



Radicado: 47001-23-33-000-2022-00034-01  
Demandante: MIGUEL ANTONIO MARTÍNEZ OLANO  
Demandado: JORGE BERNAL CONDE

**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN QUINTA**

**Magistrado Ponente: Luis Alberto Álvarez Parra**

Bogotá D.C., nueve (9) de junio de dos mil veintidós (2022)

**Referencia:** NULIDAD ELECTORAL  
**Radicación No.:** 47001-23-33-000-2022-00034-01  
**Demandante:** MIGUEL ANTONIO MARTÍNEZ OLANO  
**Demandado:** JORGE BERNAL CONDE - GERENTE ENCARGADO DE LA ESE HOSPITAL SAN CRISTÓBAL DE CIÉNAGA.

**Tema:** Designación del gerente o director de una Empresa Social del Estado del nivel territorial.

**SENTENCIA – SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 9 de marzo de 2022, por medio de la cual, el Tribunal Administrativo del Magdalena negó las pretensiones de la demanda tendiente a obtener la nulidad del acto mediante el cual se encargó al señor Jorge Bernal Conde, como gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga.

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. Pretensiones**

En ejercicio del medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 del CPACA, el señor Miguel Antonio Martínez Olano formuló demanda<sup>1</sup> con las siguientes pretensiones:

**“PRIMERA:** Que es NULO EL DECRETO 113 DE FECHA 12 DE ABRIL DE 2021, POR MEDIO DEL CUAL SE EFECTUA (sic) UN ENCARGO DEL SEÑOR JORGE BERNAL CONDE EN LA ESE SAN CRISTOBAL (sic) DE CIENAGA (sic)

**SEGUNDA:** Que una vez ANULADO el nombramiento se nombre a la señora SUSANA HINCAPIE (sic) FERNANDEZ (sic) C.C. 1047340501, quien cumple con los requisitos para ser gerente y se encuentra vinculada a la E.S.E.

**TERCERA:** Que se hagan las demás declaraciones relacionadas con este tipo de procesos electorales dada la condición de público.”

<sup>1</sup> El libelo se radicó el 10 de mayo de 2021.



## 1.2. Hechos

Los fundamentos fácticos fueron los siguientes:

El gobernador del Magdalena profirió el Decreto No. 113 del 12 de abril de 2021, a través del cual, encargó al señor Jorge Bernal Conde, quien estaba vinculado como asesor del despacho de dicho mandatario, para desempeñar el empleo de gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga, sin separarse de las funciones del cargo del cual es titular.

Mediante oficio de fecha 27 de abril de 2021, la Oficina de Talento Humano de la referida ESE le informó al actor que una vez revisadas las hojas de vida que reposaban en dicha dependencia, se verificó que la persona que cumple con el perfil para ocupar el cargo de gerente de la entidad, es la señora Susana Hincapié Fernández, quien actualmente funge como subgerente científico de la institución y cuya denominación es de libre nombramiento y remoción.

En la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga, se encuentra vacante el cargo de gerente, por renuncia aceptada al titular *“y mientras se hace el concurso debe ser suplida mediante “encargo”. Ese encargo que es una figura administrativa, que se utiliza para designar transitoriamente a un empleado de la misma entidad (ESE), bien sea de carrera o de libre nombramiento y remoción, mientras culmina el respectivo proceso de concurso de méritos no se cumplió y se encargó a un asesor de la Planta del Despacho del Gobernador”* (sic para toda la cita).

En la multicitada ESE se cuenta con la señora Emma Cecilia Peñate Aragón, en calidad de jefe de la Oficina de Talento Humano, quien fue certificada para ocupar el cargo de gerente de la entidad, por lo que, el encargo de una persona que no conoce cómo funciona la ESE, desconoce el principio de eficacia y continuidad eficiente del servicio.

En este orden, considera que en la institución sí existían empleados que reunían los requisitos para desempeñar el cargo de gerente, razón por la cual *“no se podía hacer una designación externa transitoria o temporal, mientras culmina el proceso de selección”*.

El *“encargo interinstitucional”*, no está contemplado dentro del ordenamiento legal.

## 1.3. Normas violadas y concepto de violación.

El demandante invocó los artículos 29 y 209 de la Constitución Política, 2.2.5.4.7. del Decreto No. 1083 de 2015, 137 y 139 del CPACA, 20 de la Ley 1797 de 2016 y 1° del Decreto No. 1412 de 2015.



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

Sobre la primera censura referente a la infracción de las normas en que debía fundarse el acto indicó que la figura del encargo se encuentra establecida en el artículo 2.2.5.4.7. del Decreto No. 1083 de 2015, el cual dispone que los empleados públicos podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales fueron nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo. Al respecto, manifestó que dicha norma *“en ningún lugar otorga facultades al Gobernador para hacer un encargo interinstitucional pues el señor JORGE BERNAL CONDE hace parte de la Planta de la Gobernación del Magdalena (sic) y no de la Planta de personal de la E.S.E.”* y que este último, es decir, el encargo interinstitucional, no se encuentra contemplado dentro de nuestro ordenamiento legal.

Agregó que, en el presente caso, el primer mandatario no tuvo en cuenta que, en la Empresa Social del Estado Hospital San Cristóbal de Ciénaga, se encuentra vinculada la señora Susana Hincapié Fernández, quien actualmente ostenta el cargo de subgerente científico y cumple con el perfil para ocupar el cargo de gerente de la entidad.

Respecto de la segunda censura relativa a la desviación de las atribuciones propias de quien profirió el acto la parte actora aseveró que *“el Gobernador del Magdalena no tenía competencia para realizar encargos interinstitucionales dado que fundamenta su encargo en el ARTÍCULO 2.2.5.4.7 del DECRETO 1083 DE 2015, el cual habla de los encargos pero no faculta al Gobernador para encargar a un funcionario de la planta de la Gobernación como gerente de la ESE SAN CRISTOBAL (sic) DE CIENAGA (sic)”*.

Finalmente, en cuanto a la tercera censura consistente en la expedición irregular, el demandante aseguró que el acto a través del cual se encargó al demandado como gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga, ni siquiera tiene una fundamentación constitucional o legal que permita realizar el encargo interinstitucional.

#### **1.4. Actuaciones procesales**

**1.4.1.** Esta demanda fue presentada<sup>2</sup> inicialmente ante los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Santa Marta, correspondiéndole su conocimiento al Juez Noveno (9), el cual profirió auto de fecha 13 de mayo de 2021,

<sup>2</sup> El 10 de mayo de 2021, según consta en el Sistema de Gestión Judicial - SAMAJ. Historial de actuaciones. Anotación 3.



Radicado: 47001-23-33-000-2022-00034-01  
Demandante: MIGUEL ANTONIO MARTÍNEZ OLANO  
Demandado: JORGE BERNAL CONDE

en el que resolvió admitir el libelo<sup>3</sup> y negar la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

**1.4.2.** El 8 de julio del 2021, se llevó a cabo la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, en la que se saneó el proceso, se fijó el litigio y se decretaron los medios probatorios solicitados por las partes. El 29 del mismo mes y año se celebró la audiencia de pruebas, se ordenó presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público emitir concepto.

**1.4.3.** Cumplido lo anterior, el Juzgado Noveno (9) Administrativo del Circuito de Santa Marta dictó sentencia de 13 de septiembre de 2021, en la cual resolvió:

**PRIMERO: NO DECLARAR PROBADO** los cargos de nulidad del acto administrativo viciado por infracción de las normas en que debía fundarse, acto administrativo viciado por desviación de las atribuciones propias de quien las profirió y acto administrativo viciado por expedición irregular contra el decreto 113 del 9 de abril de 2021 mediante el cual se encargó al Doctor Jorge Bernal Conde como Gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga.

**SEGUNDO: ADVERTIR** que el encargo del doctor JORGE BERNAL CONDE, como gerente de ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga, será por el término de 3 meses.

**TERCERO: INSTAR** a la junta directiva de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga para que proceda si aún no lo ha hecho, a proferir la resolución de convocatoria para el concurso de méritos y proveer el cargo de Gerente de La ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga, de acuerdo a los lineamientos establecidos en el Decreto 800 de 2008 y la ley 1797 de 2016.

**1.4.4.** Inconforme con lo decidido en dicha providencia, el apoderado judicial del departamento del Magdalena formuló recurso de apelación, con los siguientes argumentos:

Frente a lo dispuesto en el numeral segundo, esto es, la advertencia consistente en que el encargo del señor Jorge Bernal Conde como gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga será por el término de tres (3) meses, adujo que, a partir del 27 de junio de 2019, se amplió el término del encargo, por lo que, dicha orden vulnera el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, el cual dispone que, en caso de vacancia definitiva, el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

En cuanto al numeral tercero, relacionado con la solicitud a la junta directiva de la ESE de proferir la resolución de convocatoria para adelantar el concurso de méritos y proveer el cargo de gerente, manifestó que el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, modificó el mecanismo de elección de los gerentes de las ESE consagrado en las

<sup>3</sup> El señor Jorge Bernal Conde fue vinculado al proceso, como consta en el auto admisorio de la demanda y contestó el libelo mediante escrito enviado por correo electrónico el 3 de junio de 2021, según se observa en el Sistema de Gestión Judicial - SAMAJ. Historial de actuaciones. Anotación 3.



Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, las cuales sí establecían un concurso de méritos para tal propósito. Sin embargo, el legislador del 2016, dispuso que dichos empleados públicos serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo y evaluación de las competencias que señale el DAFP.

En consecuencia, solicitó revocar los numerales segundo y tercero del fallo emitido el 13 de septiembre de 2021, por el Juzgado Noveno (9) Administrativo del Circuito de Santa Marta.

La alzada fue concedida a través de auto del 5 de octubre de 2021 ante el Tribunal Administrativo del Magdalena; corporación judicial que, mediante proveído del 20 de octubre de 2021, admitió el mecanismo de defensa incoado y ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión.

**1.4.5.** Con posterioridad, la magistrada sustanciadora del Tribunal Administrativo del Magdalena advirtió que el Juzgado Noveno (9) Administrativo del Circuito de Santa Marta carecía de competencia para tramitar el proceso en primera instancia, toda vez que, la demanda había sido radicada el 10 de mayo de 2021, fecha para la cual el numeral 9 del artículo 155 del CPACA<sup>4</sup>, antes de la modificación introducida por el artículo 30 de la Ley 2080 de 2021, disponía que los juzgados administrativos conocían, en dicha instancia, *“De la nulidad de los actos de elección, distintos de los de voto popular, que no tengan asignada otra competencia y de actos de nombramiento efectuados por autoridades del orden municipal, en municipios con menos de setenta mil (70.000) habitantes que no sean capital de departamento”* y, en el presente caso, el municipio de Ciénaga, donde se encuentra ubicada la ESE Hospital San Cristóbal, contaba para el año 2021 con un total de 126.245 habitantes.

En este orden, consideró que, en virtud de lo establecido en el numeral 9 del artículo 152 del CPACA<sup>5</sup>, previa modificación realizada por el artículo 28 de la Ley 2080 de 2021, a los tribunales administrativos les correspondía conocer, en primera instancia, de *“la nulidad del acto de nombramiento de los empleados públicos del nivel directivo o su equivalente efectuado por autoridades del orden nacional y por las autoridades Distritales, Departamentales o Municipales, en municipios con más de setenta mil (70.000) habitantes o que sean capital de departamento”*, como ocurre con el acto de nombramiento acusado, pues se trata de un empleado público del nivel directivo de una ESE ubicada en un municipio que cuenta con más de setenta mil (70.000) habitantes.

En consecuencia, el *a quo* dictó auto de fecha 1° de febrero de 2022, mediante el cual resolvió: i) declarar, por el factor funcional, la falta de competencia del Juzgado Noveno (9) Administrativo del Circuito de Santa Marta, para conocer del proceso y

<sup>4</sup> Norma que enlistaba los asuntos de competencia de los juzgados administrativos en primera instancia.

<sup>5</sup> Disposición que señalaba los casos que conocían en primera instancia los tribunales administrativos.



ii) declarar la nulidad de lo actuado, a partir de la sentencia de 13 de septiembre de 2021, inclusive, proferida por dicho operador judicial, dejando a salvo las actuaciones anteriores a la mencionada providencia, de conformidad con lo señalado en el artículo 138 del CGP.

**1.4.6.** Ejecutoriada esta decisión, el Tribunal Administrativo del Magdalena profirió sentencia de primera instancia de fecha 9 de marzo de 2022, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Miguel Antonio Martínez Olano, tendiente a obtener la nulidad del acto a través del cual se encargó a Jorge Bernal Conde, como gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga.

**1.4.7.** Contra esta decisión, la parte actora formuló recurso de apelación<sup>6</sup>, el cual fue concedido por el *a quo* ante esta Corporación, mediante auto del 7 de abril de 2021.

## **1.5. La sentencia apelada**

El Tribunal Administrativo del Magdalena negó las pretensiones de la demanda, mediante sentencia de 9 de marzo de 2022, con los siguientes argumentos:

Empezó por recordar que, a través de la Ley 10 de 1990, se reorganizó el Sistema Nacional de Salud y en el artículo 10 se dispuso que, en los niveles seccionales y locales, el sistema de salud se regirá por las normas científico-administrativas que dicte el Ministerio de Salud y será dirigido por el funcionario, que autónomamente determine el órgano competente de la entidad territorial respectiva, quien será designado por el correspondiente jefe de la administración.

Con la Ley 100 de 1993, se estableció que el representante de la Empresa Social del Estado sería designado por el jefe de la entidad territorial de terna que le presentara la junta directiva para un período mínimo de tres (3) años prorrogables (art.192).

Con posterioridad, se profirió la Ley 1122 de 2007<sup>7</sup>, que en su artículo 28 elevó el periodo del gerente de la ESE a cuatro (4) años y dispuso que el mismo sería institucional, permitiendo la reelección de aquel por una sola vez. Adicionalmente, estableció que la conformación de la terna por parte de la junta directiva se debía hacer previo proceso de selección o concurso de méritos, para que luego el jefe de la entidad territorial efectuara el respectivo nombramiento, presuponiendo con esta última fase, cierto margen de discrecionalidad en cuanto a la terna.

<sup>6</sup> La sentencia de primera instancia del 9 de marzo de 2022, fue notificada el 23 de marzo siguiente y recurrida en apelación por la parte actora, mediante escrito enviado por correo electrónico en la misma fecha, es decir, dentro del término de que trata el artículo 292 del CPACA.

<sup>7</sup> Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones



**Radicado:** 47001-23-33-000-2022-00034-01  
**Demandante:** MIGUEL ANTONIO MARTÍNEZ OLANO  
**Demandado:** JORGE BERNAL CONDE

Luego, el legislador profirió la Ley 1438 de 2011, a través de la cual reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud y en el artículo 72<sup>8</sup> recogió lo que en punto a la meritocracia explicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-181/10. Esta disposición fue trasladada al artículo 12 del Decreto 2993 de 2011 que, a su vez, modificó el artículo 4 del Decreto No. 800 de 2008, reglamentario del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

En el año 2016, el Congreso de la República abordó nuevamente el estudio de la designación de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado y expidió la Ley 1797<sup>9</sup>, la cual, en el artículo 20 dispuso que serán nombrados para periodos institucionales de cuatro (4) años por el gobernador o el alcalde en el nivel territorial y por el presidente de la República en el nivel nacional, 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.

Precisado lo anterior, el tribunal de instancia se refirió a la figura del encargo, como una situación administrativa y una forma transitoria de proveer empleos, en virtud de la cual se designa temporalmente a un empleado para asumir total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

Respecto del encargo en empleos de libre nombramiento y remoción, el Decreto No. 1083 de 2015<sup>10</sup>, en su artículo 2.2.5.5.43, modificado por el artículo 1° del Decreto No. 648 de 2017 dispuso que, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño y cuando se trate de vacancia temporal, el encargo se efectuará durante el término de esta. Ahora, si es vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

Este mismo Decreto, en su artículo 2.2.5.5.45 consagró, en cabeza del presidente de la República el encargo interinstitucional, el cual se presenta cuando designa temporalmente a un empleado en otra entidad de la Rama Ejecutiva, para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante del cual él sea el nominador, por falta temporal o definitiva de su titular, precisando que dicho encargo puede recaer en un empleado de carrera o de libre nombramiento y remoción que cumpla con los requisitos para el desempeño del cargo.

<sup>8</sup> 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

<sup>9</sup> Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones.

<sup>10</sup> Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.



Posteriormente, se expidió la Ley 1960 de 2019<sup>11</sup>, que en su artículo 1° dispuso que el término del encargo fuera de tres (3) meses prorrogable por tres (3) meses más, al cabo de los cuales el cargo debe ser provisto en forma definitiva, figura que, en tratándose de servidores públicos de libre nombramiento y remoción, puede entregarse a un empleado público de la misma naturaleza o a uno de carrera administrativa. Esta norma no impone que solo sea a este último y la condición es cumplir con el perfil y requisitos para su desempeño.

Al descender al caso concreto, el *a quo* precisó que la censura recae sobre la designación del gerente encargado de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga, efectuada por el gobernador del departamento del Magdalena, contenida en el Decreto No. 113 de 12 de abril de 2021. Al respecto, indicó que el gobernador, como jefe de la administración seccional y en el marco del empleo público, tiene la atribución no solo de nombrar y remover a los servidores públicos que la ley determine, en forma definitiva, sino que también puede aprovisionarlos de manera temporal, mediante uno de los movimientos de personal permitidos, como ocurre con el encargo.

En seguida, se refirió específicamente al encargo interinstitucional previsto en el artículo 2.2.5.5.45 del Decreto No. 1083 de 2015, en el sentido de indicar que dicha figura está consagrada para el presidente de la República, sin embargo, considera que no solo este servidor público puede realizar esta designación, pues, atendiendo al efecto útil de la norma e interpretando que se trata de movimientos de personal en todos los niveles de la administración pública, significa que por tratarse del jefe de la administración, también sea admisible que los gobernadores y alcaldes cuenten con la autorización legal para ejecutar tal movimiento cuando así lo estimen, esto es, aquellos funcionarios del nivel territorial pueden hacerlo siempre que en ambas entidades, sean nominadores.

Sostuvo que, al revisar el contenido del acto acusado, observó que en el mismo se expresaron varios aspectos fácticos como el hecho de que el titular del cargo de gerente de la ESE San Cristóbal de Ciénaga había renunciado a dicho empleo, es decir, estaba vacante. También se indicó que, para garantizar la efectiva y continua prestación del servicio de salud, era procedente proveer la vacante temporal mediante encargo, a un empleado del nivel central de la gobernación del Magdalena. Además, se estipuló que el asesor que se encargaba acreditaba los requisitos legales exigidos para desempeñar el cargo.

En consecuencia, consideró que ninguna de las censuras invocadas tenía vocación de prosperidad, había cuenta que, el encargo interinstitucional es un movimiento de personal que puede ser ejecutado por el gobernador, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.5.5.45 del Decreto No. 1083 de 2015, por ende, el cargo de nulidad por infracción de las normas en que debía fundarse el acto

<sup>11</sup> Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.



administrativo de encargo resulta impróspero, como también el de desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

Tampoco encontró prosperidad frente al cargo de expedición irregular, comoquiera que el acto administrativo acusado se sostuvo sobre consideraciones fácticas y jurídicas que atienden al encargo interinstitucional, no solo porque se indicó la normativa que contiene aquel movimiento de personal, sino porque del recuento fáctico, se deja establecido que el empleado a ocupar el cargo vacante en otra entidad es asesor del gobernador, lo que denota que la intención del funcionario no es otra que hacer la designación de manera temporal mediante esta figura, dado que en ambos casos, quien tiene la competencia para nominar es el jefe de la administración en el nivel departamental, de ahí que el acto cuestionado sí cuente con fundamentación constitucional y legal.

## 1.6. El recurso de apelación

El actor interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, refiriéndose, en primer lugar, a la naturaleza del cargo de gerente de la ESE San Cristóbal de Ciénaga, para señalar que, no es *“un empleo de libre nombramiento y remoción”*, si no que se trata de *“un cargo de concurso de méritos de periodo fijo”*, razón por la cual, el gobernador del departamento del Magdalena sólo puede designar a quien obtuvo el mayor puntaje de la terna, con lo que desaparece cualquier discrecionalidad y, por ello, no podía encargar a una persona de otra entidad, en este caso, a un asesor de su despacho, cuando en la ESE hay empleados que cumplen los requisitos para ocupar ese empleo, como ocurre con la señora Susana Hincapié Fernández, quien actualmente funge como subgerente científico de la institución, según consta en el oficio del 27 de abril de 2021, en el que le informaron al accionante que dicha empleada cumplía con el perfil para ocupar el cargo, lo cual, a juicio del recurrente, no tuvo en cuenta el *a quo*.

Agregó que la junta directiva de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga no ha proferido la resolución de convocatoria para el concurso de méritos para proveer el cargo de gerente *“de acuerdo a los lineamientos establecidos en el Decreto 800 de 2008 y la ley 1797 de 2016”*.

En virtud de lo anterior, considera que el Consejo de Estado debe analizar puntualmente este aspecto especial sobre la particularidad del cargo de periodo fijo por concurso de méritos, frente a la confusión de un cargo de libre nombramiento y remoción. Consecuentemente, solicitó revocar el fallo apelado y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

## 1.7. Actuaciones de segunda instancia

### 1.7.1. Alegatos de conclusión

#### 1.7.1.1. El demandante



La parte actora, en el término procesal concedido, guardó silencio.

### 1.7.1.2. El demandado

El señor Jorge Bernal Conde, en su calidad de gerente encargado de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga, guardó silencio.

### 1.7.1.3. El departamento del Magdalena

Dentro de la oportunidad procesal, el apoderado del departamento del Magdalena presentó alegatos de conclusión, en los cuales empezó por indicar que, la afirmación del apelante consistente en que el cargo de gerente de la ESE debe ser provisto mediante un concurso de méritos, “es falaz”, toda vez que, el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, al regular el nombramiento de gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado, no consagra un concurso de méritos, sino que se limita a establecer un proceso de verificación de requisitos y competencias que no genera una terna para el nombramiento.

Adujo que el Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante concepto 294131 del 3 de julio de 2020, señaló que en el nivel territorial es predicable el encargo interinstitucional cuando el alcalde o gobernador, como en este caso, es el nominador de ambos empleos públicos.

En virtud de lo anterior, precisó que el gobernador del departamento del Magdalena es el nominador de los empleos públicos de Asesor Código 105 Grado 01 adscrito a su despacho y de gerente de la ESE San Cristóbal de Ciénaga, razón por la cual, en ejercicio de la institución del encargo interinstitucional, nombró a Jorge Bernal Conde, quien cumple a cabalidad con los requisitos de formación y experiencia profesional consagrados en el Decreto 785 de 2005, artículo 22.3.1.

En efecto, del análisis de la hoja de vida del Doctor Jorge Bernal Conde, pudo concluir que acredita un título profesional en áreas de la salud, a saber, médico y cirujano de la Universidad Tecnológica de Pereira otorgado el 4 de agosto de 1989, título de especialista en salud ocupacional otorgado por la Facultad de Enfermería de la Universidad Nacional de Colombia el 29 de julio de 1994; título de especialista en Gobierno Municipal otorgado por la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Javeriana el 3 de noviembre de 2005 y título de Magister en Ordenamiento Urbano - Regional otorgado por la Facultad de Artes de la Universidad Nacional de Colombia el 22 de julio de 2014.

En lo concerniente a acreditar tres (3) años de experiencia profesional en el sector de la salud, en la hoja de vida del demandado se encuentran los siguientes empleos: gerente de la ESE Hospital Sur entre el 14 de enero de 2008 y el 1° de agosto de 2011; asesor de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá en el periodo comprendido entre el 2 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2011; y secretario



Radicado: 47001-23-33-000-2022-00034-01  
Demandante: MIGUEL ANTONIO MARTÍNEZ OLANO  
Demandado: JORGE BERNAL CONDE

Seccional de Salud del Departamento del Magdalena entre el 1° de enero de 2020 y el 15 de julio de 2020.

Así las cosas, concluyó que el Decreto No. 113 de 2021, cuya nulidad se deprecia, fue expedido por el gobernador departamental del Magdalena en su calidad de funcionario competente, en ejercicio de las facultades legales y de conformidad con las normas constitucionales y legales vigentes que regulan la materia, por lo cual, el acto administrativo es legal y sobre el no recae vicio o causal alguna para declararlo nulo manteniéndose íntegra su presunción de legalidad. Por lo tanto, solicitó confirmar la sentencia proferida el 9 de marzo de 2022, por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

#### 1.7.1.4. Concepto del Ministerio Público

La Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto con los siguientes argumentos:

En primer lugar, considera que la discusión del presente asunto no tiene como propósito hacer una valoración sobre la elección o designación del servidor público en los términos del artículo 139 del CPACA, en tratándose de un nombramiento, sino que se circunscribe a determinar la legalidad del Decreto No. 113 de 12 de abril de 2021, a través del cual, el gobernador del Magdalena “encargó de las funciones” de gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga, al empleado público Jorge Bernal Conde, lo cual corresponde a un asunto propio de la Sección Segunda de esta Corporación.

Como sustento de lo anterior, citó apartes de la providencia del 22 de abril de 2021<sup>12</sup>, en la que se analizó una demanda instaurada a través del contencioso electoral, tendiente a obtener la nulidad del Decreto No. 4112010.20.0012 de 3 de enero de 2020, por el cual el alcalde de Cali encargó al señor Jesús Darío González Bolaños, de las funciones propias del gerente general de las Empresas Municipales de Cali, EMCALI E.I.C.E. E.S.P. Sin embargo, precisó que dada una interpretación diferente y de considerarse que la Sección Quinta del Consejo de Estado debe conocer del proceso, procedía a rendir el concepto de fondo.

Empezó por referirse a la naturaleza del cargo de los gerentes de las ESE y su provisión, en el sentido de señalar que, los mismos obedecen a criterios de libre nombramiento y remoción por tratarse de empleos de confianza de los nominadores y precisó que tal naturaleza -libre nombramiento y remoción- no elimina el mérito como criterio de selección, pero sí lo combina con otros factores subjetivos, que, en principio son admisibles de conformidad con el contorno de necesidades que requieren el ejercicio del cargo.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, auto del 22 de abril de 2021, Rad. No. 76001-23-33-000-2020-00127-01, Demandante: Gustavo Adolfo Prado Cardona, Demandado: Jesús Darío González Bolaños – encargado de las funciones de gerente general de EMCALI E.I.C.E. E.S.P..



Luego, manifestó que el argumento del apelante consistente en que el cargo de gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga es de “*concurso de méritos de período fijo*”, constituye una valoración e interpretación que no es de recibo y se opone al análisis que realizó la Corte Constitucional en la sentencia C-046 de 2018, en la cual se dejó explícito que el empleo de gerente de las Empresas Sociales del Estado es de libre nombramiento y remoción, lo cual no impide que se tenga como limitación la temporalidad en el cargo, por cuanto el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, dispone que los gerentes o directores de las ESE serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial para periodos institucionales de cuatro (4) años.

En punto del encargo interinstitucional, manifestó que el Departamento Administrativo de la Función Pública, en concepto 030371 de 2021, se pronunció en el sentido de indicar que dicha figura podrá ser aplicable en el orden territorial, siempre y cuando la facultad nominadora en las dos entidades recaiga en un mismo servidor. En efecto, consideró que, en el *sub examine* se daban las condiciones para efectuar tal designación, a saber: i) la vacancia del cargo por retiro del titular como gerente de la ESE San Cristóbal de Ciénaga; ii) la acreditación de los requisitos para el desempeño de la vacante; y, iii) el uso de la facultad nominadora por el gobernador en relación con dos cargos bajo su potestad, esto es, el original de asesor de despacho de la gobernación y la gerencia de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga.

Por otra parte, frente al argumento del recurrente consistente en que la junta directiva de la multicitada ESE, no había proferido la resolución de convocatoria para el concurso de méritos a fin de proveer el cargo de gerente de dicha entidad, precisó que esa condición estaba prescrita en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, la cual también fue consignada en el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011 y se reiteró en el artículo 12 de Decreto No. 2993 de 2011, modificado por el artículo 4 del Decreto No. 800 de 2008 como reglamentario del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

Sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley 1797 de 2016, artículo 20, las condiciones para la elección de los gerentes o directores de las ESE variaron, en el sentido de que deben ser nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial, alcalde o gobernador, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale DAFP. Así entonces, concluyó que la Ley 1797 no tiene dentro de los requisitos de selección del gerente de las ESE, que se trate de un concurso de méritos, ni que actúe la junta directiva en el proceso de selección.

En consecuencia, solicitó confirmar la sentencia de primer grado.



## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en los artículos 150 y 152<sup>13</sup> numeral 9<sup>14</sup> del CPACA y 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 emitida el 9 de marzo de 2022, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Magdalena 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 de un empleado público del nivel directivo, esto es, del gerente de una Empresa Social del Estado de un municipio cuya población excede los 70.000 habitantes<sup>15</sup>, 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 del Decreto No. 113 del 12 de abril de 2021, “*Por medio del cual se efectúa un encargo*”, expedido por el gobernador del departamento del Magdalena, mediante el cual encargó al empleado público Jorge Bernal Conde, quien estaba vinculado como asesor, código 105, grado 01, del Despacho del gobernador del departamento del Magdalena, para desempeñar el empleo de gerente de la Empresa Social del Estado San Cristóbal de Ciénaga, sin separarse de las funciones del cargo del cual es titular, adosado por la parte actora en la demanda.

### 2.3. Problema jurídico.

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 9 de marzo de 2022, mediante la cual, el Tribunal Administrativo del Magdalena negó las pretensiones de la demanda tendiente a obtener la nulidad del Decreto No. 113 del 12 de abril de 2019, por el cual, el gobernador del Magdalena encargó al señor Jorge Bernal Conde, como gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga.

<sup>13</sup> No se incluye la modificación introducida por la Ley 2080 de 25 de enero de 2021, por cuanto la regulación atinente a las competencias rige un (1) año después de la publicación de la referida Ley, conforme lo dispone el régimen de transición que consagra el artículo 86 ejusdem.

<sup>14</sup> “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...”.

<sup>15</sup> La proyección poblacional del municipio de Ciénaga – Magdalena para el año 2021, era de 126.245 habitantes. Al respecto, ver “La información del DANE en la toma de decisiones regionales”. Recuperado de [www.dane.gov.co/files/investigaciones/planes-departamentos-ciudades/211019-InfoDane-Santa%20Marta-Magdalena.pdf](http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/planes-departamentos-ciudades/211019-InfoDane-Santa%20Marta-Magdalena.pdf)



Así entonces, previo a resolver el caso concreto, la Sala abordará la segunda instancia desde los siguientes ejes temáticos: i) cuestión previa; ii) el marco normativo de la designación del gerente de una Empresa Social del Estado, iii) la figura del encargo, para luego definir iv) el caso concreto.

#### 2.4. Cuestión previa

La Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto en el que consideró que en el presente caso la discusión no tiene como propósito que se haga una valoración sobre la elección o designación del gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga, en los términos del artículo 139 del CPACA, sino que se trata de un “encargo de funciones”, lo cual constituye un tema netamente laboral que es propio de la Sección Segunda de esta Corporación.

Pues bien, en primer lugar, se advierte que, en el *sub lite* no se formuló demanda de simple nulidad contra actos administrativos que versen sobre asuntos laborales, ni de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral no provenientes de un contrato de trabajo, que son algunos de los asuntos asignados a la Sección Segunda del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Acuerdo 080 de 2019, Reglamento Interno del Consejo de Estado.

En el *sub judice* se instauró el contencioso electoral de que trata el artículo 139 del CPACA, tendiente a obtener la nulidad del Decreto No. 113 del 12 de abril de 2021, a través del cual el gobernador del Magdalena encargó al señor Jorge Bernal Conde, como gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga.

Del contenido del acto acusado<sup>16</sup> se desprende que, mediante el Decreto No. 0183 de 20 de mayo de 2020, fue nombrado el señor Jesús Francisco Molina Peñaloza como gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga y con posterioridad presentó renuncia al cargo, la cual le fue aceptada con el Decreto No. 105 de 9 de abril de 2021.

En este orden, resulta claro que, la designación del demandado como gerente encargado de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga, obedeció a que el cargo se encontraba vacante de manera definitiva por renuncia del titular, es decir que el señor Jorge Bernal Conde reemplazó a quien había sido nombrado como gerente, esto es, sustituyó al titular del cargo<sup>17</sup>. Lo anterior significa que se trata de un “encargo del cargo” y no de un “encargo de funciones”, pues, en este último caso, no hay desvinculación del cargo, por cuanto el titular del mismo se encuentra en alguna de las siguientes situaciones administrativas<sup>18</sup>: i) licencia, ii) comisión, iii) suspendido o separado en el ejercicio de sus funciones, iv) vacaciones, v) en

<sup>16</sup> Sistema de Gestión Judicial - SAMAJ. Historial de actuaciones. Anotación 3.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. (E) Susana Buitrago Valencia, Sentencia del 6 de diciembre de 2012, Rad. No. 540012331000201100552-01, Demandante: Luis Ovidio Palacios Casadiego.

<sup>18</sup> Artículo 2.2.5.5.1 del Decreto No. 1083 de 2015.



periodo de prueba en empleos de carrera, vi) descanso compensado, entre otras, lo cual no ocurrió en el presente asunto.

Ahora bien, en cuanto a las figuras del “*encargo del cargo*” y del “*encargo de funciones*”, la Sala Electoral del Consejo de Estado<sup>19</sup> ha señalado lo siguiente:

Tratándose de los encargos esta Sección ha explicado<sup>20</sup> que no en todos los casos estas designaciones pueden entenderse como actos electorales propiamente dichos<sup>21</sup>, ya que, en algunas ocasiones, a través del encargo no se plasma la voluntad del CSU de elegir a alguien como rector, sino que en realidad se delegan funciones; circunstancia que al tratarse de una situación administrativa escapa al ámbito del juez electoral y pasa a la del juez de lo contencioso laboral.

Para evidenciar la distinción de encargo como provisión del cargo y de encargo como situación administrativa se ha establecido:

*“no en todas las ocasiones los encargos deben ser comprendidos como una forma de proveer los empleos públicos, pues, no en pocas ocasiones, se encargan las funciones pero no el cargo, eventos en los cuales dicha situación administrativa no puede ser equiparada a un nombramiento.*

*En otros términos, **el encargo del cargo implica un reemplazo del titular del mismo**, mientras que en el contexto del **encargo de funciones** éste continúa ocupándolo, a pesar de que por alguna situación administrativa no puede desempeñar el catálogo de funciones asignado a su empleo.”<sup>22</sup>*

Ahora bien, es de señalar que el “encargo del cargo” es la verdadera situación que constituye un acto susceptible de nulidad electoral, habida cuenta que el denominado “encargo de funciones” es en realidad una delegación de estas, y por ello, claramente, no corresponde a una forma de provisión de un empleo que lo es que se pretende hacer a través del encargo (Subrayado fuera de texto).

Precisado lo anterior, se concluye que, en este caso, no nos encontramos ante la figura del encargo de funciones, como lo considera la Delegada del Ministerio Público, sino que, debido a la renuncia presentada por el señor Jesús Francisco Molina Peñalosa al cargo de gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga, el gobernador del departamento del Magdalena decidió encargar al demandado para que ocupara el cargo de gerente, por tratarse de una vacancia definitiva.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Alberto Yepes Barreiro, auto del 4 de marzo de 2019, Rad. No. 11001-03-28-000-2019-00007-00, Demandante: Nezly Jazmín Albornoz Cuero, Demandado: Oscar Jehiny Larrahondo- Rector Encargado de la Universidad del Pacífico. Ver también: providencia del 18 de diciembre de 2017, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. No. 11001-03-28-000-2017-00044-00, Demandante: Juan Alfredo Quenza Ramos, Demandado: Eyegma Yovelys Chavez Traslaviña como Gobernadora Encargada del Departamento de Arauca; sentencia del 16 de mayo de 2019, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. No. 25000-23-41-000-2018-00165-02, Demandante: Aleyda Murillo Granados, Demandado: Andrés Camilo Pardo Jiménez – Director Regional del Sena Santander; providencia del 21 de enero de 2021, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. No. 66001-23-33-002-2020-00494-01, Demandante: César David Grajales Suárez, Demandado: Juan David Hurtado Bedoya - Contralor Municipal de Pereira.

<sup>20</sup> Al efecto consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 30 de agosto de 2018, radicación 25000-23-41-000-2018-00165-01. MP. Alberto Yepes Barreiro.

<sup>21</sup> Teniendo en cuenta el texto del artículo 193 del CPACA se ha determinado que existen, si se quiere, 4 clases de actos electorales a saber: i) elección popular; ii) elección a cargo de cuerpo colegiado; iii) nombramiento y iv) llamamiento a proveer vacantes.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de ponente de 30 de noviembre de 2017, radicación 11001-03-28-000-2017-00035-00 CP. Lucy Jeannette Bermúdez. Ddo. Rector Encargado de la Universidad Surcolombiana.



Radicado: 47001-23-33-000-2022-00034-01  
Demandante: MIGUEL ANTONIO MARTÍNEZ OLANO  
Demandado: JORGE BERNAL CONDE

Finalmente, advierte la Sala que, en la providencia a que alude la Procuradora de fecha 22 de abril de 2021, el despacho sustanciador analizó la demanda tendiente a obtener la nulidad Decreto No. 4112010.20.0012 de 3 de enero de 2020, mediante el cual el alcalde de Cali (Valle del Cauca) encargó a Jesús Darío González Bolaños de las funciones propias del gerente general de las Empresas Municipales de Cali, EMCALI E.I.C.E. E.S.P. y advirtió que dicho asunto era de competencia de la Sección Segunda de esta Corporación, teniendo en cuenta las censuras del libelo, esto es, que el demandado venía desempeñando el cargo de secretario de Gobierno de la Alcaldía de Cali cuando fue encargado por el primer mandatario de las funciones de gerente general de EMCALI. Frente a esto, el accionante sostuvo que los servidores de EMCALI, incluido el gerente general, son trabajadores oficiales, de modo que la vinculación del accionado ha debido realizarse por contrato de trabajo, en lugar de materializarse mediante un decreto expedido por el alcalde municipal.

Así las cosas, el despacho observó que el problema jurídico propuesto en ese entonces, estaba relacionado con la figura del encargo, cuyo apego a la legalidad debía ser analizado a la luz de la naturaleza de esa forma de provisión y del cargo de gerente general de EMCALI, con el fin de establecer si correspondía a un empleo público que ha debido proveerse a través de un nombramiento ordinario que origina una relación legal y reglamentaria, o por medio de contrato de trabajo laboral, conforme al régimen laboral ordinario; tópicos que no podían ser analizados en virtud del medio de control de nulidad electoral, ni mucho menos, por la Sección Quinta. En consecuencia, se concluyó que el juez natural del litigio planteado en esa oportunidad era la Sección Segunda de esta Corporación, a quien le compete conocer este tipo de asuntos laborales.

En este orden, no queda duda que corresponde a la Sección Quinta del Consejo de Estado, conocer del presente asunto.

## **2.5. Marco normativo de la Empresa Social del Estado y de la designación del gerente o director - Reiteración jurisprudencial<sup>23</sup>**

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993<sup>24</sup> *“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

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, sentencia del 9 de septiembre de 2021, Rad. No. 54001-23-33-000-2020-00470-01, Demandante: Luis Eduardo Carrascal Quintero, Demandado: Jairo Pinzón López – gerente E.S.E. Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña.

<sup>24</sup> 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.



que se efectuara a través de las llamadas empresas sociales del Estado, que podían crearse por ley, ordenanza o acuerdo<sup>25</sup>, 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 ESE 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 192<sup>26</sup>, 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 sector oficial, faltas a la ética, según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa.” (Subrayado fuera de texto).

De lo anterior, se infiere que, la designación o nombramiento siempre le ha correspondido al presidente de la República, gobernador o alcalde, según sea el caso y 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<sup>27</sup>.

Mediante el **Decreto No. 1876 de 3 de agosto de 1994** “*por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994<sup>28</sup> 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 del respectivo ente territorial para la designación del Director o Gerente (num. 17 art. 11). La anterior norma fue aclarada por el artículo 1° del Decreto No. 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*”.

<sup>25</sup> Sobre el punto de la creación puede verse la sentencia de la Corte Constitucional C-408-94.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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).

<sup>28</sup> El Decreto Ley 1298 fue declarado inexecutable mediante sentencia C-255 de 7 de junio de 1995.



Radicado: 47001-23-33-000-2022-00034-01  
Demandante: MIGUEL ANTONIO MARTÍNEZ OLANO  
Demandado: JORGE BERNAL CONDE

Posteriormente, mediante **Decreto No. 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...*”, y frente a la naturaleza del cargo, se indicó que son empleados públicos de período fijo, nombrados por el jefe del ente territorial respectivo, 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 institución de salud. A título de mención, para la categoría especial y primera, exigió título de formación universitaria o 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 cargos de nivel directivo, ejecutivo, asesor o profesional en organismos o entidades públicas o privadas que integran el Sistema General de Seguridad 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 No. 1569 de 5 de agosto 1998**, derogado por el Decreto No. 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 ESE continuó con las ponderaciones a partir del nivel de atención y la categorización de municipios, según fuera el caso.

En el **Decreto No. 3344 de 20 de noviembre de 2003** –derogado por el Decreto No. 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 ESE del 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 de dicho departamento administrativo expidió la **Resolución No. 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 No. 800 de 14 de marzo de 2008**<sup>29</sup>, indicando que la junta directiva de las ESE 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 éstas 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

<sup>29</sup> El cual a su vez en forma expresa derogó el Decreto 3344 de 2003 (véase art. 9).



Radicado: 47001-23-33-000-2022-00034-01  
Demandante: MIGUEL ANTONIO MARTÍNEZ OLANO  
Demandado: JORGE BERNAL CONDE

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 No. 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 del Decreto No. 800 de 14 de marzo de 2008, concretamente del artículo 5°, el DAFP expidió la **Resolución No. 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 ESE (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 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 ESE (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).

Mediante **Decreto reglamentario No. 2993 de agosto 19 de 2011**<sup>30</sup>, 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-181<sup>31</sup> 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.”*

<sup>30</sup> “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.”

<sup>31</sup> Exp. D-7845. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 28 (parcial) de la Ley 1122 de 2007. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



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*” y, 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 reelegidos<sup>32</sup>, 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 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.

<sup>32</sup> 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.

## 2.6. Figura del encargo.

La Sala Electoral<sup>33</sup> ha sido enfática en señalar que el encargo es una modalidad de provisión temporal de empleos públicos, de conformidad con lo preceptuado por la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación<sup>34</sup>. Esta particularidad permite, en principio, parangonar esta figura jurídica al nombramiento, forma típica de acceso a la función pública.

Sin embargo, menester resulta indicar que no en todas las ocasiones los encargos deben ser comprendidos como una forma de proveer los empleos públicos, pues, no en pocas ocasiones, se encargan las funciones, pero no el cargo, eventos en los cuales dicha situación administrativa no puede ser equiparada a un nombramiento.

Ahora bien, frente a los empleos de libre nombramiento y remoción, los incisos 4° y 5° del artículo 24<sup>35</sup> de la Ley 909 de 2004 “*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”, establecen que, en caso de vacancia temporal o definitiva, éstos pueden proveerse a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, siempre y cuando cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño, y cuando se trate de vacancia definitiva, el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales, el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

Por su parte, el Decreto No. 1083 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*”, consagra los diferentes movimientos de personal que se le pueden efectuar a los empleados que se

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez, auto del 30 de noviembre de 2017, Rad. No. 11001-03-28-000-2017-00035-00, Demandante: Duvan Andrés Arboleda Obregón, Demandado: Edwin Alirio Trujillo Cerquera Como Rector Encargado de la Universidad Surcolombiana.

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 14 de agosto de 2009, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 2143-2007

<sup>35</sup> Modificado por el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019.



encuentren en servicio activo, así como las distintas situaciones administrativas en las que se pueden hallar durante su relación legal y reglamentaria.

En lo que tiene que ver con los movimientos de personal, el artículo 2.2.5.4.1, modificado por el artículo 1° del Decreto No. 648 de 2017, señala:

**ARTÍCULO 2.2.5.4.1 Movimientos de personal.** A los empleados que se encuentren en servicio activo se les podrá efectuar los siguientes movimientos de personal:

1. Traslado o permuta.
2. Encargo.
3. Reubicación
4. Ascenso.

Sobre el encargo, que es lo que concierne a la Sala, el artículo 2.2.5.4.7, modificado por el artículo 1° del Decreto No. 648 de 2017, establece:

**ARTÍCULO 2.2.5.4.7 Encargo.** Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo, en los términos señalados en el siguiente capítulo.

Respecto de las situaciones administrativas, el artículo 2.2.5.5.1, modificado por el artículo 1° del Decreto No. 648 de 2017, dispone:

**ARTÍCULO 2.2.5.5.1 Situaciones administrativas.** El empleado público durante su relación legal y reglamentaria se puede encontrar en las siguientes situaciones administrativas:

1. En servicio activo.
2. En licencia.
4. En comisión.
5. En ejercicio de funciones de otro empleo por encargo.
6. Suspendido o separado en el ejercicio de sus funciones.
7. En periodo de prueba en empleos de carrera.
8. En vacaciones.
9. Descanso compensado

Dejando claro este panorama, se impone abordar el 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*.

## 2.7. Caso concreto.

En la alzada, el recurrente se refirió a la naturaleza del cargo de gerente de la ESE, para señalar que: i) no es “*de libre nombramiento y remoción*”, ii) se trata de “*un cargo de concurso de méritos de periodo fijo*”, iii) el gobernador del departamento del Magdalena “*solo puede designar al primer puesto de la terna que obtuvo el mayor puntaje*”, iv) la junta directiva de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga no ha proferido la resolución de convocatoria para el concurso de méritos para proveer dicho empleo y v) el primer mandatario “*no podía encargar a una persona de otra entidad y menos si en la misma ESE estaban personas cumpliendo los requisitos para el cargo de gerente*”.

Por lo tanto, solicitó a esta Corporación “*analizar puntualmente, este aspecto especial sobre la particularidad del cargo de periodo fijo por concurso de méritos, frente a la confusión de un cargo de libre nombramiento y remoción*”.

En primer lugar, se impone precisar, que el empleo de director o gerente de las ESE constituye un cargo de confianza, pues maneja políticas públicas, en este caso, relacionadas con la prestación del servicio de salud y tiene asignadas funciones directivas, de conducción o manejo institucional, lo que significa que se pueda catalogar como de libre nombramiento y remoción. Así lo explicó la Corte Constitucional, en la sentencia C-046 de 23 de mayo de 2018, en la cual declaró exequible el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016:

(...) acerca del cargo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado, se tiene que desde su creación se determinó que este cargo tenía dos características principales: (i) la naturaleza de libre nombramiento y remoción; y (ii) el periodo fijo. Esas dos características cumplen con dos de los criterios que escapan a la carrera administrativa, uno constitucional y el segundo de orden legal, en la medida en que la Ley 909 de 2004 establece, en su artículo 5°, que los cargos de periodo fijo no son de carrera. En este sentido, desde la Ley 100 de 1993 hasta la disposición que ahora se revisa se ha mantenido la misma naturaleza, sin que se hubiesen dado cambios en ese aspecto, lo cual se verifica en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016.  
(...)

En efecto, el cargo cumple con los criterios establecidos por la jurisprudencia para definirse como de libre nombramiento y remoción, pues tiene: (i) fundamento legal; (ii) responde al principio de razón suficiente; y (iii) su ejercicio exige confianza plena y total, e implica decisiones políticas y, por lo tanto, al cumplir con los criterios objetivos, subjetivo y orgánico, no desborda los límites impuestos por el principio de la carrera administrativa como regla general que admite excepciones. En primer lugar, tiene fundamento legal, toda vez que el cargo que reglamenta el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 en su forma genérica fue determinado por el artículo 5° de la Ley 909 de 2004 como de libre nombramiento y remoción además de que el artículo 20 de la Ley 1797 también es de orden legal (...). Por ello, cumple con el criterio objetivo ya que cuando se trata de funciones directivas, de conducción o manejo institucional es posible catalogar el cargo como de libre nombramiento y remoción.



En *segundo lugar*, cumple con el criterio orgánico, al considerar el nivel jerárquico que ocupa dentro de la estructura de la entidad, es decir, tiene en consideración que se trata de la cabeza de la entidad, es decir, no se trata de cualquier empleado público dentro de la misma, sino del cargo que reviste las funciones de su dirección.

En *tercer lugar*, cumple con el criterio subjetivo, por tratarse de un cargo que requiere de confianza, al manejar y conducir políticas públicas y en especial la prestación del servicio de salud, que es de las responsabilidades más sensibles que tiene el Ejecutivo. Finalmente, no se trata de un cargo en el que se ejercen funciones administrativas, ejecutivas o subalternas como se precisará a continuación.

(...)

De esta manera, la designación del gerente o director de las Empresas Sociales del Estado en los términos del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 responde a un cargo de libre nombramiento y remoción lo cual está permitido por el artículo 125 de la Constitución, como una excepción a la carrera administrativa (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, en cuanto al “*concurso de méritos*” que echa de menos el recurrente, se reitera que el artículo 20 de la Ley 1797 de 13 de julio de 2016, abolió esta forma de provisión de cargos públicos, el cual históricamente y en regulaciones anteriores se había implementado como mecanismo previo a la designación del gerente de la ESE. Al respecto, en la referida sentencia se indicó lo siguiente:

“(...) bajo el régimen de las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 se tiene que el cargo de gerente o director de las Empresas Sociales del Estado conservó su naturaleza de cargo de libre nombramiento y remoción con periodo fijo, sin embargo, con un carácter *sui generis*, en la medida en que su designación dependía de un concurso de méritos que debía respetarse y que generaba derechos adquiridos para aquellos que ocuparan la primera posición en la lista de elegibles. Adicionalmente, la remoción del cargo no estaba sujeta a la amplitud de la libre remoción, sino respondía a causales específicas como la evaluación insatisfactoria, además de las disciplinarias generales y con fundamento en un proceso.

(...)

El artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 (...) cambió el referido sistema de la siguiente forma:

- (i) Los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República, los gobernadores o alcaldes dentro de los tres meses siguientes a su posesión, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo, establecidos por las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública (...) (Subrayado fuera de texto).

En efecto, se evidencia que normativamente hay un antes y un después de la entrada en vigencia de la Ley 1797 de 2016, 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 referida Ley.

Así las cosas, al tenor de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, resulta claro que, el gerente de la ESE es nombrado por el presidente de la



República, el gobernador o el alcalde, según el caso, 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, el Departamento Administrativo de la Función Pública. En este orden, no le asiste razón al recurrente al considerar que el gobernador del departamento del Magdalena debía nombrar a la persona que hubiera obtenido el mayor puntaje de la terna, pues, como quedó visto, este sistema de provisión, para el cargo de gerente de una ESE, fue suprimido.

Por otra parte, señala el apelante que la junta directiva de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga, no ha proferido la resolución de convocatoria para el concurso de méritos para proveer el cargo de gerente de la referida ESE.

Sobre este asunto, el máximo tribunal constitucional en la mencionada sentencia C-046 de 23 de mayo de 2018, explicó lo siguiente:

(...) **alcance del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016**

(...) 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.” (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, no le asiste razón al actor al considerar que dicho órgano de dirección ha debido proferir la resolución convocando a concurso de méritos para nombrar al gerente de la entidad, habida cuenta que, como se explicó en precedencia, su participación en la mencionada designación se suprimió con la expedición de la Ley 1797 de 2016, que abolió el sistema de provisión de ese cargo, a través del concurso público de méritos.

Finalmente, aduce el recurrente que el primer mandatario no podía encargar a un empleado de otra entidad, en este caso, a un asesor del despacho del gobernador para ocupar el cargo de gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga, siendo que en la misma institución de salud había una persona que cumplía los requisitos para ocupar el cargo de gerente.

La Sala, al revisar el contenido del acto acusado, evidencia que para designar a Jorge Bernal Conde como gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga, el primer mandatario acudió a uno de los movimientos de personal consagrados en el artículo 2.2.5.4.1 del Decreto 1083 de 2015, citados en precedencia, esto es, el “encargo”, el cual se encuentra previsto en el artículo 2.2.5.4.7 así:



Radicado: 47001-23-33-000-2022-00034-01  
Demandante: MIGUEL ANTONIO MARTÍNEZ OLANO  
Demandado: JORGE BERNAL CONDE

**ARTÍCULO 2.2.5.4.7 Encargo.** Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo, en los términos señalados en el siguiente capítulo.

Esta figura constituye una modalidad de provisión temporal de empleos que permite el ejercicio total o parcial de las funciones asignadas a un cargo, durante la ausencia de su titular. Para que se pueda hablar de encargo, debe concurrir: (i) que haya un empleo vacante, y (ii) un empleado público que asuma temporalmente las funciones inherentes a dicho cargo<sup>36</sup>, como en efecto ocurrió en el *sub examine*, toda vez que, el señor Jesús Francisco Molina Peñaloza renunció al cargo gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga, siendo aceptada su dimisión mediante el Decreto No. 105 de 9 de abril de 2021, lo que significa que el empleo se encontraba vacante de manera definitiva, lo cual le permitió al gobernador del departamento del Magdalena encargar al empleado público Jorge Bernal Conde, quien estaba vinculado como asesor, código 105, grado 01 de su despacho, para desempeñar el cargo de gerente de la referida ESE, pues la norma citada en precedencia, no condiciona al nominador a que deba efectuar el nombramiento con un empleado de la misma entidad.

De conformidad con lo anterior, tampoco tiene vocación de prosperidad la censura del apelante consistente en que en la entidad había una persona que cumplía con el perfil para ocupar el cargo de gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga, en la medida que, por tratarse de un empleo de libre nombramiento y remoción cuyo ejercicio implica especial confianza, el gobernador del departamento del Magdalena, en su calidad de máxima autoridad administrativa del ente territorial y en atención a la facultad discrecional de la que goza, ostenta la competencia para realizar tal designación. En punto de la discrecionalidad para proveer los cargos de libre nombramiento y remoción, esta Sección<sup>37</sup> se pronunció con los siguientes argumentos:

Los actos de nombramiento son aquellos que permiten el acceso a un empleo público. Según la ley, los empleos públicos se clasifican a su vez en cargos de libre nombramiento y remoción o de carrera. Esta distinción es suma importancia, pues la provisión de los mismos dependerá de otra circunstancia.

En efecto, en los primeros [libre nombramiento] existe discrecionalidad del nominador para su provisión; en tanto, en los segundos [de carrera] el acceso a la función pública está garantizado por el principio del mérito y, por ende, usualmente el nombramiento esta precedido de un concurso de méritos (Subrayado fuera de texto).

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, providencia del 25 de agosto de 2016, Rad. No. 76001-23-33-004-2016-00193-01, Demandante: Gustavo Adolfo Prado Cardona, Demandado: Jesús Antonio Copete Goetz.

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Alberto Yepes Barreiro, sentencia del 16 de mayo de 2019, Rad. No. 25000-23-41-000-2018-00165-02, Demandante: Aleyda Murillo Granados, Demandado: Andrés Camilo Pardo Jiménez – Director Regional del Sena Santander.



**Radicado:** 47001-23-33-000-2022-00034-01  
**Demandante:** MIGUEL ANTONIO MARTÍNEZ OLANO  
**Demandado:** JORGE BERNAL CONDE

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, 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 9 de marzo de 2022, por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral interpuesta por el señor Miguel Antonio Martínez Olano, tendiente a obtener la nulidad del Decreto No. 113 del 12 de abril de 2019, por el cual, el gobernador del Magdalena encargó al señor Jorge Bernal Conde, como gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga.

**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**

**PEDRO PABLO VANEGAS GIL**  
Presidente

**LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA**  
Magistrado

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
Magistrada

**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>.