

52 49

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejera Ponente: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010)

Ref.: Expediente 110010328000200400006 01

Autoridades Nacionales

Actor: Jorge Ernesto Salamanca Cortés

Se decide en única instancia la demanda de nulidad formulada contra el Decreto No. 3344 de 20 de noviembre de 2003, expedido por Ministerio de la Protección Social, y de la Resolución No. 793 de 5 de diciembre de 2003 del Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

a) Pretensiones:

El demandante pretende que se declare la nulidad Decreto No. 3344 de 20 de noviembre de 2003 del Ministerio de la Protección Social¹, por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 192 de la Ley 100 de 1993², y de la

¹ Publicado en el Diario Oficial 45378 de Noviembre 21 de 2003.

² **Artículo 192 de la Ley 100 de 1993.** 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 1.- Esta norma entrará en vigencia a partir del 31 de marzo de 1995.

Resolución No. 793 de 5 de diciembre de 2003 del Director del Departamento Administrativo de la Función Pública que estableció los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos de selección de los gerentes o directores de las empresas sociales del Estado.

b) Hechos:

La Ley 100 de 1993 creó, en desarrollo del artículo 48 constitucional, el Sistema General de Seguridad Social y en el artículo 194 creó las empresas sociales del Estado como entidades prestadoras de servicios de salud por parte del Estado.

El artículo 192 ibídem reguló la elección de gerentes o directores de las empresas sociales del Estado y el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3344 de 2003 que reglamentó este último artículo pese a que no tenía competencia para hacerlo porque la determinación de la estructura y funcionamiento de la administración en el nivel territorial les corresponde a las asambleas departamentales, a los gobernadores, a los concejos y a los alcaldes de los municipios y distritos.

Explicó que de acuerdo con la Constitución el servicio de salud está a cargo del Estado y de conformidad con la Ley 100 de 1993 su administración corresponde a las Empresas Prestadoras de Servicios de Salud – EPS - y su prestación efectiva a las instituciones prestadoras de servicios de salud – IPS – reglamentadas por los Decretos 2240 de 1996 y 2753 de 1997, el último de los cuales señaló que la prestación directa de servicios de salud por parte del estado la efectuaría las empresas sociales del Estado, entidades descentralizadas con los atributos de los establecimientos públicos, pero sometidas a un régimen especial.

Parágrafo 2. 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. (La parte entre comillas fue declarada inexecutable mediante sentencia C-665 de 2000).

Manifestó que el artículo 1º de la Constitución definió a Colombia como una República unitaria, **descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales**, y que el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 estableció la descentralización y la autonomía administrativa como fundamentos del servicio público de salud, principios que consagró el artículo 5º del Decreto 1876 de 1994 respecto de las empresas sociales del Estado, sujetas a la tutela administrativa de las direcciones nacional o territoriales de salud (art. 20 ibídem).

Precisó que el artículo 156 del Código de Régimen Municipal dispuso que las entidades descentralizadas del orden municipal se someten a las normas que contenga la ley y a las disposiciones de los concejos y demás autoridades locales respecto a su definición, características, organización, funcionamiento, etc. Se refirió finalmente al concepto de extralimitación de funciones a la luz del Código Único Disciplinario y de la jurisprudencia constitucional.

c) Normas violadas y concepto de la violación.

- Violación de normas constitucionales.

El demandante afirmó que las normas acusadas, en cuanto establecen los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos de selección de los gerentes o directores de las empresas sociales del Estado **violan los artículos 1, 150-7, 189-16, 209, 287, 300-7, 311, 313-6, 315-3 y 322 de la Carta Política** que establecen los principios de descentralización y administrativa a favor de las entidades territoriales y las competencias que les permiten regular los temas a los que se refieren los actos acusados.

Transcribió aparte de las sentencias C- 346 de 1997 y C- 497A de 1997 de la Corte Constitucional y AI-047 de 2000 del Consejo de Estado que definen los conceptos de descentralización administrativa y autonomía de las entidades territoriales.

Aseveró que al expedir los actos acusados el Gobierno Nacional actuó sin competencia y desbordó sus atribuciones constitucionales, entre ellas la prevista en el artículo 189-16 superior para modificar la estructura de los Ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, pues en el nivel territorial la determinación de la estructura de la administración y la elección de gerentes de empresas sociales del Estado le corresponde a sus propias autoridades por mandato de los artículos 300-7, 313-6, 315-3 y 322 constitucionales.

Expresó que las normas demandadas violaron la autonomía del Distrito Capital, reconocida por el artículo 322 superior, que le permitió al Concejo dictar los acuerdos que crearon los Hospitales del Distrito como establecimientos públicos y los transformaron luego en empresas sociales del Estado.

Agregó que el Consejo de Estado señaló que en el ámbito distrital la competencia para determinar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleo en la administración central corresponde al Concejo y al Alcalde Mayor fijar los emolumentos de conformidad con los acuerdos distritales y que en el nivel descentralizado distrital dichas competencias corresponden a sus propios órganos (radicado 1220 de 1999).

Para apoyar el argumento de que las normas demandadas violan la autonomía de los departamentos las comparó con las del proyecto de ley que creó los consejos profesionales de bacteriología, las cuales incluyeron los consejos departamentales en la estructura de los departamentos y fueron declaradas inexecutable mediante sentencia C- 482 de 2002 porque la competencia para determinar la estructura departamental corresponde a las asambleas.

- Violación de normas de rango legal:

El demandante consideró violado el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 que establece como fundamento del servicio público de salud los principios de autonomía de sus instituciones y de descentralización administrativa, así como el artículo 194 ibídem que prescribe que la prestación del servicio de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales se hará

principalmente a través de las empresas sociales del Estado, las cuales conservan los atributos de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa que les reconocían los Decretos 1050 y 3130 de 1968 a los establecimientos públicos, aunque constituyan una categoría especial de entidad pública descentralizada sujetas a reglas especiales, como lo señaló la sentencia C- 665 de 2000.

Las normas acusadas violan igualmente los artículos 1, 5, 11 y 20 del Decreto 1876 de 1994 que definen las empresas sociales del Estado como entidades públicas descentralizadas; el artículo 20 ibídem que establecen su autonomía administrativa y financiera y su sujeción a tutela gubernamental (párrafo primero).

Señaló, igualmente, que los actos demandados violan los artículos 1, 2, 5, 6, 54 y 68 de la Ley 489 de 1998 porque desconocen el carácter descentralizado de las empresas sociales del estado y configuran una extralimitación de las funciones administrativas del ejecutivo.

El actor solicitó la suspensión provisional del acto acusado con fundamento en los hechos y razones en que sustentó la demanda (fs 15 a 33).

1.2. La contestación.

1.2.1. El Ministerio de la Protección Social contestó la demanda dentro de la oportunidad legal y se opuso a las pretensiones con los siguientes argumentos:

Los actos acusados no violaron los artículos 1º, 150-7, 189-16, 209, 287, 300-7, 311, 313-6, 315-3 y 322 de la Constitución porque los principios de descentralización por servicios y la autonomía administrativa de las entidades territoriales **están enmarcados por los límites que establece la ley, en este caso la Ley 100 de 1993**, cuyo artículo 92 establece que *“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 la reglamentación que al*

efecto expida el Gobierno Nacional de tema que presente la junta directiva constituida según las disposiciones de la ley 10 de 1990, por periodos mínimos improrrogables (...)".

Citó apartes de la sentencia de 18 de agosto de 2004, exp. D-5025 donde la Corte Constitucional estableció que la autonomía administrativa de las entidades descentralizadas está limitada por la ley, así como de la sentencia C-306 de 2004 en que la misma Corporación señaló que la creación de una entidad por parte del Legislador conlleva el señalamiento de los órganos de dirección y administración y la forma de integración y designación de sus titulares.

Afirmó que los actos acusados no constituyen una intromisión en la autonomía de las autoridades locales ni violan los artículos 1, 2, 5, 6, 54 y 68 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 156 del Código de Régimen Municipal, porque dichos actos se limitan a reglamentar la Ley 100 de 1993 por autorización de la misma ley y en ejercicio de la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 189-11 superior.

Sostuvo que los actos acusados no violaron los artículos 153, 194 y 195 de la Ley 100 de 1993 ni los artículos 1, 5, 11 y 20 del Decreto 1876 de 1994 porque, tal como señaló la Corte Constitucional en la sentencia C- 784 de 2004, el Decreto-Ley 1876 de 1994 que creó las empresas sociales del Estado definió los elementos de su estructura orgánica; señaló en el artículo 7º como órganos de dirección a la Junta Directiva y el Gerente General; estableció sus funciones, formas de integración y designación en los artículos 9, 10, 11 y 12: señaló algunos elementos de su estructura orgánica y dejó a las juntas directivas la determinación de los demás elementos de la misma, sin perjuicio del control administrativo que compete al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y al Ministro de Salud.

Expresó que según la Carta Iberoamericana de Administración Pública y Reforma del Estado y la legislación interna colombiana - Decreto 2400 de 1968 y Ley 909 de 2004 -, los empleos públicos deben ser ejercidos por personas

idóneas y capacitadas para el cumplimiento de los fines estatales que accedan a los cargos mediante procedimientos inspirados en principios de igualdad, transparencia e imparcialidad.

Agregó que los decretos acusados respetan la potestad nominadora de las entidades territoriales por lo que no se puede afirmar que éstas reciban órdenes de las autoridades nacionales (fs. 84 a 94).

1.2.2. El Departamento Administrativo de la Función Pública contestó la demanda dentro de la oportunidad legal y se opuso a las pretensiones.

En defensa del Decreto 3344 de 2003 adujo que el Presidente de la República lo expidió en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189-11, la cual es compatible con la autonomía de las entidades territoriales y está sujeta a la ley y a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad que deben adecuarse igualmente a la ley. Agregó que dicho Decreto reglamentó la elección de los directores de las ESE por mandato del artículo 192 de la Ley 100 de 1993.

Adujo, por otra parte, que la Resolución No. 793 de 2003 fue expedida por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública con fundamento en la facultad que el Presidente de la República le confirió en el artículo 7° del Decreto 3344 de 2003 y que su contenido se ajustó a jurisprudencia constitucional sobre conformación de ternas de candidatos a directores o gerentes de empresas sociales del Estado, la cual ha señalado que su ingreso al servicio público debe efectuarse con base en los méritos (artículo 125 C. P.) y mediante concurso, salvo las excepciones constitucionales o legales, para que el servicio de salud esté dirigido por personas idóneas y competentes (fs. 98 a 106).

1.3. Actuación procesal.

Por auto de 20 de agosto de 2004 se admitió la demanda y se negó la solicitud de suspensión provisional de los actos acusados (fs. 62 a 66), el cual se

notificó por estado a las partes (f. 66), personalmente al Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado (f. 67) y por aviso al Ministro de la Protección Social (f. 70) y al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública (f. 71). El proceso se fijó en lista por el término de ley (fs. 72 y 107), se abrió a pruebas por auto de 6 de mayo de 2005 (f. 132) y por auto de 27 de enero de 2006 se dio traslado a las partes para alegar de conclusión (f. 134).

1.4. Alegatos de conclusión.

El Ministerio de la Protección Social presentó alegatos en los que reiteró, en lo sustancial, los hechos y argumentos que expuso en la contestación de la demanda (folios 135 a 138).

1.5. Concepto del Agente del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado solicitó se denieguen las súplicas de la demanda con base en el siguiente argumento, expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-665 de 2000 que estudió la constitucionalidad del artículo 192 de la Ley 100 de 1993: *"las empresas sociales del Estado tienen una naturaleza jurídica diversa de la que corresponde a los establecimientos públicos y su función primordial, a diferencia de éstos, no consiste en el cumplimiento de tareas administrativas en un sentido general, sino que radica, ante todo en la atención de salud. Por ello, las disposiciones que las rigen son también distintas y, en el caso de las empresas sociales, que por su naturaleza de entidades descentralizadas públicas debían ser creadas por ley, como en efecto lo fueron, el legislador estaba facultado para establecer su estructura orgánica y por ende, lo relativo al periodo de nombramiento y causales de retiro de sus directores"*.

Afirmó que el Gobierno Nacional dictó el Decreto 3344 por mandato del artículo 192 de la Ley 100 de 1993 y que no desconoció la autonomía de las entidades territoriales porque la función administrativa desarrollada por entidades descentralizadas está sujeta a los lineamientos establecidos en la ley.

Adujo que la Resolución No. 793 de 2003 fue dictada por el Departamento Administrativo de la Función Pública de acuerdo con la facultad que le asignó el artículo 7º del Decreto 3344 de 2003.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Los actos acusados.

El demandante pretende que se declare la nulidad Decreto No. 3344 de 20 de noviembre de 2003 del Ministerio de la Protección Social y de la Resolución Reglamentaria No. 793 de 5 de diciembre de 2003 del Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, cuyos textos son los siguientes:

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

DECRETO NUMERO 3344 DE 2003

(Noviembre 20)

Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 192 de la Ley 100 de 1993.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 192 de la Ley 100 de 1993,³

³ **Artículo 192 de la Ley 100 de 1993.** 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 1.- Esta norma entrará en vigencia a partir del 31 de marzo de 1995.

Parágrafo 2. 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. (La parte entre comillas fue declarada inexecutable mediante sentencia C-665 de 2000).

DECRETA:

Artículo 1º. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial conformará la terna de candidatos para la designación del gerente o director de dichas entidades de que trata el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, con las personas que sean escogidas mediante un proceso público abierto realizado de conformidad con lo establecido en el presente decreto.

Artículo 2º. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial determinará los trámites pertinentes para la realización del proceso público abierto de que trata el artículo anterior, el cual deberá efectuarse por la entidad con universidades públicas o privadas, con entidades expertas en selección de personal, o a través de convenios de cooperación.

Dicho proceso de integración de la lista de candidatos para la conformación de la terna tendrá en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del cargo y, por lo menos, deberá comprender la aplicación de pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo. En todo caso, quien asuma el proceso deberá garantizar el cumplimiento de los criterios aquí señalados.

Artículo 3º. La Junta Directiva de la respectiva entidad, a través de medios de comunicación escrita de amplia circulación y otros medios de difusión masiva, invitará a los interesados en ocupar el cargo de gerente o director de la entidad a presentarse al proceso de conformación de la terna.

Esta invitación deberá contener la información completa sobre los requisitos, funciones del cargo y asignación básica del mismo, la fecha de inscripción de candidatos, de recepción de los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos por parte del candidato, las pruebas a aplicar, su correspondiente valoración para efectos de la calificación final y en general la información relevante del proceso.

La lista de los interesados en ocupar el cargo de Gerente o Director de la Entidad que hayan superado las pruebas aplicadas en desarrollo del proceso, deberá ser informada en medios de comunicación masivos.

Artículo 4º. El proceso público abierto que se realice en cumplimiento de lo dispuesto en el presente decreto, se efectuará bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad.

Artículo 5º. El proceso público abierto para la conformación de las ternas no implica el cambio de la naturaleza jurídica del cargo a proveer.

Artículo 6º. Las ternas para la designación de gerentes o directores de Empresas Sociales del Estado de nivel territorial, que a la fecha de expedición del presente decreto no se hayan conformado, se integrarán de acuerdo con lo señalado en el presente decreto.

Artículo 7º. El Departamento Administrativo de la Función Pública deberá establecer, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la expedición

del presente decreto, los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos públicos abiertos aquí establecidos y podrá adelantar evaluaciones, sondeos, estadísticas sobre los mismos y asesorar su ejecución.

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

Artículo 8º. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias.

Por su parte, la Resolución No. 793 de 2003 fue proferida por el Director del Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y su texto es el siguiente:

Departamento Administrativo de la Función Pública

Resolución No. 793 de 2003

(Diciembre 5)

"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".

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública,

en ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas por el artículo 7º del Decreto 3344 de 2003, y

Considerando:

Que mediante el Decreto 3344 de 2003 se estableció que la conformación de las ternas de candidatos para la designación del gerente o director por parte de la junta directiva de las empresas sociales del Estado del nivel territorial, se realizará con las personas que sean escogidas mediante un proceso público y abierto;

Que en el desarrollo de dicho proceso se tendrán en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del cargo, procesos que, por lo menos, deberán comprender la aplicación de pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo;

Que el proceso público abierto que se realice en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 3344 de 2003, se efectuará bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad;

Que corresponde a este departamento administrativo establecer los estándares mínimos para el desarrollo de dichos procesos,

Resuelve:

ART. 1º—Entidades encargadas del proceso. Las juntas directivas de las empresas sociales del Estado del nivel territorial, determinarán los trámites pertinentes para la realización de los procesos de que trata el Decreto 3344 de 2003, tendientes a seleccionar los aspirantes que harán parte de las listas mediante las cuales se conformarán las ternas para la designación de los gerentes o directores de dichas empresas.

El proceso, desde la recepción de inscripciones hasta la entrega de resultados definitivos, previos a la conformación de la terna, deberá ser adelantado por universidades públicas o privadas con aprobación oficial o entidades expertas en selección de personal. En todo caso la institución que se escoja deberá demostrar experiencia en procesos de selección de personal, competencia técnica, capacidad logística y contar para la realización del mismo con profesionales con conocimientos específicos en seguridad social en salud.

ART. 2º—Invitación a participar en el proceso y su publicación. Una vez seleccionada la entidad que realizará el proceso, la junta directiva de la respectiva empresa invitará a los interesados en participar en el mismo, a través de prensa escrita de amplia circulación municipal o regional, la invitación deberá igualmente publicarse en lugar de acceso al público de las secretarías o direcciones seccionales de salud del nivel departamental y municipal correspondientes y en la empresa social para la cual se realiza el proceso.

De dicha invitación se deberá informar a la comunidad mediante avisos radiales en una emisora de cubrimiento local o regional, los avisos deberán efectuarse por lo menos durante tres días con una periodicidad mínima de tres veces al día en horarios de alta audiencia.

Además de los anteriores medios de divulgación, las juntas podrán utilizar otros medios de comunicación masiva tales como folletos, correo electrónico o páginas electrónicas de la entidad, igualmente, podrán publicarse en las páginas web del Ministerio de la Protección Social y del Departamento Administrativo de la Función Pública.

La invitación deberá ser publicada como mínimo con diez días hábiles de antelación a la fecha de iniciación de las inscripciones.

ART. 3º—Contenido de la invitación. La invitación deberá contemplar toda la información relevante del proceso y como mínimo contendrá los siguientes aspectos:

1. Nombre de la empresa social del Estado, nivel de complejidad, dirección y teléfono.
2. Fecha de la invitación.
3. Funciones y requisitos del cargo.
4. Asignación básica del empleo.
5. Fecha, horario y lugar de inscripción de candidatos.
6. Fecha y lugar de publicación de admitidos y no admitidos al proceso.

7. Pruebas a aplicar y valor de cada una de ellas dentro del proceso.

8. Lugar, fecha y hora de realización de las pruebas.

9. Fecha de publicación de resultados.

ART. 4º—Inscripciones. El término para las inscripciones no deberá ser inferior a cinco días hábiles y se realizará en el formulario único de inscripción, que se encontrará disponible en las páginas web del Ministerio de la Protección Social y del Departamento Administrativo de la Función Pública, de las secretarías o direcciones territoriales de salud y de las empresas sociales del Estado.

Al formulario único de inscripción deberán anexarse los documentos que acrediten la formación académica y la experiencia laboral relacionada en dicho formulario. Las certificaciones laborales deberán contener la descripción de las funciones desempeñadas.

En los casos de publicaciones de trabajo e investigaciones deberá anexarse copia del artículo y del glosario en el que se encuentre claramente identificada la publicación, volumen, número, fecha y autores.

Las inscripciones podrán realizarse personalmente o por correo certificado, el cual deberán ingresar a la institución que llevará a cabo las inscripciones, dentro del plazo fijado para estas.

Dentro de los cinco días siguientes a la fecha de cierre de las inscripciones deberá publicarse la lista de los aspirantes admitidos al proceso por acreditar los requisitos, así como la de los no admitidos.

El formulario único de inscripción, será diseñado por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

ART. 5º—Pruebas de evaluación. En los procesos deberán aplicarse pruebas de conocimientos y de aptitudes.

Las pruebas de conocimientos deberán estar orientadas a evaluar a los aspirantes en cuanto a los conocimientos normativos y técnicos relacionados con el cumplimiento de los objetivos y funciones de la entidad y del cargo a proveer, especialmente deberán evaluarse los relacionados con el sistema de seguridad social en salud.

Las pruebas de aptitudes estarán encaminadas a evaluar factores tales como liderazgo, orientación al logro, trabajo en equipo, capacidad de comunicación y de negociación, iniciativa, juicio y toma de decisiones y capacidad de administrar recursos.

Las aptitudes podrán evaluarse mediante pruebas escritas y/o entrevistas. Cuando se utilice la entrevista esta no podrá tener un peso superior al 15% de la totalidad del proceso y deberá ser grabada en medio magnético, que será enviado a la junta directiva de la correspondiente empresa social del Estado, con los resultados del proceso.

Igualmente, deberán valorarse los antecedentes de los aspirantes en cuanto a estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo exigidos en la invitación, para lo cual la institución que adelante el proceso diseñará un instrumento en el cual se privilegie la experiencia en el sistema de seguridad social en salud y podrá incluir la valoración de publicaciones

científicas realizadas por los aspirantes; esta prueba no podrá tener un valor superior al 20% de la totalidad del proceso y en ningún caso tendrá carácter eliminatorio.

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

De la lista a que se refiere el inciso anterior, la junta directiva, mediante el mecanismo que ella determine, conformará la terna para la designación del gerente o director de la respectiva empresa social del Estado.

ART. 7°—Asesoría y evaluación de los procesos. *El Departamento Administrativo de la Función Pública prestará a las entidades que lo requieran asesoría para la planeación y desarrollo del proceso aquí regulado.*

Con el propósito de que el departamento administrativo de la función pública pueda llevar estadísticas, realizar evaluaciones y sondeos sobre los procesos regulados por esta resolución las empresas sociales del Estado deberán enviar en forma oportuna la información que esta entidad les solicite.

ART. 8°—Vigencia. *La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación.*

Aunque el artículo 9 del Decreto 800 de 14 de marzo de 2008 ⁴ derogó el Decreto 3344 de 2003 del Gobierno Nacional acusado la Sala decidirá de fondo los cargos contra éste en vista de los posibles efectos que las citadas disposiciones pudieron producir durante su vigencia. Al respecto, se reitera el criterio jurisprudencial consignado por la Sala en sentencia de 23 de febrero de 1996 que prohijó la tesis expuesta por la Sala Plena en sentencia de 14 de enero de 1996, así:

"...Si bien esta corporación tradicionalmente aplicó la teoría de la sustracción de materia como fundamento del correspondiente fallo inhibitorio que de ella se derivaba, esa posición jurisprudencial fue modificada en forma radical por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de que se impone fallo de mérito a pesar de que los actos demandados hayan sido derogados al momento de dictar sentencia, pues la derogatoria no restablece per se el orden jurídico vulnerado, sino que, apenas acaba con la vigencia, ya que un acto administrativo aún derogado, continúa amparado por la presunción de legalidad que lo protege, a que sólo se pierde ante el pronunciamiento de nulidad del juez competente..."

Por las razones expuestas se procederá al examen de fondo del Decreto 3344 de 2003 pese a su derogación.

⁴ Diario Oficial No. 46.931 de 14 de marzo de 2008. Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

2.2. Los cargos.

En criterio del demandante los actos acusados violan las siguientes normas jurídicas, relacionadas con los principios de descentralización y autonomía de las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios así como con las funciones de asambleas, concejos, gobernadores y alcaldes:

Constitución Política:

Artículo 150. *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta. (...).*

Artículo 189. *Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...). 16. Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley.*

Artículo 209. *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

Artículo 287. *Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Participar en las rentas nacionales.*

Artículo 300. *Modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo No. 1 de 1996. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas: (...) 7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.*

Artículo 311. *Al municipio como entidad fundamental de la división política administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.*

Artículo 313. Corresponde a los concejos: (...) 6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

Artículo 315. Son atribuciones del alcalde: (...) 3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.

Artículo 322. (Inciso 1º, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 1 de 2000). Bogotá, Capital de la República y del departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital.

Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

Con base en las normas generales que establezca la ley, el concejo a iniciativa del alcalde, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas.

A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio.

Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta. (...).

Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 16. Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley.

Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar

los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales.

Artículo 300. Modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo No. 1 de 1996. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas: (...) 7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.

Artículo 311. Al municipio como entidad fundamental de la división política administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.

Artículo 313. Corresponde a los concejos: (...) 6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

Artículo 315. Son atribuciones del alcalde: (...) 3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.

Artículo 322. (Inciso 1º, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 1 de 2000). Bogotá, Capital de la República y del departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital.

Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

Con base en las normas generales que establezca la ley, el concejo a iniciativa del alcalde, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas.

A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio.

Ley 100 de 1993.

Artículo 153. Fundamentos del servicio público. Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes: (...) 5. **Autonomía de instituciones.** Las instituciones prestadoras de servicios de salud tendrán, a partir del tamaño y complejidad que reglamente el gobierno, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, salvo los casos previstos en la presente Ley. 6. **Descentralización administrativa.** La organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud será descentralizada y de

ella harán parte las direcciones seccionales, distritales y locales de salud. Las instituciones públicas del orden nacional que participen del sistema adoptarán una estructura organizacional, de gestión y de decisiones técnicas, administrativas y financieras que fortalezca su operación descentralizada.

Artículo 194. Naturaleza. *La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.*

Artículo 195. Régimen jurídico. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico: 1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado". 2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social. 3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990. 4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley. 5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990. 6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública. 7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley. 8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales. 9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.

Decreto 1876 de 3 de agosto de 1994.⁵

Artículo 1º. Naturaleza Jurídica. *Las Empresas Sociales del Estado constituyen 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.*

Artículo 20. De la autonomía y de la tutela administrativa. *La autonomía administrativa y financiera de las Empresas Sociales del Estado se ejercerá conforme a las normas que las rigen. La tutela gubernamental a que están sometidas tiene por objeto el control de sus actividades y la coordinación de éstas con la política general del Gobierno en los niveles Nacional, Departamental, Distrital y Municipal y particular del Sector.*

Parágrafo. *Las Empresas sociales del Estado estarán adscritas a la Dirección Nacional, Departamental, Distrital o Municipal correspondiente, de*

⁵ Diario Oficial No. 41.478, del 5 de agosto de 1994, Por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado"

acuerdo con su naturaleza, dependencia territorial y reglamentación vigente sobre la materia.

El actor citó como violados los artículos 1, 2, 5, 6, 54 6 de la Ley 489 de 29 de diciembre de 1998 ⁶ que tratan sobre el objeto de la ley; ámbito de aplicación; competencia administrativa; principio de coordinación; principios y reglas generales con sujeción a las cuales el Gobierno Nacional puede modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos administrativos del orden nacional; y definición de entidades descentralizadas.

2.3. Estudio de fondo de los cargos.

El demandante no explicó por separado el concepto de la violación de cada una de las normas jurídicas que consideró vulneradas. Por el contrario, presentó un concepto de la violación referido al conjunto de esas normas que se puede resumir así: el Gobierno Nacional no tenía competencia para dictar el Decreto No. 3344 de 20 de noviembre de 2003 y el Departamento Administrativo de la Función Pública no tenía competencia para dictar la Resolución No. 793 de 5 de diciembre de 2003, porque la elección de los directores o gerentes de las empresas sociales del Estado del orden territorial de que tratan esos actos corresponde única y exclusivamente a las entidades territoriales respectivas, razón por la cual dichos actos violan los principios de descentralización y autonomía administrativa establecidas a favor de dichas entidades.

En el numeral 2.3.1., siguiente la Sala explicará porqué el Gobierno Nacional y el Departamento Administrativo de la Función Pública sí tenían competencia para expedir los actos acusados y señalará los fundamentos constitucionales y legales de dichas competencias. En el numeral 2.3.2., desvirtuará la tesis del actor según la cual la facultad para reglamentar la elección de los gerentes de las empresas sociales del Estado de las entidades territoriales corresponde

⁶ Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998, Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

privativamente a sus autoridades y demostrará, con fundamento en la jurisprudencia Constitucional, que dicha competencia corresponde al Legislador y que su ejercicio no vulnera los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales.

2.3.1. La competencia para expedir los actos acusados.

a) El Decreto 3344 de 2003 fue dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria que la Carta Política le otorga al Presidente de la República en los siguientes términos:

Artículo 189. *Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*

(..)11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. (...) "

El Decreto 3344 de 2003, como se advierte con su lectura, tuvo por objeto reglamentar el artículo 192 de la Ley 100 de 1992 de la Ley 100 de 1993 que establece la forma de elección de los directores de los Hospitales Públicos en los siguientes términos:

"Artículo 192 de la Ley 100 de 1993. 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 1.- Esta norma entrará en vigencia a partir del 31 de marzo de 1995.

Parágrafo 2. 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. (La parte entre comillas fue declarada inexecutable mediante sentencia C-665 de 2000).

Pese a que el primer inciso del artículo 192 de la Ley 100 de 1992 trata específicamente sobre la elección de los directores de hospitales del sector público, se aplica a los gerentes o directores de las empresas sociales del Estado porque el artículo 195-4 ibídem que reglamenta el régimen jurídico de dichas empresas señala que su director o representante legal *“será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley”*.

Luego si el artículo 192 de la Ley 100 de 1993 establece la autoridad nominadora de los gerentes o directores de las empresas sociales del Estado, el periodo del cargo y el procedimiento de su designación, el Gobierno Nacional tenía sin duda la potestad para reglamentar dichas normas como en efecto lo hizo mediante el decreto demandado.

Conviene anotar que el demandante no admite la competencia del Gobierno Nacional para expedir el decreto acusado pero no cuestionó la potestad reglamentaria que sin duda le correspondía respecto del artículo 192 de la Ley 100 de 1992.

Si se observa el texto del decreto acusado se advierte que éste no está designando a los directores o gerentes de las empresas sociales del Estado del nivel territorial sino que establece la forma en que las juntas directivas de esas empresas deben proceder para designarlos.

b) Por su parte, la Resolución No. 793 de 5 de diciembre de 2003 que estableció los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos de selección de los gerentes o directores de las empresas sociales del Estado es un desarrollo del artículo 7 del Decreto 3344 de 2003.

La competencia del Departamento Administrativo de la Función Pública para proferir dicha resolución está establecida en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998⁷, cuyo texto es el siguiente:

⁷ Ley 489 de 1998 (diciembre 29). Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

Artículo 59. Funciones: *Corresponde a los ministerios y departamentos administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en sus actos de creación o en leyes especiales:*

1. *Preparar los proyectos de ley relacionados con su ramo.*
 2. *Preparar los proyectos de decretos y resoluciones ejecutivas que deban dictarse en ejercicio de las atribuciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y dar desarrollo a sus órdenes que se relacionen con tales atribuciones.*
 3. *Cumplir las funciones y atender los servicios que les están asignados y dictar, en desarrollo de la ley y de los decretos respectivos, las normas necesarias para tal efecto.*
- (...)"

La competencia otorgada a los departamentos administrativos en general por la norma transcrita está establecida para el Departamento Administrativo de la Función Pública en particular en el artículo 5º del Decreto 1677 de 1º de septiembre de 2000, por el cual se reestructura dicha entidad,⁸ cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 5º. Dirección. *La Dirección del Departamento Administrativo de la Función Pública estará a cargo del Director del Departamento Administrativo, quien la ejercerá con la inmediata colaboración del Subdirector.*

Son funciones del Director del Departamento, además de las que le señalan la Constitución y las leyes, las siguientes:

(...) 2. **Preparar los proyectos de ley, de decreto y resoluciones ejecutivas que deban dictarse en ejercicio de las atribuciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, y dar desarrollo a órdenes del Presidente que se relacionen con tales atribuciones.**

De acuerdo con las normas transcritas, el Departamento Administrativo de la Función Pública tiene la facultad de expedir los actos necesarios para cumplir las órdenes que les imparta el Presidente de la República, relacionados con las atribuciones que le otorga la Constitución como suprema autoridad administrativa.

En consecuencia, el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública tenía facultades para dictar la Resolución No. 793 de 5 de diciembre de

⁸ Diario Oficial año CXXXVI. N. 44153. 7, septiembre, 2000.

2003 acusada pues mediante ella cumplía la orden que le impartió el Presidente de la República en el artículo 7º del Decreto 3344 de 2003 para *"establecer, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la expedición del presente decreto, los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos públicos abiertos aquí establecidos y podrá adelantar evaluaciones, sondeos, estadísticas sobre los mismos y asesorar su ejecución"*, y la potestad reglamentaria que ejercía el Presidente mediante el decreto comentado constituye una de las funciones que el artículo 189-11 constitucional le atribuye en su condición de suprema autoridad administrativa.

2.3.2. Sobre la presunta violación de los principios de descentralización y autonomía administrativa de las entidades territoriales.

El demandante considera que las normas acusadas, violan los principios constitucionales y legales que garantizan la descentralización y autonomía administrativa de las entidades territoriales porque la competencia para establecer las condiciones de la elección de gerentes y directores de las empresas sociales del Estado corresponde exclusivamente a las entidades territoriales.

La Sala negará prosperidad al cargo con los mismos argumentos que la Corte Constitucional utilizó en la sentencia C- 665 de 2000 para desvirtuar la misma acusación dirigida contra el artículo 192 de la Ley 100 de 1992, precisamente la norma reglamentada por el Decreto 3344 de 2003 acusado y otras de la Ley 10 de 1990 que trataban sobre el mismo tema.⁹

⁹ Los textos acusados fueron los subrayados de las siguientes disposiciones: artículo 19 de la Ley 10 de 1990, Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones: Artículo 19. Estructura administrativa básica de las entidades de salud. Las entidades públicas deberán tener una estructura administrativa básica, compuesta por: 1) Una Junta Directiva, presidida por el Jefe de la Administración Seccional o local o su delegado, integrada en el primer nivel de atención -hospitales locales, centros y puestos de salud- por los organismos de participación comunitaria, en los términos que lo determine el reglamento. En las entidades de los niveles secundario y terciario de atención -hospitales regionales, universitarios y especializados- se integrará la junta, en forma tal, que un tercio de sus integrantes estén designados por la comunidad, un tercio de éstos representen el sector científico de la salud y un tercio de ellos representen al sector político administrativo. En desarrollo de lo previsto en el artículo 1º de esta ley, se reglamentarán los mecanismos de conformación, las funciones y funcionamiento de los organismos de dirección".

Respecto de la autonomía de las entidades territoriales en relación con la prestación del servicio de salud y el nombramiento de los gerentes de las empresas sociales del Estado, el fallo mencionado señaló:

"La autonomía, al ser gubernamental y administrativa, se refiere no sólo a la facultad de dirección política sino también a la potestad de gestión de sus propios recursos. Sin embargo, esta facultad debe ejercerse conforme a la Constitución y la ley, como lo define el artículo 287"^[26].

Para la Corte, los límites al ejercicio legislativo en la materia que se estudia, están dados, principalmente, por el artículo 287 Superior, que consagra los elementos mínimos para el ejercicio de la autonomía de las entidades territoriales, así:

"El núcleo esencial de la autonomía territorial se deriva de la posibilidad de gestionar sus propios intereses, entendida como la facultad de constituir sus propias formas de gobierno, de administración local. La cercanía y eficiencia que persigue la descentralización y la presencia autónoma de las instituciones estatales en conexión directa con las comunidades, tienen recíprocamente constituida la reserva que se confiere al ente central de representar el interés nacional, resguardo del principio de unidad.

Entonces, la facultad legislativa para definir el ámbito de la autonomía territorial está limitada tanto por la imposición constitucional que salvaguarda la autonomía territorial (C. P., art. 1º) como por los principios de fundamentalidad del municipio y los de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (C.P., arts. 288 y 311)."^[27]

Artículo 192 de la Ley 100 de 1993, Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones. 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 2. 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. (...).

Artículo 195 ibídem.- Régimen jurídico. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico: (...) 3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990. 4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente ley (...).

Artículo 197.- Empresas Sociales de Salud de carácter territorial. Las entidades territoriales deberán disponer, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de vigencia de esta ley, la reestructuración de las entidades descentralizadas cuyo objeto principal sea la prestación de servicios de salud, con el fin de adecuarlas a lo dispuesto en este capítulo".

El derecho a gobernarse por autoridades propias (artículo 287, numeral 1º, C.P.) se ve complementada, así mismo, por la posibilidad de nombrar funcionarios como gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local y regional (artículos 305 y 315 constitucionales).

Con base en estas consideraciones, la Corporación determinó, en la ya referida sentencia C-113 de 2007^[28], que el establecimiento de una prórroga en el período de los personeros municipales no afecta la autonomía territorial, pues su nombramiento efectivo sigue estando en cabeza de los órganos de representación regional^[29], a pesar de la modificación en la duración del período realizada por el legislador. (...)

3.2.2. En lo referente a la distribución de competencias en el funcionamiento del sistema de seguridad social en salud, así como en la prestación efectiva del servicio, la delimitación de funciones entre los niveles central, regional y local, se ciñe a claros y expuestos mandatos constitucionales. En primer lugar, el artículo 150 de la Carta, en su numeral 23, consagra la atribución del Congreso de la República, de regular la prestación de los servicios públicos.

Los artículos 48 y 49 de la Constitución, establecen el carácter de servicio público de la seguridad social, y señalan la obligación del Estado de llevar a cabo su regulación, organización y dirección, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Por último, en la medida en que la prestación de los servicios públicos es un fin social del Estado^[32], éste tiene la obligación de asegurar su prestación efectiva, y de determinar el régimen jurídico necesario para su efectividad^[33].

Las entidades territoriales, por su parte, tienen a su cargo, la prestación efectiva del servicio, así como la facultad de nombrar algunos funcionarios del sector salud, mas no su diseño ni su regulación. En lo que concierne al nombramiento los gerentes de las ESE, se trata de una facultad que se deriva de los artículos 287, 305 y 315 de la Carta^[34], así como de la regulación legal expedida directamente por el Congreso y que, tanto en la Ley 100 de 1993, como en la Ley 1122 de 2007, ha establecido que el nombramiento de estos funcionarios sea llevado a cabo por las autoridades regionales y locales.

3.2.3 En conclusión, sobre la distribución de competencias en materia del nombramiento de gerentes de las ESE, deben tenerse presentes los siguientes elementos: (i) corresponde a la nación la regulación integral del sistema de seguridad social en salud, así como la determinación de los organismos encargados de la prestación del servicio y las condiciones para acceder a su dirección; (iii) sin embargo, el nombramiento de los funcionarios directivos corresponde a las autoridades territoriales.

Cabe precisar que la consagración de fuertes competencias en el sector central, en la regulación del sistema de seguridad social en salud no obedece a un interés por limitar la autonomía de los entes territoriales. En realidad, se trata de la necesidad y la obligación del Estado, de garantizar la eficiente prestación de los de los servicios públicos, así como la eficacia de los derechos constitucionales.

A juicio de la Sala los argumentos transcritos de la Corte Constitucional, que en este fallo se acogen, explican con suficiente claridad porqué el Gobierno Nacional sí era competente para expedir el Decreto 3344 de 2003 que señaló a

las juntas directivas de las empresas sociales del Estado del nivel territorial las directivas para la conformación de las ternas de candidatos para elegir directores o gerentes de dichas empresas, y que el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública era competente para expedir la resolución acusada.

Demuestran igualmente los argumentos de la Corte Constitucional que al ejercer las competencias señaladas el Gobierno Nacional y el Departamento Administrativo de la Función Pública no violaron los principios de descentralización y autonomía administrativa que la Constitución estableció a favor de las entidades territoriales.

Por las razones expuestas no prosperan los cargos.

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

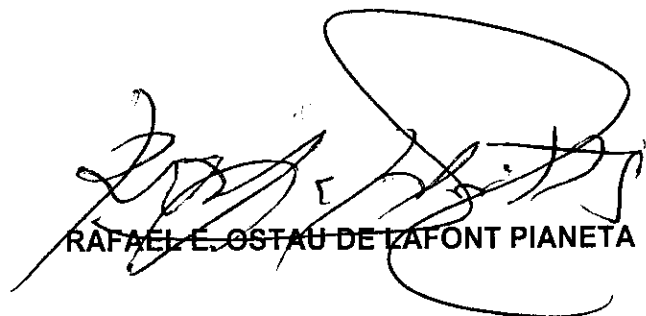
FALLA:

PRIMERO: Deniéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.


MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO


RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Presidente


MARCO ANTONIO VELILLA MORENO