspecto glosado es el que correspondía haber dilucidado al encuadrar en el problema jurídico que se hiciera en la audiencia inicial, comoquiera que no se trataba de una nominación sino de una reelección.

Insistió en que la discusión se debe centrar en si la Ley 1122 de 2007 se encuentra vigente o no en la materia específica de la figura de la reelección. Citó otro concepto del DAFP, correspondiente al 403571 de radicado N° 20190000403571, que deja claro lo siguiente: “De acuerdo a la normativa anterior, se tiene que la Ley 1797 de 2016 deroga la forma de elección establecida en la Ley 1122 de 2007 y establece que, a partir de su expedición, el nombramiento de gerentes o directores de las empresas sociales del estado se hará por el jefe de la respectiva entidad nacional o territorial; **sin embargo, dicha norma no se refirió a la reelección, en consecuencia, en criterio de este Departamento Administrativo continúan rigiendo en esta materia las disposiciones contenidas en la Ley 1122 de 2007**” (destacados del apelante).

Citó también el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado N° 2088 de 2012, con radicado 11001-03-06-000-2012-00005-00, en los que sobre la reelección de gerentes de las E.S.E indicó:

“Del mismo modo que se analizó para los personeros, en el caso de los gerentes de las empresas sociales del Estado (ESE), la Ley 1122 del 9 de enero de 2007 optó por ampliar su período a 4 años y determinó que el mismo coincidiría con el del Presidente de la República (para las entidades del orden nacional) y de los mandatarios locales (tratándose de entidades de salud territoriales). Igualmente estableció que su elección se haría por concurso de méritos y limitó la reelección por una sola vez. Además, previó un régimen de transición que permitiera la aplicación de la norma en el tiempo. Todo ello en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 que dispuso lo siguiente: “**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 al 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.**” (Destacados del apelante).

De lo anterior evidencia que el Consejo de Estado se apoya en la Ley 1122 de 2007 para conceptuar sobre la figura de la reelección, concretamente en el artículo 28, que expresamente indica que sea la nominación o la reelección debe realizarse dentro de los tres meses siguientes al inicio del período del gobernador.

Pero en el caso concreto no hay certeza de que la reelección se hubiere efectuado dentro de los términos establecidos en la normativa vigente y reglamentaria, desconociéndose la existencia de las reglas claras, previstas en la Ley 1122 precitada y en el Decreto 052 de 2016 y apartándose de la legitimación e



institucionalización del Estado de Derecho.

1.7. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

1.7.1. Las Partes

Durante el término concedido, demandante y demandado guardaron silencio.

1.7.2. Ministerio Público

La agencia fiscal conceptuó en escrito de 10 de marzo de 2021⁹ que debe confirmarse la sentencia de primera instancia denegatoria de las pretensiones.

No encontró de recibo los argumentos del apelante sobre la disconformidad de los problemas jurídicos a resolver, comoquiera que en el empleado por el fallo en el Tribunal *a quo* se encuentra contenido la parte específica de la reelección y sus presupuestos. Descalificó también la crítica sobre las consideraciones de la sentencia de primera instancia atinentes a la naturaleza jurídica del cargo de ser de libre nombramiento y remoción, dado que sí se abordaron los aspectos de procedimiento para la reelección.

Explicó con detalle la evolución normativa de la naturaleza del cargo de gerente de las E.S.E. y de los presupuestos para su nominación, para concluir que si bien le asiste razón al apelante al indicar que el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 no se refirió a la reelección, a juicio de la agencia fiscal, ello no permite concluir que se encuentre regulada por la Ley 1122 de 2007 y por el Decreto 052 de 2016.

1.7.2.1. Respecto a la nominación, consideró que el gobernador de Norte de Santander podía designar al señor Pinzón López como gerente de la ESE de Ocaña, sin requerir de la autorización o proposición por parte de la junta directiva. Y aunque este se desempeñara en el cargo, no puede hablarse de reelección en los términos de la Ley 1122 de 2007 y su Decreto reglamentario, puesto que aquella estaba prevista cuando la designación se surtía por medio de concurso de méritos.

Aunado a que la modificación introducida por la Ley 1797 de 2016, implicó que la provisión era materialización del ejercicio de una facultad discrecional en cabeza de los jefes de la administración, con las únicas dos limitaciones establecidas en la norma, consistentes en: (i) verificación de requisitos¹⁰ y (ii) evaluación de competencias, lo cual se realizó en el presente caso.

Indicó que el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 está derogado tácitamente por el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, tal como lo dispone el artículo 3 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 71 del Código Civil.

⁹ Índice Samai 51, páginas 1 a 35.

¹⁰ Aunque como era el gerente del período anterior sería de recibo suponer que los requisitos de base para ocupar el cargo resultan acreditados de tiempo atrás.



Es claro, entonces que el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, en el momento que estableció la forma en que habría de proveerse el cargo de Gerente de la E.S.E., dejó sin vigencia las normas anteriores, específicamente, el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, en el cual se establecía la reelección.

Evidentemente, la figura de la reelección resulta incompatible con las actuales disposiciones que rigen el nombramiento del Gerente y en ello se alinea con la Corte Constitucional en la jurisprudencia C-46 de 2018, por cuanto el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, al restablecer la facultad discrecional del nominador, otrora limitada por la Ley 1122 de 2007, modificó la modalidad de “elección” a “nombramiento”, por lo cual, si no hay elección, mucho menos podrá haber reelección.

Recordó entonces que antes de la expedición de la Ley 1797 de 2016, en virtud de las leyes 100 de 1993, 909 de 2004 y 1122 de 2007, se realizaba una elección del gerente o director de las Empresas Sociales del Estado, a partir de la terna que se conformaba para el efecto por la junta directiva de la entidad descentralizada.

No puede pretender enjuiciarse el acto de nombramiento en virtud de la presunta vulneración de las disposiciones que rigen la reelección del ciudadano, puesto que dicha figura, como forma de provisión del cargo de gerente, desapareció con la Ley 1797 de 2016, por lo cual, el nominador puede libremente y con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma, nombrarlo nuevamente por otro un periodo, sin que por ese solo hecho se considere una reelección.

Esas las razones por las que consideró que la primera censura resultaba impropia.

1.7.2.2. El segundo argumento de la apelación se refiere a la ausencia de prueba de que la junta directiva de la ESE solicitó la reelección como Gerente, de Jairo Pinzón López.

Al respecto, señaló que no se requería dicha solicitud, comoquiera que, a pesar de que se haya designado nuevamente al demandado como gerente, lo cierto es que la designación demandada se hizo en ejercicio de la facultad discrecional que tiene el Gobernador de Norte de Santander, que le permite nombrar a quien cumpla los requisitos y supere la evaluación de competencias, lo que, en este caso ocurrió y no fue objeto de cuestionamiento.

Agregó que por lo mismo era innecesario que la evaluación del plan de gestión ocurriera en el tiempo establecido en la Ley 1122 de 2007 o en el Decreto 052 de 2016, pues la calificación satisfactoria por parte de la junta, era un requisito para que esta pudiera proponer al presidente de dicho cuerpo directivo la reelección, figura esta que, se insiste, en los términos de la ley en cita y su decreto reglamentario, no es procedente, a partir de la vigencia de la Ley 1797 de 2016.



1.7.2.3. En el tercer argumento de alzada, el apelante reiteró que en ningún hecho de la demanda se discutió si el cargo de gerente de una Empresa Social del Estado es de período y de libre nombramiento y remoción. Sin embargo, el Tribunal creó dicha cuestión adicional al incluirla en el debate.

La agencia fiscal insistió en que en la sentencia no se discutió la naturaleza del cargo de gerente, pero sí fue un elemento que tuvo en cuenta el Tribunal, para considerar que no era necesario que la junta directiva solicitara al gobernador de Norte de Santander la reelección.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 150 y 152¹¹ numeral 9¹² del CPACA, así como el artículo 13, numeral 7º del Acuerdo 080 de 2019 proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, esta Sección es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2020, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander negó las pretensiones de la demanda.

En efecto se trata de la apelación contra el fallo de nulidad electoral de primera instancia que recae sobre el acto de nombramiento del nivel directivo, esto es del Gerente de una Empresa Social del Estado de un municipio cuya población excede de los 70.000 habitantes¹³, conforme a las voces del artículo 152 numeral 9 del CPACA.

2.2. El acto acusado

El demandante a través del contencioso electoral pretende la nulidad de la Resolución No. 000455 del 08 de mayo de 2020, *“Por la cual se hace un nombramiento”*, expedido por el señor gobernador del departamento de Norte de Santander, señor Silvano Serrano Guerrero, mediante la cual se designó al señor Jairo Pinzón López, en el cargo de gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña, período 2020-2024, adosado por la parte actora en la demanda.

2.3. Problema jurídico

¹¹ No se incluye la modificación introducida por la Ley 2080 de 25 de enero de 2021, por cuanto la regulación atinente a las competencias regirá un (1) año después de la publicación de la referida Ley, conforme lo dispone el régimen de transición que consagra el artículo 86 ejusdem.

¹² “Artículo 152. Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 9. De la nulidad del acto de nombramiento de empleados públicos del nivel directivo o su equivalente efectuado por autoridades del orden... departamental, en municipios con más de setenta mil (70.000) habitantes...”.

¹³ Según el DANE la proyección poblacional del municipio de Ocaña es de 111.643 habitantes. Puede consultarse www.dane.gov.co



Conforme al fallo de primera instancia y a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, corresponde a esta Sección determinar si confirma, modifica o revoca la sentencia de 10 de diciembre de 2020, mediante la cual, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander negó las pretensiones de la demanda relacionadas con la forma como se hizo el nombramiento cuestionado.

Conforme a la síntesis que se hiciera del contenido del recurso de alzada, la Sala encuentra que su contexto es más restringido que el planteamiento que hiciera el demandante ante la primera instancia mediante la demanda, al no insistir ante el *ad quem* en las censuras de desviación de las atribuciones, ni en la expedición irregular con las que criticó el acto de nombramiento demandado ni en el supuesto hecho impeditivo que consideró era predicable del secretario jurídico de la gobernación al haber dado respuesta a una petición que elevara, atinente a la no realización de convocatoria ni de concurso público de méritos, comoquiera que tal y como se referenció en la síntesis del recurso de apelación, el recurrente focalizó exclusivamente los argumentos de la alzada.

Así entonces, previo a resolver el caso concreto, la Sala abordará la segunda instancia desde los siguientes ejes temáticos: i) cuestiones previas; ii) el marco normativo de la designación del gerente de la Empresa Social del Estado y el entendimiento jurisprudencial del manejo de la gerencia analizada, para luego definir iii) el caso concreto.

2.4. Cuestiones previas

Aunque fueron planteadas por el apelante en el recurso de apelación resultan aspectos que deben aclararse en forma previa a asumir el asunto en su trasfondo. Son éstos a saber: (i) si el problema jurídico fue variado o modificado por el tribunal *a quo*, entre lo señalado y determinado en la audiencia inicial y aquel que se asumió para decidir mediante el fallo de primera instancia y (ii) un aspecto, que el recurrente atribuye a esta modificación y fue el desvío de la temática central de la discusión judicial y fue que el *a quo* se enfocó en la naturaleza jurídica del cargo de período y de libre nombramiento y remoción, aspectos que el apelante indica no estaban en discusión.

2.4.1. La determinación del problema jurídico

Aunque ha sido un elemento trascendental presente a lo largo de las decisiones judiciales, en tanto constituye el marco que los sujetos procesales dan al operador y sobre el cual éste abordará el análisis de la causa judicializada y adoptará la decisión correspondiente, con la entrada de la vigencia del CPACA, adquirió una expresa preponderancia con la imposición del legislador de la fijación del litigio, como se establece en el artículo 180, cuya estructura está dada por las pretensiones, los hechos en los que las partes no coinciden y los argumentos en los que soportan los sujetos procesales su papel dentro del proceso.

De ahí su necesaria fijación en la llamada audiencia inicial y ahora en el auto que conforme a la nueva legislación introducida por la Ley 2080 de 2021 debe darse



en la providencia que anuncia que la decisión será adoptada con la figura de sentencia anticipada (art. 182 A).

El rigor con que el operador jurídico debe estructurar tales límites, aunado con la exigencia que las partes o sujetos en general deben desplegar y el efecto vinculante que de ello se predica luego de transcurridos los recursos de ley contra la determinación del mismo.

Se trata entonces de la bitácora dentro de la cual el asunto es unívoco e igual para todos los participantes, respetando sus roles dentro de la causa, pero que deberán seguir al unísono incluido el juez.

En esa línea, resulta importante destacar lo grave que puede ser variar la fijación del litigio cuando este ya se encuentra en firme, pues implica alterar las condiciones esenciales del debate, lo cual desmedra el debido proceso y el derecho de defensa, ante el abrupto e inoportuno cambio de las reglas del asunto judicializado. Tales cambios sorpresivos nunca serán bien vistos en la correcta administración de justicia, como quiera que la incertidumbre y la falta de seguridad jurídica emergerían dentro del asunto bajo conocimiento.

Sobre este mismo particular, en providencia de 12 de marzo de 2015¹⁴, la Sala Electoral del Consejo de Estado indicó:

“Se resalta que la fijación del litigio, como figura novedosa del CPACA, consiste en un acto del juez encaminado a hacer más eficiente su labor en el sentido de concretar los hechos que deben ser probados así como aquellos puntos que son, en realidad, objeto de debate dentro del proceso contencioso.

Asimismo, también constituye una herramienta que delimita tanto las actuaciones del juez como de las partes, pues el proceso y, por consiguiente, la respectiva decisión judicial no podrá versar sobre aspectos que no hicieron expresa y puntualmente parte de tal fijación.

Bajo esta óptica, es claro que en dicho trámite procesal no sólo se ubica o circunscribe el debate, sino que también se convierte en una garantía del debido proceso del demandado y de la entidad que produjo el acto de elección a fin de ejercer el correspondiente derecho de defensa y de contradicción respecto de los aspectos que efectivamente fueron objeto de fijación del litigio”

En época más reciente, en providencia de 18 de junio de 2021, la Sala se decantó por indicar

“(…) Dicha etapa procesal [hace referencia a la fijación de la causa] denota una esfera de concreción del principio de congruencia, que, a su vez, se traduce en un eje axial del debido proceso y de la justicia rogada como premisa ineludible dentro del ejercicio de la jurisdicción contencioso–administrativa, a la cual, desde luego, no escapa la justicia electoral.

De hecho, en esta sede, como en otras en las que se entrevera el goce de garantías superiores, se debe, sin sacrificar el derecho sustancial, manejar con mucho celo tal corrección formal –que es propia también de los principios de

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. Susana Buitrago Valencia, 12 de marzo de 2015, exp. No. 11001-03-28-000-2014-00019-00.



eventualidad y de contradicción, tan inherentes al debido proceso—, pues, en su seno, se ventilan divergencias que inciden en los derechos fundamentales a elegir y ser elegido, así como a participar de la conformación, ejercicio y control del poder político, entre otros.

De ahí que la regla general sea que la decisión del juez —unipersonal o colegiado— con la cual se provea sobre el fondo de la cuestión debatida, se circunscriba a los estrictos y precisos términos de la senda argumental previamente definida al momento de la fijación del litigio

Es así como, en esta oportunidad, insiste la Sala en el valor de la fijación del litigio como plano de coordenadas imprescindible en el proceso, pero matizado por la verdad y la justicia como valores supremos en nuestro ordenamiento, así como por la protección de garantías *iusfundamentales* como inexcusable mandato para el juzgador.

Lo anterior se explica en que, si bien a los distintos sujetos procesales, en principio, no les es dable anticipar con certeza el sentido del fallo, si resulta necesario que puedan, por lo menos, prever sus contenidos genéricos, ya que, de lo contrario, imperaría el desconcierto y la perplejidad en las actuaciones judiciales, al irrespetarse los parámetros mínimos de objetividad que demanda un debido proceso que, por demás, no es exclusivo de ninguna de las partes, sino que atañe a todos los implicados en la discusión.”¹⁵

Vistas esas generalidades, el planteamiento del apelante en este punto ha sido claro al considerar que la fijación del litigio de la audiencia inicial no corresponde al determinado en la sentencia, lo que considera afectó la congruencia en la decisión de la causa por *citra petita*.

Dentro de ese contexto, la Sala se remite a la audiencia inicial de 22 de septiembre de 2020¹⁶

“Fijación del Litigio:

La suscrita Magistrada Sustanciadora hace una síntesis de los puntos de hecho y derecho en que están en desacuerdo:

La parte demandante considera que se debe declarar la nulidad la Resolución No. 000455 del 08 de mayo de 2020, “Por la cual se nombró al doctor JAIRO PINZÓN LÓPEZ, en el cargo de gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña”, por encontrarse viciado por infracciones en las normas en que debía fundarse, irregularidad en el procedimiento y por desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

Por su parte la demandada considera que el acto administrativo goza de presunción de legalidad y cumple con los estándares exigidos por vía jurisprudencial, e indica se dio la figura de reelección de un cargo que es excepción a la regla general de la carrera administrativa, por tratarse de un

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 18 de junio de 2021. Radicación 23001-23-33-000-2020-00387-01. Actor: Orlando Rafael Mercado Valeta. Demandada: María Alejandra Salgado Díaz (Gerente ESE Camu San Rafael (Sahagún). M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹⁶ Véase índice Samai 18, folios 1 a 12.

cargo de libre nombramiento y remoción, con periodo fijo y comprende la dirección de una entidad administrativa descentralizada del nivel territorial.

Conforme a lo anterior el problema jurídico **se centra en determinar si nombramiento del Cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña se ajustó a los lineamientos establecidos por el Decreto legislativo 491 de 2020, la Ley 1797 de 2016 y demás normas reglamentarias y si al momento de su expedición se cumplió con los requisitos previos para la reelección.** (Destacados fuera de texto).

Se concede la palabra a los apoderados de cada uno de los sujetos presentes, a efectos de que expongan cuál es su posición jurídica frente a esta controversia o si se encuentran de acuerdo con lo planteado por el Despacho.”.

Por otra parte, en el fallo¹⁷, la indicación respectiva fue la siguiente:

“2.1. Problema jurídico.

(...) debe el Tribunal resolver el siguiente problema jurídico:

¿Determinar si el Decreto N° 000455 del 8 de mayo del 2020 proferido por el Gobernador de Norte Santander, por medio del cual se realizó el nombramiento del doctor JAIRO PINZÓN LÓPEZ en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña, **se ajustó a los lineamientos establecidos por la Ley 1797 de 2016, el Decreto Legislativo 491 de 2020 y demás normas reglamentarias, o si se requería de un concurso previo y la solicitud de la Junta Directiva de la institución hospitalaria conforme lo sostiene el demandante?**

2.2. Tesis de la parte demandante

Sostiene que las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar, toda vez que debe declarar nulo el acto administrativo proferido por el Gobernador de Norte de Santander, a través del cual se nombró al doctor JAIRO PINZÓN LÓPEZ en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña, con base en los cargos y razones jurídicas expuestas en la demanda y en los alegatos de conclusión.

2.3. Tesis de la parte demandada

2.3.1. Departamento de Santander

Se opone a las pretensiones de la demanda aludiendo que estas no tienen vocación de prosperidad, por cuanto el Decreto 000455 del 08 de mayo de 2020, goza de la presunción de legalidad y cumple con los estándares exigidos por vía jurisprudencial.

2.3.2. Señor Jairo Pinzón López

Se opone a las pretensiones de la demanda aludiendo que estas no tienen vocación de prosperidad pues, a su juicio, se encuentran acreditados todos

¹⁷ Véase índice Samai 32.



los requisitos del cargo y evaluación de las competencias, para lo cual la Gobernación de Norte de Santander conformó un Órgano Técnico para verificar los requisitos de formación académica y experiencia profesional, por lo tanto, solicita negar las pretensiones de la demanda con base en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión.

2.4. Tesis del Ministerio Público

El señor Procurador 24 Judicial II solicita acceder a las pretensiones de la demanda, argumentando que no se encuentran acreditados todos los requisitos para la reelección del señor Jairo Pinzón López como Gerente de la E.S.E. Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña, con base en las razones jurídicas y fácticas expuestas en el concepto de fondo, el cual se encuentra resumido en el acápite de antecedentes.

2.5. Tesis de la Sala que resuelve el problema jurídico

Con fundamento en el marco jurídico y jurisprudencial aplicable y las pruebas allegadas, la Sala encuentra que no están dados los presupuestos para acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que el cargo de Gerente de una E.S.E., es un cargo de período y libre nombramiento y remoción, que según la Ley 1797 de 2016 deben ser designados por el gobernador o alcalde, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo que señalen las normas correspondientes y la respectiva evaluación de las competencias conforme a lo que disponga al respecto al DAFP.

Del acto administrativo de nombramiento del señor Jairo Pinzón López, contenido en el Decreto 000455 de 8 de mayo de 2020 proferido por el Gobernador de Departamento de Norte de Santander y demás documentos allegados al expediente, se puede observar que de manera efectiva se cumplió con la verificación de requisitos y la evaluación de competencias según los lineamientos trazados por el DAFP.

Así mismo, concluye la Sala que, al expedirse la Ley 1797 de 2016, se suprimió la exigencia de realizar una convocatoria a concurso previo al nombramiento que disponía el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007. Tampoco se requería solicitud de la Junta Directiva para el Gobernador procediera a realizar un nuevo nombramiento al Señor Jairo Pinzón López como Gerente E.S.E. Hospital Emiro Quintero Cañizares conforme lo disponía la última de las leyes citadas, y lo reglamentaba el Decreto N° 052 de 2016, ya que esto iría en contravía de la naturaleza jurídica del cargo de ser de libre nombramiento y remoción del jefe de la entidad territorial respectiva. En la nueva normativa quedó vigente pero como causal de remoción de los Gerentes de las E.S.E., la evaluación insatisfactoria del Plan de Gestión”.

La Sala advierte que en realidad la fijación del litigio se mantuvo estable y unívoca en determinar si el acto era transgresor de las normas o incurrió en las censuras indicadas por el demandante, focalizados en la figura de la reelección como fue el espectro que la parte actora dio al juez con su demanda y de la que la parte demandada se defendió.

Nótese que mientras en la audiencia inicial se mencionó que debía determinarse si se había cumplido con los requisitos previos de la reelección en lo indicado en el



fallo el cuestionamiento parte de si se requería concurso previo o solicitud de la Junta Directiva de la institución hospitalaria, que es en últimas lo que extraña el demandante como presupuesto que debe anteceder frente a quien se reelige.

Colofón de esos extremos es que en realidad no existió una variación o modificación trascendente o incidente en el eje temático abordado por el Tribunal al decidir el mérito del asunto al compararse con aquel estandarizado en la audiencia inicial.

2.4.2. El desvío de la temática central de discusión judicial

En la línea concluida en el numeral anterior, es claro que al no haber modificación sustancial en la fijación del litigio, tampoco emerge la consecuencia del supuesto desvío de la temática discutida.

Aunque el apelante no lo refiere en esos términos, es claro que lo que busca es discutir la congruencia del fallo, lo cual es ajeno a lo realmente acontecido con la decisión de primera instancia, comoquiera que si bien los sujetos procesales dan los límites al juez para proceder a conocer de la causa judicializada, lo cierto es que el juez en sus consideraciones tiene un amplio margen de juridicidad para estructurar la motivación soporte de su decisión dentro de los límites que le han sido deferidos por quien acude a la administración de justicia.

Dentro de ese marco, emplear figuras, conceptos o en general planteamientos que soporten la decisión que se adopta no podrían ser vistos como excesos o defectos de congruencia, pues dentro del marco de los límites a juzgar, resultan argumentos jurídicos que contribuyen a dilucidar el asunto.

En efecto, hacer claridad sobre que el cargo de gerente de las E.S.E. es de período y es de libre nombramiento y remoción, son consideraciones que además de estar acordes a la ley, corresponden al planteamiento del actor cuyo propósito es mostrar cómo se desarrolló el procedimiento de nombramiento, siendo esa la censura que efectivamente analizó el juez de primera instancia, aunado a que aquellas resultan temáticas que sí contribuyen a dilucidar el asunto en el que se discute la forma en cómo se provisionó el cargo, cuya designación es la que se está demandando y que se integran en forma armónica a la discusión judicializada.

No se advierte entonces disparidad alguna de cara al eje temático que correspondía juzgar al tribunal, pues si se tratara solo de circunscribirse a lo indicado en los planteamientos del demandante, no se entendería cómo un juzgamiento de la causa jurídica que conforman, en principio, un accionante y su opositor, que luego se nutre con las postulaciones de otros sujetos procesales, pudiera solo desarrollarse con la sola arista que del asunto dé la parte actora.

Nótese cómo desde un inicio el planteamiento judicializado consiste en dilucidar si el nombramiento del accionado estuvo acorde a la regulación en cuanto a presupuestos y requisitos previos que deben observarse al efecto, siendo puntos



nodales del asunto, en forma concreta, si se trató de una reelección que incumplió con los parámetros básicos que dieran viabilidad a dicha figura, incluido el hecho de si se requería de un concurso de méritos frente al cargo de gerente, por lo que si la naturaleza es ser de libre nombramiento o remoción y se trata de un cargo de período, lejos de constituir temáticas ajenas al asunto que ocupó la atención del *a quo*, suministraron un panorama jurídico que ilustró el asunto y sin que se advierta observando el fallo que hayan sido causas de desvío en la decisión del caso o que hayan incidido en una decisión que contraria a derecho.

Aclarados esos aspectos previos, procede la Sala con el estudio de fondo respectivo.

2.5. Marco normativo de la Empresa Social del Estado y de la designación del gerente o director

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993¹⁸ *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*, se estableció un esquema diferente en la prestación del servicio de salud, al permitir que se efectuara a través de las llamadas empresas sociales del Estado, que podían crearse por ley, ordenanza o acuerdo¹⁹, según su nivel y fueron concebidas como entidades públicas descentralizadas, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa (art. 194 ib).

En cuanto a sus regímenes jurídico, laboral, contractual, presupuestal y otros aspectos, esa misma ley indicó que las E.S.E. tendrían como objeto la prestación del servicio de salud dejando claro que es un servicio público y de seguridad social a cargo del Estado. Cuenta con una junta o consejo directivo y con un director o representante legal (art. 195).

Frente a ese director o gerente, quien funge como representante legal, la Ley 100 de 1993, consagró en el artículo 192²⁰, lo siguiente:

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

¹⁸ Antes de la Ley 100 de 1993, en materia de entidades de salud no se contemplaba la figura de las Empresas Sociales del Estado, como se evidencia del articulado de la Ley 10 de 1990 *“Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”*. El legislador de ese entonces se decantaba por indicar que el servicio de salud estaba a cargo de la Nación, las entidades territoriales, de sus entes descentralizados y de las personas privadas autorizadas, para el efecto (art. 1); de fondos de salud (art. 13) y en su estructura de una Junta Directiva, de un Director sin que fungiera como representante legal y de un comité científico (art. 19), pero todo dependiente de la administración central del nivel, según fuera el caso.

¹⁹ Sobre el punto de la creación puede verse la sentencia de la Corte Constitucional C-408-94.

²⁰ La reglamentación que se pretendió con el Decreto 1298 de 22 de junio de 1994 *“Por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, duró muy poco al haber sido declarado inexecutable mediante la C-255 de 7 de junio de 1995.



sector oficial, faltas a la ética, según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa.”.

De lo que se evidencia que siempre la designación o nombramiento ha estado a cargo del presidente, gobernador o alcalde, según sea el caso y siempre ha sido un cargo de período –en principio tres años prorrogables-, pero en ese entonces se elegía de una terna presentada por la junta directiva²¹.

Mediante el **Decreto 1876 de 3 de agosto de 1994** “por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994²² en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado”, se señaló que son una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa creadas o reorganizadas por Ley, o por las asambleas o concejos y que la Junta Directiva tiene a su cargo elaborar la terna de candidatos para presentar al Jefe de la respectiva entidad territorial para la designación del Director o Gerente (num. 17 art. 11).

El decreto anterior fue aclarado por el artículo 1° del Decreto 1621 del 25 de septiembre de 1995 en lo atinente a que “los miembros de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado respectiva, tendrán un período de tres (3) años en el ejercicio de sus funciones y podrán ser reelegidos”.

Posteriormente, mediante **Decreto 139 de 17 de enero de 1996** “se establecen los requisitos y funciones para los Gerentes de Empresas Sociales del Estado y Directores de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del sector público...”, en el que se indicó con respecto a la naturaleza del cargo son empleados públicos de período fijo, nombrados por el jefe de la entidad territorial respectiva, para un período mínimo de tres (3) años, prorrogables, de terna que presente la junta directiva del Organismo o Entidad, de acuerdo con lo dispuesto sobre el particular por la Ley 10 de 1990, para ejercer funciones de dirección, planeación, evaluación y control en la administración y gestión de una Institución Prestadora de Servicios de Salud, de naturaleza jurídica pública y de las Empresas Sociales del Estado (art. 2).

Los requisitos para el cargo se establecieron diferenciados dependiendo de la categorización del ente territorial y del nivel de atención de la entidad de salud. A título de mención, para la categoría especial y primera, exigió título de formación universitaria o profesional en áreas de salud, económicas, administrativas o jurídicas; título de posgrado en Salud Pública, administración o gerencia hospitalaria, administración en salud; y experiencia profesional de dos (2) años en cargos de nivel directivo, ejecutivo, asesor o profesional en organismos o entidades públicas o privadas que integran el Sistema General de Seguridad

²¹ Muchos vestigios de las normas anteriores sobre la forma de designación del gerente y director se han mantenido en la regulación posterior, como se evidencia del texto de la Ley 10 de 1990 cuando indicó que la nominación de los directores científicos y/o **gerentes** estará (i) a cargo del jefe de la administración local o Seccional, el cual seleccionará el funcionario de (ii) entre una terna de candidatos (iii) que llenen los prerrequisitos, y (iv) que sea propuesta por la Junta Directiva del hospital respectivo. (Véase art. 19 parágrafo 3).

²² El Decreto Ley 1298 fue declarado inexecutable mediante sentencia C-255 de 7 de junio de 1995.





Social en Salud. b) Para la categoría segunda, los mismos básicos de formación pero la experiencia profesional se redujo a 1 año y continuó con las siguientes, así mismo determinó posibilidades de homologación entre requisitos (art. 3).

El **Decreto 1569 de 5 de agosto 1998**, derogado por el Decreto 785 de 2005, “*Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades territoriales que deben regularse por las disposiciones de la Ley 443 de 1998 y se dictan otras disposiciones*”, en materia de los empleos propios del sistema de salud dispuso frente al director o gerente, que siendo un cargo directivo, el nombrado debe contar con título universitario y experiencia profesional, respetando los requisitos fijados por otras disposiciones legales (lit. a) art. 5°). Concretamente, para el cargo de gerente de la E.S.E., continuó con las ponderaciones a partir de nivel de atención y la categorización de municipios, según fuera el caso.

En el **Decreto 3344 de 20 de noviembre de 2003** –derogado por el Decreto 800 de 14 de marzo de 2008- se reglamentó el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, en el punto exacto de la junta directiva de la E.S.E. de nivel territorial, atinentes a la designación del gerente, al fijar dentro de sus atribuciones: (i) la conformación de la terna de candidatos al cargo, (ii) a partir de un proceso público abierto (art. 1); (iii) la determinación de los trámites de este (art. 2), tales como que la entidad territorial se apoye en universidades, entidades expertas en la selección de personal o a través de convenios de cooperación.

Se indicó por el legislador que para la conformación de la terna se tendrían en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del cargo, con aplicación de pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridas para el cargo y se debe comunicar en medio de difusión masiva la invitación a los interesados para que se presenten al proceso de conformación de la terna (arts. 2 y 3).

En este decreto se hace la aclaración de que el proceso público abierto para la conformación de las ternas no implica el cambio de la naturaleza jurídica del cargo (art. 5).

Así también, asignó al DAFP establecer los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos públicos abiertos quien podrá adelantar evaluaciones, sondeos, estadísticas sobre los mismos y asesorar la ejecución respectiva y en desarrollo de este artículo el director del dicho departamento administrativo expidió la **Resolución N° 793 de 5 de diciembre de 2003** “*Por la cual se establecen los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos públicos abiertos para la conformación de ternas de las cuales se designarían los gerentes o directores de las Empresas Sociales del nivel territorial*”.

En el acto en cita se consagró que la Junta Directiva de la ESE determinará el trámite pertinente para la selección de los aspirantes a las listas mediante las cuales se conformarán las ternas para la designación de los gerentes (art. 1). Impuso que desde las inscripciones hasta la entrega de resultados definitivos



previos a la conformación de las ya mencionadas ternas debían ser adelantadas por universidades públicas o privadas o entidades expertas en selección de personal.

Mediante 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*”, en su artículo 28 se estableció que: “*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”.*

Este artículo 28 se reglamentó parcialmente por el **Decreto 808 de 14 de marzo de 2008**²³, indicando que la junta directiva de las E.S.E. del nivel territorial debe conformar la terna referida, especificando que la escogencia de las personas debe realizarse mediante concurso de méritos público y abierto que la misma entidad adelante, a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o estas asociadas con entidades especializadas en procesos de selección de personal para cargos de alta gerencia, que se encuentren debidamente acreditadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil (art. 2). Especificó que en el ejercicio meritocrático deberán aplicarse pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos y las aptitudes, que permitan determinar que el aspirante es idóneo para el desempeño del cargo (art. 3). Debían aplicarse los principios de igualdad, moralidad, eficacia, objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad y cumplir con los estándares establecidos por el DAFP, entidad que tiene a su cargo prestar la asesoría necesaria (art. 5).

Para ese entonces, porque luego fue modificado por el artículo 13 del Decreto 2993 de 2011, la terna debía estar integrada con cinco aspirantes como mínimo, al punto de imponer que debían realizarse tantos concursos como fuera necesario hasta obtener ese número de candidatos (art. 4).

En desarrollo de esta disposición, concretamente del artículo 5°, el DAFP expidió la **Resolución 165 de 18 de marzo de 2008** “*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*”.

En esta reglamentación se reiteró que, en el ámbito territorial, las entidades encargadas del proceso de selección de los aspirantes a ocupar el cargo de gerente son las juntas directivas de las E.S.E. (art. 1), por intermedio de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o en asocio con personas especializadas en la selección de personal para cargos de alta gerencia.

²³ El cual a su vez en forma expresa derogó el Decreto 3344 de 2003 (véase art. 9).



El proceso de selección se compone de varias etapas, a saber:

(i) una invitación a participar en el proceso, a través de prensa escrita de amplia circulación nacional o regional, mensajes radiales en emisora de cubrimiento local o seccional y que debe publicarse en el lugar de acceso público de las secretarías o direcciones seccionales de salud del respectivo nivel territorial, según sea el caso, e incluso se pueden utilizar otros medios de comunicación como páginas electrónicas públicas (arts. 2 y 3);

(ii) inscripciones, cuyo término no deberá ser inferior a cinco (5) días hábiles y se realizará en el Formulario único de Inscripción, que se encuentra disponible en las páginas web del Ministerio de la Protección Social, del Departamento Administrativo de la Función Pública, de las Secretarías y Direcciones Territoriales de Salud y de la respectiva Empresa Social del Estado (art. 4);

(iii) lista de aspirantes admitidos debe publicarse dentro de los cinco días siguientes a la fecha del cierre de inscripciones (art. 4);

(iv) pruebas de evaluación que fueron determinadas en dos grupos, la de conocimientos y la de competencias. Las primeras orientadas a evaluar los aspectos normativos y técnicos sobre objetivos, funciones, del sistema de seguridad social en salud y del cargo. Las segundas encaminadas a evaluar los factores de orientación de resultados, orientación al usuario y al ciudadano, transparencia, compromiso con la organización, liderazgo, planeación, toma de decisiones, dirección y desarrollo personal y conocimiento del entorno. En estas últimas se faculta a que se evalúen por pruebas escritas o entrevistas o ambas. Pondera, igualmente, la necesidad de valorar los antecedentes de los aspirantes en cuanto a estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo (arts. 5 y 6);

(v) valoración de pruebas; (vi) lista de candidatos se elabora con quienes hayan obtenido una calificación total igual o superior a 70 puntos y deberá ser informada en los medios de comunicación masiva (art. 6) y (vii) terna.

La **Ley de 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*”, tuvo como propósito, entre otros, un programa de fortalecimiento de las E.S.E. (art. 69). En el tema que ocupa la atención de la Sala, concretamente sobre la elección de los gerentes, dispuso:

“Artículo 72. Elección y evaluación de directores o gerentes de hospitales. La Junta Directiva de la Empresa Social del Estado del orden territorial deberá aprobar el plan de gestión para ser ejecutado por el Director o Gerente de la entidad, durante el período para el cual ha sido designado y respecto del cual dicho funcionario deberá ser evaluado.

Dicho plan contendrá, entre otros aspectos, 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 con la entidad territorial si los hubiere, y el reporte de información a la Superintendencia Nacional de Salud y al Ministerio de la Protección Social.





El plan de gestión deberá ajustarse a las condiciones y metodología que defina el Ministerio de la Protección Social.

La evaluación insatisfactoria de dichos planes será causal de retiro del servicio del Director o Gerente para lo cual se deberá adelantar el proceso que establezca en la presente ley.

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. (Destacados fuera de texto).

Sobre la evaluación del plan de gestión del gerente determinó el trámite correspondiente, así: **(i)** presentación ante la junta directiva, a más tardar el 1 de abril de cada año con corte a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior; **(ii)** la Junta Directiva deberá evaluar el cumplimiento del plan de gestión del Director o Gerente, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación del informe de gestión; **(iii)** los resultados de la evaluación se harán constar en un acuerdo de la Junta Directiva, debidamente motivado, el cual se notificará al Director o Gerente quien podrá interponer recurso de reposición ante la Junta Directiva dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación y de apelación en el efecto suspensivo, ante el Superintendente Nacional de Salud, para resolver dichos recursos se contará con un término de quince días (15) hábiles;

La calificación insatisfactoria será causal de retiro del servicio del gerente o director, por lo cual la Junta Directiva dentro de los cinco días hábiles siguientes debe solicitar al nominador la remoción de aquel, para lo cual el nominador deberá expedir el acto administrativo correspondiente dentro de los cinco días hábiles siguientes a la petición. Contra el acto de retiro por calificación insatisfactoria procederán los recursos de ley.

Así mismo, la no presentación del proyecto de plan de gestión o del informe de cumplimiento del mismo dentro de los plazos señalados, implica que la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos y plazos establecidos para tal fin, produzca de manera inmediata la evaluación no satisfactoria, la cual será causal de retiro.



Mediante **Decreto reglamentario 2993 de agosto 19 de 2011**²⁴, se indicó lo siguiente: “que en el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011, se estableció el procedimiento para la conformación de las ternas para la designación del Gerente de las Empresas Sociales del Estado, razón por la cual se hace necesario modificar el artículo 4° del Decreto 800 de 2008”. En su literalidad, en el artículo 12 consagró:

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

"Artículo 4°. 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 continúe con el segundo y de no ser posible la designación de este, con el tercero".

Retomando la importancia en el asunto del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, sobre la conformación de la terna como herramienta para designar al gerente respectivo, la Corte Constitucional en sentencia C-181²⁵ de 17 de marzo de 2010, declaró la exequibilidad condicionada de la parte final del inciso primero, en el entendido de que aquella se integra por los aspirantes con las tres mejores calificaciones en el concurso de méritos, siendo obligatorio elegir al de mayor puntaje, guardando estricto orden descendente y sucesivo, en caso de ser necesario, al indicar: “...la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente” del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, 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.”.

En el segundo inciso en el que expresamente se consagra la posibilidad de que el gerente **sea reelegido**, desde las siguientes condiciones *sine qua non*: **(i)** por una sola vez; **(ii)** debe cursar propuesta de la junta directiva al nominador; **(iii)** el potencial reelegido debe cumplir con los indicadores de evaluación, conforme el reglamento **(iv)** o previo concurso de méritos.

²⁴ “Por el cual se establecen disposiciones relacionadas con la conformación y funcionamiento de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial (municipal, departamental o distrital) de primer nivel de atención y se dictan otras disposiciones.”

²⁵ Exp. D-7845. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 28 (parcial) de la Ley 1122 de 2007. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.





En este último punto, la Corte Constitucional, en sentencia C-777 de 29 de septiembre de 2010²⁶ consideró que conforme al texto previsto en el segundo inciso del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, existían dos eventos que daban viabilidad a la reelección del gerente, al indicar:

“...en esta disposición que prevé **dos hipótesis de reelección:**

[I]a primera, previa propuesta de la Junta Directiva y siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento;

y **la segunda, previo concurso de méritos**, caso este último en el que la demandante considera se presenta la vulneración, por cuanto no existiría razón alguna para que una persona pueda acceder a un cargo público, las veces que quiera, si media un concurso público de méritos.

La Corte sin embargo, no comparte esta conclusión, en primer lugar porque el Legislador goza de un amplio margen de configuración normativa para el establecimiento de la duración de los períodos para gerentes de las ESE, y en segundo lugar, porque el Legislador consideró que los fines de una adecuada y eficiente administración de lo público y del derecho que tienen todos los interesados de acceder a un determinado cargo estatal se podían alcanzar permitiendo, por una sola vez, la reelección de los gerentes de las ESE, previo concurso público de méritos, siendo ésta una fórmula que permite garantizar que un buen gestor pueda culminar con determinados proyectos que ha venido ejecutando y, al mismo tiempo, se permita la posibilidad a otras personas de acceder a cargos de dirección en el Estado.” (Destacados y subrayas de la Sección Quinta).

Dentro de las referencias históricas que hace la Corte Constitucional, a partir de algunas motivaciones de los proyectos de Ley que dieron origen a la Ley 1122 de 2007, se lee el siguiente:

“Finalmente, en el texto del Acta de Plenaria de Cámara núm. 30 del 5 de diciembre de 2006, quedó claro que la voluntad del legislador fue aquella de evitar la operancia de la reelección de los gerentes de las ESE, en los siguientes términos:

“Les quiero decir que destaco a muchos gerentes de ESE, de empresas, de hospitales que lo han hecho muy bien, pero decidamos la suerte que los que terminan que se vayan; si hicieron bien, los felicitamos, que nombren la junta directiva por el año que falta, y hagamos la institucionalización a partir del 2008, con los que llegaran”. [Gaceta del Congreso núm. 656 de 2006.]

En conclusión, la lectura del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 debe hacerse tomando en cuenta que la intención del legislador consistió en (i) profesionalizar el cargo de gerente de ESE; (ii) amparar el proceso de elección del mencionado funcionario de consideraciones de orden político o de factores de conveniencia de mandatarios locales; (iii) diseñar, para tales fines, un concurso de méritos abierto, transparente, objetivo y que garantice el principio de igualdad de oportunidades; y (iv) no permitir que una persona pueda ocupar, indefinidamente, el mencionado cargo público, por cuanto aquello conduce a corrupción administrativa.”.

²⁶ Referencia: expediente D-8101. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 28 (parcial) de la Ley 1122 de 2007. Demandante: Olga Lucía Zuluaga Rodríguez. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.



Concluyó la Corte que el concurso de méritos no permitiría la reelección indefinida y que resulta razonable que dicha figura se limite a una sola vez, a partir del margen de configuración legislativa en cabeza del Congreso, consideración que apoyó en la siguiente literalidad:

“(…) en el presente caso el legislador consideró que los fines de una adecuada y eficiente administración de lo público y del derecho que tienen todos los interesados de acceder a un determinado cargo estatal, se podían alcanzar **permitiendo, por una sola vez, la reelección de los gerentes de las ESE, previo concurso público de méritos.** Se trata, en consecuencia, de una fórmula que **permite garantizar, por una parte, que un buen gestor pueda culminar con determinados proyectos que ha venido ejecutando pero que, al mismo tiempo, se le permita la posibilidad a otras personas de acceder a cargos de dirección en el Estado.**

En tal sentido, en gracia de discusión, se podría alegar que el derecho a acceder a cargos públicos, desde la perspectiva de quien no se ha desempeñado como gerente de una ESE, se encuentra garantizado por el concurso de méritos, y que al mismo tiempo, no existirían razones de peso para negarle tal opción a quien si lo ha ocupado. En otras palabras, que por tratarse de un concurso de méritos y no de un sistema de nominación o de elección por cuerpos colegiados, **no existen razones para prohibir la reelección indefinida** de los gerentes de las ESE.

A pesar de la solidez que puedan presentar, *prima facie* tales argumentos, es preciso tener cuenta circunstancias tales como (i) así se trate de un concurso de méritos abierto, quien se ha desempeñado como gerente de una ESE ingresa con una indudable ventaja comparativa frente a los demás aspirantes, consistente en demostrar una experiencia específica en dicho empleo; (ii) un gerente en propiedad conoce los pormenores de la administración de la ESE, al igual que a los integrantes de la Junta Directiva de la misma, quienes convocan el concurso de méritos; y (iii) no existe evidencia empírica que demuestre que un fenómeno de reelección indefinida de un gerente de una ESE garantice determinados índices de eficiencia, eficacia y moralidad pública. Por el contrario, es previsible que el recurso a los concursos de méritos amañados se convierta en una simple fachada para ocultar ciertas prácticas de corrupción administrativa.” (Destacados y subrayas fuera de texto).

El Decreto 780 de 6 de mayo de 2016 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”, con el objeto de compilar las normas de carácter reglamentario que rigen el sector y contar con un instrumento jurídico único, integra frente a las E.S.E., los subsiguientes aspectos normativos, advirtiendo que la regulación sobre el nombramiento del gerente por concurso de méritos, las ternas y la figura de la reelección por evaluación fueron sustituidas por el artículo 1 del Decreto 1427 de 2016, lo cual marca un punto de inflexión que modificó el espectro normativo en forma trascendente precisamente respecto del asunto que se discute en el presente caso:

“SECCIÓN 4.

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO SUBSECCIÓN

1. DISPOSICIONES GENERALES SOBRE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

ARTÍCULO 2.5.3.8.4.2.7. Funciones de la Junta Directiva. Sin perjuicio de las funciones asignadas a las Juntas Directivas por ley, Decreto, Ordenanza o Acuerdo u otras disposiciones legales, esta tendrá las siguientes:



(....)

17. Elaborar terna de candidatos para presentar al Jefe de la respectiva Entidad Territorial para la designación del Director o Gerente. (Art. 11 del Decreto 1876 de 1994).

SECCIÓN 5²⁷.

NOMBRAMIENTO DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO.

ARTÍCULO 2.5.3.8.5.1. TERNA DE CANDIDATOS. Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial **conformarán la terna de candidatos de que trata el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007**, para la designación del Gerente o Director de dichas entidades, con las personas que sean escogidas mediante concurso de méritos público y abierto, adelantado de conformidad con lo establecido en el presente decreto.

(Artículo 1o del Decreto 800 de 2008)

ARTÍCULO 2.5.3.8.5.2. **PARÁMETROS PARA EL CONCURSO DE MÉRITOS**. Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial determinarán los parámetros necesarios **para la realización del concurso de méritos público y abierto de que trata el artículo anterior**, el cual deberá adelantarse por la respectiva entidad, a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o estas asociadas con entidades especializadas en procesos de selección de personal para cargos de alta gerencia, que se encuentren debidamente acreditadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

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

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

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

(Artículo 2o del Decreto 800 de 2008)

ARTÍCULO 2.5.3.8.5.3. PRUEBAS. En **el concurso de méritos público y abierto** deberán aplicarse pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos y las aptitudes, que permitan determinar que el aspirante es idóneo para el desempeño del cargo.

(Artículo 3o del Decreto 800 de 2008)

ARTÍCULO 2.5.3.8.5.4. DESIGNACIÓN. 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 continúe con el segundo y de no ser posible la designación de este, con el tercero.

²⁷ Sección 5, Sustituida por el Art. 1 del Decreto 1427 de 2016, como se verá más adelante. El texto en sombreado gris corresponde al texto original del Decreto 780 de 2016.



(Artículo 4o del Decreto 800 de 2008 modificado por el artículo 12 del Decreto 2993 de 2011)

ARTÍCULO 2.5.3.8.5.5. PRINCIPIOS DEL CONCURSO. El concurso de mérito público y abierto que se adelante en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1122 de 2007 y el presente decreto, se efectuará bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad y bajo los estándares mínimos que establezca el Departamento Administrativo de la Función Pública, quien prestará la asesoría que sea necesaria.

(Artículo 5o del Decreto 800 de 2008)

ARTÍCULO 2.5.3.8.5.6. CAMBIO DE NATURALEZA DEL CARGO. El proceso público abierto para la conformación de la lista de aspirantes a las ternas no implica el cambio de la naturaleza jurídica del cargo a proveer.

(Artículo 6o del Decreto 800 de 2008)

ARTÍCULO 2.5.3.8.5.7. IVC. Los organismos de inspección, vigilancia y control, dentro del ámbito de sus competencias, verificarán el cumplimiento de las disposiciones del presente decreto.

(Artículo 8o del Decreto 800 de 2008)

SECCIÓN 6²⁸.

REELECCIÓN POR EVALUACIÓN.

ARTÍCULO 2.5.3.8.6.1. REELECCIÓN POR EVALUACIÓN DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL ORDEN TERRITORIAL. Para efectos de lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, la evaluación que tendrá en cuenta la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado para proponer la reelección del gerente será la última que se haya realizado al cumplimiento del plan de gestión durante el período para el cual fue nombrado, siempre que la misma sea satisfactoria y se encuentre en firme.

(Artículo 1o del Decreto 52 de 2016)

ARTÍCULO 2.5.3.8.6.2. PLAZOS PARA LA REELECCIÓN POR EVALUACIÓN DEL GERENTE DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL NIVEL TERRITORIAL. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes del inicio del período del respectivo gobernador o alcalde, la Junta Directiva, si así lo decide, deberá proponer al nominador la reelección, lo cual deberá constar en el acta de la sesión correspondiente, que deberá remitirse junto con la última evaluación del plan de gestión, la cual deberá ser satisfactoria y estar en firme y corresponder al período para el cual fue nombrado.

El jefe de la entidad territorial, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, deberá decidir si acepta o niega la reelección. En caso de aceptar, el nominador dentro de los quince (15) días calendario siguientes, deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya sido reelegido y en caso de negarla, deberá solicitar a la Junta Directiva que proceda a convocar el respectivo concurso de méritos.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para el periodo 2016-2020 se deberá adelantar el anterior trámite, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al 15 de enero de 2016.

(Artículo 2 del Decreto 52 de 2016)

En la evolución normativa, se expide la **Ley 1797 de 13 de julio de 2016** “Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de

²⁸ Sustituido por el Decreto 1427 de 2016. La transcripción corresponde al texto original del Decreto 780 de 2016.



Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 20 prevé el asunto que se analiza en el *sub judice*, atinente a la designación de los gerentes, al contemplar:

“Artículo 20. Nombramiento de gerentes o directores de las empresas sociales del estado. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial. En el nivel nacional los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República. Corresponderá al Presidente de la República, a los Gobernadores y los Alcaldes, dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, adelantar los nombramientos regulados en el presente artículo, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados para periodos institucionales de cuatro (4) años, el cual empezará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del Presidente de la República, del Gobernador o del Alcalde. Dentro de dicho periodo, solo podrán ser retirados del cargo con fundamento en una evaluación insatisfactoria del plan de gestión, evaluación que se realizará en los términos establecidos en la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.

Parágrafo transitorio. Para el caso de los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado que a la entrada en vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos²⁹, continuarán ejerciendo el cargo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos.

Los procesos de concurso que al momento de entrada en vigencia de la presente ley, se encuentren en etapa de convocatoria abierta o en cualquiera de las etapas subsiguientes continuarán hasta su culminación y el nombramiento del Gerente o Director recaerá en el Integrante de la terna que haya obtenido el primer lugar, el nominador deberá proceder al nombramiento en los términos del artículo 72 de la Ley 1438 de 2011. En el evento que el concurso culmine con la declaratoria de desierto o no se integre la terna, el nombramiento se efectuará en los términos señalados en el primer inciso del presente artículo.

Del mismo modo, en los casos en que la entrada en vigencia de la presente ley, no se presente ninguna de las situaciones referidas en el inciso anterior, el jefe de la respectiva Entidad Territorial o el Presidente de la República procederá al nombramiento de los Gerentes o Directores dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, en los términos señalados en el presente artículo.”.

Del mencionado artículo, la Sala se extracta con facilidad, los siguientes derroteros:

Legitimados para nombrar: Presidente, Gobernador o Alcalde, según el nivel territorial de que se trate.

Período para la designación: dentro de los tres (3) primeros meses siguientes a la posesión del nominador.

²⁹ Más adelante se verá que la “reelección por reevaluación” contenida en el decreto compilatorio 780 de 2016 fue sustituida por el Decreto 1427 de 2016, reglamentario de la Ley en cita 1797 de 2016.



Presupuestos previos: el nominador debe (i) realizar la verificación previa del cumplimiento de los requisitos del cargo que se establecen en las normas correspondientes y (ii) la evaluación de las competencias.

Período del cargo: es institucional por cuatro (4) años.

Límites del período del cargo: desde la posesión hasta tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del nominador (Presidente, Gobernador o Alcalde).

Causales de retiro del cargo: (i) por evaluación insatisfactoria del plan de gestión, evaluación que se realizará en los términos establecidos en la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias; (ii) por destitución o (iii) por orden judicial.

La Corte Constitucional, en sentencia C-046 de 23 de mayo de 2018³⁰, declaró exequible el artículo en cita, a partir de dos demandas que acusaban la norma de infringir, en forma principal, el artículo 125 Superior, al haber retirado de la designación del gerente, la norma que ordenaba provisionar el cargo mediante concurso de méritos, generadora de dos grandes censuras de violación, a saber: (i) el principio del mérito, comoquiera que al ser retirado, la designación depende de criterios subjetivos y nocivos como el favorecimiento político; y (ii) se acusa de vulnerar el principio de progresividad de los derechos sociales, atinente a lo que toca con el empleo público, dado que al retirar la meritocracia se adopta, sin justificación, una norma menos eficaz que la anterior respecto al principio del mérito.

Al respecto explicó la evolución histórica de la forma de provisión del cargo gerencial y encuadró en un tercer momento el relativo al artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, frente al cual indicó:

“De conformidad con lo anterior, la Sala constata que en el régimen vigente: (i) **se suprimieron el concurso de méritos y la actuación de la Junta Directiva de la entidad para la conformación de una terna**; (ii) se mantuvieron el periodo institucional de cuatro años y las causales de remoción con fundamento en la evaluación del programa de gestión; y (iii) se reintrodujo explícitamente la causal de remoción del cargo con fundamento en las faltas disciplinarias, además de añadir la orden judicial como motivo adicional. Igualmente, se determinó un régimen de transición que respeta: (a) los periodos de quienes ejercen el cargo para la vigencia de la norma; y (b) los concursos que ya hayan iniciado. Finalmente, se determina que ante el evento de un concurso desierto o ante cualquier otra situación, el nombramiento es el que se dispone de forma general en la norma, es decir, por el Presidente, gobernadores o alcaldes.”

A título de mención, la Sala encuentra que en la sentencia que se informa, se negó la censura de violación del artículo 125 constitucional, dada la existencia

³⁰ Referencia: Expedientes D-11782 y D-11797 acumulados. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 20 (parcial) (D-11782) y contra la totalidad del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 (D-11797) acumulados. Demandante: Diana Fernanda Trujillo Chávez y Nixon Torres Carcano (D-11782) y Sebastián Contreras Vargas (D-11797). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



excepcional de otros métodos de selección para ingresar a la función pública, “... en consecuencia, la carrera es uno de los métodos de selección para los empleos públicos, pero no es el único. La misma norma establece, entre otros, el libre nombramiento y remoción como una de las formas posibles de ejercer cargos en la función pública, como excepción a la carrera administrativa.” Aunado a que dentro de las competencias del legislador está la implementación del sistema de selección pertinente, apropiado y más útil para la provisión del empleo y con mayor motivo cuando se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción y de período, a los que no se les aplica el régimen de carrera administrativa y, por ende, el concurso de méritos dependerá de que para dicho cargo se implemente por parte del legislador.

Descartó que la forma de designación plasmada en el artículo 20 de la Ley 1797 elimine el mérito o someta el nombramiento del cargo a consideraciones meramente subjetivas, porque de todos modos se deben cumplir requisitos, el perfil y la experiencia exigidas, frente a las cuales el legislador también tiene la potestad normativa, similar a como lo hace para los concursos “*por ejemplo, se puede establecer que para acceder a un cargo de libre nombramiento y remoción se requieran cinco años de experiencia y una maestría, como también se puede exigir una edad específica o diferentes títulos universitarios o inclusive experiencia profesional particular, como la previa dirección de entidades o instituciones. Esos requisitos fijan un aspecto objetivo, a pesar de que admite otros criterios que, sin lugar a dudas están relacionados con determinaciones subjetivas del nominador, que responden a la confianza, y a la coordinación y coincidencia ideológica en la gestión pública con la cual se debe ejercer el cargo, lo que repercute en la continuidad del servicio y su buena prestación.*”

Explicó que el artículo 20 es claro y contundente en exigir para la designación del gerente, dos **presupuestos o condiciones objetivas** como lo son la “(i) la previa verificación de los requisitos establecidos para el cargo; y (ii) la evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública”. Sin desconocer que esté provisto de aspectos subjetivos “...sin embargo, tal determinación, en razón a la naturaleza del cargo y a los criterios verificados ut supra es constitucionalmente admisible.”

Y agregó, la siguiente alusión a la competencia de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo al indicar lo siguiente: “...el nombramiento de un funcionario con infracción de las normas en que debería fundarse, de forma irregular o con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió puede controlarse mediante el medio de nulidad y restablecimiento del derecho contemplado en el CPACA. En este sentido, el acceso al cargo en cualquiera de las condiciones que habilitan la interposición de tal medio de control son situaciones en las cuales, en concreto, se desconocería por completo el mérito, el ejercicio de la función pública bajo los principios del artículo 209 de la Constitución, además del principio de legalidad. No obstante, se debe precisar que la filiación política como uno de los criterios para designar un cargo de los excluidos de la carrera administrativa no es una prohibición constitucional y tal característica, en sí misma no hace que una persona que ejerce un cargo no tenga el mérito para hacerlo. Luego, dentro del margen del criterio subjetivo de la designación de un nominador no está vedado que se tenga como uno, mas no el único, de los criterios la filiación política.”





Tampoco le fue de recibo la censura de violación del mandato de no regresividad en la provisión de cargos por el cambio del procedimiento de designación de uno garantista de derechos fundamentales de igualdad y oposición a tratos discriminatorios por uno subjetivo, en lo que concluyó su improsperidad como quiera que *“el principio de progresividad no es aplicable a este asunto desde ninguna de las perspectivas alegadas, pues: (i) el primer alegato se sustenta en la evaluación de la efectividad del principio de mérito y la Corte solo puede estudiar la validez de las normas, luego ese entendimiento de la aplicabilidad del principio de progresividad no es procedente. Es claro que el control constitucional es un análisis de validez de las normas de inferior jerarquía respecto de las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad y la Carta Superior, así bajo ninguna circunstancia puede entenderse como un mecanismo para evaluar la eficacia de la ley. (ii) El segundo alegato desconoce que la norma acusada otorga una competencia pero no regula un derecho social (el acceso al cargo público por el mérito) ni, por lo tanto, la faceta prestacional del derecho al trabajo.”*

La Corte Constitucional, en la sentencia en precedencia, aludió a que la **Ley 1797 de 13 de julio de 2016** suprimió el concurso de méritos, el cual históricamente y en regulaciones anteriores se había implementado como mecanismo previo a la designación del gerente de la E.S.E., abolición que como se dejó claro, avaló en la sentencia C-046 de 2018. La ley en cita fue reglamentada parcialmente por el **Decreto 1427 de 1° de septiembre de 2016** *“por medio del cual se reglamenta el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y se sustituyen las secciones 5 y 6 del Capítulo 8 del Título 3 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”*.

En sus considerados, el Decreto 1427, deja claro en forma expresa que **sustituye** las secciones 5 y 6 del capítulo 8 del título 3, parte 5, libro 2 **del Decreto 780 de 2016**, referentes al nombramiento y reelección de gerentes de las ESE, dentro del marco de la Ley 1797 de 2016, concretamente en su artículo 20, por lo que considera necesario señalar el procedimiento para la evaluación de las competencias de los aspirantes a ocupar el cargo de gerente de dichas empresas y, sin mencionar los presupuestos para la reelección, supresión en la mención a lo que respondió su reglamentario 1427 de 2016 al sustituir la norma que sobre la modalidad de revaluación contenía el Decreto 780 citado en precedencia y como se ilustra a continuación de la literalidad que se cita a continuación:

“ARTÍCULO 1. Objeto. Sustitúyanse las secciones 5 y 6 del Capítulo 8 Título 3 Parte 5 Libro 2 del **Decreto 780 de 2016**, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, así:

"SECCIÓN 5 NOMBRAMIENTO DE GERENTES DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

ARTÍCULO 2.5.3.8.5.1. Evaluación de competencias. Corresponde al Presidente de la República, a los gobernadores y a los alcaldes como autoridades nominadoras del orden nacional, departamental y municipal, respectivamente, **evaluar, a través de pruebas escritas, las competencias señaladas por el Departamento**



Administrativo de la Función Pública, para ocupar el empleo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado.

(...)

ARTÍCULO 2.5.3.8.5.3. Evaluación de las competencias para ocupar el empleo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial. Las competencias del aspirante o aspirantes a ocupar el cargo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado del orden departamental, distrital o municipal, señaladas por el Departamento Administrativo de la Función Pública, **serán evaluadas por el gobernador o el alcalde, de lo cual se dejará evidencia.**

ARTÍCULO 2.5.3.8.5.4. Apoyo de la Función Pública en la evaluación de competencias. El Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP adelantará de manera gratuita, **cuando el respectivo nominador así se lo solicite, la evaluación de las competencias del aspirante o aspirantes a ocupar el cargo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado del nivel departamental, distrital o municipal.**

Cuando la Función Pública adelante **el proceso de evaluación de las competencias indicará al gobernador o alcalde si el aspirante cumple o no con las competencias requeridas y dejará evidencia en el respectivo informe.**

ARTÍCULO 2.5.3.8.5.5. Nombramiento. El nombramiento del gerente o director de la Empresa Social del Estado del orden nacional, departamental o municipal, recaerá **en quien acredite los requisitos exigidos para el desempeño del cargo y demuestre las competencias requeridas.**

(...)

ARTÍCULO 2. Vigencia y derogatoria. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y sustituye las secciones 5 y 6 del Capítulo 8 del Título 3 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, hasta que culminen las situaciones administrativas a que hace referencia el artículo transitorio de este acto.”.

En este punto la Sala encuentra que al hablar la norma de sustitución de la norma, se entra en la llamada **subrogación de la ley** concebida como el reemplazo de un contenido regulatorio, lo cual resulta acorde con el decreto 780 (subrogado), comoquiera que tuvo propósitos compiladores y no de creación dispositiva, suavizando así el tránsito de la regulación e incluso permitiendo que apertes de aquella regulación pervivan.

En efecto, “...es entendida como el acto de sustituir una norma por otra. No se trata de una derogación simple, como quiera que antes que abolir o anular una disposición del sistema normativo establecido, lo que hace es poner un texto normativo en lugar de otro. Como resultado de la subrogación, las normas jurídicas preexistentes y afectadas con la medida pueden en parte ser derogadas, modificadas y en parte sustituidas por otras nuevas; pero también la subrogación puede incluir la reproducción de apertes normativas provenientes del texto legal que se subroga.” (C-502/12³¹).

³¹ Sentencia de 4 de julio de 2012. Expediente D-8888. Actor: Sandro Giovanni Romero. M. P. Adriana María Guillén Arango.



Dentro del marco expuesto, la Sección Quinta evidencia que normativamente hay un antes y un después de la entrada en vigencia de la Ley 1797 de 2016 y de su reglamentario 1427 del mismo año, que suprimió el concurso de méritos como en el pasado se previó, cambio que avizoró y se validó con la sentencia C-046 de 23 de mayo de 2018, por si se dudaba que al haber suprimido el concurso de méritos se incurría en violación del mandato constitucional 125 y que la Corte zanjó al declarar exequible la norma contenida en el artículo 20 de la Ley en cita.

Así las cosas, empalmado ambas normas actuales aplicables al caso que se analiza, se condensan los siguientes supuestos que deben acompañar la designación del referido gerente en el nivel territorial:

1. **Período del cargo:** es institucional de cuatro años, que se cuenta desde la posesión hasta tres (3) meses después del inicio del período –también institucional- del nominador (art. 20 Ley 1797/16).

2. **Titularidad de la función nominadora:** el nombramiento corresponde al gobernador o alcalde, en calidad de jefe de la respectiva entidad territorial (art. 20 Ley 1797/16).

3. **Plazo para efectuar el nombramiento:** dentro de los tres (3) meses siguientes a que se posesionen (art. 20 Ley 1797/16). Y que en forma temporal y excepcional fue extendido en 30 días hábiles más, conforme lo facultó la norma dictada dentro del estado de excepción por la pandemia Covid 19 y la necesidad de confinarse y distanciarse socialmente, en aras de proteger la vida y la salud de las personas, ante el contagio exponencial y las consecuencias mortales causadas por este (Decreto Legislativo 491 de 2020).

4. **Requisitos que el nominador debe observar respecto de los aspirantes al cargo:** son principalmente dos, (i) verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y (ii) evaluar las competencias (art. 20 Ley 1797/16).

5. **Evaluación de competencias:** la realiza el nominador (gobernador o alcalde), a través de pruebas escritas, de lo cual dejará evidencia o soporte. Las competencias son las señaladas por el DAFP para ocupar el cargo de gerente (arts. 2.5.3.8.5.1 y 2.5.3.8.5.3 Dec. 1427/16).

6. **Funciones del DAFP:** además de señalar las competencias propias del cargo, se le asignó el apoyo en la evaluación de competencias, que pende de las siguientes características (i) gratuidad y (ii) solicitud de apoyo por parte del nominador respectivo. Esto descarta que dicho Departamento lo haga de oficio o sea una competencia impositiva o de deber para el nominador, quedando a discrecionalidad y potestad de este hacer la petición correspondiente (art. 2.5.3.8.5.4. Dec. 1427/16). Aclara la misma norma que cuando el DAFP sea convocado a prestar el apoyo en la evaluación debe indicar al nominador (gobernador o alcalde) si el aspirante cumple o no con las competencias requeridas y también debe dejar soporte de ello (inc. 2 *ejusdem*).





7. **Nombramiento:** el gerente o director de la ESE recae en quien acredite los requisitos exigidos para el desempeño del cargo y demuestre las competencias requeridas. (art. 2.5.3.8.5.5. Dec. 1427/16).

8. **Causales de retiro:** (i) evaluación insatisfactoria del plan de gestión, evaluación que se realizará en los términos establecidos en la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, (ii) por destitución o (iii) por orden judicial (art. 20 Ley 1797/16).

Dentro de ese contexto, lo cierto es que la Ley 1797 de 2016 no aludió a la figura de la reelección, salvo en un aparte que el parágrafo transitorio del artículo 20, en los siguientes términos de: *“Para el caso de los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado que a la entrada en vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o **reelegidos**, continuarán ejerciendo el cargo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o **reelegidos**.”* Lo cierto es que no trajo regulación expresa sobre la misma, lo que en gracia de discusión podría llevar al intérprete o lector a entender que el silencio permitiría traer del pasado todas aquellas normas que contengan la reglamentación de la figura de la reelección del gerente, de no ser porque tal elucubración es despejada por el Decreto 1427 de 2016, que como se indicó consideraciones atrás, respetó el alcance de la Ley reglamentada 1797 de la misma anualidad, en la que el legislador dejó de lado y no incluyó la consagración de presupuestos para la reelección y, por contera, sustituyó las normas mencionadas sobre el tema de la reelección por revaluación en otro decreto, el número 780 de 2016.

En efecto, como quedó visto, este último decreto mencionado subrogó toda la Sección Sexta del Decreto compilador 780 de 2016, en el que precisamente en los artículos 2.5.3.8.6.1. y siguientes se contemplaba la reglamentación sobre la reelección por evaluación de los gerentes, con fundamento en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 y con referencia al artículo 1° del Decreto 052 de 2016, como se advierte de la literalidad del texto original que se reitera:

“REELECCIÓN POR EVALUACIÓN.

ARTÍCULO 2.5.3.8.6.1. REELECCIÓN POR EVALUACIÓN DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL ORDEN TERRITORIAL. Para efectos de lo previsto en el **artículo 28 de la Ley 1122 de 2007**, la evaluación que tendrá en cuenta la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado para proponer la reelección del gerente será la última que se haya realizado al cumplimiento del plan de gestión durante el período para el cual fue nombrado, siempre que la misma sea satisfactoria y se encuentre en firme. **(Artículo 1°³² del Decreto 52 de enero de 2016).**”

³² “Artículo 1. Reelección por evaluación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial. Para efectos de lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, la evaluación que tendrá en cuenta la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado para proponer la reelección del gerente será la última que se haya realizado al cumplimiento del plan de gestión durante el período para el cual fue nombrado, siempre que la misma sea satisfactoria y se encuentre en firme.”



No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional³³ han indicado que el derecho constitucional a ser elegido y hacer parte del poder político o público, previsto en el artículo 40 Superior, y en el que claro está se incluyen las designaciones en todas sus modalidades, en el caso de la figura de la reelección solo puede ser restringido mediante la prohibición expresa. Así en fallo de la Sección Quinta de 29 de octubre de 2012³⁴, se indicó que esta no se sobreentiende, comoquiera que la regulación debe suprimirla *“bien sea prohibiéndola en forma absoluta, o también prohibiéndola de forma relativa con fórmulas como que no procede la reelección para el período inmediatamente siguiente o que únicamente procede por una sola vez”*.

La Sala considera que haciendo una interpretación armónica con la supresión expresa del mecanismo del concurso de méritos para la provisión del cargo de gerente, en principio, puede considerarse que la viabilidad de la reelección, será posible con el allanamiento que se tenga de los presupuestos y requisitos previstos en la regulación de la Ley 1797 y el Decreto 1427 ambos de 2016, aplicables al caso *sub judice*, en tanto el nombramiento que se discute data de **mayo de 2020**.

Por lo anterior, no puede traerse al caso la aplicación de la Ley 1122 de 2011 y normas análogas, comoquiera que en el recuento de la evolución normativa posibilitaba dos métodos de reelección, a saber: o bien por evaluación o bien por concurso de méritos, pero ambas figuras fueron subrogadas por las normas del año 2016 mencionadas. Ello para dar alcance a que la Ley 1122 sí puede estar vigente, pero para las materias en las que no ha habido derogación, subrogación o modificación con normas posteriores.

Dejando claro este panorama, se pasa a aplicar lo visto al caso concreto, a partir de las censuras propuestas por la parte actora y dentro del límite que el recurso de apelación y su carga argumentativa le dan al Consejo de Estado como juez *ad quem*.

2.6. La aplicación de lo indicado en precedencia al caso concreto

Se recuerda que en la alzada, el recurrente aseveró que se trató de una reelección que según él, se rige por la Ley 1122 de 2007 porque la Ley 1797 de 2016 no reguló nada de esta forma de provisión del cargo de gerente, por lo que insistió en que se requería que la junta directiva del ente la hubiera propuesto al nominador.

Al respecto, la Sección Quinta encuentra que aunado a lo antes explicado sobre la regulación que rige este asunto, circunscrita en materia de reelección a la Ley 1797 y el Decreto 1427, ambos de la misma anualidad 2016, fueron subrogadas

³³ Sobre tema análogo mas no exacto, aunque aplicable en sus generalidades véase C.267 de 1995.

³⁴ Radicado 25000-23-24-000-2011-00755-01. Actor: Aldemar Guarnizo García. Demandado: Rector Universidad de Cundinamarca. M.P. Alberto Yepes Barreiro.



en sus modalidades, a saber: (i) por concurso de méritos y (ii) por evaluación, por lo cual para esta Magistratura el silencio de la Ley 1797 de 2016 de traer de nuevo esta clase de figura y la sustitución de la figura contemplada en el decreto 780 de 2016 por el reglamentario 1427 de aquella, normativa, a diferencia de lo que indica el apelante, lo que permite es poner en evidencia la inaplicabilidad de normas anteriores como la Ley 1122 de 2007 o el Decreto 052 de enero de 2016, en un tema cuya subrogación fue específica mediante normas posteriores, aunado a que la Ley 1438 de 2011 -también citada por el apelante- no trae en su contenido regulación alguna sobre la reelección. Aunado a que la estructura sustancial del concurso de méritos, las ternas y la modalidad de reelección por reevaluación de la regulación pasada resultaría incompatible con la Ley 1797 de 2016 y de su reglamentario, de ahí la necesidad de sustitución de los contenidos normativos de antaño.

Ahora bien, sobre la invocación del concepto 2088 de 2 de febrero de 2012 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado fue dictado dentro del panorama normativo vigente para el año 2012, es decir bajo la regencia de la Ley 1122 de 2007, no siendo predicable de las situaciones acontecidas posteriormente y conforme a otras regulaciones, como acontece en este caso en el que el acto que se juzga es de mayo 2020.

Dentro de ese contexto, al adentrarse en el contenido del acto demandado, esto es el Decreto 000455 de 8 de mayo de 2020, se advierte que en sus considerandos y en la resolutive aludió al nombramiento, enfocándose en soportes normativos como el **artículo 20 de la Ley 1797 de 13 de julio de 2016**, que las secciones 5 y 6 del Decreto 780 de 2016 fueron sustituidas por el **Decreto 1427 de 2016**, reglamentario de la Ley precitada, dando aplicación a la **Resolución 680 de 2 de septiembre de 2016 del DAFP** y a la Resolución departamental 000281 de 22 de abril de 2020, mediante la cual el gobernador de Norte de Santander dispuso conformar un órgano técnico con varias autoridades seccionales, para verificar los requisitos de formación académica y experiencia profesional previstos para el cargo en el **Decreto 785 de 2005**³⁵, conforme al nivel de complejidad de la ESE y en cuyo artículo 22 establece:

“Artículo 22. Requisitos para el ejercicio de los empleos que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud.³⁶ Para el desempeño de los empleos correspondientes al sistema de seguridad social en salud a que se refiere el presente decreto, se deberán acreditar los siguientes requisitos:

Para el ejercicio de los empleos de Director de Hospital (Código 065) y de Gerente de Empresa Social del Estado (código 085) de carácter departamental o municipal que pertenezcan al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se exigirán los siguientes requisitos:

³⁵ “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004 de 2004.”

³⁶ Conforme a la naturaleza jurídica de la entidad hospitalaria, nivel de complejidad y categoría del municipio, las funciones del cargo corresponden a las contempladas en el numeral 22.3.1. del artículo 22 del Decreto 785 de 2005.





22.3. Director de Hospital y Gerente de Empresa Social del Estado de primer nivel de atención. Para el desempeño del cargo de Gerente de una Empresa Social del Estado o de Director de Institución Prestadora de Servicios de Salud, del primer nivel de atención, se exigirán los siguientes requisitos, establecidos de acuerdo con la categorización de los departamentos y municipios regulada por la Ley 617 de 2000 y demás normas que la modifiquen o adicionen:

22.3.1. Para la categoría especial y primera se exigirá como requisitos, título profesional en áreas de la salud, económicas, administrativas o jurídicas; título de posgrado en salud pública, administración o gerencia hospitalaria, administración en salud; y experiencia profesional de dos (2) años en el sector salud.

22.3.2. Para la categoría segunda se exigirá como requisitos, título profesional en áreas de la salud, económicas, administrativas o jurídicas; título de posgrado en salud pública, administración o gerencia hospitalaria, administración en salud; y experiencia profesional de un (1) año en el sector salud.

22.3.3. Para las categorías tercera, cuarta, quinta y sexta se exigirá como requisitos, título profesional en el área de la salud y experiencia profesional de un (1) año, en el sector salud.

En ese marco normativo desarrollado por el acto enjuiciado, la **Resolución 680 de 2 de septiembre de 2016**, “por la cual se señalan las competencias que se deben demostrar para ocupar el empleo de gerente o director de las Empresas Sociales del Estado”, el DAFP invocó como soporte los lineamientos previstos en los tantas veces mencionados artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y el Decreto 1427 de 2016, a fin de determinar el procedimiento para la evaluación de las competencias y conductas de los aspirantes a ocupar el empleo de director o gerente de las ESE (art. 1 objeto y campo de aplicación) y frente a lo cual dispuso que los candidatos deben acreditar las competencias para el cargo, entendidas estas como las capacidades de la persona para desempeñar las funciones inherentes al empleo, a partir de los siguientes ítems: (i) conocimientos, (ii) destrezas, (iii) habilidades, (iv) valores, (v) actitudes y (vi) aptitudes. Así mismo, concibió la conducta asociada como la manifestación verbal, escrita o actitudinal de una persona respecto de una situación real o virtual que se le exponga. (art. 2 definiciones), conforme lo previsto en el Decreto 785 de 2005.

En la literalidad indicó que dentro de esos dos grandes rubros, son las siguientes las que conforme a la regulación el nominador debe verificar previo a realizar el nombramiento gerencial y que la norma superior impone que debe dejar evidencia o soporte:

“ARTÍCULO 3°. Competencias y Conductas Asociadas. Las competencias y conductas asociadas que se evaluarán al candidato o candidatos que aspiren a acceder al empleo de gerente o director de las Empresas Sociales del Estado, son las siguientes:

COMPETENCIA	CONDUCTAS ASOCIADAS
1. Compromiso con el servicio público	Da respuesta oportuna a las necesidades de los usuarios y ciudadanos de conformidad con el servicio que ofrece la entidad.
	Establece mecanismos para conocer las necesidades e inquietudes de los ciudadanos
	Orienta a los ciudadanos de modo que puedan realizar sus trámites minimizando esfuerzos y
Desempeñarse de	





COMPETENCIA	CONDUCTAS ASOCIADAS
<p>acuerdo con el marco de valores, misión y objetivos de la organización y de su grupo de trabajo.</p>	tiempos.
	Diseña estrategias para responder a las necesidades e inquietudes del ciudadano y del usuario.
	Incorpora las necesidades de usuarios y ciudadanos en los proyectos institucionales teniendo en cuenta la visión de servicio a corto, mediano v largo plazo.
<p>2. Orientación a los Resultados:</p> <p>Cumplir los compromisos organizacionales con eficiencia y calidad</p>	Se fija metas y obtiene los resultados institucionales esperados.
	Cumple con oportunidad las funciones de acuerdo a estándares, objetivos y metas establecidas por la entidad.
	Obtiene los resultados esperados de acuerdo con las metas y objetivos institucionales, identificando riesgos y buscando la manera de superarlos.
	Compromete recursos y tiempo para mejorar la productividad y toma de medidas necesarias para minimizar los riesgos.
<p>3. Manejo de las Relaciones Interpersonales</p> <p>Establecer y mantener relaciones profesionales cordiales, armónicas, y respetuosas que faciliten el buen desempeño institucional y favorezcan el clima organizacional.</p>	Escucha con interés y respeto las inquietudes de sus compañeros de trabajo, usuarios y ciudadanos.
	Respeto las diferencias y la diversidad de las personas.
	Establece relaciones laborales basadas en el respeto mutuo y la confianza.
	Transmite eficazmente las ideas e información impidiendo con ello malos entendidos o situaciones confusas que puedan generar conflictos.
<p>4. Planeación:</p> <p>Capacidad para reflexionar estratégicamente, generar ideas acerca de cómo la organización puede crear el máximo valor y determinar metas y prioridades de la organización</p>	Identifica, analiza y evalúa dificultades potenciales que pueden presentarse en el desarrollo de la gestión integral en salud.
	Analiza la prestación de servicios de salud con enfoque en los determinantes sociales de la salud en el territorio.
	Interpreta adecuadamente los objetivos de la de la organización y plantea la formulación de planes y acciones de desarrollo de servicios.
	Evalúa los resultados alcanzados, las estrategias planeadas y su impacto, con el fin de establecer mejoramiento continuo y aprendizaje.
<p>5. Manejo eficaz y eficiente de recursos.</p> <p>Capacidad para</p>	Orienta la aplicación de recursos a la atención integral de las necesidades de insumos que propicien una eficiente prestación de servicios.
	Monitorea y evalúa los resultados de la aplicación de recursos y promueve la ejecución de correctivos.





COMPETENCIA	CONDUCTAS ASOCIADAS
administrar bienes y recursos materiales con criterios de eficacia y eficiencia	Rinde informes y cuentas del manejo, gestión y aplicación de la prestación efectiva de servicios mejorando las condiciones de los usuarios. Crea e implementa mecanismos de coordinación, seguimiento y evaluación de prestación de servicios de salud.

ARTÍCULO 4°. Asesoría. El Departamento Administrativo de la Función Pública brindará la asesoría que las entidades del orden nacional y territorial requieran para la implementación de la presente resolución.”.

Ahora bien, dentro del acervo probatorio reposan documentos que resultan ilustrativos y fiel reflejo de lo acontecido dentro de la etapa previa al nombramiento, la Sala hace referencia a:

2.6.1. **Constancia de 3 de marzo de 2020³⁷** expedida por el Instituto Departamental de Salud en compañía de la Gobernación del departamento, en el que se indica que el hoy accionado Jairo Pinzón López, quien se encuentra vinculado a la E.S.E. Hospital Emiro Quintero Cañizares, desde el 24 de junio de 2016, en el cargo de Gerente, Código 85, Grado 33, nombrado mediante decreto N° 001034 de 24 de junio de 2016 “cumple con la experiencia profesional en el sector salud” y procede a relacionar las funciones correspondientes a su cargo.

2.6.2. **Test Wartegg** rendido por el accionado³⁸ el 29 de abril de 2021 y la **interpretación general³⁹ realizada por la sicóloga Ruth Yaneth Vargas Téllez.**

En el concepto de la profesional se indicó que el propósito del test realizado al señor Pinzón López el 29 de abril de 2020, tuvo como propósito conocer las características de la personalidad, las capacidades conceptual, laboral y de interrelación en el cargo y en la empresa y el grado para afrontar el estrés.

Dentro del análisis por parte de la sicóloga de los ítems relacionados con las siguientes áreas: personal (campo 1), relaciones interpersonales (campo 2 y 7), objetivos y de energía vital (cuadro 3 y 5), intelectual (campo 6); norma y valores (aceptación e identificación de lo social – campo 8), la profesional concluyó: “*Por lo anterior luego de realizada la valoración del test proyectivo Wartegg para la verificación del cumplimiento de las competencias y conductas asociadas del candidato, se conceptúa que **CUMPLE** con las competencias señaladas en la Resolución 680 del 2 de septiembre de 2016 expedida por el DAFP*”.

2.6.3. **Respuesta de 30 de septiembre de 2020⁴⁰ de la ESE Hospital Emiro Quintero Cañizares al requerimiento probatorio J-0894 realizado por el a quo el 24 de septiembre de 2020:** en la que informa sobre las evaluaciones efectuadas al señor Pinzón López, para lo cual adjuntó (i) el acta N° 002 de 28 de abril de 2020, en la que la junta directiva del ente de salud presentó el proyecto de

³⁷ Véase Índice Samai 12, fols, 20 a 23.

³⁸ Véase Índice Samai 12, fol. 23.

³⁹ Véase Índice Samai 12, fols. 24 y 25.

⁴⁰ Véase índice Samai 20, fols. 2 a 3.





acuerdo N° 002/2020, el resultado de la sumatoria de las calificaciones ponderadas del Plan de Gestión de la E.S.E., correspondiente a la vigencia 2019, en el que se exponen los criterios de evaluación, con resultados detallados y calificación final sobre el gerente y (ii) el anexo del acuerdo N° 002 ya referido, en el que se lee la información expuesta y en donde se da evidencia de que en el cumplimiento en la ejecución del Plan de Gestión dio como resultado el 70%, lo que conlleva a que la calificación sea satisfactoria.

En efecto, el **Acta N° 002 de 28 de abril de 2020**⁴¹ de la Junta Directiva de la entidad hospitalaria, da cuenta de los asistentes y de la presentación del proyecto de Acuerdo precitado expedido en esta misma fecha, con el título de *“Por medio del cual la Junta Directiva de la ESE Hospital Emiro Quintero Cañizares – Ocaña hace constar el resultado de la sumatoria de las calificaciones ponderadas del Plan de Gestión del Gerente de la Empresa Social del Estado correspondiente a la vigencia del año 2019”*.

Se relata que por la situación de la pandemia COVID-19, la reunión es no presencial en la sede de la E.S.E. sino virtual⁴², cuyo objeto es adelantar la evaluación del Plan de Gestión Gerencia, presentada por el Director Pinzón López, correspondiente al período 2019, en los términos establecidos en la Ley 1438 de 2011 y sus normas reglamentarias.

Indicó que el informe del evaluado debe contener los logros de los indicadores de gestión, resultados y cumplimiento de la E.S.E., conforme lo aprobado por la junta directiva y que para el presente caso se tomó el informe de gestión presentado con corte 31 de diciembre de 2019 y de acuerdo con la matriz de calificación del anexo técnico N° 4 de la Resolución 210 de 2012, modificada por la Resolución 408 de 2018.

La conclusión a la que se arribó sobre la gestión del gerente Pinzón López, en el período comprendido entre 1 de enero a 31 de diciembre de 2019, fue la siguiente: *“Que conforme a la escala de resultados contenida en el anexo técnico N° 4 de la Resolución 710 de 2012 modificada por la Resolución 408 de 2018, la sumatoria de las calificaciones ponderadas da como resultado un puntaje total de **CUATRO CUARENTA Y NUEVE (4.49)**, resultado este que al ser revisado frente al Anexo N° 5 de la misma Resolución N° 710 muestra un cumplimiento en la ejecución del Plan de Gestión superior al 70% que se traduce en una **calificación satisfactoria**”* (Destacados fuera de texto).

Los resultados individuales que fueron evaluados respecto al desempeño del accionado, a través de los llamados indicadores:

- Indicador 1. Auto evaluación en condiciones de acreditación, sin observaciones a 31 de diciembre de 2019, indicador 2 sobre la efectividad en la auditoría para el mejoramiento continuo de la calidad de la atención en

⁴¹ Véase índice Samai 20, fols. 4 a 8.

⁴² Para lo cual invoca el Decreto Legislativo dictado durante el estado de emergencia 491 de 2020 (art. 12). Con apoyo en la Ley 1341 de 2009 (art. 6).





salud e indicador 3 de la gestión de ejecución del plan de desarrollo institucional, cada uno con calificación de 5. Resultado ponderado de cada uno de 0.25.

- Indicador 4 atinente al riesgo fiscal y financiero, “calificada sin riesgo financiero, el puntaje se redistribuye”, indicador 5 sobre la evolución del gasto por UVR, sin observaciones, la calificación es de 3, con resultado ponderado de 0,1714.

- Indicador 6 referente a la proporción de medicamentos y material médico quirúrgico adquiridos mediante mecanismo de compras conjuntas, a través de cooperativas de ESE y/o mecanismos electrónicos. La calificación a 31 de diciembre de 2019 es de 0, con resultado ponderado de 0.

- Indicador 7 sobre el monto de la deuda superior a 30 días por concepto de salario del personal de planta y por concepto de contratación de servicios, y variación del monto frente a la vigencia anterior e indicador 8 relativa a la utilización de información de registro individual de prestaciones RIPS, la calificación de cada uno es de 5, con resultado ponderado individual de 0,2857.

- Indicador 9 referente al resultado del equilibrio presupuestal con recaudo, con calificación de 3 y resultado ponderado de (0,1714).

- Indicador 10 en cuanto a la oportunidad en la entrega del reporte de información en cumplimiento de la circular única expedida por la SuperSalud o la norma sustituta e indicador 11 también de oportunidad del mismo reporte pero frente al decreto 2193 de 2004 u homóloga, la calificación es de 5 y resultado ponderado de 0,2857.

- Indicador 12 sobre la evaluación de aplicación de guía de manejo específico: hemorragias de III trimestre y trastornos hipertensivos en la gestación, con calificación de 5 y ponderado de 0,35.

- Indicadores 13 referente a la aplicación guía de manejo en primera causa de egreso hospitalario o de morbilidad atendida; 14 de la oportunidad en la realización de apendicetomía; 15 sobre pacientes pediátricos con neumonía bronco aspiratoria de origen nosocomial; 16 de oportunidad en la atención de pacientes con IAM y 17 referente al análisis de mortalidad intrahospitalaria, cada indicador con calificación de 5 y resultado ponderado de 0,25 cada uno.

- Indicadores 18 y 19, el primero sobre el tiempo promedio de espera para atención en consulta de pediatría y, el segundo, atinente al promedio de días de espera para la atención de consulta de primera vez de obstetricia, la calificación de cada uno a 31 de diciembre de 2019, es de 5, con un resultado ponderado de 0,15 para cada uno.



- Indicador 20 sobre el promedio de días en espera para la atención de consulta de primera vez de medicina interna, con calificación de 5 y resultado ponderado de 0,1.

Finalmente, el proyecto de acuerdo fue aprobado por unanimidad por parte de la junta directiva.

2.6.4. En concordancia con lo anterior, el precitado **Acuerdo N° 002 de 28 de abril de 2020** “por medio del cual la junta directiva de la ESE Hospital Emiro Quintero Cañizares – Ocaña hace constar el resultado de la sumatoria de las calificaciones ponderadas del Plan de Gestión del Gerente de la Empresa Social del Estado correspondiente a la vigencia del año 2019” y frente al desempeño del accionado, que se expide con fundamento en el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011, sobre la competencia de la referida junta para aprobar el plan de gestión que debía ser ejecutado por el gerente, durante el período para el cual fue designado y que debe ser evaluado y en el artículo 74 *ejusdem* referente al deber de dicho funcionario de presentar a la junta un informe anual sobre el cumplimiento del plan de gestión con corte a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior y que dicha junta debe evaluar en su cumplimiento de gestión.

En su parte resolutive decidió: “*PRIMERO. Hacer constar que luego de efectuada la calificación del Plan de Gestión del señor gerente de la ESE Hospital Emiro Quintero Cañizares – Ocaña, para el período correspondiente al 1 de enero al 31 de diciembre de 2019 mostró un puntaje total de CUATRO, CUARENTA Y NUEVE (4,49), evidenciando un cumplimiento en la ejecución del Plan de Gestión igual o superior al 70% lo que se traduce en una calificación Satisfactoria*”.

2.6.5. **Certificación de 1 de octubre de 2020 expedida por al DAFP**⁴³, dando respuesta al requerimiento del *a quo* del oficio J-0893, en el que informa lo siguiente:

2.6.5.1. En los archivos de la entidad no se encontró ninguna solicitud del gobernador de Norte de Santander, en la que haya pedido apoyo para realizar la elección o reelección.

2.6.5.2. Los nominadores del cargo de gerente de las ESE, alcaldes o gobernadores, son los encargados de realizar la selección de las hojas de vida y podían solicitar el apoyo del departamento o adelantar la evaluación por su cuenta, por lo tanto indicó que carece de conocimiento del proceso que utilizó el nominador para la selección del gerente de la entidad.

2.6.5.4. El test o la prueba proyectivo gráfico WARTEGG, es la prueba indicada para medir o valorar todas y cada una de las competencias a evaluar, comoquiera que en dicho análisis se pueden utilizar diferentes pruebas psicométricas o proyectivas por tal motivo el profesional en psicología es autónomo para determinar qué prueba debe aplicar.

⁴³ Véase índice Samai 21, fols. 1 a 4.



Explicó que el test Wartegg sirve para evaluar el ajuste de la persona ante diferentes ámbitos de su entorno.

2.6.6. **Respuesta de 20 de octubre de 2020⁴⁴ de la gobernación del Norte de Santander**, al oficio del *a quo* J-0892 de 24 de septiembre anterior. Remitió la prueba o test implementado, la interpretación de este y la posesión del accionado en el cargo de gerente.

Pues bien, la Sala recuerda que aunque el recurrente no cuestiona los requisitos básicos para el desempeño del cargo ni la evaluación de competencias laborales, que conforme a la normativa de 2016 debe acreditar toda persona que aspire a ocupar el cargo máximo gerencial de la E.S.E., como factores objetivos de selección, lo cierto es que conforme a la Ley 1797 y el Decreto 1427 de 2016, los requisitos que el nominador, en este caso el gobernador, debe verificar son dos, a saber: **(i)** el cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y **(ii)** evaluar las competencias que señale el DAFP (art. 20 Ley 1797/16), con apoyo en lo indicado en la C-046 de 2018.

El primero de los requisitos resulta acreditado, por cuanto el accionado Jairo Pinzón López era el gerente de dicha E.S.E. desde 2016 para el período institucional anterior y se demostró con la **constancia de 3 de marzo de 2020⁴⁵** expedida por el Instituto Departamental de Salud en compañía de la Gobernación del departamento, en el que se indica que el demandado Pinzón López, se encuentra vinculado a la E.S.E. Hospital Emiro Quintero Cañizares⁴⁶, desde el 24 de junio de 2016, en el cargo de Gerente, Código 85, Grado 33, nombrado mediante decreto N° 001034 de 24 de junio de 2016 **“cumple con la experiencia profesional en el sector salud” y procede a relacionar las funciones correspondientes a su cargo** y en armonía reposa certificación que reposa en el índice Samai 12, pagina 27.

Por lo que corresponde a la previsión del artículo 12 del Decreto 785 de 2005, comoquiera que prevé la manera de demostrar la experiencia:

“Artículo 12. Certificación de la experiencia. La experiencia se acreditará mediante la presentación de constancias escritas, expedidas por la autoridad competente de las respectivas instituciones oficiales o privadas. Cuando el interesado haya ejercido su profesión o actividad en forma independiente, la experiencia se acreditará mediante declaración del mismo.

Las certificaciones de experiencia deberán contener, como mínimo, los siguientes datos:

⁴⁴ Véase índice Samai 23, fols. 1 a 4.

⁴⁵ Véase Índice Samai 12, fols. 20 a 23.

⁴⁶ Corresponde a la E.S.E. Hospital Emiro Cañizares, la previsión del art. 22.3.1. del Decreto 785 de 2005, que dispone: “Para la categoría especial y primera se exigirá como requisitos, título profesional en áreas de la salud, económicas, administrativas o jurídicas; título de posgrado en salud pública, administración o gerencia hospitalaria, administración en salud; y experiencia profesional de dos (2) años en el sector salud.”.





- 12.1. Nombre o razón social de la entidad o empresa.
- 12.2. Tiempo de servicio.
- 12.3. Relación de funciones desempeñadas.

Cuando la persona aspire a ocupar un cargo público y en ejercicio de su profesión haya asesorado en el mismo período a una o varias instituciones, el tiempo de experiencia se contabilizará por una sola vez (...)” (Negrillas fuera de texto).

El segundo requisito, con el **Test Wartegg** rendido por el accionado⁴⁷ el 29 de abril de 2021 y la **interpretación general**⁴⁸ realizada por la **sicóloga** Ruth Yaneth Vargas Téllez, que resulta reforzado con el análisis del cumplimiento y ejecución del plan de gestión que el accionado rindiera a la junta directiva y esta hiciera la respectiva evaluación como consta en el Acta 002 de 28 de abril de 2020 y en el Acuerdo N° 002 de la misma fecha, emitido por dicha junta.

Finalmente, sobre el argumento de la apelación que se refiere a la ausencia de prueba de que la junta directiva de la ESE solicitó la reelección como Gerente, de Jairo Pinzón López no es de recibo, dado que la rogación o propuesta que estaba prevista en cabeza de la Junta Directiva, como elemento sustancial previo para que el nominador procediera a reelegir al accionado, se encontraba previsto para la llamada “reelección por evaluación” que se itera por la Sala fue sustituida o subrogada en su texto, por otro contenido normativo que no la contempló, por lo que mal podría exigirse dentro del contexto que se juzga de cara a la Ley 1797 de 2016 y el Decreto 1427 de la misma anualidad.

Esta última la razón por la cual resulta inconducente adentrarse en el análisis de las pruebas que dan cuenta que al gobernador nominador no allegó solicitud o petición de reelección rubricada por la junta directiva de la E.S.E.

Por otra parte, la acusación que dejó entrever el apelante sobre una posible preclusión en el tiempo para efectuar el nombramiento, son dos aspectos los que permiten no encontrar de recibo la argumentación. Por un lado, el asunto que se vio modificado por las razones históricas vividas por la humanidad y que llevó al país a resultar por un período regulado por normas de excepción como el Decreto Legislativo 491 de 2020, con el que se amplió en 30 días, el término fijado para dicha designación en tiempos de normalidad, esto es, los tres meses siguientes a la posesión del nominador y, por otro lado, que la glosa en este punto, el apelante la sustentó en la Ley 1122 de 2016 y el Decreto 052 del mismo año, que conforme se explicó consideraciones atrás no rigieron este caso, en el punto focal que se judicializó y se analizó por la Sala.

Colofón, es que la evolución normativa permite a la Sala afirmar que los gerentes de las empresas sociales del estado, ya no están sometidos al mecanismo de provisión mediante concurso de méritos público y abierto como tampoco que de manera consecencial presente una lista de elegibles génesis de la terna para proveer el cargo, sino que con la regulación de 2016, como lo indicó la Corte en su

⁴⁷ Véase Índice Samai 12, fol. 23.

⁴⁸ Véase Índice Samai 12, fols. 24 y 25.





sentencia C-046 de 2018, pueden ser designados con la concurrencia de dos presupuestos a cargo del nominador, se hace referencia a la verificación previa del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y de la evaluación de las competencias que señale el DAFP, los cuales constituyen condiciones objetivas de selección.

Por otra parte, que para el espectro del cargo gerencial no existen las dos modalidades de la reelección que preveían normas anteriores al año 2016, en las categorías de (i) concurso de méritos y (ii) de evaluación, en atención a la sustitución o subrogación normativa, sin que ello constituya la proscripción de la reelección, comoquiera que no existe prohibición expresa que así lo haya determinado normativamente.

Al sustraerse de la reelección las dos clases anteriores, no resulta de recibo exigir al nominador el requisito previo de que la junta directiva de la E.S.E la proponga para que aquel opte por esa decisión de proveer el cargo con la designación de quien ya había desempeñado el cargo.

Así las cosas, los argumentos de la parte recurrente no tienen la virtualidad de generar la convicción para quebrar el fallo emitido por el *a quo*, por lo que se impone confirmar la sentencia apelada.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2020, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral interpuesta en contra del acto de nombramiento del señor Jairo Pinzón López, en calidad de Gerente de la E.S.E. Hospital Emiro Quintero Cañizares, período 2020-2024.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

TERCERO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente
Aclara voto





LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>.

NULIDAD ELECTORAL – Mérito en el proceso de reelección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado / NULIDAD ELECTORAL – Debería considerarse la evaluación del mérito y de la gestión desempeñada por quien es reelegido en el cargo

En primer lugar, resulta acertado indicar, como se precisó en el fallo adoptado por la Sala de Sección, que con la Ley 1797 del 2016, especialmente con el artículo 20 de la misma, se presentó una modificación respecto de la elección de los gerentes de las empresas sociales del Estado, pues conforme a dicha disposición legislativa, es claro que la facultad nominadora puede ejercerse de forma directa por el presidente, gobernador o alcalde -dependiendo del nivel de la entidad-, previa la verificación del cumplimiento de las calidades para ocupar dicho cargo, sumado a un elemento de meritocracia, cual es la evaluación de las competencias. (...). Por ello, los nominadores deben acudir a criterios objetivos a efectos de dar cumplimiento al criterio del mérito que por disposición expresa del señalado artículo 125 constitucional, debe garantizarse incluso cuando se ejerce los elementos reglados y discrecionales, como es lo que acontece con el nombramiento o reelección de los gerentes de las empresas sociales del Estado tras la reforma del año 2016. Implica ello, en caso de reelección, la constatación de las calidades para ejercer el cargo pero aún con mayor rigor la evaluación del mérito, pues no resulta constitucional ni legal la reelección de un gerente, quien con obstante cumplir con las calidades, deja mucho que desear frente a su comportamiento social, su capacidad de relacionamiento, su idoneidad moral o su efectividad en los resultados de su gestión. En síntesis, el mérito para mantenerse en el cargo por otro cuatrienio, debería considerar la evaluación del mérito y la gestión desempeñada por la persona que venía ocupando el cargo. Haciendo uso de la calificación de la gestión del último año de quien pretende reelegirse, se llena de contenido el criterio del mérito en el caso del gerente-candidato de las ESE, a pesar de que, como bien lo sostuvo la providencia adoptada por esta Sala de Sección, la regulación sobre la reelección ya no resulta aplicable, pero pervive el artículo 125 de la Constitución. Con ello, se evita una designación basada únicamente en criterios formales, es decir, el cumplimiento de las calidades que ya habían sido acreditadas para dar paso al mérito. (...). Así las cosas, es claro que dicha norma [artículo 74 de la Ley 1438 del 2011] también constituye una herramienta para que, aun bajo la reforma al proceso de nombramiento de los gerentes de las ESE efectuada en el año 2016, se tengan claros los criterios al momento de decidir reelegir a quien viene desempeñando dicha posición, acudiendo a un criterio objetivo de constatación de las calidades y a las razones





de mérito, explicadas anteriormente, donde pieza fundamental es la evaluación de la gestión.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el mérito para el ingreso al servicio público, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-084 de 2018.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 125 / LEY 1122 DE 2007 – ARTÍCULO 28 / LEY 1797 DE 2016 – ARTÍCULO 20 / LEY 1438 DE 2011 – ARTÍCULO 74

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO DE ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 54001-23-33-000-2020-00470-01

Actor: LUIS EDUARDO CARRASCAL QUINTERO

Demandado: JAIRO PINZÓN LÓPEZ – GERENTE E.S.E. HOSPITAL EMIRO QUINTERO CAÑIZARES DE OCAÑA, PERÍODO 2020-2024

Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Mérito en el proceso de reelección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado – Posibilidad de acudir al criterio de evaluación de la gestión de la Ley 1438 del 2011.

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 1437 de 2011⁴⁹ y con el acostumbrado respeto por la decisión adoptada por la Sala de Sección en el vocativo de la referencia, por medio de la cual se confirmó la decisión de negar las pretensiones, procedo a exponer las razones por las cuales manifesté aclaración del voto sobre la misma.

1. ANTECEDENTES

2. El 26 de mayo del 2019, el señor Luis Eduardo Carrascal Quintero, demandó en ejercicio del medio de control, consagrado en el artículo 139 de la Ley 1437 del 2011, la nulidad del acto por medio del cual el Gobernador de Norte de Santander reeligió en el

⁴⁹ “Artículo 129. Firma de providencias, conceptos, dictámenes, salvamentos de voto y aclaraciones de voto. Las providencias, conceptos o dictámenes del Consejo de Estado, o de sus salas, secciones, subsecciones, o de los Tribunales Administrativos, o de cualquiera de sus secciones, una vez acordados, deberán ser firmados por los miembros de la corporación que hubieran intervenido en su adopción, aún por los que hayan disentido. Al pie de la providencia, concepto o dictamen se dejará constancia de los Magistrados ausentes. Quienes participaron en las deliberaciones, pero no en la votación del proyecto, no tendrán derecho a votarlo.

Los Magistrados discrepantes tendrán derecho a salvar o aclarar el voto. Para ese efecto, una vez firmada y notificada la providencia, concepto o dictamen, el expediente permanecerá en secretaría por el término común de cinco (5) días. La decisión, concepto o dictamen tendrá la fecha en que se adoptó. El salvamento o aclaración deberá ser firmado por su autor y se agregará al expediente.

Si dentro del término legal el Magistrado discrepante no sustentare el salvamento o la aclaración de voto, sin justa causa, perderá este derecho”.



cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado “Emiro Quintero Cañizares” del municipio de Ocaña, al señor Jairo Pinzón López.

3. En síntesis, los cargos presentados en la demanda -rotulados como desconocimiento de norma superior, expedición irregular y desviación de poder- se fundamentan en la infracción de lo consagrado en el artículo 28 de la Ley 1122 del 2007⁵⁰, en concordancia con los artículos 72 y 74 de la Ley 1438 del 2011 y el Decreto 056 del 2012⁵¹, normas que determinan, en el caso de la reelección del referido funcionario, que el nominador debe solicitar a la junta directiva de la respectiva E.S.E., la evaluación del cumplimiento del plan de acción del último año del candidato-gerente, para soportar la procedencia o no de designar nuevamente a quien ya venía ejerciendo el cargo.

3. A juicio del demandante, las referidas disposiciones fueron desconocidas por el gobernador de Norte de Santander en su condición de nominador al expedir el acto acusado, en la medida en que su decisión se limitó a verificar el cumplimiento de los requisitos para el empleo y la realización de una evaluación de competencias bajo los criterios del D.A.F.P, como si se tratara de una designación diferente a la reelección, regida por lo dispuesto en artículo 20 de la Ley 1797 de 2016⁵².

4. Con fallo de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander negó las pretensiones de la demanda, considerando que, en atención al cambio legislativo efectuado en el año 2016 respecto del proceso de selección de los gerentes de las empresas sociales del Estado, para ello sólo se requiere que el nominador verifique el cumplimiento de requisitos para el cargo y efectúe una evaluación de competencias conforme a los lineamientos que expida el Departamento Administrativo de la Función Pública.

⁵⁰ “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**”.

⁵¹ Artículo 2º. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al inicio del período del respectivo gobernador o alcalde, si así lo decide, **deberá** proponer al nominador la reelección, lo cual **deberá** contar en el acta de la sesión correspondiente, que **deberá** junto con la última evaluación del plan de gestión, la cual **deberá** ser satisfactoria y estar en firme y corresponder al periodo para el cual fue nombrado. Seguidamente, el jefe de la entidad territorial, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud **deberá** decidir si acepta o niega la reelección. En caso de aceptar, el nominador dentro de los quince (15) días calendario siguientes, **deberá** designar en el cargo de gerente o director a quien haya sido reelegido”

⁵² **Artículo 20. Nombramiento de gerentes o directores de las empresas sociales del estado.** Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial. En el nivel nacional los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República. Corresponderá al Presidente de la República, a los Gobernadores y los Alcaldes, dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, adelantar los nombramientos regulados en el presente artículo, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados para períodos institucionales de cuatro (4) años, el cual empezará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del Presidente de la República, del Gobernador o del Alcalde. Dentro de dicho periodo, solo podrán ser retirados del cargo con fundamento en una evaluación insatisfactoria del plan de gestión, evaluación que se realizará en los términos establecidos en la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial. **Parágrafo transitorio.** Para el caso de los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado que a la entrada en vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos⁵², continuarán ejerciendo el cargo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos. Los procesos de concurso que al momento de entrada en vigencia de la presente ley, se encuentren en etapa de convocatoria abierta o en cualquiera de las etapas subsiguientes continuarán hasta su culminación y el nombramiento del Gerente o Director recaerá en el Integrante de la terna que haya obtenido el primer lugar, el nominador deberá proceder al nombramiento en los términos del artículo 72 de la Ley 1438 de 2011. En el evento que el concurso culmine con la declaratoria de desierto o no se integre la terna, el nombramiento se efectuará en los términos señalados en el primer inciso del presente artículo. Del mismo modo, en los casos en que la entrada en vigencia de la presente ley, no se presente ninguna de las situaciones referidas en el inciso anterior, el jefe de la respectiva Entidad Territorial o el Presidente de la República procederá al nombramiento de los Gerentes o Directores dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, en los términos señalados en el presente artículo.”



5. Mediante la providencia objeto de la presente aclaración, la Sección Quinta confirmó el fallo apelado, señalando que en consideración a lo dispuesto en la Ley 1797 del 2016, así como frente a los decretos reglamentarios de la misma⁵³, no es posible dar aplicación a las normas que fundamentan la pretensión del demandante y que buscan señalar un trámite para efectos de la reelección del funcionario. Al respecto, se indicó que, con la reforma mencionada, se buscó que la potestad nominadora fuera ejercida directamente por el gobernador o alcalde municipal -dependiendo del nivel de la entidad correspondiente-, por lo que resulta razonable concluir que la regulación de la calificación de la gestión en el marco de la figura de la reelección ya no es aplicable, y por lo tanto, incluso para los efectos de la misma, sólo se requiere verificar el cumplimiento de los requisitos para el cargo y la correspondiente evaluación de competencias.

6. Aunque me encuentro conforme con la parte resolutive de la providencia referida, a mi juicio, considero que era necesario advertir que el criterio del mérito a seguir en este tipo de actuaciones, puede, además de verificar los criterios legales de la Ley 1797 del 2016, seguir contando con otros parámetros pertinentes, como lo es la evaluación de la gestión de quien ya venía ocupando la dignidad, que aún se encuentra vigente en el artículo 74 de la Ley 1438 del 2011.

7. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

MOTIVOS DE LA ACLARACIÓN DE VOTO

8. En primer lugar, resulta acertado indicar, como se precisó en el fallo adoptado por la Sala de Sección, que con la Ley 1797 del 2016, especialmente con el artículo 20 de la misma, se presentó una modificación respecto de la elección de los gerentes de las empresas sociales del Estado, pues conforme a dicha disposición legislativa, es claro que la facultad nominadora puede ejercerse de forma directa por el presidente, gobernador o alcalde -dependiendo del nivel de la entidad-, previa la verificación del cumplimiento de las calidades para ocupar dicho cargo, sumado a un elemento de meritocracia, cual es la evaluación de las competencias.

9. En resumidas palabras, la modificación que se presenta sobre el particular, es la eliminación del concurso público y abierto de méritos que debía adelantarse por la junta directiva, previa la conformación de la terna que se presentaba al nominador (art. 28, Ley 1122 del 2007).

10. También considero importante resaltar, que la referida disposición, guardó silencio respecto de la posibilidad de reelección de los gerentes de las empresas sociales del Estado.

Ante dicho silencio normativo, lo primero que se debe destacar es que se presenta un cambio de paradigma sobre el modelo de escogencia, pues pasó de ser un concurso público a ser una convocatoria pública, con elementos reglados y discrecionales que vinculan al nominador y quien debe verificar el cumplimiento de

⁵³ Decreto 1427 de 1° de septiembre de 2016 “por medio del cual se reglamenta el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y se sustituyen las secciones 5 y 6 del Capítulo 8 del Título 3 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”.



las calidades para poder ocupar el empleo, como también un elemento que compone el mérito cual es la evaluación de las competencias. Bajo este nuevo modelo, se reconoce que tanto la elección como la reelección de los mencionados funcionarios, se debe regir por las normas del 2016, respetando los anteriores condicionamientos que vinculan al nominador, pues la designación debe respetar la legalidad del nombramiento al revisar las calidades pero también el mérito.

11. Conviene destacar que la propia Constitución Política en su artículo 125 se refiere al mérito y a las calidades de manera independiente y no concurrente, como se advierte de su contenido:

ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. (Subraya fuera de texto original).

Al respecto, resulta oportuno señalar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-084 de 2018, definió que el mérito “...*constituye entonces una piedra angular sobre la cual se funda el ingreso al servicio público, tanto en el sistema de carrera como en otros mecanismos que se dispongan para el efecto, habida cuenta que evalúa la capacidad del aspirante como factor definitorio para acceder o permanecer en un cargo o para poder desempeñar una función pública, sobre la base de la demostración de las calidades académicas, la experiencia, la idoneidad moral o las competencias requeridas en un determinado empleo*”.

En esa misma, sentencia explicó que “...*con miras a determinar el mérito, no sólo se debe evaluar la capacidad profesional o técnica del aspirante, a través de factores objetivos como, por ejemplo, los exámenes de conocimientos, el cumplimiento de requisitos académicos, la acreditación de años de experiencia o la ausencia de antecedentes penales, fiscales y disciplinarios; sino que también cabe verificar las calidades personales y la idoneidad moral del candidato, por medio de factores subjetivos, tales como, su comportamiento social y su capacidad para relacionarse, para cuyo propósito el nominador cuenta con cierto margen de apreciación, resultando indispensable definir con antelación la calificación que tendrá cada uno de los requisitos exigidos para el cargo*” (Sentencia C-040 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz) (Negrilla fuera del texto original).

12. Por ello, los nominadores deben acudir a criterios objetivos a efectos de dar cumplimiento al criterio del mérito que por disposición expresa del señalado artículo 125 constitucional, debe garantizarse incluso cuando se ejerce los elementos reglados y discrecionales, como es lo que acontece con el



nombramiento o reelección de los gerentes de las empresas sociales del Estado tras la reforma del año 2016.

13. Implica ello, en caso de reelección, la constatación de las calidades para ejercer el cargo pero aún con mayor rigor la evaluación del mérito, pues no resulta constitucional ni legal la reelección de un gerente, quien con obstar cumplir con las calidades, deja mucho que desear frente a su comportamiento social, su capacidad de relacionamiento, su idoneidad moral o su efectividad en los resultados de su gestión.

14. En síntesis, el mérito para mantenerse en el cargo por otro cuatrienio, debería considerar la evaluación del mérito y la gestión desempeñada por la persona que venía ocupando el cargo.

15. Haciendo uso de la calificación de la gestión del último año de quien pretende reelegirse, se llena de contenido el criterio del mérito en el caso del gerente-candidato de las ESE, a pesar de que, como bien lo sostuvo la providencia adoptada por esta Sala de Sección, la regulación sobre la reelección ya no resulta aplicable, pero pervive el artículo 125 de la Constitución. Con ello, se evita una designación basada únicamente en criterios formales, es decir, el cumplimiento de las calidades que ya habían sido acreditadas para dar paso al mérito.

16. Otra razón importante para soportar lo dicho en precedencia, lo constituye la vigencia del artículo 74 de la Ley 1438 del 2011, el cual dispone:

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

74.1 El Director o Gerente de la Empresa Social del Estado del orden territorial deberá presentar a la Junta Directiva un informe anual sobre el cumplimiento del plan de gestión, el cual deberá ser presentado a más tardar el 10 de abril de cada año con corte al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior. Los contenidos del informe y de la metodología serán definidos por el Ministerio de la Protección Social /.../.

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

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

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

74.5 Una vez cumplido el proceso establecido en el presente artículo y en firme el **resultado de la evaluación y esta fuere insatisfactorio dicho resultado será causal de retiro del servicio del Director o Gerente, para lo cual la Junta Directiva dentro de los 5 días hábiles siguientes a haber quedado en firme el resultado de la evaluación,** deberá solicitar al nominador con carácter obligatorio



para este, la remoción del Director o Gerente aun sin terminar su período, para lo cual el nominador deberá expedir el acto administrativo correspondiente dentro de los 5 días hábiles siguientes, contra este acto procederán los recursos de ley.

74.6 La no presentación del proyecto de plan de gestión o del informe de cumplimiento del plan de gestión dentro de los plazos señalados en la presente norma, conllevará a que la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos y plazos establecidos para tal fin, produzca de manera inmediata la evaluación no satisfactoria, la cual será causal de retiro.

17. Así las cosas, es claro que dicha norma también constituye una herramienta para que, aun bajo la reforma al proceso de nombramiento de los gerentes de las ESE efectuada en el año 2016, se tengan claros los criterios al momento de decidir reelegir a quien viene desempeñando dicha posición, acudiendo a un criterio objetivo de constatación de las calidades y a las razones de mérito, explicadas anteriormente, donde pieza fundamental es la evaluación de la gestión.

En los anteriores términos dejo expuesta mi aclaración de voto.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada