

GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Recuento normativo%DESIGNACION GERENTE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO-Aspectos fundamentales%JUNTA DIRECTIVA HOSPITAL-Improcedencia por prorrogar el periodo del gerente%PRORROGA AUTOMATICA-Por voluntad de la ley%PRORROGA A PERIODO DE LOS GERENTES-Precedida de la integración de terna o la postulación de la junta directiva de la entidad

La lectura de las normas transcritas en precedencia permiten inferir tres aspectos fundamentales en cuanto a la designación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado: primero, el nominador es el Jefe de la respectiva entidad territorial que hubiere asumido los servicios de salud, en este caso el Alcalde Municipal de Buga; segundo, la potestad nominadora no es absoluta pues está sometida a la postulación de la Junta Directiva del Hospital, en tanto que a ésta le corresponde elaborar una terna de la que el jefe de la entidad territorial debe escoger el regente de la institución y tercero, el período del Director del Hospital Público es de 3 años, pero por expresa autorización legal puede prorrogarse. En estas condiciones es dable concluir que el inciso primero del artículo 28 citado, estableció que los funcionarios cuyo período de tres años termina entre el 9 de enero de 2007 (fecha de entrada en vigencia de la Ley, en vista de la declaratoria de inexecutable de la expresión 31 de diciembre de 2006) al 31 de diciembre del mismo año quedaría prorrogado automáticamente hasta el 31 de marzo de 2008 por expresa disposición del Legislador. Solamente y por voluntad de la ley, se respetará el periodo de aquellos regentes que fueron nombrados o reelegidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 1122 de 2007 como se desprende del literal b) del cuadro ilustrativo. Tanto el nombramiento en propiedad como la prórroga del período de los directores o gerentes de las Empresas Sociales del Estado, deben estar precedidas de la integración de la terna o la postulación de la Junta Directiva de la entidad, según sea el caso. Sin embargo, en ambos sistemas de designación, como se vio, es indispensable que la declaración de la Junta Directiva se fusione con la voluntad administrativa del Jefe de la entidad territorial para que se configure el acto complejo y tenga un efecto decisorio; situación que en el caso sub-lite no se presentó y no podía la Junta Directiva asumir competencias que por virtud de la Ley corresponden al primer mandatario local. Solamente era dable que el actor permaneciera en el cargo hasta el año 2010, si hubiera mediado un acto de reelección con todo el procedimiento que exige la ley, como lo es el adelantamiento del respectivo concurso de méritos, la conformación de la terna y el acto de nombramiento, caso en el cual tendría que ser respetada la permanencia del demandante en la Institución durante el nuevo periodo. No obstante, las pruebas allegadas al expediente permiten concluir que tal procedimiento no se surtió y por lo tanto no es posible pensar en la vulneración de un derecho adquirido a partir de una situación irregular, so pena de quebrantar el derecho de acceso a la función pública en igualdad de oportunidades y desconocer el debido proceso administrativo de las demás personas que aspiran ocupar un cargo de esta naturaleza.

FUENTE FORMAL: LEY 1122 DE 2007

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil once (2011)

Radicación número: 76001-23-31-000-2008-00403-01(0807-10)

Actor: MARTIN ALONSO CUELLAR LOZANO

Demandado: MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA Y OTRO

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del **9 de febrero de 2010**, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dentro del proceso instaurado por Martín Alonso Cuellar Lozano contra el Municipio de Guadalajara de Buga.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A., Martín Alonso Cuellar Lozano acudió a esta Jurisdicción para obtener la nulidad de la **Resolución DAM-060 de 31 de marzo de 2008**, “por medio de la cual se efectúa un nombramiento en interinidad” y del **Oficio de 10 de abril del mismo año** que dio respuesta al recurso de reposición interpuesto contra la decisión inicial.

A título de restablecimiento del derecho, pidió su reintegro al cargo de Gerente que venía desempeñando junto con el pago de todos los salarios, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos que se reconozcan o lleguen a reconocerse desde la fecha de su desvinculación hasta cuando se produzca su reintegro; el reconocimiento de todos los perjuicios económicos y morales causados por el mismo lapso; la declaración de inexistencia de solución de continuidad en la prestación del servicio; el cumplimiento de la sentencia en los términos previstos en el artículo 176 y con los efectos indicados en los artículos 177 y 178 del C.C.A.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que sustentan las pretensiones de la acción se resumen en los siguientes términos:

El actor, Martín Alonso Cuellar Lozano, fue nombrado en el Hospital Divino Niño del Municipio de Guadalajara de Buga mediante Decreto DAM-148 de 21 de mayo de 2004 como Gerente de la institución, después de surtir un proceso de selección que se encuentra definido en el Decreto 3344 de 2003 y en la Resolución DAFP 793 de 2003. Dicho cargo es de periodo institucional de tres años de acuerdo con el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 1876 de 1994 y 3344 de 2003, vigentes para la época en que se realizó el respectivo concurso.

En reunión celebrada el día 15 de agosto de 2007, la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Divino Niño votó por unanimidad prorrogar el periodo del actor como Gerente de la Institución hasta el día 21 de mayo de 2010, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

No obstante lo anterior, el Alcalde Municipal de Guadalajara de Buga, en clara desviación de poder presionó al demandante para que presentara la renuncia al cargo; fue así como a través del Oficio DAM-100-01324 de 12 de febrero de 2008, el burgomaestre requirió al actor para que llamara a la Junta Directiva del Hospital para efectos de convocar a concurso a las personas interesadas en gerenciar la entidad; posteriormente el mandatario citó a reunión de la Junta Directiva el día 29 de febrero de 2008, que no pudo llevarse a cabo ante las protestas de los usuarios y ya en sesión celebrada el día 18 de marzo del mismo año, varios miembros de la Junta Directiva del Hospital dejaron constancia sobre la imposibilidad de remover al demandante, so pena de quebrantar una situación particular y concreta de permanecer en el mismo hasta el día 21 de mayo de 2010.

A pesar de estas situaciones, el Alcalde Municipal expidió los actos objeto de control judicial que removieron al actor de la Gerencia del Hospital con el nombramiento de un reemplazo en interinidad.

3. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocan en la demanda las siguientes:

Artículos 2, 6, 25, 29, 53, 125 y 209 de la Constitución Política; el 192 de la Ley 100 de 1993; el 73 del Código Contencioso Administrativo; el 28 de la Ley 1122 de 2007; el Decreto 800 de 2008 y los artículos 13, 15 y 17 del Acuerdo No. 001 de 6 de agosto de 1997 *“Por medio del cual se adopta el reglamento interno de la junta directiva”*.

Señala que los actos impugnados se hallan afectados de nulidad, por la configuración de los siguientes vicios:

Violación de la Constitución: Sostiene que la Administración quebrantó los principios constitucionales de primacía de la realidad sobre las formalidades, favorabilidad, de la función administrativa y desconoció el debido proceso constitucional, en tanto que la parte demandada revocó de manera unilateral y sin el consentimiento previo del peticionario, la situación jurídica de carácter particular y concreta que fue creada a través del acto que le confirió la prórroga en el cargo de Gerente; señala que el Alcalde pretermitió los estatutos internos de la E.S.E. Hospital Divino Niño de Guadalajara de Buga, en particular lo establecido en los artículos 13, 15 y 17 del Acuerdo No. 001 de 1997, al no contar con el Gerente ni con el Secretario de la Junta Directiva en la reunión para proveer el cargo. Agrega que el mandatario municipal soslayó el artículo 125 Constitucional, al desconocer la institucionalidad del periodo por el cual fue designado Gerente del Hospital y le fue prorrogado el nombramiento.

Violación de la Ley: Comenta que los actos demandados desconocen los artículos 192 de la Ley 100 de 1993 y 73 del Decreto 01 de 1984, como quiera que la situación jurídica de carácter particular y concreta creada a través del acto que le confirió la prórroga debía ser respetada. Expresa que la Junta Directiva del Hospital es la única instancia competente para prorrogar el periodo del Gerente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 y en el Decreto 800 de 2008.

Afirma que el actor no podía ser removido de su cargo por causa diferente a la mala gestión administrativa y financiera calificada por la Junta Directiva; por el contrario, la excelente gestión del actor en el cargo fue reconocida por el órgano rector del Hospital, tal como lo prueba el Acta 099 de 15 de agosto de 2007.

Desviación de poder: Aduce que el Alcalde Municipal reemplazó al demandante con una funcionaria que había sido nombrada en provisionalidad en el cargo de Profesional Especializado Código 222 Grado 01, por ser una persona cercana a los afectos políticos del Alcalde. Expone que para cumplir tal labor debió ser encargada a la Subgerente Científica del Hospital, quien no fue tomada en cuenta por no ser cuota política de los administradores de turno.

Asevera, que la decisión de retiro pasó por alto lo estatuido en los artículos 13, 15 y 17 del Acuerdo No. 001 de 6 de agosto de 1997, que establece el reglamento interno del Hospital y define que la Junta Directiva debe contar en sus reuniones con el gerente y el subgerente administrativo.

Por ultimo, indica que en la respuesta al recurso de reposición, el burgomaestre fue claro en señalar que lo que había dispuesto con su decisión era la insubsistencia del demandante, lo cual pone de relieve que hizo uso de una facultad discrecional para removerlo del cargo, sin tener la autorización legal para ello.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4.1. El Municipio de Guadalajara de Buga a través de apoderado judicial, se opone a las pretensiones de la demanda.

Manifiesta, que al demandante no le asiste derecho alguno, en tanto el periodo legal para el cual fue nombrado feneció el 31 de marzo de 2008 y por ello, podía ser desvinculado discrecionalmente por el nominador.

Sostiene, que las razones invocadas por el accionante para permanecer en el cargo son ilegales, por cuanto la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Divino Niño no contaba con facultades constitucionales ni legales para prorrogar o regularizar de manera unilateral el periodo de Gerente de la entidad, en tanto que tal atribución sólo es del resorte del Alcalde Municipal a la luz del artículo 28 de la Ley 1122 de 2008 y 315 de la Constitución Política.

4.2. En idénticos términos se pronunció el representante judicial de la E.S.E. Hospital Divino Niño de Guadalajara de Buga, quien trajo a colación los

aportes más relevantes de la sentencia C-957-07 emanada de la Corte Constitucional que se refirió al tema del periodo de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca denegó las súplicas de la demanda.

Con fundamento en la prueba documental obrante en el plenario de la cual hace mención con la respectiva foliatura, en consonancia con el artículo 315 de la Carta, el 192 de la Ley 100 de 1993, el 2° del Decreto 139 de 1996 y el 1° del Decreto 3344 de 2003, determinó que la competencia para efectuar el nombramiento de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado recae en el primer mandatario de la respectiva entidad territorial, con la intervención de la Junta Directiva del Hospital que es la encargada de elaborar la terna para proveer el cargo por el periodo respectivo o proponer la prórroga en el cargo de quien lo ocupa.

Así las cosas, concluyó que los actos acusados no desconocieron las normas en que debía fundarse, en tanto que en la prórroga que le fue concedida al actor no intervino el Alcalde Municipal sino que el órgano decisorio del Hospital tomó, por si solo, la decisión de prorrogar el periodo hasta el 21 de mayo de 2010 a través del Acta No. 099 de 15 de agosto de 2007.

III. LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada, el apoderado del demandante interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 288-294).

Considera que la sentencia adolece de los requisitos legales que exige el artículo 170 del C.C.A., en tanto que no se pronunció en momento alguno sobre los fundamentos legales, doctrinales y jurisprudenciales alegados en la demanda, como tampoco dijo nada respecto a la prueba testimonial recaudada en el proceso. En tal sentido, expone que el a quo no tuvo en cuenta que la Junta Directiva del Hospital Divino Niño acogió la iniciativa de prorrogar hasta el 21 de

mayo de 2010 el nombramiento del demandante, con fundamento en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 que al efecto transcribe parcialmente.

Menciona que de la lectura de las Actas 099 de 15 de agosto de 2007 y 100 de 19 de octubre del mismo año, la Junta Directiva del Hospital acogió la iniciativa de prorrogar el nombramiento del actor, y era el Alcalde de Buga quien debía aceptar o no aceptar tal propuesta la cual efectivamente fue avalada expresamente por el burgomaestre pues en ningún momento expidió acto administrativo que la desconociera.

Sostiene que no se puede desconocer el hecho cierto, evidente y probado dentro del plenario, que el Alcalde Municipal se encontraba representado en la Junta Directiva del Hospital Divino Niño de Buga por intermedio de su Representante Jairo Elías Pineda, quien en las actas referidas votó a favor de la propuesta de prórroga del periodo del Gerente, que se corrobora en el Oficio PESH-012-01-08595-2005 de 15 de agosto de 2007.

Hace mención de los testimonios practicados en el proceso, que dan cuenta de la prórroga en el nombramiento del demandante como Gerente y la intempestiva decisión del Alcalde de retirarlo del cargo.

Agotado el trámite procesal sin que se evidencie causal que anule lo actuado en el proceso, decide la Sala previas las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES

Competencia

Conforme a lo dispuesto en el artículo 129 del C.C.A., esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca.

Problema Jurídico

Del texto contentivo del recurso de alzada, entiende la Sala que el núcleo central de la inconformidad radica en el hecho de que el Alcalde Municipal de Guadalajara de Buga al expedir los actos acusados, presuntamente desconoció la situación consolidada del actor en permanecer como Gerente de la entidad

hasta el 21 de mayo de 2010, tal como lo determinó la Junta Directiva del Hospital en sesión extraordinaria celebrada el 15 de agosto de 2007 y que consta en el Acta No. 099 visible a folio 12 del expediente.

Por su parte, el Municipio de Guadalajara de Buga y la E.S.E. Hospital Divino Niño manifiestan que al demandante no le asiste el derecho alguno de permanecer hasta la fecha señalada, pues el periodo legal para el cual fue nombrado feneció el 31 de marzo de 2008 y por ello podía ser desvinculado discrecionalmente por el nominador. Sostienen además que las razones invocadas por el accionante para mantenerse en el cargo son ilegales, por cuanto la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Divino Niño no contaba con facultades constitucionales ni legales para prorrogar o regularizar de manera unilateral el periodo de Gerente de la entidad, en tanto que tal atribución sólo es del resorte del Alcalde Municipal a la luz del artículo 28 de la Ley 1122 de 2008 y 315 de la Constitución Política.

El demandante controvierte lo anterior, diciendo que la Junta Directiva del Hospital Divino Niño acogió la iniciativa de prorrogar hasta el 21 de mayo de 2010 el nombramiento del demandante. Señala, con ayuda del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, que no se puede desconocer el hecho cierto, evidente y probado dentro del plenario, que el Alcalde Municipal se encontraba representado en la Junta Directiva del Hospital Divino Niño de Buga por intermedio de su Representante Jairo Elías Pineda, quien en las actas referidas votó a favor de la propuesta de prórroga del periodo del Gerente, que se corrobora en el Oficio PESH-012-01-08595-2005 de 15 de agosto de 2007.

Bajo estos supuestos fácticos, la Sala deberá determinar si la presunción iuris tantum que reviste a la **Resolución DAM-060 de 31 de marzo de 2008** y al **Oficio de 10 de abril del mismo año** logró ser desvirtuada por la parte interesada. Para tal efecto deberá realizarse un recuento de la normatividad que rige la elección de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, con particular interés en la reforma introducida por Ley 1122 de 2007, sobre la cual se erige el ataque de la parte actora y descansa la defensa.

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

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

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

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

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

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

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

A su vez, el Decreto 139 de 17 de enero de 1996, establece en el artículo 2º lo siguiente:

"ARTICULO 2o. DE LA NATURALEZA DEL CARGO DE GERENTE O DIRECTOR. Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado y los Directores de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Públicas a que hace referencia este Decreto, 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."

La lectura de las normas transcritas en precedencia permiten inferir tres aspectos fundamentales en cuanto a la designación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado: primero, el nominador es el Jefe de la respectiva entidad territorial que hubiere asumido los servicios de salud, en este caso el Alcalde Municipal de Buga; segundo, la potestad nominadora no es absoluta pues está sometida a la postulación de la Junta Directiva del Hospital, en tanto que a ésta le corresponde elaborar una terna de la que el jefe de la entidad territorial debe escoger el regente de la institución y tercero, el período del Director del Hospital Público es de 3 años, pero por expresa autorización legal puede prorrogarse.

Lo anterior muestra que los artículos 192 de la Ley 100 de 1993 y 10º del Decreto 1892 de 1994 consagran dos mecanismos para designar Director de Hospital Público, a saber: i) el nombramiento precedido por la integración de una terna y ii) la prórroga del período del actual director, ésta última precedida de la postulación de la Junta Directiva del Hospital Público. En ambos sistemas de designación es indispensable cumplir con las etapas de postulación y nombramiento, pues a la Junta Directiva corresponde, de un lado, integrar la terna y, de otro, proponer la prórroga del período y, en los dos casos, al jefe de la respectiva entidad territorial corresponde nombrarlo¹.

Con la expedición de la Ley 1122 de 2007, *“Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*, se dispuso en el artículo 28 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 el respectivo Gerente.

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo

¹ Sentencia de 15 de julio de 2004 Radicación número: 54001-23-31-000-2003-0473-01(3255) Actor: LUZ AMPARO GELVEZ REYES Demandado: GERENTE DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO “HOSPITAL ERASMO MEOZ”. Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla.

proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento, o previo concurso de méritos.

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

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los Gerentes de las ESE de los niveles Departamental, Distrital y Municipal cuyo período de tres años termina el 31 de diciembre de 2006 o² durante el año 2007 continuarán ejerciendo el cargo hasta el 31 de marzo de 2008.

Los gerentes de las ESE nacionales que sean elegidos por concurso de méritos o reelegidos hasta el 31 de diciembre de 2007, culminarán su período el 6 de noviembre de 2010. Cuando se produzcan cambios de gerente durante este período, su nombramiento no podrá superar el 6 de noviembre de 2010 y estarán sujetos al cumplimiento de los reglamentos que para el efecto expida el Ministerio de la Protección Social.

Para el caso de los gerentes de las ESE Departamentales, Distritales o Municipales que a la vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos, continuarán ejerciendo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos, quienes los reemplacen para la culminación del período de cuatro años determinado en esta ley, serán nombrados por concurso de méritos por un período que culminará el 31 de marzo de 2012. Todos los gerentes de las ESE departamentales, distritales o municipales iniciarán períodos iguales el 1o de abril de 2012 y todos los gerentes de las ESE nacionales iniciarán períodos iguales el 7 de noviembre de 2010.”(Negrilla fuera de texto)

El objetivo fundamental de esta reforma, según palabras de la Corte Constitucional en la sentencia C-957-07 que acoge la Sala, busca igualar el período de los gerentes de las ESE al de las autoridades regionales y propende la institucionalización del período de tales funcionarios. Para lograr estos propósitos, el legislador tomó tres medidas fundamentales como son: (i) extender el período de los gerentes de las ESE de tres a cuatro años, de acuerdo con lo previsto por el Acto Legislativo 02 de 2002 en relación con los alcaldes y gobernadores; (ii) institucionalizar el período de los gerentes de las ESE, y (iii) establecer

² Texto subrayado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-957-07.

disposiciones transitorias, para facilitar el cambio del régimen previsto por el artículo 192 de la Ley 100 de 1993 al nuevo sistema.

De acuerdo con el análisis realizado por la Corte Constitucional en la sentencia señalada, el sistema de transición previsto en la nueva normatividad establece las siguientes variables:

Disposición	Supuesto de hecho	Consecuencia Jurídica
Ley 1122 de 2007, artículo 28, párrafo transitorio, inciso primero.	a. La finalización del período de los gerentes de las ESE, entre el 31 de diciembre de 2006 (debe entenderse 9 de enero de 2007) y el 31 de diciembre de 2007.	Prórroga de los períodos con vencimiento entre el 31 de diciembre de 2006 (9 de enero de 2007) y el 31 de diciembre de 2007, hasta el 31 de marzo de 2008.
Ley 1122 de 2007, artículo 28, párrafo transitorio, inciso tercero (a).	b. El nombramiento o reelección de un gerente de las ESE, antes de la vigencia de la Ley 1122 de 2007.	Ninguna. Se respeta el período por el cual fueron elegidos.
Ley 1122 de 2007, artículo 28, párrafo transitorio, inciso tercero (b).	c. El reemplazo de los funcionarios señalados en el “supuesto b”.	El período de los gerentes que reemplacen a los del “supuesto a” no tiene una duración definida. Comienza cuando sea efectivo el reemplazo, pero termina, en cualquier caso, el 31 de marzo de 2012.

En estas condiciones es dable concluir que el inciso primero del artículo 28 citado, estableció que los funcionarios cuyo período de tres años termina entre **el 9 de enero de 2007** (fecha de entrada en vigencia de la Ley, en vista de la declaratoria de inexecutable de la expresión 31 de diciembre de 2006) **al 31 de diciembre del mismo año** quedaría prorrogado automáticamente **hasta el 31 de marzo de 2008** por expresa disposición del Legislador. Solamente y por voluntad de la ley, se respetará el periodo de aquellos regentes que fueron **nombrados o reelegidos** antes de la entrada en vigencia de la Ley 1122 de 2007 como se desprende del literal b) del cuadro ilustrativo.

Ahora bien, conforme con la Certificación obrante a folio 63 del plenario que da cuenta que el demandante se desempeñó como Gerente en propiedad a partir del 22 de mayo de 2004, y que la Junta Directiva del Hospital en sesión realizada el día 15 de agosto de 2007 decidió **prorrogar** en forma unilateral el periodo del actor como Gerente hasta el 21 de mayo de 2010, la Sala llega a las siguientes conclusiones que permiten confirmar la nugatoria de las pretensiones de la demanda adoptada por el Tribunal:

1. Tanto el nombramiento en propiedad como la prórroga del período de los directores o gerentes de las Empresas Sociales del Estado, deben estar precedidas de la integración de la terna o la postulación de la Junta Directiva de la entidad, según sea el caso. Sin embargo, en ambos sistemas de designación, como se vio, es indispensable que la declaración de la Junta Directiva se fusione con la voluntad administrativa del Jefe de la entidad territorial para que se configure el acto complejo y tenga un efecto decisorio; situación que en el caso sub-lite no se presentó y no podía la Junta Directiva asumir competencias que por virtud de la Ley corresponden al primer mandatario local.

2. Con todo, por expresa disposición del Legislador avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-957-07, al demandante le es aplicable la primera de las variables contenidas en el párrafo transitorio del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, y en esa medida le asistía el derecho a permanecer en el cargo hasta el 31 de marzo de 2008 como en efecto ocurrió.

3. Solamente era dable que el actor permaneciera en el cargo hasta el año 2010, si hubiera mediado un **acto de reelección** con todo el procedimiento que exige la ley, como lo es el adelantamiento del respectivo concurso de méritos, la conformación de la terna y el acto de nombramiento, caso en el cual tendría que ser respetada la permanencia del demandante en la Institución durante el nuevo periodo. No obstante, las pruebas allegadas al expediente permiten concluir que tal procedimiento no se surtió y por lo tanto no es posible pensar en la vulneración de un derecho adquirido a partir de una situación irregular, so pena de quebrantar el derecho de acceso a la función pública en igualdad de oportunidades y desconocer el debido proceso administrativo de las demás personas que aspiran ocupar un cargo de esta naturaleza.

4. Por consiguiente, el primer mandatario municipal se encontraba plenamente autorizado para convocar a un nuevo concurso a fin de proveer en propiedad el cargo de gerente a partir del 1° de abril de 2008, tal como lo ordena la ley. Con ello, hizo efectivo el derecho previsto en el numeral 7° del artículo 40 de la Carta en consonancia con el mandato previsto en el artículo 125 ibídem y no desconoció garantía constitucional ni legal por parte del demandante.

Bajo estas consideraciones, se concluye que la sentencia objeto de recurso debe ser confirmada en tanto que la legalidad de los actos acusados no fue desvirtuada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

V. FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de primera instancia, proferida el **9 de febrero de 2010** por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la acción instaurada por Martín Alonso Cuellar Lozano contra el Municipio de Guadalajara de Buga.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO