



UNIVERSIDAD DE MEDELLIN

**Efectos de la nulidad de la Ordenanza 044 de 1994 del
departamento de Antioquia en la elección de gerentes de
Entidades Sociales del Estado**

Yohana Maribell Villegas Cuesta

Universidad de Medellín
Programa de Maestría en Derecho
Medellín, Colombia
2018

**Efectos de la nulidad de la Ordenanza 044 de 1994 del
departamento de Antioquia en la elección de gerentes de
Entidades Sociales del Estado**

Yohana Maribell Villegas Cuesta

Trabajo de investigación para optar por el título de
Magíster en Derecho – Línea Énfasis en Derecho Público

Director:

Dr. Carlos Mario Molina Betancur

Universidad de Medellín
Programa de Maestría en Derecho
Medellín, Colombia
2018

*A mis padres, por su incondicional y constante apoyo;
a mis hermanos, por su confianza, la que me motiva a continuar;
y a todos aquellos que estuvieron presente durante este proceso, mi gratitud.*

Resumen

La elección de los gerentes o directores de Entidades Sociales del Estado, analizada desde una perspectiva social más que individual, puede concebirse como la base para que la administración de estas instituciones se realice de manera adecuada. Es por ello por lo que, con el presente trabajo de investigación se busca determinar la importancia del mérito en su elección, razón por la cual se abordará este principio no solo como uno de los objetivos de la carrera administrativa sino como el fundamento para determinar que, quienes sean designados mediante concurso de méritos tendrán dentro de estas instituciones una gestión que propenda por la prestación del servicio de salud de manera eficaz y eficiente.

Para ello, se realizará un análisis normativo de los antecedentes que dieron origen a la presente investigación, esto es, la expedición de la Ordenanza 044 de 1994 por parte de la Asamblea Departamental de Antioquia que, tras su declaratoria de nulidad, generó un limbo respecto de la naturaleza jurídica de los hospitales y por ende, en la designación de los gerentes o directores mediante concurso público de méritos, situación que aparentemente fue dilucidada con la promulgación de la Ley 1797 de 2016 al disponer que, la designación de los directores de dichas entidades se realizará por los jefes de los entes territoriales. Esta decisión impulsó que en la presente investigación se analice una posible transgresión al principio del mérito como fundamento del acceso a cargos públicos y las consecuencias de dicha omisión.

Palabras claves: Gerente, Entidades Sociales del Estado, Carrera administrativa, Proceso de selección, Concurso público de mérito, Principio del mérito, Ordenanza Departamental de Antioquia 044 de 1944, Ley 1797 de 2016.

Abstract

The election of the managers or directors of State Social Entities, analyzed from a social rather than an individual perspective, can be conceived as the basis for the administration of these institutions to be adequately provided. That is why, with this research work seeks to determine the importance of merit in their choice, which is why this principle will be addressed not only as one of the objectives of the administrative career but as the basis to determine that, those who are appointed through a merit contest will have within these institutions a management that promotes the provision of the health service effectively and efficiently.

For this, a normative analysis of the background that gave rise to the present investigation will be carried out, that is, the issuance of Ordinance 044 of 1994 by the Departmental Assembly of Antioquia that, after its declaration of nullity, generated a limbo regarding of the juridical nature of the hospitals and, therefore, in the appointment of the managers or directors through a merit public contest, a situation that apparently was clarified with the promulgation of the Law 1797 of 2016 when providing that, the appointment of the directors of said entities will be carried out by the heads of territorial entities. This decision led to the analysis of a possible transgression of the merit principle as a basis for access to public office and the consequences of that omission.

Keywords: Manager, State Social Entities, Administrative career, Selection process, Public merit competition, Principle of Merit, Departmental Ordinance of Antioquia 044 of 1944, Law 1797 of 2016.

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	11
1. Descripción del problema.....	17
2. Objetivos	18
3. Metodología	18
4. Desarrollo de la Investigación.....	19
5. Enfoque	20
CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES DE LAS ENTIDADES PRESTADORAS DEL SERVICIO DE SALUD EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA.....	23
1. Introducción	23
2. Antecedentes del Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia	24
2.1. Primer período. Constitución de 1886.....	25
2.2. Década de 1969-1989	26
2.3. A partir de la década de 1990	28
3. Historia de los hospitales en Colombia	30
4. La Ley 100 de 1993 y las nuevas Entidades Prestadoras de Servicios de Salud: ESE	33
5. Antecedentes en la creación de las Entidades Sociales del Estado en Antioquia	37
6. Los efectos de la expedición de la Ordenanza 044 de 16 de diciembre de 1994 por parte de la Asamblea Departamental de Antioquia	41
7. Conclusiones	43
CAPÍTULO 2. LA NULIDAD DE LA ORDENANZA DEPARTAMENTAL N° 044 DE 16 DE DICIEMBRE DE 1994	45
1. Introducción	45
2. Hechos que motivaron la demanda de la Ordenanza Departamental N° 044 de 1994 de la Asamblea Departamental de Antioquia.	46
3. El Consejo de Estado y la Ordenanza Departamental de Antioquia N° 044 de 16 de diciembre de 1994	52
4. Situación jurídica de los hospitales luego de la declaratoria parcial de Nulidad de la Ordenanza N° 044 de 1994 en la elección de gerentes de hospitales.	59
5. Conclusiones	65
CAPÍTULO 3. ALTERNATIVA A LA DECISIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL PROCESO DE ELECCIÓN DE GERENTES MEDIANTE CONCURSO DE MÉRITOS: LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1797 DE 13 DE JULIO DE 2016.....	67
1. Introducción	67
2. Exposición de motivos del proyecto de Ley “Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”	68
3. 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.”	75
4. El Decreto Reglamentario 1427 de 01 de septiembre de 2016 “Por medio del cual se reglamenta el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y se sustituyen las secciones 5 y 6 del Capítulo 8 del Título 3 de la Parte	

5 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”	82
5. De la declaratoria de exequibilidad de la Ley 1797 de 2016 mediante Sentencia de Constitucionalidad de 046 de 2018.....	83
5.1. Antecedentes de la demanda de inconstitucionalidad.....	84
5.1.1. Expediente D-11782.....	84
5.1.2. Expediente D-11797.....	86
5.1.3. Problema jurídico a resolver.....	88
5.1.4. Consideraciones de la Corte Constitucional.....	88
6. Conclusiones	90

CAPÍTULO 4. INCIDENCIA EN LA SUPRESIÓN DEL CONCURSO PARA LA ELECCIÓN DE GERENTES O DIRECTORES DE ENTIDADES SOCIALES DEL ESTADO CON EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MÉRITO..... 94

1. Introducción	94
2. El Principio Constitucional del Mérito con la Constitución Política de 1991	95
3. Los concursos méritos en la elección de gerentes de Entidades Sociales del Estado y el sistema de carrera administrativa en Colombia.....	99
4. Omisión de celebración de los concursos méritos en la elección de gerentes de hospitales	106
4.1. Entidad Promotora de Salud Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, EICE	110
4.2. Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, D.C.....	117
5. ¿El artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 transgrede el principio constitucional del mérito?	125

CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES..... 129

REFERENCIAS..... 135

Introducción

Con la reforma constitucional de 1991, cuyo fin desde los anales de la constituyente fue el de crear una Constitución dinámica que respete los derechos de las personas y se haga partícipe de las necesidades sociales, se pensó en la instauración de un Estado incluyente que satisfaga las crecientes necesidades de la colectividad, como un Estado que no esté por encima de la sociedad, sino que, por el contrario, sea el reflejo de ella.¹

Con esta filosofía nace la fuente inspiradora de la transformación del Estado de Derecho en Social, toda vez que no solo buscaba reconocer unos derechos sustanciales y plasmarlos en el papel sino instituir mecanismos en procura de su efectividad, a su vez, modernizando las instituciones del Estado para que la administración pública sea más eficiente en pro de los intereses colectivos, donde además se les pueda exigir eficacia para que los recursos y servicios que ellas administran beneficien las necesidades sociales prioritarias.

Es de esta manera como lo “social” pasa de ser un mero concepto utópico de las colectividades formalmente organizadas, para convertirse en el sello del resurgir democrático de la modernidad, dejando de lado el individualismo del Estado gendarme y buscando una acción social organizada; por su parte, la democracia como garante del sistema y del respeto de los valores inherentes a la persona, indistintamente de su condición, puede considerarse como la única manera para responder al individuo por sus derechos. Por ello, la democracia y los

¹ Constitución Política de Colombia 1991, Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991

derechos inherentes al ser humano deben ser no sólo reconocidos, sino aplicados y salvaguardados ante cualquier violación, por lo cual, la persona individual o colectivamente considerada está en toda la potestad de exigir el reconocimiento de sus derechos, donde a través del poder legislativo, reclama su regulación para que el Estado entre a defenderlo y garantizarlo de forma inmediata.

Siendo una exigencia social y una deuda legislativa, el legislador expidió una norma que buscó reformar la prestación de uno de los derechos constitucionalmente reconocidos, como lo es el de Seguridad social², creando un sistema integral de prestación en cuanto a los regímenes de pensiones, salud y riesgos profesionales, para que de esta manera se provea al usuario externo un servicio administrado eficientemente, en aras de garantizar el reconocimiento y aplicación de uno de sus derechos sociales.

Fue así como se promulgó la Ley 100 de 1993³ cuya expedición pretendía que, se garanticen los derechos irrenunciables de las personas para obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten,⁴ acciones que están inicialmente a cargo del Estado en cuanto a la dirección, coordinación y control, pero que serían prestados por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la ley.

² Exposición de Motivos de la Constitución Política de 1991, Gacetas Asamblea Constituyente de 1991

³ Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, República de Colombia,” Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993

⁴ Ver Ley 100 de 1993, Artículo 1

Es así como, la seguridad social como un servicio público obligatorio de acuerdo con la Carta Política de 1991⁵ y por la Ley 100 de 1993, transforma el sistema integral de seguridad social, y en el marco de la salud, la cual a su vez se considera como un derecho esencial, también a cargo del Estado, estipula unos cambios no solo en la prestación del servicio sino en su modelo de gestión administrativa.

Es desde el plano administrativo de la Ley 100 de 1993 que se crea un nuevo modelo de entidad pública especial, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa para que presten el servicio público de salud, a las cuales denominó como Entidades Sociales del Estado -ESE-⁶ y que se consideraron como la nueva modalidad de institución pública, sustitutiva de los hospitales que hasta el momento se regulaban por la Ley 10 de 1990,⁷ como encargados de la prestación del servicio de salud.

La Ley 100 de 1993 se constituyó entonces como la solución a la problemática generada por el sistema de salud de la Ley 10 de 1990, el cual no era financieramente viable dado que su impacto económico era muy desfavorable, inequitativo y de imposible expansión en la cobertura de los servicios de salud, las cuales se consideraban deficiencias estructurales de la prestación del servicio y de la gestión administrativas de las instituciones.⁸

⁵ Exposición de Motivos de la Constitución Política de 1991

⁶ Ver Ley 100 de 1993, Artículo 194

⁷ Ley 10 de 1990, "Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones, República de Colombia," Diario Oficial No. 39137 de enero 10 de 1990

⁸ Exposición de Motivos. Gaceta del Congreso. Ley 100 de 1993

La solución del legislador ante la situación de inadecuada prestación del servicio y de la gestión administrativa de las instituciones encargadas de ello, fue que el Estado asumiera la dirección, coordinación y control de este servicio público, y por ende vio acertado la transformación jurídica de las entidades prestadoras de los servicios de salud. Así, en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 señaló que la prestación de los servicios de salud, ya sea de forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, es a través de las Entidades Sociales del Estado, que no son sino entidades públicas descentralizadas que prestan dicho servicio, no obstante, la Ley 60 de 1993 en su artículo 35 había considerado la opción de la transformación en esta nueva entidad, con la salvedad de que sólo se transformaría aquellos hospitales que no tuvieran determinada su naturaleza jurídica en hospitales públicos⁹, toda vez que estos estaban siendo financiados con recursos del Estado.

Estas entidades descentralizadas, para que sean consideradas como Entidades Públicas del nivel territorial respectivo,¹⁰ en términos de la misma debían transformarse de inmediato –si son nacionales-, o reestructurarse dentro de los 6 meses siguientes a la vigencia de la Ley 100 de 1993 si están adscritas al ente territorial.¹¹ Por lo tanto, una vez transformadas las instituciones que no tenían determinada su naturaleza jurídica como hospitales públicos del orden territorial, los entes no tendrían dificultad en cumplir con el imperativo de la Ley 100 de 1993, el cual ordenaba la transformación de estas instituciones en ESE.

⁹ Ley 60 de 1993. “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones,” Diario Oficial No. 40.987, de 12 de agosto de 1993

¹⁰ Ver Ley 60 de 1993

¹¹ Ver Ley 100 de 1993, Artículo 196 y 197

Ahora bien, con base en los mandatos legislativos instituidos por la mencionada Ley 60 de 1993, Ley 100 de 1993 y la competencia que señaló la Constitución Política en su artículo 300 numeral 7, la Asamblea Departamental de Antioquia, expidió la Ordenanza 044 de 16 de diciembre de 1994¹², la cual ordenó definir la naturaleza jurídica pública de los hospitales que hacían parte de la red prestadora de servicios de salud, convirtiendo 45 hospitales de todo el departamento de Antioquia en ESE, las cuales según las disposiciones de la normativa, pasaron a formar parte de las entidades territoriales de los municipios o departamentos según el caso.

Sin embargo, la Ordenanza departamental 044 de 1994 fue objeto de control de legalidad por la vía de lo contencioso administrativo en acción de Nulidad ante el Tribunal Administrativo de Antioquia,¹³ donde los demandantes sostuvieron que los fundamentos legales en que se apoyó la Asamblea de Antioquia para la expedición del acto administrativo, esto es el artículo 300 numeral siete de la Constitución Política y el artículo 35 de la Ley 60 de 1993, violaron los artículos 300, 58 y 59 superiores; 35 de la ley 60 de 1993; 20 y 23 de la Ley 10 de 1990; y el Código Civil Colombiano en lo relativo a las corporaciones y fundaciones de beneficencia pública, igualmente el artículo 50 de Decretos 3130 de 1968 y los artículos 21 y 22 del Decreto 739 de 1991.

El Tribunal Administrativo de Antioquia que avocó el conocimiento de la demanda, en sentencia de primera instancia señaló que la Asamblea Departamental no tenía competencia para cambiar la naturaleza jurídica de 35 de los 45 hospitales mencionados en el artículo 1° de la

¹² Ordenanza No. 44 expedida en Asamblea Departamental de Antioquia, sancionada por el Gobernador el 16 de diciembre de 1994 y publicada en la Gaceta Departamental No. 12410 de diciembre 20 de 1994.

¹³ Tribunal Administrativo de Antioquia, Magistrado Ponente. Rafael Darío Restrepo Quijano. Ref. Expediente 05001233100019960152300. Autoridades Departamentales Actor: Luz Marina Gutiérrez Múnera y otro.

Ordenanza acusada, toda vez que la normatividad vigente únicamente la habilitaba para definir la naturaleza jurídica de las entidades que prestaran servicios de salud cuando su naturaleza no estuviera determinada, y para dichos hospitales estaban claramente definidos como privados por las resoluciones mediante las cuales la misma Gobernación les reconoció personería.¹⁴

La sentencia de primera instancia fue confirmada por medio de sentencia de 02 de diciembre de 2010, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,¹⁵ donde señaló que el apelante, es decir el Departamento de Antioquia, no logró desvirtuar el fallo apelado, razón por la cual procedió a confirmarlo.

Ahora bien, a la par del debate jurídico ocasionado por la demanda de nulidad de la Ordenanza y durante la “vigencia” del acto administrativo, las nuevas instituciones cumplieron con los objetivos señalados por la Ley 60 de 1993 y la Ley 100 de 1993, entre ellos, lo relacionado con la elección de los gerentes de las ESE.

En virtud de ello, para la designación de los gerentes de las ESE se profirieron sendas normas que, con ocasión de la Ley 100 de 1993, regulaban su selección y nombramiento por medio de Concurso Abierto de Méritos y normas de carrera administrativa mediante las cuales se busca elegir profesionales idóneos dentro del marco de selección de personal de manera pública, objetiva, imparcial, igualitaria que reflejen la moralidad y transparencia administrativa; y las

¹⁴ Ibidem

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso. Bogotá, D. C., dos (2) de diciembre de dos mil diez (2010). Ref. Expediente 199601523-01. Autoridades Departamentales. Actor: Luz Marina Gutiérrez Múnera y otro.

ESE, en cumplimiento de la normativa desplegaron todas las acciones tendientes a seleccionar a sus gerentes con base en dichas reglas.

No obstante, con el fallo del Consejo de Estado que si bien proporciona seguridad respecto de la verdadera naturaleza jurídica a las ESE, se observó como las entidades territoriales en el momento de convocar los concursos de méritos “alternaron” sus efectos; tal es el caso de aquellos hospitales que actúan como públicos, pero por medio de actos administrativos ratifican la naturaleza privada de la ESE momento en que el concurso de méritos ya no tendría ‘valor’ sobre la base en normas de carrera administrativa; pero otros ratifican la naturaleza jurídica como públicos, lo cual se torna contradictorio al fallo del máximo tribunal administrativo; es así como se generó un vacío jurídico que, obligó al Gobierno Nacional a la expedición de la Ley 1797 de 2016,¹⁶ con la cual se buscó dilucidar el camino a seguir en cuanto a la elección de los gerentes de las ESE.

1. Descripción del problema

Ahora bien, si con la expedición de la Ley 1797 de 2016 pareciera que las dudas fueron absueltas respecto a la selección de los gerentes de ESE, ya que con ella la responsabilidad de dicha designación recae en los burgomaestres municipales, departamentales e inclusive nacionales sin que el concurso de méritos sea requisito para ello, nace la necesidad de responder a la pregunta de la presente investigación, esto es, ¿cuál es la importancia de llevarse a cabo los concursos de méritos en el proceso de selección de gerentes o directores de hospitales por ser

¹⁶ Ley 1797 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,” Diario Oficial No. 50231 del 12 de mayo de 2017.

estos cargos con incidencia social y las posibles consecuencias de omitir una designación mediante mérito en casos prácticos?, para finalmente concluir si ¿Es necesario que los gerentes de las Entidades Sociales del Estado sean seleccionados mediante el mérito?

2. Objetivos

Se propone para la presente investigación los siguientes objetivos:

Objetivo General

Analizar los efectos de la sentencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que declaró la nulidad de la Ordenanza 044 de diciembre de 1994 de la Asamblea Departamental de Antioquia, con respecto a la selección de los gerentes de las Entidades sociales del Estado.

Objetivos Específicos

Para desarrollar el objetivo general se establecen como objetivos específicos los siguientes:

- i. Identificar los antecedentes históricos de las Entidades Sociales del Estado en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia;
- ii. Analizar el fallo de segunda instancia del Consejo de Estado; y
- iii. Abordar los argumentos que dieron origen a la expedición de la Ley 1797 de 2016.

3. Metodología

Los objetivos propuestos en el presente trabajo de investigación serán alcanzados a través de fundamentos teóricos y conceptuales sobre las Entidades Sociales del Estado en el marco del régimen de seguridad social en salud de la Ley 100 de 1993, el estudio normativo y doctrinal de

la elección de sus gerentes o directores y los pronunciamientos de las altas cortes en sede de revisión en segunda instancia o de constitucionalidad frente al tema.

De igual manera, siendo este trabajo de índole investigativo, su objeto de estudio está basado en un enfoque cualitativo toda vez que surge de un hecho social al versar sobre la designación y/o acceso a un cargo público como lo es el Gerente de una ESE a través del mérito y la subsecuente decisión de su elección a través del libre nombramiento y remoción, cuya fuente es documental ya que se diseñó con fundamentos e interpretaciones no sólo del concepto de sistema de seguridad social en salud sino del principio del mérito, propio de los concursos públicos para acceder al sistema de carrera administrativa en Colombia.

4. Desarrollo de la Investigación

La presente investigación consta de cuatro capítulos, los cuales cuentan con un enfoque constitucional, normativo y jurisprudencial dentro de los que se analiza lo siguiente:

- i. Capítulo 1. Hace referencia a los antecedentes del Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia, la historia de los hospitales en Colombia; la Ley 100 de 1993 y las nuevas Entidades Prestadoras de Servicios de Salud: *Entidades Sociales del Estado* (ESE), los antecedentes en la creación de las Entidades Sociales del Estado en Antioquia y finalmente, los efectos de la expedición de la Ordenanza 044 de 1994 por parte de la Asamblea Departamental de Antioquia.
- ii. Capítulo 2. Se realiza un análisis del fallo mediante el cual se confirma la nulidad parcial de la Ordenanza 044 de 1994 por parte del Consejo de Estado y sus incidencias, así como

la conclusión respecto de la situación de los hospitales afectados con la decisión del máximo tribunal administrativo en el Departamento y cuales se consideran como viables alternativas de solución al respecto.

- iii. Capítulo 3. Se abordan temas generales respecto de la expedición de la Ley 1797 de 2016, su Decreto Reglamentario N° 1427 de 2016 de 01 de septiembre de 2016 y legislativamente, los antecedentes que dieron lugar a la misma.
- iv. Capítulo 4. Se recopila normativamente del principio del mérito, los concursos para acceder al cargo de gerentes o directores de hospitales y las consecuencias de la omisión de llevar a cabo los concursos de méritos para finalmente responder a la pregunta problema de este trabajo, esto es, definir si es necesario que los gerentes de ESE sean designados con base en el mérito.
- v. Capítulo 5. Además de presentar las conclusiones a las que se llegó con el desarrollo del trabajo de investigación, el cual busca consolidarse como fuente de investigación en el ámbito académico, fuente de consulta de la comunidad en general, da inicio al debate jurídico respecto de la posición del principio del mérito en cargos de dirección de las entidades que prestan servicios esenciales a la comunidad.

5. Enfoque

El enfoque normativo de la investigación se desarrollará bajo los supuestos teóricos señalados para el régimen de salud de la Ley 100 de 1993 y Ley 10 de 1990 en lo que refiere a la designación de los gerentes de las ESE, y de la Ley 60 de 1993 que ordenó definir la naturaleza jurídica de los hospitales donde no se haya precisado. Desde el marco de la Constitución Política de 1991, el artículo 300 numeral siete y el artículo 35 de la ley 60 de 1993 como marco legal de

la Ordenanza Departamental 044 de 1994, así como las normas que incorporen aspectos relacionados con la prestación de los servicios públicos, del derecho a la seguridad social y de la salud.

Como cada uno de los entes territoriales municipales, en cumplimiento de la disposición legal de la Ley 100 de 1993¹⁷ procedieron a emitir los actos administrativos que transformaban los hospitales en ESE, dichas instituciones se comenzaron a regular por el régimen señalado en dicha la Ley y demás normas reglamentarias, es pertinente hacer un estudio de algunos actos.

En cuanto a la elección de gerente o director de las ESE, la Ley 100 de 1993 inicialmente hizo remisión a la Ley 10 de 1990, posteriormente se reglamentó por senda normativa que permitiera una selección por medio del mérito, objetiva, imparcial, transparente y en igualdad de condiciones, entre la que se encuentra Ley 909 de 2004¹⁸, Decreto 785 de 2005¹⁹, Ley 1122 de 2007²⁰, Resolución 165 de 2008²¹, Ley 1438 de 2011²².

Desde un enfoque jurisprudencial se estudiará la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia y el fallo la segunda instancia del Consejo de Estado que declara la nulidad de la Ordenanza 044 de 1994, de igual forma, se realizará un estudio a la respuesta del legislador al

¹⁷ Ver Ley 100 de 1993, Artículo 196 y 197

¹⁸ 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," Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004

¹⁹ Decreto 785 de 2005, "Por el cual se ajusta la planta de personal administrativo de la Secretaría de Educación Distrital a lo dispuesto en el Decreto Ley 785 de 2005 y en el Acuerdo 199 de 2005," Registro Distrital 3507 de marzo 17 de 2006

²⁰ Ley 1122 de 2007, "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones," Diario Oficial No. 46.506 de 9 de enero de 2007

²¹ Resolución 165 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," Diario Oficial No. 46.941 de 26 de marzo de 2008

²² Ley 1438 de 2011, "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones," Diario Oficial No. 47.957 de 19 de enero de 2011.

expedir la Ley 1797 de 2016, concretamente el artículo 20, en la que señala el nuevo mecanismo de designación de los gerentes de las ESE.

Es así como, con el enfoque normativo de la investigación se busca apreciar los antecedentes de las ESE, la evolución normativa en la selección de los gerentes de estas, la interpretación de las altas cortes y la respuesta del Legislativo los que se configuraron en el fundamento teórico de la misma, para lo cual fue necesario la revisión de la normativa que se expondrá, jurisprudencia y artículos y publicaciones relacionadas.

Capítulo 1. Antecedentes de las Entidades Prestadoras del Servicio de salud en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia

1. Introducción

Previo a abordar el tema de los efectos de la nulidad de la Ordenanza N° 044 de 16 de diciembre de 1994 expedida por parte de la Asamblea Departamental de Antioquia²³, se realizará una síntesis de los antecedentes de las Entidades Sociales del Estado antes de la expedición de la Ordenanza en mención. Lo anterior, en aras de entender la evolución de la naturaleza jurídica de las instituciones hospitalarias que, si bien inicialmente habían sido constituidas, en su mayoría, como instituciones privadas, al tener el Estado cierta injerencia respecto a ellas se propició una confusión a la hora determinar su naturaleza jurídica, generando ambigüedad y una especie de entidad pública *sui generis*.

Sin embargo, con ocasión de la expedición de la Ordenanza N° 044 de 16 de diciembre de 1994 presuntamente se dilucidó al convertir a los *hospitales* en entidades públicas denominadas ‘Entidades Sociales del Estado,’ situación que estuvo en entredicho en 2010 con ocasión de la decisión judicial del Consejo de Estado, mediante la que se declaró la nulidad parcial de la misma, lo cual implica que estas nuevamente deberían ser consideradas como de carácter privado.

²³ Ver Ordenanza No. 44 del 16 de diciembre de 1994

En ese entendido, en el presente capítulo se hará referencia a los Antecedentes del Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia; Historia de los hospitales en Colombia; La Ley 100 de 1993 y las nuevas Entidades Prestadoras de Servicios de Salud: ESE; Antecedentes en la creación de las Entidades Sociales del Estado en Antioquia, y finalmente, los efectos de la expedición de la Ordenanza N° 044 de 1994 por parte de la Asamblea Departamental de Antioquia.

Lo anterior, con el objetivo de analizar la “evolución” de las Entidades Sociales del Estado como parte integrante del sistema general de seguridad social y su papel luego de la declaración de la nulidad parcial declarada sobre el artículo primero de la Ordenanza Departamental N° 044 de 1994 de Antioquia por el máximo tribunal administrativo del país, quien dejó sin piso jurídico la institucionalización de los hospitales como entidades públicas en el departamento de Antioquia, tal y como lo consagró la Ley 100 de 1993.

2. Antecedentes del Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia

Cuando se hace referencia al sistema de seguridad Social de Salud en Colombia, se hace necesario hacer alusión a tres períodos²⁴ a saber:

- 1) la Constitución de 1886,
- 2) la década de 1970-1989 y
- 3) 1990.

²⁴ Orozco Africano, Julio Mario; “Caracterización del Mercado del Aseguramiento en Salud para el Régimen Contributivo en Colombia,” Capítulo 2. SBN-13: 978-84-691-4263-9, N° Registro: 08/52229,” 2006

2.1. Primer período. Constitución de 1886

Este período que bien se puede considerar como el origen del sistema de seguridad social marca hito con la expedición de la Constitución de 1886²⁵, dando sus primeros pasos a finales del siglo XIX y extendiéndose hasta mediados del siglo XX. En este período, la función estatal en cuanto al tema de la salud únicamente hace referencia al tema de “salubridad pública” para quienes hacían parte del campo de la actividad industrial y profesional, y la “asistencia pública” a cargo del Ministerio de Higiene para quienes no hacían parte de la clase obrera o no tenían capacidad laboral (Quevedo, Hernández, Miranda, Mariño, Cárdenas, & Wiesner, 1990).²⁶²⁷

Fue precisamente la Constitución de 1886 la que dio paso a la promulgación de la Ley 30 de 20 de octubre de 1886²⁸, por medio de la cual se le encargó atender los problemas de salud de la población a la Junta Central de Higiene, para posteriormente tomar mayor importancia la creación de la Caja Nacional de Previsión en 1945 como entidad encargada de la seguridad social de los trabajadores del Estado del orden nacional²⁹ (Hernández, 2000). Posteriormente surgió el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, cuya creación se remonta a 1946, que después se conoció como Instituto de Seguros Sociales (ISS), quien debía velar por la salud de los trabajadores del sector privado, creando para cada uno un sistema, al que denominó como

²⁵ Constitución Política de la República de Colombia de 1886.

²⁶ Quevedo, Emilio; Hernández, Mario; Miranda, Néstor; Mariño, Consuelo; Cárdenas, Hugo y Wiesner, Carolina, “La Salud en Colombia, Análisis Socio histórico”, 1990

²⁷ Constitución Política de la República de Colombia de 1886. Artículo 44.- Toda persona podrá abrazar cualquier oficio u ocupación honesta sin necesidad de pertenecer a gremio de maestros o doctores. Las autoridades inspeccionarán las industrias y procesiones en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas. (...)

²⁸ Ley 30 de 1886. “Que crea Juntas de Higiene en la capital de la República y en las de los Departamentos o ciudades principales” Diario Oficial. Año XXII. No. 6839. 25 de octubre de 1886.

²⁹ Hernández Álvarez, Mario; “La fractura originaria en la organización de los servicios de la salud en Colombia 1910-1946”, Número 27, p. 7-26, 2000. ISSN electrónico 2256-5647. ISSN impreso 0120-2456

‘seguridad social’ y ‘previsión social’ respectivamente, siendo éste quien cubriría las contingencias del sector privado³⁰. (Hernández, 2000)

De otro lado, el sector público fue asumido por diferentes instituciones lo cual hizo que el mismo se mantuviera en déficit, sin embargo, con la creación en 1950 de las cajas de compensación familiar, estas empezaron a asumir funciones de seguridad social en salud. (Hernández, 2000)

Para este período se puede concluir que, con la Constitución de 1886 se creó un modelo de sistema de salud que buscaba atender, inicialmente, aspectos de salubridad pública y de carácter sanitario, mientras que la atención preventiva y curativa en salud de los sectores no trabajadores, por lo general venían a ser financiadas por los usuarios y por algunas instituciones de caridad bajo los preceptos señalados por el Ministerio de Higiene.

2.2. Década de 1969-1989

En el segundo período se presentó el origen, desarrollo y también declive del “Sistema Nacional de Salud,” que, si bien se encargó principalmente de temas de salubridad, estos giraron en torno al movimiento internacional de la OMS (Organización Mundial de la Salud), OPS (Organización Panamericana de la Salud) y del Plan Marshall de los Estados Unidos (Programa de Cooperación para la reconstrucción de Europa). (Hernández, 2000)

³⁰ Ibidem.

Se puede decir en cuanto al tema de salud pública que, hubo una consolidación que le permitió alcanzar un mayor desarrollo toda vez que la salud adquirió la connotación de inversión antes que un gasto, siendo finalmente en 1969, cuando entró en vigencia el Plan Nacional Hospitalario con la Ley 39 de 1969³¹, que se incorporó el concepto del sistema de regionalización de los servicios en cuatro niveles de complejidad o de atención médica y la aprobación del plan de construcción y dotación de hospitales para el período de 1970-1972. A inicios de esta década, la descentralización territorial hacía parte de un nuevo concepto en el modelo de Estado, lo cual le permitiría dar mayor autonomía a las entidades territoriales y que se vio reflejado en lo que posteriormente se conocería como la Ley 10 de 1990, en la que finalmente se dio prioridad al gasto en el sistema de salud.

Sin embargo, fue en 1975 con la expedición del Decreto 056³² cuando de manera formal se crea el Sistema Nacional de Salud, cuya finalidad es la “*promoción, protección, recuperación y rehabilitación*” que se articuló con instituciones que prestaban el servicio de salud bajo un modelo centralista en cuanto a la planificación y asignación del recurso, además de la delegación de la Nación a los departamentos para que se encarguen de la prestación del servicio de salud bajo el esquema de ‘subsidios a la oferta’, sin embargo, este sistema no era suficiente para proporcionar una atención integral en salud a la población de bajos recursos, lo cual fue la causa de la no viabilidad del sistema.

³¹ Ley 39 de 1969. “Por medio de la cual se establece el plan hospitalario nacional de construcción, dotación y operación de hospitales para el trienio 1970-1972, y se dictan otras disposiciones,” Diario oficial. Año CVI. No. 32975. 23 de enero de 1970

³² Decreto 056 de 1975. “Por el cual se sustituye el Decreto-Ley número 654 de 1974 y se dictan otras disposiciones,” Diario Oficial No. 34260 de 19 de febrero de 1975

2.3. A partir de la década de 1990

El tercer período se inicia en 1990 con la expedición de la Ley 10 de 1990³³, extendiéndose hasta 1993 con la expedición de la Ley 100 de 1993³⁴, la cual trató de adoptar los principios que impuso la Constitución Política de 1991 (Orozco, 2006)³⁵ y que se convierte en el referente de este período, donde específicamente en el artículo 48³⁶ se define que la salud es un servicio público y un derecho, aunque de tercera generación, pero que de igual manera señala la distribución de competencias institucionales definiendo el concepto de seguridad social. En esta etapa se establece la reforma de la salud, la cual se fundamenta en los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia del sistema, la cual se concreta por medio de la Ley 100 de 1993.

Bajo el marco de la nueva constitución, el sistema general de seguridad social se estableció como un sector compuesto por tres subsistemas independientes con distintos modos de financiación, de organización y de oferta de los servicios, en un sistema único y universal en su aplicación como lo son las pensiones, salud y riesgos profesionales;³⁷ En cuanto al tema de salud, este se organizó por dos regímenes, el contributivo y el subsidiado, cuya prestación en el servicio se rige financieramente bajo el sistema de solidaridad. Además, consagró un régimen

³³ Ver Ley 10 de 1990

³⁴ Ley 100 de 1993. “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones,” Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993

³⁵ Orozco Africano, Julio Mario; “Caracterización del Mercado del Aseguramiento en Salud para el Régimen Contributivo en Colombia,” Pág., 23, SBN-13: 978-84-691-4263-9 N° Registro: 08/52229,” 2006

³⁶ Constitución Política de 1991. Artículo 48. (Adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005). Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

³⁷ León López, Víctor: “Seguridad Social: Desarrollo a través del Tiempo”

provisional, es decir quienes se vinculaban al sistema de manera transitoria. El régimen contributivo destinado a cubrir la prestación de quienes están en capacidad de aportar al sistema ya sea por medio de ingresos laborales o como independientes, el cual es administrado por medio de las Entidades Promotoras de Salud -EPS-, las cuales promueven y efectúan el aseguramiento de la población por medio del Plan Obligatorio de Salud (POS)³⁸.

La Ley 100 de 1993 por su parte señaló que, la prestación de los servicios de salud estarían a cargo de unas nuevas entidades estatales, a las cuales denominó como ‘Entidades Sociales del Estado’ que como entidades públicas entrarían a satisfacer dicho servicio y las cuales por ser entidades con patrimonio propio y auto sostenibles cubrirían las contingencias del servicio de salud y las falencias presentadas con el modelo señalado por la Ley 10 de 1990, el cual no resultó financieramente viable para dicha prestación.

Es así como, con los tres períodos se resume el origen de la seguridad social en Colombia y de los actores del sistema, entre ellos los Hospitales y Entidades Sociales del Estado. No obstante, para conocer más de cerca la historia de las instituciones prestadoras del servicio de salud, en el siguiente acápite se hará referencia al origen de estas instituciones en el país.

³⁸ Ibidem

3. Historia de los hospitales en Colombia

Sin duda, la historia de los hospitales en el país está marcada con la expedición de la Ley 39 de 1969³⁹, sin embargo, antes de ello, las instituciones dedicadas al cuidado y atención de las enfermedades nacieron como la mayoría de los hospitales en América, es decir como organizaciones o fundaciones de caridad dedicadas al cuidado de las personas que las padecían; por lo general estas organizaciones hacían parte de misioneros adscritos a órdenes religiosas, quienes a partir de la ideología cristiana de la caridad, crearon sitios para albergar a los enfermos y desvalidos (De Francisco, 1997), constituyéndose jurídicamente en fundaciones religiosas hospitalarias⁴⁰.

Históricamente se conoce que en Colombia el primer hospital fue el Santa María la Antigua Darién, en 1513, según la cédula real, otros hospitales fueron el San Sebastián, en Kalamarí o Cartagena de Indias en 1537, Casa de Salud de García de Lerma de Santa Marta en 1528, Hospital San Pedro de Santafé en 1564, Hospital Real de Popayán en 1713, Hospital San Juan de Dios, fundado en Santiago de Cali por el médico Leonardo Sudrot de la Garda en 1753, Hospital de Cúcuta, de los hermanos hospitalarios de San Juan de Dios, inició labores en 1801, Hospicio Hospital del Sagrado Nombre de Jesús, fundado en 1802 por Pedro Martínez de Pinillos en Mompo⁴¹, que como se adujo en precedencia, al igual que los demás en el mundo occidental comenzaron siendo instituciones de caridad dedicadas al cuidado de los desvalidos, siendo esta

³⁹ Ver Ley 39 de 1969

⁴⁰ De Francisco, Adolfo: "El Doctor José Félix Merizalde Y La Medicina De Comienzos Del Siglo XIX En Santafé De Bogotá". Academia Colombiana De Historia. Vol. XLIV. Bogotá, 1997

⁴¹ Jácome Roca, Alfredo, "Síntesis histórica de la Medicina en Colombia," [Disponible en <http://www.anmdecolombia.net/index.php/52-de-la-literatura/297-sintesis-historica-de-la-medicina-en-colombia>]

una labor propia de las misiones religiosas, ya que para la época la prestación del servicio de salud fue escasa al igual que los recursos para su atención⁴².

En el siglo XIX y XX, las comunidades civiles fundaron hospitales con el sesgo dejado por las órdenes religiosas, las que eventualmente tuvieron injerencia por parte en las juntas directivas que a su vez fueron privadas. En 1923, la citada Junta Central de Higiene, creada con ocasión de la Constitución de 1886, pasa a convertirse en el ‘Ministerio de Instrucción y Salubridad Pública’ cuya función además es la ‘asistencia pública’, lo cual hace que el Estado empiece a ejercer control tanto de las instituciones privadas como de las de beneficencia que prestaban dicho servicio. Posteriormente entre las décadas de 1940 y 1960, los hospitales pasaron a denominarse como ‘Instituciones de Utilidad Común’ siendo a su vez financiados por el Estado por medio de ‘auxilios.’⁴³

Con la expedición de la Ley 39 de 1969, que como se mencionó, fue por medio de la cual se promulgó el ‘Plan Hospitalario Nacional,’ y con la que se dispuso que los hospitales fueran: financiados con aportes del Estado principalmente del situado fiscal y rentas, tuvieran sujeción a normas y la intervención estatal e inversión a la infraestructura hospitalaria⁴⁴; esto hizo que los hospitales se convirtieran en instituciones con una naturaleza jurídica ‘ambigua’ ya que aún dependían de sus fundadores en cuanto a su administración y en lo relacionado con la propiedad,

⁴² Arroyave Zuluaga, Iván Darío, “Hospitales colombianos: Más de cien años de soledad”, ISSN 0124-4388, El Pulso, noviembre de 2004.

⁴³ Ibidem

⁴⁴ Ver Ley 39 de 1969. Artículo 3°. Las partidas que se apropien en el Presupuesto Nacional para el cumplimiento del plan objeto de la presente Ley y que benefician directamente a entidades descentralizadas territorialmente o por servicios y a personas de derecho privado, solo se harán efectiva previa la celebración de un contrato entre el Gobierno y dichas entidades y personas en el cual se estipulará: a) Aporte de la entidad o persona de derecho privado para la ejecución del plan; b) Plazo dentro del cual se obligan a invertir dichos aportes, y c) Las partidas de sus propios recursos que destinarán a gastos de funcionamiento.

que de manera general eran entidades de derecho privado, con una junta directiva comunitaria, contruidos sobre lotes donados y con aportes no solo estatales sino también de benefactores que querían contribuir con la causa.

En cuanto al personal vinculado a los mismos, solo parte de los trabajadores fueron considerados como funcionarios públicos, y concretamente en cuanto al órgano de dirección, el Ministerio y el gobernador de cada departamento debían escoger al director seccional de salud, quien a su vez era el encargado de designar el director de los hospitales.

En 1976, con el Sistema Nacional de Salud se pretendió que las instituciones fueran transformadas en entidades públicas, sin embargo, no todos los hospitales acogieron la directriz y por ende siguieron conservando su naturaleza jurídica privada, lo cual ocasionó que las Juntas Directivas fueran presionadas ya que el aporte estatal para los hospitales se condicionó con la transformación, es decir, que para que los aportes del Estado siguieran llegando a los hospitales, estos debía ser transformados en públicos.

Para ese entonces, las Direcciones de Salud financiaron y apoyaron dichos hospitales como contraprestación por atender a la población, hasta que finalmente terminaron dependiendo de los auxilios estatales, sin embargo la Corte Suprema de Justicia, en 1983⁴⁵ dispuso que *per se* del dinero que el Estado gire a una entidad privada, esto no la convierte en pública, no obstante, en

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia número 89. Referencia: Expediente número 1081. Norma demanda: Artículo 8° del decreto-ley número 256 de 1975," por el cual se establece el régimen de adscripción y vinculación de las entidades que prestan servicios de salud". Demandante: Benjamín Ochoa. Magistrados ponentes: doctores Carlos Medellín y Luis Carlos Sáchica. Aprobada por Acta número 51 de 19 de septiembre de 1983. Bogotá, D. E., diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos ochenta y tres (1983).

desconocimiento de dicho precepto jurisprudencial, las Direcciones Seccionales y el Ministerio de la Salud administraron directamente los hospitales, hasta el punto de que en algunos se apropiaron de la infraestructura, las cuales eran obviamente privadas, tuvieron injerencia en la selección del personal, siendo nombrados por el departamento, a quienes se contrató como particulares pero proporcionándole el trato como funcionarios públicos.

Finalmente, en 1993 aparece un nuevo concepto denominado ‘Empresas Sociales del Estado’ el cual se empleó para entidades que se esperaba fuesen entes jurídicos públicos, autónomos y auto sostenibles, toda vez que serían estos los encargados de prestar los servicios de salud de manera directa por la nación o por las entidades territoriales.

4. La Ley 100 de 1993 y las nuevas Entidades Prestadoras de Servicios de Salud: ESE

Una vez realizado el recorrido sobre las instituciones que prestaron el servicio de salud en el país, nuevamente nos encontramos con la Ley 100 de 1993 como normativa que creó un modelo de entidad pública especial, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, para que preste el servicio público de salud, a la cual denominó ‘Entidades Sociales del Estado’ -ESE-, señalando al respecto, en el artículo 194 de la precitada norma, lo siguiente:

“CAPÍTULO III. RÉGIMEN DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

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.”*

No obstante, luego de que las entidades prestadoras de servicio de salud adquirieran la connotación de empresas sociales del Estado, que como ya se vio, antes de la ley 100 de 1993 mantenían un *estatus* dentro del sistema con la Ley 10 de 1990, donde esta última había señalado además que la prestación del servicio de salud se encuentra a cargo de la nación, por lo cual, su prestación sería gratuita para todos los habitantes del territorio nacional, con coadyuvancia de las entidades territoriales, los entes descentralizados y de las personas privadas autorizadas.

Dicha norma señaló también que en el sector oficial, el servicio debía ser prestado por las entidades o instituciones públicas a cargo del sistema de seguridad social en lo relacionado con la prestación del servicio de salud, sin modificación alguna de su actual régimen de adscripción; y en el sector privado por las instituciones particulares de seguridad social y cajas de compensación familiar en lo pertinente a la prestación de servicios de salud, fundaciones o instituciones de utilidad común, corporaciones y asociaciones sin ánimo de lucro y personas naturales o jurídicas privadas⁴⁶.

En relación con las personas jurídicas privadas, señaló que las fundaciones o instituciones de utilidad común, las asociaciones y corporaciones sin ánimo de lucro y, en general, las personas jurídicas privadas, podrán prestar servicios de salud en los niveles de atención y grados de complejidad que autorice el Ministerio de Salud o la entidad territorial delegataria⁴⁷.

⁴⁶ Ley 10 de 1990, “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones, República de Colombia,” Diario Oficial No. 39137 de enero 10 de 1990

⁴⁷ *Ibidem*

Sin embargo, con la Ley 100 de 1993 se les otorgó una nueva categoría dentro de las instituciones del Estado, estableciéndole para estas entidades el régimen jurídico aplicable, señalando su denominación, el objeto de las mismas, la integración de las juntas directivas, el director o representante legal, la vinculación de las personas que presten sus servicios, el régimen contractual, régimen presupuestal, régimen tributario, entre otros (Ley 100 de 1993, artículo 195), como brevemente se explicarán en párrafos siguientes.

En cuanto al régimen de contratación, con ocasión de lo previsto por el artículo 195 de la ley 100 de 1993, en su numeral 6⁴⁸ se establece el régimen privado como aquel aplicable a las Empresas Sociales del Estado, por su parte el Decreto 1876 de 1994, en su artículo 16⁴⁹, ratificaba el régimen jurídico de los contratos afirmando que se aplicarán las normas del ‘Derecho Privado’, sujetándose a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas sobre la materia con la potestad de excepcionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

En cuanto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, dispuso que cuando se celebren contratos sin las especificaciones señaladas en el párrafo precedente, se aplica para los servidores

⁴⁸ Ver Ley 100 de 1993. Artículo 195. Régimen Jurídico. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

(...)

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. (...)

⁴⁹ Decreto 1876 de 1994. Artículo 16°.- Régimen jurídico de los contratos. A partir de la fecha de creación de una Empresa Social del Estado, se aplicará en materia de contratación las normas del Derecho Privado, sujetándose a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas sobre la materia. Sin embargo, de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 98 del Decreto-ley 1298 de 1994, las Empresas Sociales del Estado podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

de las empresas sociales del Estado previsto en la Ley 13 de 1984⁵⁰, en sus decretos reglamentarios y en las disposiciones que los modifiquen o reformen, y en la actualidad, lo señalado en el artículo 44 del Código Disciplinario Único⁵¹, si fuere necesario.

Frente al aspecto laboral se hace referencia a que las Empresas Sociales del Estado, en parte se rigen, en su momento por la Ley 10 de 1990, el Decreto 1919 de 2002, y la ley 100 de 1993; al respecto, el artículo 30 de la Ley 10 de 1990 estableció que el régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados de las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, aplicará a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo esto, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo.

A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la Ley 10 de 1990. Por su parte, la Ley 100 de 1993 con la cual se crearon las Empresas Sociales del Estado, estableció en su

⁵⁰ Ley 13 de 1984. "Por la cual se establecen normas que regulan la administración del personal civil y demás servidores que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional y se dictan disposiciones sobre el régimen de Carrera Administrativa," Diario Oficial 36588 de marzo 20 de 1984

⁵¹ Ley 734 de 2002, "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único," [Derogada a partir del 28 de mayo de 2019 por el art. 265, Ley 1952 de 2019.], Diario Oficial 44699 del 5 de febrero de 2002.

artículo 195⁵², que 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.

De otro lado, la Ley 489 de 1998⁵³ en su artículo 83 establece que las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para que sean las encargadas de la prestación, en forma directa, de servicios de salud se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993 y la Ley 344 de 1996⁵⁴ en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.

5. Antecedentes en la creación de las Entidades Sociales del Estado en Antioquia

Siendo las Entidades Sociales del Estado, la modalidad de institución pública sustitutiva de los hospitales que hasta el momento se regulaban por la Ley 10 de 1990, los cuales eran los encargados de la prestación del servicio de salud, la Ley 100 se vio como la *solución* a la problemática generada por dicho sistema de salud, el cual no era financieramente viable⁵⁵.

Fue de esta manera como los entes territoriales comenzaron por asumir la dirección, coordinación y control de este servicio público, y por ende vieron acertado la imperativa

⁵² Ver Ley 100 de 1993. Artículo 195. Régimen Jurídico. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico: (...) 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.

⁵³ Ley 489 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,” Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998.

⁵⁴ Ley 344 de 1996. “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones,” Diario Oficial No. 42.951, de 31 de diciembre de 1996.

⁵⁵ Exposición de Motivos, Gaceta del Congreso. Ley 100 de 1993.

transformación jurídica de las entidades prestadoras de los servicios de salud⁵⁶⁵⁷, para lo cual el artículo 194 de la Ley 100 que había señalado que la prestación de los servicios de salud ya sea de forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se haga por medio de las Entidades Sociales del Estado.

En otrora normativa, la Ley 60 de 1993⁵⁸ en su artículo 35, había considerado la opción de la transformación en aras de buscar la viabilidad del sistema, con la salvedad de que sólo se transformaría aquellos hospitales que no tuvieran determinada su naturaleza jurídica en hospitales públicos toda vez que estos estaban siendo financiados completamente con recursos del Estado.

Así, existiendo los instrumentos jurídicos para la transformación con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 los hospitales fueron transformados en entidades sociales del Estado, ya sean del orden nacional o territorial, de manera inmediata –si son nacionales-, o reestructurarse dentro de los 6 meses siguientes si estaban adscritos al ente territorial para de ésta forma, pasar a ser Entidades Públicas del nivel territorial respectivo, ahora, una vez transformadas las instituciones que no tenían determinada su naturaleza jurídica como hospitales públicos del orden territorial, los entes no tendrían dificultad en cumplir con el imperativo de la Ley 100.

⁵⁶ Ver Ley 100 de 1993. Artículo 196. Empresas Sociales de Salud de Carácter Nacional. Transfórmense todas las entidades descentralizadas del orden nacional cuyo objeto sea la prestación de servicios de salud, en empresas sociales de salud.

⁵⁷ Ver Ley 100 de 1993. 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.

⁵⁸ Ver Ley 60 de 1993

Es así como, la descentralización de la prestación del servicio de salud que se planteó desde la Ley 10 de 1990 dispuso que corresponde a los departamentos y municipios, donde cada institución debía tener personería jurídica, que en el término máximo de cinco años los hospitales debían definir la naturaleza pública de las entidades, es decir si son públicas o privadas, así como demostrar mediante informes que las instituciones tenían capacidad financiera para prestar el servicio, so pena de su liquidación y por ende la entrega de los bienes a otras instituciones, quienes además deben vincular a los empleados con el respeto del régimen laboral que llevaban en el hospital liquidado (Artículo 16)⁵⁹.

De otro lado, el artículo 35 de la Ley 60 de 1993 estableció que los hospitales a los cuales no se les pudiera identificar la personería jurídica de públicos o privados, serían transformados a partir de una definición de qué hacer con sus bienes, y si podían seguir siendo prestadores de servicios de salud se les convertiría en públicos, creándose una figura que no existe en la Constitución como lo son las “entidades públicas indeterminadas”. Por ello, la misma Ley 60 entregó a los gobernadores la competencia de investigar la naturaleza jurídica de esos hospitales, en la que se les respetaba su naturaleza, pero en caso de ser privados se les mantenía esa condición siempre y cuando fuesen capaces técnica y científicamente de mantenerse como tales; y si no eran capaces, se liquidaban y se entregaban sus bienes a terceros para establecer un nuevo hospital. (Decreto 739 de 1991, Artículo 9)

Ahora bien, con base en los mandatos legislativos instituidos por la mencionada Ley 60, adicional a la *competencia* que señaló la constitución política en su artículo 300 numeral 7, la

⁵⁹ Ver Ley 10 de 1990. **Artículo 16°**.- Autorización de cesión y facultades extraordinarias (...)

Asamblea Departamental de Antioquia expidió la Ordenanza 044 de 16 de diciembre de 1994, la cual ordenó definir la naturaleza jurídica pública de los hospitales que hacían parte de la red prestadora de servicios de salud, convirtiendo 45 hospitales de todo el departamento de Antioquia en ESE, las cuales, según las disposiciones de la normativa, pasaron a formar parte de las entidades territoriales municipales o departamentales según el caso.

En ese entendido, producto de la Ordenanza N° 044 de 1994 el municipio de Abejorral, Alejandría, Altamira, Amagá, Andes, Angelópolis, Angostura, Anzá, Apartadó, Argelia, Barbosa, Belmira, Betulia, Bolívar, Buriticá, Caicedo, Cañasgordas, Carmen del Viboral, Carolina, Dabeiba, Entreríos, Frontino, Gómez Plata, Guarne, Ituango, Jardín, Jericó, La Ceja, Liborina, Mutatá, Nechí, Pueblo Rico, El Retiro, Sabanalarga, San Jerónimo, San José de la Montaña, San Pedro de los Milagros, San Vicente, Santa Rosa, Sopetrán, Támesis, Titiribí, Valparaíso, Venecia y Zaragoza; por medio de Acuerdos municipales, respectivamente, declararon que los hospitales de sus municipios adquirirían la calidad de Entidades sociales del Estado, y por ende *“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 194, Ley 100 de 1993) y que antes de la expedición de la norma, eran las instituciones que prestaban el servicio de salud en sus municipios como hospitales.

6. Los efectos de la expedición de la Ordenanza 044 de 16 de diciembre de 1994 por parte de la Asamblea Departamental de Antioquia

Grosso modo, en el presente acápite se realizará una introducción a los efectos de la expedición de la Ordenanza 044 de 1994 por parte de la Asamblea Departamental de Antioquia toda vez que este tema se abordará en el siguiente capítulo. Sin embargo, sea preciso señalar que la expedición de esta suscitó la interposición de una demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo quien declaró, en primera instancia, la nulidad parcial de la Ordenanza y confirmada dicha decisión por parte del Consejo de Estado.

Al respecto, conviene precisar que el Tribunal Administrativo de Antioquia⁶⁰, quien conoció de la demanda en primera instancia, señaló entre sus consideraciones que la Asamblea no es la competente para cambiar la naturaleza jurídica de los hospitales que se mencionan en el artículo 1° de la Ordenanza, sino únicamente cuando su naturaleza no estuviera determinada como privada, sin embargo, para los hospitales sobre los que surtió efecto dicha normativa, estaba claramente definida la naturaleza jurídica privada por medio de resoluciones mediante las cuales la misma Gobernación les había reconocido personería jurídica.

Fue así como, una vez avocado el conocimiento en segunda instancia por la sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia de la magistrada Dra. María

⁶⁰ Tribunal Administrativo de Antioquia. Expediente 199601523-00. Autoridades Departamentales Actor: Luz Marina Gutiérrez Múnica y otro.

Claudia Rojas⁶¹, se dejó en firme la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia que anuló el artículo primero de la Ordenanza 044 del 16 de diciembre de 1994, confirmando la decisión de primera instancia al reiterar que la Asamblea no tenía competencia para cambiar la naturaleza jurídica de los hospitales mencionados en el artículo 1° de la Ordenanza acusada, dado que las facultades constitucionales y legales de la Asamblea del Departamento de Antioquia para modificar la estructura de la administración y para crear entidades descentralizadas invocadas en el acto acusado, no puede ser utilizada para convertir instituciones de derecho privado sin ánimo de lucro en entidades públicas.

El fallo sin duda alguna implicó que la naturaleza jurídica de los 35 de 45 hospitales de Antioquia transformados en entidades públicas y por ende transformadas en Empresas Sociales del Estado, volvieran a su estado inicial, propiciando interrogantes tales como que, ¿las instituciones que prestaban servicios de salud fueron objetos de una expropiación de hecho?, ¿cuáles es el papel de los funcionarios públicos que conforman las juntas directivas?, en el régimen contractual ¿es viable continuar haciendo uso de las cláusulas exorbitantes?, ¿quién ejercerá vigilancia y control respecto de las mismas?, y para el caso del presente trabajo de investigación, ¿es viable la designación de sus funcionarios mediante el sistema del mérito que proscribe la Ley 909 de 2004 o aquellas propias de los procesos de selección mediante concurso abierto de méritos?, entre otras.

⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso. Bogotá, D. C., dos (2) de diciembre de dos mil diez (2010). Ref. Expediente 199601523-01. Autoridades Departamentales. Actor: Luz Marina Gutiérrez Múnera y otro

Sin duda, esta situación generó sobre los hospitales un limbo jurídico en cuanto a la determinación de su naturaleza jurídica, hechos que serán analizados en los capítulos siguientes del presente trabajo de investigación.

7. Conclusiones

- La historia de los hospitales del mundo occidental al igual que en otros estados, deriva de la labor misionera de las órdenes religiosas que buscaron atender las contingencias de salud de las personas que no tuvieran la posibilidad de pagar un médico particular, y que en su mayoría atendía dichas necesidades gracias a los benefactores. Posteriormente estas órdenes religiosas se constituyeron en fundaciones que, para su sobrevivencia, recibían dineros producto de la beneficencia de familias adineradas y del Estado, últimos recursos que se denominaban ‘auxilios’ lo cual implicaba que, por parte del Estado, no se exigiera una contraprestación.
- La ley 69 de 1969 marcó un hito en cuanto a las instituciones que prestaban el servicio de salud, toda vez que aprobó la inversión en la infraestructura de los hospitales, recibiendo estos aportes del Estado de una manera más directa, sin embargo, la no sostenibilidad e inviabilidad del sistema de salud, hizo que finalmente el Estado decidiera asumir la prestación del servicio de salud, razón por la cual por medio de la 60 de 1993 se ordenó que las entidades que no tuvieran naturaleza jurídica determinada, se transformarían en entidades públicas, previa la liquidación de la misma.

- Con la ley 100 de 1993 se buscó finalmente que sea la Nación o las entidades territoriales, las encargadas de la prestación del servicio de salud, por medio una nueva categoría de entidades públicas, denominadas Entidades Sociales del Estado.
- El departamento de Antioquia por medio de la Ordenanza 044 de 16 de diciembre de 1994, definió como de naturaleza Jurídica Pública 45 hospitales del departamento de Antioquia y en consecuencia ordenó a los municipios para que por medio de acuerdos municipales la reestructuración de los Hospitales descritos en el artículo 1º de la mencionada Ordenanza, como Empresas Sociales del Estado, según lo estipulado en el Artículo 194 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, para 35 de las instituciones ésta decisión se revirtió con la decisión del Consejo de Estado de declarar nulo parcialmente dicho acto administrativo.

Capítulo 2. La Nulidad de la Ordenanza Departamental N° 044 de 16 de diciembre de 1994

1. Introducción

Una vez expedida la Ordenanza Departamental N° 044 de 16 de diciembre 1994 por parte de la Asamblea Departamental de Antioquia, y visibilizada la situación de los hospitales y/o instituciones prestadoras del servicio de salud respecto del cambio de naturaleza jurídica cuyas implicaciones se pueden reflejar en lo contractual, laboral, disciplinario, entre otros; en el presente capítulo se busca analizar el fallo mediante el cual se confirma la nulidad parcial de la Ordenanza por parte del Consejo de Estado y sus incidencias.

Teniendo en cuenta que el Consejo de Estado recoge muchos argumentos del Tribunal Administrativo de Antioquia para confirmar su decisión, no se hace necesario el análisis profundo del fallo en primera instancia, en ese entendido, se hará un breve resumen de la motivación de los demandantes para iniciar con este proceso administrativo, en el que finalmente les da parcialmente la razón.

Finalmente, se realizará una conclusión respecto de la situación de los hospitales afectados con la decisión del máximo tribunal administrativo en el Departamento y cuales se consideran como viables alternativas de solución al respecto.

2. Hechos que motivaron la demanda de la Ordenanza Departamental N° 044 de 1994 de la Asamblea Departamental de Antioquia.

Una vez expedida por parte de la Asamblea Departamental de Antioquia la Ordenanza Departamental N° 044 de 1994⁶², los ciudadanos Luz Marina Gutiérrez Múnera y Jesús María Sierra Yepes, radicaron demanda de nulidad contra la misma. Al respecto refiere la precitada normativa:

“Por medio de la cual se define la naturaleza jurídica de unos hospitales y se dictan otras disposiciones.

La Asamblea de Antioquia,

En uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial, de las conferidas por el numeral 7 del artículo 300 de la Constitución Política y el Artículo 35 de la Ley 60 de 1993.

ORDENA:

Artículo 1°. Definir como de nuestra naturaleza Jurídica Pública los siguientes hospitales:

San Juan de Dios, Municipio de Abejorral; Luis Felipe Arbeláez, Municipio de Alejandría; Santa Teresa, Altamira (Betulia); San Fernando, Amagá; San Rafael, Andes; La Misericordia, Angelópolis; San Rafael, Angostura; San Francisco, Anzá; Regional de Urabá, Apartadó; San Julián, Argelia; San Vicente de Paúl, Barbosa; Nuestra Señora del Rosario, Belmira; Santiago Rengifo Salcedo, Betulia; La Merced, Bolívar; San Antonio, Buriticá; San Miguel, Caycedo; San Carlos, Cañasgordas; San Juan de Dios, Carmen de Viboral; San Rafael, Carolina; Nuestra Señora del Perpetuo Socorro, Dabeiba; Pbro. Emigdio Palacio, Entreríos; María Antonia Toro de E., Frontino; Santa Isabel, Gómez Plata; Enfermeras de Antioquia, Guarne; San Juan de Dios, Ituango; Gabriel Peláez Montoya, Jardín; San Rafael, Jericó; San Juan de Dios, La Ceja; San Lorenzo, Liborina; La Asunción, Mutatá; La Misericordia, Nechí; San Vicente de Paúl, Pueblo Rico; San Juan de Dios, El Retiro; San Pedro, Sabanalarga; San Luis Beltrán, San Jerónimo; Laureano Pino, San José de la Montaña; Santa Isabel, San Pedro de los Milagros; San Vicente, San Vicente; San Juan de Dios, Santa Rosa; Horacio Muñoz Suescún, Sopetrán; San Juan de Dios, Támesis; San Juan de Dios Titiribí; San Juan de Dios, Valparaíso; San Rafael, Venecia; San Rafael, Zaragoza.

⁶² Ver Ordenanza No. 44 del 16 de diciembre de 1994

Artículo 2º. Autorizar al Gobernador para que durante un período de seis meses a partir de la fecha de promulgación de la ordenanza proceda a entregar los Hospitales a los respectivos municipios.

Artículo 3º. Corresponde a los respectivos Concejos Municipales la estructuración de los Hospitales descritos en el artículo 1º como Empresas Sociales del Estado, según lo estipulado en el Artículo 194 de la Ley 100 de 1993.

Artículo 4º. En los convenios de entrega se precisarán las obligaciones que por pago del pasivo prestacional se adquieren según lo estipulado en el Artículo 33 de la Ley 60 de 1993. En todo caso los derechos laborales de los trabajadores no podrán ser desmejorados y se garantizará el mínimo de los mismos.

Artículo 5º. Transfórmese los Hospitales San Rafael de Itagiú y Marco Fidel Suárez de Bello en Empresas Sociales del Estado del Orden Departamental según lo estipulado en la Ley 100 de 1993 y según lo establecido en el Decreto No. 1876 de 1994. En todo caso, en estas Juntas Directivas siempre habrá un representante de la Asamblea Departamental.

Artículo 6º. La presente ordenanza rige a partir de su publicación.”

Para los demandantes, la Ordenanza sustenta su expedición en normas que no facultan a las asambleas departamentales la modificación de la naturaleza jurídica de una entidad para convertirla en pública, esto tomando como sustento normativo los artículos 300 numeral 7, 58 y 59 superiores; artículo 35 de la Ley 60 de 1993; artículos 20 y 23 de la Ley 10 de 1990 y el Código Civil Colombiano en lo relativo a las corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Igualmente, el artículo 50 de los Decretos 3130 de 1968 y el Decreto 739 de 1991 que reglamentó los artículos 21 y 22 de la Ley 10 de 1990⁶³, los mismos que al respecto señalan:

Constitución Política de 1991:

⁶³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso. Bogotá, D. C., dos (2) de diciembre de dos mil diez (2010). Ref. Expediente 199601523-01. Autoridades Departamentales. Actor: Luz Marina Gutiérrez Múnera y otro.

“Artículo 58. <Artículo modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo 1 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:> Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio.

Artículo 59. *En caso de guerra y sólo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno Nacional sin previa indemnización.*

En el expresado caso, la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, para atender a las necesidades de la guerra, o para destinar a ella sus productos.

El Estado será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.”

ARTICULO 300. <Modificado por el art. 2, Acto Legislativo No. 01 de 1996. El nuevo texto es el siguiente:> *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.

Por su parte, señala la Ley 60 de 1993:

“Artículo 35°.- *De la indefinición de la naturaleza jurídica de los hospitales. Aquellas instituciones prestadoras de servicios de salud, cuya naturaleza jurídica no se haya podido precisar y estén siendo administradas y sostenidas por el Estado continuarán bajo la administración del respectivo ente territorial de acuerdo al nivel de atención y clasificación que determine por resolución el Ministerio de Salud.*

Por consiguiente, el respectivo ente territorial deberá adelantar todas las actuaciones administrativas y de cualquier orden necesarios para definir la naturaleza jurídica de dichas entidades de conformidad con los regímenes departamental y municipal, la Ley 10 de 1990 y la presente Ley.”

La Ley 10 de 1990, y en consecuencia su Decreto Reglamentario 739 de 1991⁶⁴, establece:

“Artículo 20º.- Requisito especial para el reconocimiento de personería jurídica. Es condición esencial para el reconocimiento de personería jurídica a las instituciones o fundaciones de utilidad común y a las corporaciones o asociaciones, sin ánimo de lucro, cuyo objeto sea la prestación de servicios de salud, que la entidad que se pretenda organizar reúna las condiciones de calidad tecnológica y científica para la atención médica, de suficiencia patrimonial y de capacidad técnico-administrativa, que previamente determine el Gobierno Nacional.

(...)

Artículo 23º.- Entidades privadas que prestan servicios de salud que reciben recursos públicos. A partir de la vigencia de la presente Ley, todas las personas privadas que presten servicios de salud, que reciban a cualquier título recursos de la Nación o de las entidades territoriales o de sus entes descentralizados, deberán suscribir, previamente, un contrato con la entidad correspondiente, en la cual se establezca el plan, programas o proyecto, al cual se destinarán los recursos públicos, con la indicación de las metas propuestas y la cantidad, la calidad y el costo de los servicios, según lo dispuesto en el artículo 48 de la presente Ley, y las formas de articulación con los planes y programas del respectivo subsector oficial de salud”.

Parágrafo. - Los contratos de que trata este artículo no requerirán requisitos distintos a los exigidos para la contratación entre particulares.”

El Decreto 3130 de 1968, por su parte:

“Artículo 50.- De las fundaciones o instituciones de utilidad común. Son instituciones de utilidad común o fundaciones las personas jurídicas creadas por la iniciativa particular para atender, sin ánimo de lucro, servicios de interés social, conforme a la voluntad de los fundadores.

Dichas instituciones, como personas jurídicas privadas que son, están sujetas a las reglas del derecho privado y no están adscritas ni vinculadas a la administración. La vigilancia e inspección que la Constitución autoriza continuará ejerciéndose por el gobierno en los términos de la ley 93 de 1938 y demás disposiciones pertinentes.”

⁶⁴ Decreto Reglamentario 739 de 1991, “Por el cual se reglamentan los artículos 21 y 22 de la Ley 10 de 1990,” Diario Oficial. Año. CXXVII. N° 39741. 15 de marzo de 1991.

Con dicho sustento normativo, *grosso modo*, buscan concluir los demandantes que siendo Colombia un Estado Social de Derecho *en forma de República Unitaria y descentralizada que establece como entidades territoriales los Departamentos, los Distritos, los Municipios y los territorios indígenas (artículo 289 C.P.), a los que otorga autonomía para la gestión de intereses, dentro de los límites de la propia Constitución (artículo 287 C. P.)*, no les concede a las asambleas departamentales la determinación de la estructura de la administración y creación de entidades descentralizadas en el departamento, toda vez que siendo la Ley 60 de 1993 la normativa base para adelantar las actuaciones administrativas y de cualquier orden, necesaria para definir la naturaleza jurídica de las instituciones que prestan el servicio de salud y que estén siendo administradas y sostenidas por el Estado (Ley 60 de 1993, artículo 35), esta no facultan al ente territorial a modificar la naturaleza jurídica de instituciones privadas por el hecho de recibir financiación del Estado.

Así mismo, los demandantes señalan que las Fundaciones o instituciones de utilidad común creadas por particulares, seguirán siendo regidas por normas de derecho privado (Decreto 3130 de 1968, artículo 5) y que las fundaciones, las corporaciones y asociaciones sin ánimo de lucro prestarán servicios de salud y su naturaleza jurídica se demostraría mediante los actos de creación y de reconocimiento de personería jurídica y las entidades territoriales solo podían definir la naturaleza jurídica cuando dicha naturaleza no se hubiera podido establecer. (Ley 10 de 1990, artículos 20 a 23).

En ese orden, *“al disponer de los bienes de instituciones privadas sin ánimo de lucro el acto impugnado violó igualmente los artículos 58 y 59 constitucionales que garantiza la propiedad privada y*

los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles y las condiciones en que procede la expropiación, así como el artículo 62 que garantiza que el destino de las donaciones intervivos y testamentarias no podrá ser modificadas ni siquiera por el Legislador a menos que el objeto de la donación desaparezca”.

De igual manera, con base en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de septiembre 19 de 1983, donde se estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8° del Decreto 356 de 1975 que establecía que las instituciones que utilizaran bienes, equipos o personal suministrados en su mayor parte por alguna entidad de derecho público funcionarían bajo el régimen de las entidades del sistema nacional de salud; y lo declaró inexecutable con el argumento de que el Legislador no estaba facultado para desconocer el carácter privado de las personas por el hecho de que utilizaran recursos públicos.

De otro lado, señalan los demandantes que debido a que los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993, mediante la cual se organizó el Sistema de Seguridad Social Integral, estipuló un plazo de seis meses a las entidades territoriales para que reestructuraran las entidades descentralizadas y que su objeto principal fuera la prestación de servicios de salud, para así convertirlas en Empresa Sociales del Estado, es por ello que, para dar cumplimiento a dichos preceptos la Asamblea del Departamento de Antioquia expidió la ordenanza demandada.

Luego del debate, el Tribunal Administrativo consideró en primera instancia que asistía parcialmente la razón a los demandantes, declarando la nulidad parcial del artículo primero de la ordenanza demandada, pero sólo en cuanto definió como pública la naturaleza privada de los Hospitales de San Juan de Dios, Municipio de Abejorral; Santa Teresa, Altamira (Betulia); San Fernando, Amagá; San Rafael, Andes; La Misericordia, Angelópolis; San Rafael, Angostura; San Francisco, Anzá; Regional de Urabá, Apartadó; San Julián, Argelia; San Vicente de Paúl, Barbosa; Nuestra Señora del Rosario, Belmira; La Merced, Bolívar; San Antonio, Buriticá; San Carlos, Cañasgordas; San Juan de Dios, Carmen de Viboral; San Rafael, Carolina; Nuestra Señora del Perpetuo Socorro, Dabeiba; Pbro. Emigdio Palacio, Entrerriós; Santa Isabel, Gómez

Plata; Enfermeras de Antioquia, Guarne; San Juan de Dios, Ituango; San Rafael, Jericó; San Juan de Dios, La Ceja; San Lorenzo, Liborina; La Asunción, Mutatá; San Vicente de Paúl, Pueblo Rico; San Juan de Dios, El Retiro; San Pedro, Sabanalarga; San Luis Beltrán, San Jerónimo; Santa Isabel, San Pedro de los Milagros; San Vicente, San Vicente; San Juan de Dios, Santa Rosa; San Juan de Dios, Támesis; San Juan de Dios Titiribí; San Rafael, Zaragoza, y no se extendió a los demás hospitales porque en el proceso no se probó que se hubiera definido su naturaleza jurídica como privada.

Finalmente, concluyó el Tribunal Administrativo que la Asamblea Departamental *no tenía competencia para cambiar la naturaleza jurídica de los Hospitales mencionados porque el artículo 35 de la Ley 60 de 1993 y los artículos 4 y 9 del Decreto 739 de 1991 únicamente la habilitaba para definir la naturaleza jurídica de las entidades que prestaran servicios de salud cuando su naturaleza no estuviera determinada*, y era claro que para los hospitales objeto de demanda estaba definida como privada mediante resoluciones que les reconocía personería por parte de la Gobernación *en la década de 1960 - principalmente en los años 61 a 64; un escaso número que no sobrepasa las cuatro en la década de 1970 y la última Resolución, la No. 004468, fue proferida el 18 de septiembre de 1975.*

3. El Consejo de Estado y la Ordenanza Departamental de Antioquia N° 044 de 16 de diciembre de 1994

El Consejo de Estado, a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera del Consejo de Estado, conoció en segunda instancia la sentencia por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró parcialmente la Nulidad de la Ordenanza 044 de

1996⁶⁵. En el expediente 199601523-01, y adujo que le asiste razón, aunque de manera parcial, a los demandantes quienes adujeron que la Asamblea Departamental de Antioquia no tenía la facultad para *convertir* en públicas, las instituciones que presten los servicios de salud en el departamento, por cuanto las mismas ostentaban el carácter de privado, entre otros, por las siguientes razones:

- El fundamento jurídico de expedición de la norma, esto es, el artículo 35 de la Ley 60 de 12 de agosto de 1993⁶⁶, facultó al ente territorial para que respecto de aquellas instituciones prestadores de servicios de salud sobre las cuales no se haya precisado su naturaleza jurídica, pero que se encuentren siendo administradas y sostenidas por el Estado, continuarán bajo su administración, por lo cual, corresponde al ente territorial, adelantar las acciones que permitan definir la naturaleza conforme al régimen departamental y municipal, que dispone la Ley 10 de 1990 y la misma Ley 60 de 1993.
- En ese orden, el capítulo III de la Ley 10 del 10 de enero de 1990 mediante el cual se reguló lo concerniente a la “prestación de servicios de salud por personas privadas”, autorizó a las instituciones o fundaciones de utilidad común, corporación y asociaciones sin ánimo de lucro para que presten servicios de salud, siempre que *cumplieran condiciones de calidad*

⁶⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso. Bogotá, D. C., dos (2) de diciembre de dos mil diez (2010). Ref. Expediente 199601523-01. Autoridades Departamentales. Actor: Luz Marina Gutiérrez Múnera y otro.

⁶⁶ Ley 60 de 1993. Artículo 35º.- *De la indefinición de la naturaleza jurídica de los hospitales*. Aquellas instituciones prestadoras de servicios de salud, cuya naturaleza jurídica no se haya podido precisar y estén siendo administradas y sostenidas por el Estado continuarán bajo la administración del respectivo ente territorial de acuerdo con el nivel de atención y clasificación que determine por resolución el Ministerio de Salud.

Por consiguiente, el respectivo ente territorial deberá adelantar todas las actuaciones administrativas y de cualquier orden necesarios para definir la naturaleza jurídica de dichas entidades de conformidad con los regímenes departamental y municipal, la Ley 10 de 1990 y la presente Ley.

tecnológica y científica para la atención médica, de suficiencia patrimonial y de capacidad técnico-administrativa que determine el Gobierno Nacional.

- De igual manera, dicha normativa dispuso que quien preste servicios de salud con recursos del estado, **deberán suscribir, previamente, un contrato con la entidad correspondiente,** en el cual se establezca el plan, programa o proyecto al cual se destinarán los recursos públicos, con indicación de las metas propuestas y la cantidad. Así mismo, permitió que dichas entidades se asociaran con entidades públicas prestadoras de servicios de salud para constituir nuevas entidades que tuvieran el mismo objeto.

Concluye la magistratura que, las disposiciones de la Ley 10 de 1993 aclaran que el Estado puede financiar la prestación de servicios por parte de los particulares, lo que de ningún modo afecta la naturaleza jurídica de las mismas.

El Decreto 739 de 13 de marzo de 1991, por medio del cual se reglamentó el artículo 21 y 22 de la Ley 10 de 1990, explica que el carácter privado de las instituciones sólo podrá demostrarse mediante la presentación del *acto de creación y reconocimiento como persona jurídica de carácter privado sin ánimo de lucro*, el cual puede originarse por 1) la destinación de un patrimonio particular, 2) la iniciativa exclusiva de particulares o 3) la concurrencia de recursos o participación de entidades públicas y privadas de conformidad con el artículo 6 del Decreto 130 de 1976. Dilucida la presente regulación que, para aquellas instituciones sobre la que no haya

sido posible determinar la naturaleza jurídica, serán administradas por el respectivo ente territorial.⁶⁷

Básicamente, cataloga el Consejo de Estado como *impecable* los argumentos del *A quo* con los cuales se determina que, efectivamente la asamblea departamental de Antioquia no está facultada para cambiar la naturaleza jurídica de los hospitales del departamento, toda vez que de las probanzas del proceso, se dejó claro que 35 de las instituciones prestadoras del servicio de salud objeto de modificación tenían claramente definida su situación jurídica, esto es privada, lo cual impedía que el colegiado departamental se tomará dichas atribuciones puesto que la normativa base de dicho fundamento fue clara en determinar que dicha facultad solo era dable para aquellos hospitales sobre los que la naturaleza jurídica no estuviese determinada.

No obstante, siendo proferida la decisión judicial casi dos décadas después de la expedición de la Ordenanza N° 044, la misma continuó surtiendo efectos hasta tanto la judicatura no decidiera de fondo la demanda de nulidad instaurada, con lo cual, las instituciones prestadoras de servicios de salud del departamento de Antioquia acogieron el régimen jurídico que dispuso la Ley 100 de 1994, es decir, constituyéndose en un modelo de entidad pública especial, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, que prestaran el servicio público de salud.⁶⁸

⁶⁷Decreto 739 de 1991. Artículo 9. De la indefinición de la naturaleza jurídica. Aquellas instituciones cuya naturaleza jurídica no pueda ser precisada dentro del año siguiente a la vigencia del presente Decreto y estén siendo administradas y sostenidas por el Estado, continuarán bajo la administración del respectivo ente territorial, de acuerdo con el nivel de atención y clasificación que determine el Ministerio de Salud.

Por consiguiente, el respectivo ente territorial deberá adelantar todas las actuaciones administrativas y de cualquier otro orden, necesarias, para definir la naturaleza jurídica de dichas entidades, de conformidad con los regímenes departamental y municipal y la Ley 10 de 1990.”

⁶⁸ Ver Ley 100 de 1993. Artículo 194

Lo anterior, sin olvidar que la Ley 10 de 1990 señaló que la prestación del servicio de salud se encuentra a cargo de la nación, cuya prestación sería gratuita para todos los habitantes del territorio nacional, con coadyuvancia de las entidades territoriales, los entes descentralizados y de las personas privadas autorizadas.

La norma señaló también que en el sector oficial, el servicio debía ser prestado por las entidades o instituciones públicas a cargo del sistema de seguridad social en lo relacionado con la prestación del servicio de salud, sin modificación alguna de su actual régimen de adscripción; y en el sector privado las instituciones privadas de seguridad social y cajas de compensación familiar, en lo pertinente a la prestación de servicios de salud; fundaciones o instituciones de utilidad común; corporaciones y asociaciones sin ánimo de lucro; y personas privadas naturales o jurídicas.

Ahora bien, en relación con las personas jurídicas privadas, señaló que las fundaciones o instituciones de utilidad común, las asociaciones y corporaciones, sin ánimo de lucro y, en general, las personas privadas jurídicas, podrán prestar servicios de salud en los niveles de atención y grados de complejidad que autorice el Ministerio de Salud o la entidad territorial delegataria.

Sin embargo, con la Ley 100 de 1993, específicamente el artículo 194 que reza que *“la prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales,”* se realizará a través de las instituciones que constituyen esta categoría especial de entidad pública descentralizada, y a quien la misma Ley 100 de 1993 le estableció el régimen

jurídico aplicable, señalando su denominación, el objeto de las mismas, la integración de las juntas directivas, el director o representante legal, la vinculación de las personas que presten sus servicios, el régimen contractual, régimen presupuestal, régimen tributario, entre otros (Ley 100 de 1993, artículo 195), que brevemente se explicarán en párrafos seguidos.

En cuanto al régimen de contratación, refiere a que con ocasión de lo previsto por el artículo 195 de la ley 100 de 1993, en su numeral 6º se establece el régimen privado como aquel aplicable a las Empresas Sociales del Estado, por su parte el Decreto 1876 de 1994, en su artículo 16, ratifica el régimen jurídico contractual afirmando que se aplicarán las normas del ‘Derecho Privado’, sujetándose a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas sobre la materia y que podrán excepcionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública, no obstante, el Consejo de Estado en reiteradas sentencias señaló el alcance de la aplicación de las normas del derecho civil y las condiciones que se generan cuando se hace uso de las cláusulas excepcionales del estatuto de contratación pública⁶⁹, (Consejo de Estado, 2000).

En cuanto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades señalado en el Código Disciplinario Único, se aplica para los servidores de las empresas sociales del Estado, cuando estos celebren contratos con las especificaciones señaladas en el párrafo precedente, así como las otras incompatibilidades previstas en el artículo 44 del Código Disciplinario Único, si fuere necesario.

⁶⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, seis (6) de abril de dos mil (2000), Radicación número: 1263.

En lo relacionado con el aspecto laboral, refiere que las Empresas Sociales del Estado, en parte, se rigen en su momento por la Ley 10 de 1990, el Decreto 1919 de 2002 y la ley 100 de 1993; al respecto, el artículo 30 de la Ley 10 de 1990 estableció que el régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados de las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo.

En ese entendido, a los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la Ley 10 de 1990. Por su parte, la Ley 100 de 1993 con la cual se crearon las Empresas Sociales del Estado, estableció en su artículo 196, que 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.

De otro lado, la Ley 489 de 1998, en su artículo 83 establece que las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para que sean las encargadas de la prestación, en forma directa, de servicios de salud se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993 y la Ley 344 de 1996 en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.

4. Situación jurídica de los hospitales luego de la declaratoria parcial de Nulidad de la Ordenanza N° 044 de 1994 en la elección de gerentes de hospitales.

Ahora bien, luego de las consecuencias que se derivaron con la declaración de nulidad parcial de la Ordenanza N° 044 de 16 de diciembre de 1994 por parte del Consejo de Estado, tal y como se enunció con anterioridad, en el presente trabajo de investigación se realizará únicamente el análisis en lo relacionado con el tema de elección de gerentes y/o directores de las Entidades Sociales del Estado, el cual se considera controversial dado el mecanismo utilizado para su elección, con el paso del tiempo y las disposiciones normativas tomadas al respecto hasta la fecha en la que se profirió el fallo de Consejo de Estado.

Tal situación se presentó básicamente debido a que, poco después de conocido el fallo del Consejo de Estado, las Entidades Sociales del Estado debían dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, *“Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”* (en concordancia con el artículo 2 de la Ley 909 de 2004) en el que de manera específica se dispuso que dichas instituciones serán dirigidas y administradas por gerentes a quienes se escogería mediante concurso de méritos.

Al respecto, señaló la citada norma:

“Artículo 28. De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. <Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 800 de 2008.> 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. (Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-181 de 2010, 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.)

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento, o previo concurso de méritos.

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

Parágrafo Transitorio. Los Gerentes de las ESE de los niveles Departamental, Distrital y Municipal cuyo período de tres años termina el 31 de diciembre de 2006 o durante el año 2007 continuarán ejerciendo el cargo hasta el 31 de marzo de 2008. (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-957 de 2007).

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

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

Es así como, la aplicación del artículo 28 quedó en duda toda vez que, al declararse la nulidad parcial de la Ordenanza N° 044 de 1994 respecto de las Entidades Sociales del Estado,⁷⁰ y no estar frente a entidades públicas sino instituciones con una naturaleza jurídica *privada*, técnicamente la aplicabilidad de la norma se desvirtuaría respecto de las mismas, lo cual implicaría que para dichas instituciones la escogencia del gerente o director no estaría supeditada a la celebración de un concurso público ni abierto de méritos.

Ante ello, las Entidades inmersas en dicho dilema comenzaron a solicitar conceptos a los organismos de vigilancia y control respecto de la interpretación que los mismos realizarían al respecto, tal es el caso de la Contraloría General de Antioquia que ante consulta señaló mediante concepto N° 2013300007725 de 02 de julio de 2013 lo siguiente:

"En este orden de ideas, esta Oficina Asesora Jurídica manifiesta que mantiene el concepto radicado N° 2012300007725 del 13 de septiembre de 2012, precisamente por considerar que en el caso que se nos somete a estudio, operó el fenómeno del decaimiento del Acto Administrativo, lo cual tiene como consecuencia directa, como se dijo anteriormente el hecho para los hospitales citados en la sentencia del Consejo de Estado, de haber recuperado su calidad de privados, por haberse declarado nulo el artículo 1 de la Ordenanza 44 de 1994. Esto sin perjuicio por supuesto de lo decidido por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 16 de abril de 2013, según el cual, específicamente para el municipio de Apartadó, el Acuerdo que acogió la Ordenanza 044 de 1995 y reestructuró el Hospital Antonio Roldán como ESE Pública, goza de presunción de legalidad y se mantiene, lo que se traduce necesariamente en la naturaleza jurídica que ahora ostenta la ESE de pública". (Subrayas ausentes del texto original)

⁷⁰ San Juan de Dios, Municipio de Abejorral; Santa Teresa, Altamira (Betulia); San Fernando, Amagá; San Rafael, Andes; La Misericordia, Angelópolis; San Rafael, Angostura; San Francisco, Anzá; Regional de Urabá, Apartadó; San Julián, Argelia; San Vicente de Paúl, Barbosa; Nuestra Señora del Rosario, Belmira; La Merced, Bolívar; San Antonio, Buriticá; San Carlos, Cañasgordas; San Juan de Dios, Carmen de Viboral; San Rafael, Carolina; Nuestra Señora del Perpetuo Socorro, Dabeiba; Pbro. Emigdio Palacio, Entreríos; Santa Isabel, Gómez Plata; Enfermeras de Antioquia, Guarne; San Juan de Dios, Ituango; San Rafael, Jericó; San Juan de Dios, La Ceja; San Lorenzo, Liborina; La Asunción, Mutatá; San Vicente de Paúl, Pueblo Rico; San Juan de Dios, El Retiro; San Pedro, Sabanalarga; San Luis Beltrán, San Jerónimo; Santa Isabel, San Pedro de los Milagros; San Vicente, San Vicente; San Juan de Dios, Santa Rosa; San Juan de Dios, Támesis; San Juan de Dios Titiribí; San Rafael, Zaragoza

No obstante, otro concepto señala la misma corporación a través del memorando de advertencia de julio 22 de 2011, con número de radicado 20113000124941 lo siguiente:

“Los actos administrativos expedidos por los Concejos Municipales se presumen legales mientras no hayan sido declarados nulos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Por tanto, la vigencia de estos Acuerdos, que convierte a los Hospitales en Empresas Sociales del Estado, están sometidos al régimen jurídico previsto en el capítulo III, Artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993.”

En ese entendido, con las interpretaciones que se dieron con ocasión de la Sentencia del Consejo de Estado frente a la Ordenanza N° 044, comenzó la travesía por un limbo jurídico ante la incertidumbre de la aplicación de las normas de entidades públicas a instituciones privadas, entre ellas, las de aplicación en el momento de realizar la designación de sus gerentes y/o directores.

Pese a ello muchas de las instituciones decidieron adelantar los concursos de méritos, sin embargo, esto dio inicio a una carrera para determinar la fuerza de la decisión del Consejo de Estado respecto de la Ordenanza N° 044, ya que por parte de algunos municipios se inició con un proceso de *restructuración* de las Empresas Sociales del Estado en lo concerniente a su naturaleza jurídica. Fue así como, por ejemplo, algunas instituciones decidieron acudir a la vía contencioso-administrativa para que en sede judicial se determine la naturaleza jurídica de las instituciones, otros mediante nuevos actos administrativos decidieron confirmar aquellos mediante los cuales fueron creados o, acudir a la figura de la supresión de las otrora ESE en aras de dar inicio a nuevas Entidades cuya naturaleza jurídica sería *indudablemente* pública.

Para el efecto, revisemos los siguientes ejemplos a modo de ilustración:

1. **Municipio de Apartadó:** Una vez conocida la Sentencia 546 del 2 de diciembre de 2010 del Consejo de Estado, la Junta Directiva del Hospital Regional de Urabá mediante Acta de 15 de mayo de 2013 decidió disponer la disolución y consecuente liquidación de la Fundación, la cual fue autorizada por la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia mediante Resolución N° 87629 del 28 de junio de 2013, publicada en la Gaceta Departamental N° 19646 de la misma fecha señaló que la Entidad se suprimiría para dar paso a la creación de una nueva Entidad.

2. **Municipio de Támesis:** El Concejo Municipal, en uso de sus atribuciones Constitucionales y Legales y en especial las conferidas el artículo 49 de la Constitución Nacional, la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios y las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 profiere el Acuerdo N° 009 de noviembre 25 de 2012, “por medio de la cual se confirma el Acuerdo Municipal 025 del 8 de septiembre de 1995.” Con base en lo señalado por la Contraloría General de Antioquia, a través del memorando de advertencia de julio 22 de 2011, con número de radicado 20113000124941, antes citado, que conformaba en su totalidad el Acuerdo Municipal 025 del 8 de septiembre de 1995 por medio del cual se dispuso la creación y transformación en Empresa Social del Estado del orden Municipal la ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DEL MUNICIPIO DE TÁMESIS -ANTIOQUIA-.

3. **Municipio de Santa Rosa de Osos:** De conformidad con la página web del Hospital San Juan de Dios, el Hospital conservó su carácter público hasta el 27 de enero de 2011,

cuando mediante Sentencia del Consejo de Estado fue anulado el artículo 1 de la Ordenanza 44 del 16 de diciembre de 1994 que, como se dijo, definía al Hospital como de naturaleza pública.

Con el fin de tratar de subsanar la situación jurídica del Hospital a raíz del fallo del Consejo de Estado, el Honorable Concejo Municipal de Santa Rosa de Osos expidió el Acuerdo No. 002 del 18 de enero de 2012, “POR MEDIO DEL CUAL SE RATIFICA LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE SANTA ROSA DE OSOS ANTIOQUIA,” no obstante lo anterior y dado que no era legal revivir mediante Acuerdo Municipal un acto administrativo ya anulado por el Consejo de Estado, mediante el Acuerdo 018 del 02 de octubre de 2012, el mismo Concejo Municipal debió corregir el asunto y derogar el Acuerdo 002 del 18 de enero de 2012, con el fin de dejar incólumes los efectos del fallo del Honorable Consejo de Estado en el proceso con Radicado 199601523-01.

Ante esta situación, la Junta Directiva del Hospital San Juan de Dios de Santa Rosa de Osos se reunió el día 10 de diciembre de 2012 y en cumplimiento del fallo del Consejo de Estado determinó retomar la figura de persona jurídica de derecho privado que tenía el Hospital antes de la Ordenanza 044 de diciembre del año 1994 y continuar prestando servicios asistenciales de salud en esa calidad. En reunión de la Junta Directiva del Hospital del día 25 de enero de 2013 se aprobó la actual reforma estatutaria que rige al Hospital San Juan de Dios de Santa Rosa de Osos. Finalmente, se profirió por parte del alcalde del Municipio de Santa Rosa, el Decreto 067 de 21 de octubre de 2013 “*por el*

cual se suprime la empresa social del Estado Hospital San Juan de Dios del Municipio de Santa Rosa de Osos, se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones”

Los anteriores son una muestra de lo que sucedió al interior de las ESE, eventos que no se estudian de fondo por cuanto constituirían un nuevo tema de investigación, pero que sin embargo nos permite evidenciar que con la declaratoria de nulidad de la Ordenanza se inició un conflicto jurídico y de intereses que propició la emisión de conceptos y toma de decisiones al interior de las instituciones, toda vez que las mismas debían justificar la designación de las personas encargadas de dirigir las entidades núcleo del sistema de prestación de servicios de salud y de quien depende su administración, situación que incumbe un tema álgido de discusión debido a que en la actualidad el sistema de salud se encuentra cuestionado en cuanto a su efectividad y cumplimiento de los fines constitucional y legalmente asignados.

5. Conclusiones

- El departamento de Antioquia en cumplimiento de lo señalado por la Ley 100 de 1993, transformó mediante la Ordenanza departamental N° 044 de 1994, la naturaleza jurídica de 35 hospitales de naturaleza jurídica privada en Entidades Sociales del Estado, esto en, instituciones públicas.
- En el año 2010, el Consejo de Estado declara la nulidad parcial de la Ordenanza N° 044 de 1994, decisión que confirma lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Antioquia,

señalando que la Asamblea no es la competente para cambiar la naturaleza jurídica de los hospitales en cuestión.

- La decisión del máximo colegiado de lo administrativo conllevó a que las instituciones estuvieran en un limbo jurídico en cuanto a varios de los aspectos, entre ellos la elección de gerentes de las Entidades Sociales del Estado mediante concurso de méritos, dejando a varias entidades buscando a través de diferentes organismos de control como judiciales se aclare o emita conceptos respecto de su naturaleza jurídica.

Capítulo 3. Alternativa a la decisión del Consejo de Estado en el proceso de elección de gerentes mediante concurso de méritos: La expedición de la Ley 1797 de 13 de julio de 2016

1. Introducción

Por parte del Gobierno Nacional, luego de seis años de conocida la sentencia del Consejo de Estado, y cuatro años luego de que se generaran las divergencias en la aplicación del artículo 28 de la Ley 1122 de 2008, se puso “fin” a la controversia suscitada tras la declaratoria de nulidad parcial de la Ordenanza 044 de 1994 con la expedición de la Ley 1797 de Julio 13 de 2016 *“Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”*

En el presente capítulo se abordará temas generales de la expedición de la Ley 1797 de 2016, su Decreto Reglamentario N° 1427 de 2016 de 01 de septiembre de 2016 *“Por medio del cual se reglamenta el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y se sustituyen las secciones 5 y 6 del Capítulo 8 del Título 3 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”* y legislativamente, los antecedentes que dieron lugar a la misma.

2. Exposición de motivos del proyecto de Ley “Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”

Previo a abordar el tema específico de la Ley 1797 de 2016 que atrae nuestra atención, esto es, la designación del gerente y/o director de las ESE, se hace necesario conocer los argumentos mediante los cuales se expusieron los motivos para la expedición de la Ley, la cual dictará las disposiciones que regulen la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En ese entendido, en las diferentes ponencias en senado, de las Gacetas legislativas se extrae lo siguiente:

- **Gaceta del Congreso N° 444 de 2014. Proyecto de Ley 77 de 2014 Senado:** *Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.*⁷¹ Al respecto, señala la gaceta que el 19 de marzo de 2013 se presentó ante el Congreso de la República un proyecto de ley al que correspondió para su trámite los números de Radicación Interna 147 Cámara y 210 Senado; sin embargo, como la iniciativa no alcanzó a ser aprobada por la Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, ni por la plenaria de la misma corporación, al cierre de la Legislatura 2013-2014 tuvo que ser archivado por cumplir dos legislaturas sin el trámite establecido en la ley. No obstante, al ser considerados como importantes los instrumentos financieros que la misma contenía, los cuales fueron el resultado de un amplio debate por parte de los diferentes actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud,

⁷¹ Ver Gaceta 444 de 2014. [Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=444&y_anog=2014]

la iniciativa rescata algunos de los instrumentos propuestos, incorporándolos en un proyecto de ley cuyo objeto es la fijación de medidas de carácter financiero para avanzar en el proceso de saneamiento de deudas del sector y en el mejoramiento del flujo de recursos⁷².

De la iniciativa se puede observar que se incluyen 15 artículos con los siguientes temas:

- I. *La depuración y conciliación las cuentas por cobrar y por pagar de Instituciones Prestadoras de Salud y las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y del Contributivo, además del saneamiento contable, esto por cuanto es de conocimiento público las diferencias de la información financiera entre las cuentas por pagar de los responsables de pago y las cuentas por cobrar de los prestadores de servicios de salud.*
- II. *La definición de un mecanismo que agilice el reconocimiento y pago de las reclamaciones y recobros presentados ante el Fosyga.*
- III. *El uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos para la aclaración de glosas y desestimulo de las mismas.*
- IV. *El ajuste al uso de los recursos del Sistema General de Participaciones para la atención a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, teniendo en cuenta que las Entidades Territoriales deben asumir el pago de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios de los afiliados al régimen subsidiado de salud se hace necesario revisar los criterios del otorgamiento del subsidio a la oferta los cuales deben ser más explícitos posibilitando el uso de estos recursos para financiar conceptos tan importantes como la formalización laboral de los trabajadores de las Empresas Sociales del Estado.*
- V. *Superior prelación de créditos por prestaciones de servicios de salud en los procesos de liquidación de EPS.*
- VI. *Definición de alternativas financieras para el saneamiento de los pasivos de los prestadores de servicios de salud y/o para otorgar liquidez.*
- VII. *Condonación de obligaciones de la operación Fosyga aprobada en el artículo 5° de la Ley 1608 de 2013, para los municipios que reconocieron deudas en el marco del artículo 275 de la Ley del Plan. En muchos casos la fuente de pago para esta operación es el Sistema General de Participaciones de Propósito General de Libre Inversión y los municipios beneficiarios de la operación que a su vez son los más pobres del país requieren de estos últimos recursos para financiar proyectos importantes dado que no generan otras rentas. De estos recursos se han beneficiado 206 municipios y el techo máximo para realizarlas es de \$150.000 millones.*
- VIII. *La definición de estrategias financieras para resolver la situación de pasivos de los prestadores y los problemas de liquidez. Estas estrategias se resumen en viabilizar líneas de crédito en condiciones blandas en cuanto a plazos y tasa compensada para los*

⁷² Ibidem

prestadores de servicios de salud, viabilizar la fuente y la posibilidad legal de que los recursos de la subcuenta de garantías del Fosyga sirvan como garantía para operaciones de crédito de las Empresas Sociales del Estado y el pago de pasivos de estas entidades.

- IX. *Determinación de fuentes de recursos para financiar los procesos de saneamiento y posibilidad de usar recursos del sector en las necesidades más importantes.*
- X. *Avanzar en procesos de saneamiento como el iniciado en el marco del artículo 275 de la Ley del Plan, precisando el procedimiento para el uso de las regalías en el pago de las deudas reconocidas y capitalización de Entidades Promotoras de Salud con participación del Estado. Así mismo, establecer el procedimiento para el saneamiento de los aportes patronales de las Empresas Sociales del Estado que debe continuarse después de surtido lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 1438 de 2011⁷³.*

En lo relacionado con la designación de gerentes y/o directores de ESE, como se puede evidenciar, no se realizó hasta el momento mención al respecto.

– **Gaceta del Congreso N° 720 de 2014. Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 24 de 2014 Senado:** *por la cual se adoptan unas normas para mejorar la oferta, la oportunidad y la calidad de la atención en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), como hospitales y clínicas ACUMULADO CON EL PROYECTO DE LEY NÚMERO 77 DE 2014 SENADO por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.*⁷⁴ En el informe de ponencia se realiza un análisis de las “preocupaciones que dieron origen a las iniciativas acumuladas frente a la necesidad de continuar avanzando en mejorar el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en aspectos como la financiación, la calidad de la atención, la oportunidad y la oferta de servicios; y complementar las diferentes normas jurídicas que el mismo Congreso de la República ha expedido en estas materias”⁷⁵.

⁷³ Ibidem

⁷⁴ Ver Gaceta 720 de 2014. [Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=720&v_anog=2014]

⁷⁵ Ibidem

Finalmente, se realizan unas modificaciones a las propuestas, las cual buscan consolidar en un documento *los contenidos básicos de los dos proyectos de ley que fueron acumulados por la Mesa Directiva de la Comisión Séptima del Senado, manteniendo como principio fundamental el establecimiento de medidas de carácter financiero y de orden operativo que permitan, entre otros aspectos, el mejoramiento del flujo de recursos, la oportunidad y la calidad de la atención de los afiliados al SGSSS.*⁷⁶

Entre las modificaciones se encuentran, ajuste de *la redacción de algunos artículos para precisar su contenido; se adiciona un artículo nuevo que, en el marco del mismo principio, posibilita el flujo de recursos agilizando el mecanismo para presentar, por vía administrativa, las solicitudes de recobro o reclamación ante el Fosyga; se incluye un nuevo artículo para promover la prestación de servicios de salud a personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que no tengan como fuente de financiación recursos del SGSSS; se integró el contenido de los artículos 2° y 3° del Proyecto de ley número 24 de 2014 Senado dentro del artículo 6° del Proyecto de ley número 77 de 2014 Senado por guardar unidad de materia; se eliminó el artículo 7° del Proyecto de ley número 24 de 2014 Senado por cuanto se considera que los asuntos relacionados con la ampliación del número de camas hospitalarias, culmina la ponencia señalando que los lineamientos adoptados deben estudiarse minuciosamente por el ente rector del sistema, con el fin de garantizar una adecuada oferta de servicios.*⁷⁷

Adicionalmente, es en esta ponencia que se decide que el epígrafe del Proyecto de ley número 77 de 2014 Senado será, ***“por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”***, publicado en la Gaceta del

⁷⁶ *Ibíd*em

⁷⁷ *Ibíd*em

Congreso N° 444 del 1 de septiembre de 2014, dado que recoge en su integralidad las materias que se pretende regular⁷⁸.

De igual manera, en esta ponencia no se realiza pronunciamiento alguno respecto del nombramiento de los Gerentes y/o directores de las ESE

- **Gaceta del Congreso N° 288 de 2015.** *Informe de Ponencia Segundo Debate Proyecto de Ley 24 de 2014 Senado:* Acumulado con el Proyecto de Ley N° 077 de 2014 Senado por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.⁷⁹

- **Gaceta del Congreso N° 674 de 2015.** Texto definitivo aprobado en Sesión Plenaria al Proyecto de Ley N° 24 de 2014 Senado: texto definitivo aprobado en sesión plenaria los días 18 y 19 de agosto de 2015 al proyecto de Ley N° 24 de 2014 senado acumulado con el proyecto de Ley N° 077 de 2014 Senado: *por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.*⁸⁰

En el informe de Senado, si bien se señala que se realizan algunas modificaciones, se encuentra que las mismas son las referidas en el informe de la ponencia que se señaló en precedencia, sin embargo, en este informe se realiza un parangón del texto propuesto para

⁷⁸ *Ibidem*

⁷⁹ Ver Gaceta 288 de 2015. [Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=288&v_anog=2015]

⁸⁰ Ver Gaceta 674 de 2015. [Disponible: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3]

primer debate al proyecto de Ley N° 24 de 2014 senado, acumulado con el proyecto de Ley N° 77 de 2014 senado, y el texto aprobado en primer debate al proyecto de Ley N° 24 de 2014 senado, acumulado con el proyecto de Ley N° 77 de 2014 senado. Con ello, solicitan a la Plenaria del Honorable Senado de la República dar segundo debate al Proyecto de Ley N° 24 de 2014 Senado, acumulado con el Proyecto de Ley N° 77 de 2014 Senado, *por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*, conforme al pliego de modificaciones y al texto propuesto⁸¹.

Nuevamente, no se hace referencia al nombramiento de los gerentes y/o directores de ESE

- **Gaceta del Congreso N° 428 de 2016.** Informe de Conciliación al Proyecto de Ley 24 de 2014 Senado, 109 de 2015 Cámara: Acumulado con el Proyecto de Ley Número 77 de 2015 Senado: *por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.*⁸². En el informe de la presente ponencia, Senadores y Representantes integrantes de la Comisión Accidental de Conciliación, someten, por su conducto, a consideración de las Plenarias del Senado y de la Cámara de Representantes para continuar su trámite correspondiente, el texto conciliado del proyecto de ley. Para ello, señala el informe que, *procedieron a realizar un estudio comparativo de los textos aprobados en las respectivas Cámaras y, una vez analizado su contenido, decidimos*

⁸¹ Ibidem

⁸² Ver Gaceta 428 de 2016. [Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=428&y_anog=2016]

acoger el texto aprobado en la Plenaria de la Honorable Cámara de Representantes el día martes 14 de junio de 2016⁸³. No obstante, al revisar el texto presentado se puede observar la inclusión de un artículo 20, en el cual se refiere al “**Nombramiento de Gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado.**”

Así las cosas, realizado el estudio de cada uno de los informes de ponencias se pudo determinar que en lo relacionado con el nombramiento de los gerentes y/o directores de ESE, no se hizo alusión al proceso de selección de gerentes de las Entidades Sociales del Estado, sin embargo, en el texto conciliatorio del proyecto de Ley 77 de 2015 de la Gaceta 428 de 2016 se incluyó el artículo 20, el cual señaló al respecto:

“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, continuarán ejerciendo el cargo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos.

⁸³ Ibidem

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.

Es así como, una vez sometido el texto conciliado del proyecto de la Ley en ponencia, a consideración de las Plenarias del Senado y de la Cámara de Representantes, este fue acogido y aprobado en la Plenaria de la Cámara de Representantes el martes 14 de junio de 2016.

3. 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.”⁸⁴”

Vale precisar que, las Entidades Sociales del Estado antes de la declaratoria de nulidad de la Ordenanza N° 044 de 1994 por parte del Consejo de Estado, debían acatar lo establecido en la Ley 100 de 1993 en lo relacionado con la designación de los gerentes de dichas instituciones, y que para el efecto señaló en su artículo 195 que, el director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192, último que estableció:

⁸⁴ Diario Oficial No. 50231 del 12 de mayo de 2017.

Artículo 192.-Dirección de los hospitales públicos⁸⁵. 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 mínimo 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. (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-665 de 2000)

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

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

No obstante, con la Ley 1122 de 2007 se dispuso que los gerentes de las ESE serían escogidos mediante concurso de méritos por períodos institucionales de 4 años, prescribiendo la norma lo siguiente:

Artículo 28. De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 800 de 2008. 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 Gerente⁸⁶.

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento, o previo concurso de méritos.

⁸⁵ Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3344 de 2003. Reglamentado por el Decreto Nacional 536 de 2004.

⁸⁶ Ver Sentencia C-181 de 2010 que declaró el texto subrayado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, en el entendido de que la terna a la que se refiere deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el respectivo concurso de méritos; de que el nominador de cada empresa social del Estado deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje; y de que el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero.

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

Parágrafo Transitorio. *Los Gerentes de las ESE de los niveles Departamental, Distrital y Municipal cuyo período de tres años termina el 31 de diciembre de 2006 o durante el año 2007 continuarán ejerciendo el cargo hasta el 31 de marzo de 2008. (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-957 de 2007).*

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

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

Sin embargo, luego de casi dos años en que los hospitales divagarán en un limbo jurídico respecto a la designación de sus gerentes, donde incluso, municipios del Departamento de Antioquia como por ejemplo Apartadó, se ordenó la liquidación de la ESE para poder definir la naturaleza jurídica de la misma, y poder continuar, entre otros, con el normal funcionamiento del hospital pero como una Entidad privada, el Gobierno Nacional expidió una norma que, en lo referente al tema de esta investigación pareciera que aporta una solución al vacío normativo que dejó la nulidad parcial de la ordenanza N° 044 de 1994.

Es así como, la Ley 1797 de 13 de junio de 2016 *“por medio de la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones,”* como se pudo evidenciar, en lo relacionado con la selección de gerentes de ESE fue un tema que se incluyó en el último momento en el Senado, del cual básicamente es dable concluir no fue una prioridad, pero que quizá se configuró en la opción normativa que busca sanear el sistema financiero del sistema de salud, adoptando entre otras, medidas para la designación de los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado, puesto que siendo los gerentes los administradores de la unidad célula del sistema de seguridad social en salud, su designación es determinante para que haya un adecuado flujo de recursos, calidad en la prestación de los servicios e idoneidad en la administración de estas instituciones.

Es así como, el artículo 20 de la citada Ley dispuso que los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial y en el nivel nacional serán nombrados por el Presidente de la República. Esta designación deberá realizarse dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, no obstante, se enfatiza que se debe realizar la 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.

De igual manera señaló que, 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 y 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 judicial⁸⁷.

En el párrafo transitorio del artículo se aclaró que, para el caso de los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado que a la entrada en vigencia de la ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos, continuarán ejerciendo el cargo hasta finalizar el período para el cual fueron escogidos y frente a los procesos de concurso que al momento de entrada en vigencia de la 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, para ello, el nominador deberá proceder al nombramiento en los términos del artículo 72 de la Ley 1438 de 2011. Señala además que, 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 artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, esto es, el nombramiento discrecional del jefe de la Entidad territorial.

Ahora bien, en los casos en que a la entrada en vigor de la ley no se presente ninguna de las situaciones antes referidas, el jefe de la 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 vigor de la Ley.

⁸⁷ Ver Ley 1797 de 2016

Esto sin duda, constituye un vuelco al tema de elección mediante mérito de las máximas autoridades administrativas de las instituciones que prestan los servicios de salud, lo cual deja de lado la inesperada legislación al respecto, y de la que aún no se tiene claro si constituye una medida de salvaguarda dentro de la administración del sistema de seguridad social en salud, o, por el contrario, agudizarán este afectado sector.

Sin embargo, antes de entrar a debatir lo que se considera consecuencias de la determinación del legislador con la expedición de la Ley, lo cual hará parte del capítulo siguiente, es importante resaltar que la medida podría ser coherente en el sentido de propiciar una mayor articulación entre el ente territorial y los nuevos gerentes y por ende, mayor conocimiento del burgomaestre en el momento de rendición de cuentas de los gobernantes en el tema de salud, siendo esta la razón por la cual norma disponga que el nombramiento puede llevarse a cabo dentro de los tres meses siguientes a la posesión del mandatario.

Ahora bien, sin poner en duda la capacidad nominadora del jefe del ente territorial, y sin desconocer que la Ley 1797 de 2016 le impuso límites a dicha facultad al señalar que previa designación del gerente o director, se debe verificar el 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,⁸⁸ la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio de Salud y el Departamento Administrativo de la Función Pública expedieron la Circular Conjunta N° 009 de 25 de julio de 2016, en aras de impartir los lineamientos para la

⁸⁸ Ver Ley 1797 de 2016, artículo 20

aplicación del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, con lo cual, quizá, buscaron otorgar objetividad a la elección.

Básicamente, la Circular reitera lo ya aducido por la Ley 1797 respecto a que se respetará los concursos que se encontraban adelantando a la entrada en vigencia de la citada Ley, así como aquellos elegidos mediante este mecanismo y que en caso contrario, la designación corresponderá al Presidente, Gobernador y Alcalde, previo el cumplimiento de requisitos establecidos en el Decreto 785 de 2005, en su artículo 22 y evaluación de competencias, advirtiendo que el ente de control realizará una especial vigilancia respecto de los concursos en curso, so pena de aplicar las sanciones que para el efecto prevé la Ley 734 de 2002.

Vale precisar que, la Circular Conjunta también establece que en el caso en que se esté adelantando el concurso de méritos a la entrada en vigor de la Ley, este sólo podrá darse por terminado cuando se haya conformado la terna o se declare desierto, situación última en la cual, corresponderá al jefe de la entidad territorial su designación, en los términos que prevé la Ley 1797 de 2016.

De otro lado, no es menos importante mencionar que la Ley 1797 produjo una modificación al Decreto 780 de 2016, *Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social* con la expedición de su Decreto Reglamentario 1427 de 01 de septiembre de 2016 “*Por medio del cual se reglamenta el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y se sustituyen las secciones 5 y 6 del Capítulo 8 del Título 3 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social,*” último que incluye la novedad legislativa del nombramientos de los gerentes de ESE

Posteriormente, el Departamento Administrativo de la Función Pública emitió la Resolución 680 de 02 de septiembre de 2016 “*por la cual señalan las competencias que se deben demostrar para ocupar el empleo de gerente o director de las Empresas Sociales del Estado,*” y que, sin lugar a dudas, en la mencionada Circular Conjunta no realiza mayores elucubraciones salvo definir los mecanismos que corresponde al Departamento Administrativo de la Función Pública para verificar las competencias que deben demostrar los aspirantes a ocupar el empleo de gerente o director de las Empresas Sociales del Estado, los cuales serán evaluadas por las respectivas autoridades nominadoras del orden nacional y territorial, de acuerdo a los lineamientos señalados en el Decreto 1427 de 2016⁸⁹.

4. El Decreto Reglamentario 1427 de 01 de septiembre de 2016 “Por medio del cual se reglamenta el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y se sustituyen las secciones 5 y 6 del Capítulo 8 del Título 3 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social⁹⁰”

Finalmente, el 01 de septiembre de 2016 se expide del Decreto 1427 de 2016, “*por medio el cual se expide el Decreto Reglamentario del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y se sustituye las secciones 5 y 6 del Capítulo del Título 3 de la parte 5 del Libro 2 del Decreto 760 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social*” normativa que busca imponer al nominador una serie de parámetros en la designación de los gerentes, no obstante, pese a las directrices

⁸⁹ Ver artículo 1°

⁹⁰ Diario Oficial N° 49.983 de 01 de septiembre de 2016

normativamente estipuladas, ello no es óbice para que sea el jefe del ente territorial quien finalmente decide a quien se deben aplicar las pruebas que dicha normativa prescribe.

Por ejemplo, señala la norma que el alcalde, gobernador o Presidente evaluarán mediante pruebas escritas las competencias que para el efecto ha señalado el Departamento Administrativo de la Función Pública de la persona que vaya a ocupar el empleo de gerente o director de los hospitales, así una vez la función pública lleve a cabo el proceso de evaluación de competencias indicará al gobernador o alcalde si el aspirante cumple o no con las competencias requeridas y dejará evidencia en el respectivo informe.

Con ello es dable concluir que, si bien se estableció un procedimiento para el nombramiento de los gerentes o directores de ESE, la decisión de la nominación sigue estando en cabeza del jefe de la Entidad territorial marcado de por la subjetividad y pese al procedimiento reglamentado, este no puede equipararse a un concurso de méritos.

5. De la declaratoria de exequibilidad de la Ley 1797 de 2016 mediante Sentencia de Constitucionalidad de 046 de 2018

Después de la expedición de la Ley 1797 de 2016, el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, fue demandado en acción pública de constitucionalidad por considerar que el mismo desconoce el artículo 125 de la Constitución Política, en dos demandas independientes pero cuyos argumentos desembocan en el mismo punto, se sustenta la vulneración del principio del mérito. En ese entendido, se realizará una síntesis de los hechos y los argumentos de la Corte para decidir.

5.1. Antecedentes de la demanda de inconstitucionalidad

La controversia suscitada respecto del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 generó que dos ciudadanos interpusieran demanda de acción pública de constitucionalidad del referido artículo, uno de manera parcial y otro en su totalidad. Al respecto, en la demanda “uno”⁹¹ consideró que el artículo 20 (parcial) de la normativa demandada vulnera el artículo 125 de la Constitución. Igualmente, en la demanda “dos”⁹² se estima que la totalidad del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 desconoce el mismo artículo Constitucional.

En ese entendido, a quien correspondió por reparto el conocimiento del asunto, Magistrado (e) Aquiles Arrieta Gómez, acumuló los expedientes por unidad de materia procediendo a estudiar los cargos de cada una de las demandas, así:

5.1.1. Expediente D-11782

Para los demandantes la disposición normativa acusada (artículo 20, parcial) desconoce el principio del mérito como metodología para establecer la idoneidad del funcionario público que va a ocupar el cargo de Gerente de una Empresa Social del Estado.⁹³ Básicamente aducen los demandantes que *“no es válido que en el Estado Social de Derecho la provisión de dicho cargo dependa de criterios subjetivos, de variantes políticas y de poder institucional, máxime cuando se trata*

⁹¹ Corte Constitucional, Expedientes Constitucional D-11782. Demandantes: Diana Fernanda Trujillo Chávez y Nixon Torres Carcano

⁹² Corte Constitucional, Expediente Constitucional D-11797. Demandante: Sebastián Contreras Vargas.

⁹³ Corte Constitucional, Magistrada sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia C-046 de 2018

de la elección de la persona que va a administrar el derecho fundamental a la salud". (Corte Constitucional, 2018)

Adicionalmente, señalan que la provisión del cargo de gerente de ESE debe realizarse mediante el mérito ya que, al no determinarse en la norma, el principio del mérito pasaría a ser un criterio auxiliar de selección, siendo que en este principio debe primar el criterio de idoneidad.

De otro lado, los demandantes reiteran lo señalado en la Sentencia C-181 de 2010, en la cual se prescribe que el principio del mérito persigue tres propósitos: *(i) asegurar el cumplimiento de los fines estatales de manera eficiente y eficaz; (ii) la garantía de varios derechos fundamentales como "a elegir y ser elegido, (...) a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos", al debido proceso, así como el respeto de la buena fe y la confianza legítima en el cumplimiento de las reglas del proceso de selección; y (iii) promover la igualdad de trato y de oportunidades, al proscribir la concesión de tratamientos diferenciados injustificados, eventos que no se tienen en cuenta con el artículo demandado.*

Finalmente, culminan su intervención señalando que los apartes demandados violan *la prohibición de que la filiación política de los ciudadanos determine su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción, toda vez que se permite la nominación por alguien que fue elegido popularmente.*

5.1.2. Expediente D-11797

En la demanda señala el accionante que el artículo 20 de la ley 1797 de 2016, en su totalidad, vulnera “*el principio constitucional de mérito consagrado en el artículo 125 constitucional por viciar de regresividad legislativa en materia de derechos sociales tales como el empleo público*” toda vez que a su consideración, la norma demandada es menos eficaz y efectiva que la existente hasta antes de su expedición, sustentando su argumento con lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos humanos respecto de que el principio de progresividad implica “*tanto la gradualidad como el progreso*” proponiendo la aplicación del test de efectividad que se establece en la Sentencia C-588 de 2009 para determinar con cual reglamentación es más efectivo el principio del mérito. (Corte Constitucional, 2018)

Complementa su argumento señalando que a partir de la Sentencia C-249 de 2012, el objetivo del test en mención es verificar si “*las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma,*” al igual que para “*impedir normas ad hoc de carácter particular o singular aplicadas a unos sujetos determinados*”, entre otras cosas, y que en el caso en concreto busca determinar si el principio del mérito es el mismo antes y después de la expedición de la norma demandada. (Corte Constitucional, 2018)

Para el efecto, en su demanda responde a cada uno de los pasos sugeridos en el test, así:

- (i) *La nueva norma dispone la aplicación del mérito atado a la discrecionalidad del nominador, al excluir un mecanismo obligatorio para hacer el nombramiento.*
- (ii) *De conformidad con la Sentencia C-181 de 2010, el mérito dota de imparcialidad a la función pública, impide la reproducción de prácticas clientelistas y sustrae la función pública de los vaivenes partidistas, garantiza varios derechos fundamentales, protege el*

derecho al trabajo y la estabilidad en el empleo, promueve la igualdad y proscrib los tratos injustificados, todo lo cual se desarrolla mediante el concurso de méritos, lo contrario a lo que hace la norma acusada.

- (iii) *La disposición acusada deroga todas las condiciones objetivas de selección, luego el principio de mérito pierde efectividad mientras que la norma anterior le da plena efectividad.*
- (iv) *La eficacia es la vigencia de los deberes positivos constitucionales y la norma acusada no responde a tales deberes, luego se omite la obligación de progresividad con la derogatoria de la norma anterior, así la finalidad del principio de mérito se persigue “a mayor cabalidad con la norma demandada que con (sic) la precedente”*

Entre otros de sus argumentos, señala que el retroceso normativo es injustificado con base en los supuestos que deben constatar para justificar la regresividad de un derecho social, a su criterio, de conformidad con la Sentencia C-038 de 2004, así: *(i) las medidas no hayan sido adoptadas inopinadamente; (ii) el Congreso haya analizado otras alternativas menos lesivas, sin embargo haya considerado que esas no eran igualmente eficaces; y (iii) que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido; lo cual lo lleva a concluir que el empleo es un derecho y que debe el Congreso respetar los derechos adquiridos y la finalidad del principio del mérito. Afirma el demandante que no puede el legislador “ir en regresividad de principios y derechos mínimos de carácter social ya garantizados por el legislador en ocasiones pasadas sin un juicio de proporcionalidad que de razón de porqué de la medida”⁹⁴ (Corte Constitucional, 2018).*

Finalmente, concluye que *(i) nunca se justificó el cambio de la medida por lo cual la misma se adoptó de forma inopinada; (ii) el Congreso no analizó otras alternativas; y (iii) la medida es regresiva, lo cual está prohibido en materia de derechos sociales, con lo cual busca la declaratoria de inexequibilidad total del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016.*

⁹⁴ Corte Constitucional, Magistrada sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia C-046 de 2018.

5.1.3. Problema jurídico a resolver

Para la Corte Constitucional el problema jurídico que debe resolver para determinar la constitucionalidad de la norma es *¿El artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 viola el artículo 125 de la Constitución sobre los principios del mérito y de no regresividad al determinar la provisión de los cargos de director o gerente de las ESE mediante el nombramiento por el Presidente, los gobernadores y alcaldes y no mediante concurso de méritos⁹⁵?* (Corte Constitucional, 2018)

Para el efecto, el tribunal constitucional hace un estudio sobre *(i) el alcance del artículo 125 de la Constitución: carrera administrativa, principio de mérito, concurso y sus excepciones y cargos de libre nombramiento y remoción; (ii) el principio de progresividad y no regresividad en la faceta prestacional de los derechos; para finalmente (iii) resolver el problema jurídico planteado.*

5.1.4. Consideraciones de la Corte Constitucional

Teniendo en cuenta que la Corte realiza un significativo estudio respecto de lo señalado en otrora sentencias frente al principio del mérito y principio de progresividad y no regresividad en cuanto derechos prestacionales, *grosso modo*, el máximo tribunal constitucional concluyó que la provisión de dichos cargos mediante nombramiento por el Presidente, los gobernadores y alcaldes y no mediante concurso de méritos, no viola el principio del mérito contenido en el artículo 125 de la Constitución, porque esta misma disposición autoriza a proveer cargos

⁹⁵ *Ibíd*em

mediante el sistema de libre nombramiento y remoción como forma de acceso a la función pública.

En ese entendido, el máximo tribunal constitucional señaló que el Legislador tiene margen de configuración para establecer cuáles cargos son de esa naturaleza y la norma demandada cumple los requisitos fijados por la jurisprudencia para ese efecto, dado que:

- (i) los cargos de gerente y director de ESE son de dirección, conducción y orientación institucional de la administración descentralizada explícitamente excluidos de la carrera administrativa por el artículo 5° de la Ley 909 de 2004;
- (ii) los empleos a los que hace referencia la norma acusada ocupan el nivel jerárquico en la estructura de la entidad que reviste las funciones de dirección; y
- (iii) el ejercicio de esos cargos exige confianza plena e implica decisiones políticas.

En lo relacionado con el principio de progresividad y no regresividad en cuanto a la provisión de empleos públicos, señaló la Corte que, al no otorgarse mediante el principio del mérito derechos, sino una competencia que no constituye la regulación de un derecho social, como lo es el acceso al cargo público por mérito, no regula la faceta prestacional de un derecho, luego el principio de progresividad no le es aplicable⁹⁶. (Corte Constitucional, 2018)

Con base en dichos argumentos, considera la Corte Constitucional que el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 es exequible y, por ende, parte del ordenamiento constitucional.

⁹⁶ *Ibíd*em

No obstante, si bien se realiza un análisis por parte de la Corte Constitucional, concluyendo finalmente la exequibilidad del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y ubica la elección de los gerentes o directores de hospitales en un empleo de libre nombramiento y remoción considerando que se trata de empleos a término fijos, es claro que el máximo tribunal constitucional desconoce la normativa que dispuso que la elección de gerentes se iba a realizar mediante concurso de méritos

6. Conclusiones

- El legislativo introdujo en la normativa mediante la cual se reguló la operación del sistema de seguridad social en salud lo relacionado con la designación con los gerentes o directores de las Entidades Sociales del Estado, lo cual fue la alternativa para el limbo jurídico en el que estuvieron los hospitales de Antioquia luego de la declaratoria de la Ordenanza N° 044 de 1994.
- La ley 1797 de 2016 dispuso que correspondería al jefe de la Entidad territorial o el presidente la designación de los gerentes y directores de los hospitales.
- El decreto 1427 de 2016 señaló el procedimiento para la designación de los gerentes y directores de las ESE, no obstante, este no puede equiparse con un concurso de méritos cuya esencia radica en la posibilidad abierta de participación para el nombramiento en un cargo y no únicamente de la nominación que realice el alcalde, gobernador o presidente.

- Si bien la Ley 1797 de 2016 fue la alternativa al vacío normativo causado por la declaratoria de nulidad de la Ordenanza 044 de 1994 en el tema de elección de gerentes o directores de hospitales, la misma eliminó la designación mediante el concurso de méritos, lo cual desconoce el principio constitucional del mérito.

- En Colombia, la literatura y normativa del sistema de carrera administrativa ha tenido un amplio margen de estudio, convirtiéndose en un tema de especial relevancia por tratarse del personal al servicio del Estado, con el cual busca la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad. Es por ello que, con la expedición de la Ley 909 de 2004 se reguló el sistema de empleo público y los principios que regulan el ejercicio de la gerencia pública dejando claro que la vinculación al servicio del estado puede ser en calidad de empleado público de carrera; libre nombramiento y remoción; empleados de período fijo; y empleado temporal, todos ellos conformando la función pública y prestando sus servicios personales remunerados, a través de vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública⁹⁷. (Art. 1, 3).

⁹⁷ **ARTÍCULO 3o. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA PRESENTE LEY.**

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos: a) A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados.

- Al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo cuando en el servicio exterior los empleos correspondientes sean ocupados por personas que no tengan la nacionalidad colombiana.

- Al personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos.

- Al personal administrativo de las instituciones de educación formal de los niveles preescolar, básica y media.- <Inciso 5o. derogado por el artículo 14 de la Ley 1033 de 2006>

- <Inciso 6o. derogado por el artículo 14 de la Ley 1033 de 2006>

- A los comisarios de Familia, de conformidad con lo establecido en el párrafo del artículo 30 <sic, se refiere al Art. 13, que modifica el Art. 30 de la Ley 294 de 1996> de la Ley 575 de 2000;

b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades:

- En las corporaciones autónomas regionales.

- En las personerías.

- En la Comisión Nacional del Servicio Civil.

- En la Comisión Nacional de Televisión.

Grosso modo, por cada una de dichas calidades, la Ley 909 de 2004 señaló lo siguiente:

- **Empleado público de carrera**
 - **Libre nombramiento y remoción**
 - **Empleados de período fijo**
 - **Empleado temporal**
-
- La Ley 1797 de 2016 deja en manos del jefe de la entidad territorial, ya sea el presidente de la República, a los gobernadores y a los alcaldes a realizar los nombramientos, dentro de los tres meses siguientes a su posesión, por períodos de cuatro años y su retiro puede presentarse por incumplimiento del plan de gestión.
 - Dicha iniciativa se presentó ante las denuncias respecto de que la meritocracia en la elección de gerentes de ESE se vio permeada por la corrupción en torno al manejo de los concursos por parte de las universidades acreditadas y responsables de realizar las

- *En la Auditoría General de la República.*

- En la Contaduría General de la Nación;

c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;

d) La presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales.

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

- Rama Judicial del Poder Público.

- Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.

- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.

- Fiscalía General de la Nación.

- Entes Universitarios autónomos.

- Personal regido por la carrera diplomática y consular.

- El que regula el personal docente.

- El que regula el personal de carrera del Congreso de la República

PARÁGRAFO 2o. Mientras se expida las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales y para los empleados de carrera del Congreso de la República les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley.

pruebas de elección a los aspirantes, entre las cuales estaban la Universidad Manuela Beltrán⁹⁸, Pamplona⁹⁹, La Sabana¹⁰⁰ y la Universidad de Medellín¹⁰¹.

- Es así como constituye un vuelco a la línea normativa que se había configurado al respecto debido a que los aportes legales del artículo 28 de la Ley 1122 de 2.007 y el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011 y el precedente jurisprudencial dictado por la Corte Constitucional, en sentencias T- 329 de 2009, C- 957 de 2007 y la C- 181 de 2010, entre otras, ya que nuevamente se vuelve a la discrecionalidad del nominador.

⁹⁸ Comisión Nacional del Servicio Civil, Resolución 2337 de 2015

⁹⁹ Comisión Nacional del Servicio Civil, Resolución 2684 de 2014

¹⁰⁰ Comisión Nacional del Servicio Civil, Resolución 2338 de 2014

¹⁰¹ Comisión Nacional del Servicio Civil, Resolución 2683 de 2014

Capítulo 4. Incidencia en la supresión del concurso para la elección de gerentes o directores de Entidades Sociales del Estado con el principio constitucional del mérito

1. Introducción

Una vez observados los momentos, tanto de la historia de las Entidades Sociales del Estado, su importancia en el sistema de seguridad social, y la dirección y administración de estas, en este el último capítulo se busca responder sí, ¿el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 transgrede el principio constitucional del mérito? Así, establecer las eventuales consecuencias que ocasionaría una designación discrecional de los gerentes y/o directores encargados de la administración de las instituciones célula en el sistema de salud, como lo son los hospitales, al eliminarse el concurso de méritos para su elección o, por ende, es una salvaguarda del cuestionado sistema de salud.

En ese orden, se realizará una breve recopilación normativa del principio del mérito, los concursos de méritos en el proceso de selección de gerentes o directores de hospitales siendo estos cargos con incidencia social y las posibles consecuencias de omitir una designación mediante mérito en casos prácticos, para finalmente concluir si es necesario que los gerentes de las Entidades Sociales del Estado sean seleccionados mediante el mérito.

2. El Principio Constitucional del Mérito con la Constitución Política de 1991

Resulta oportuno señalar que la Constitución Política de 1991 dispuso en su artículo 125 la obligación del Estado de proveer sus propios cargos mediante el sistema de carrera, exceptuando los de elección popular, libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y demás que determine la ley¹⁰² (Vergara, 2011). Así mismo, señala que los funcionarios para los que no se haya determinado el sistema de nombramiento, serán nombrados por concurso público.

Al respecto, prescribe la norma constitucional:

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

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

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

(...)”

Por su parte Jorge Buitrago en su obra “Del Empleo Público. La Carrera Administrativa y sus Amenazas,” señala que esta inclusión constitucional básicamente se presenta como una manera de *“fortalecer y modernizar la función pública en aspectos como ingreso por mérito, estabilidad condicionada al eficiente desempeño e igualdad de oportunidades para vincularse con el Estado, moralidad y ética en el desempeño de la función pública, así como unos mejores servidores públicos al servicio del Estado desarrollando efectivamente la carrera administrativa como una institución básica y*

¹⁰² Vergara Mesa, Hernán Darío. “Principio del Mérito y Derechos Fundamentales: Elementos para el Diseño Institucional de un Sistema de Carrera Administrativa en la Perspectiva de los Derechos Fundamentales,” Editorial: Universidad de Antioquia. 2011, p. 116

necesaria del país,”¹⁰³ lo cual se da en aras de combatir la corrupción y el clientelismo en la función pública en lo relacionado con la vinculación irregular de servidores públicos lo cual va en contravía del mérito. (Buitrago, 2011),

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-195 de 1994 con ponencia del Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa¹⁰⁴ define como fines de la carrera administrativa la realización del principio de eficacia y eficiencia de la función pública, buscando entre otros, que la administración esté conformada por personas aptas desde el punto de vista profesional y moral, *“para que la función que cumplan sea acorde con las finalidades perfectivas que el interés general espera de los empleados que prestan sus servicios al Estado”*.

De igual manera, señaló dicha jurisprudencia constitucional que con la carrera administrativa se realiza el principio de igualdad toda vez que el merecimiento es la base sobre la cual el empleado ingresa, permanece, asciende o se retira del empleo, sin embargo, para el máximo tribunal constitucional dicha igualdad no implica una identidad absoluta, sino de proporcionalidad, es decir, en virtud del merecimiento hay una adecuación entre el empleado y el cargo, sin interferencias ajenas a la eficiencia y eficacia. (C-195 de 1994)

No obstante, tal y como lo señala Vergara Mesa, si bien la igualdad es el principio que aparece inicialmente fundamentando el sistema de mérito dentro de la función pública, no por ello es el único valor que se procura alcanzar dentro de las finalidades del Estado Social y

¹⁰³ Buitrago, Jorge. “Del Empleo Público. La Carrera Administrativa y sus Amenazas. Un Reto para la Democracia.” Bogotá, D.C. Edición Crear Estrategias. 2011, p. 61.

¹⁰⁴ Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, Sentencia C-195 de 1994.

Democrático de Derecho, sino que también con él se persiguen propósitos de moralidad, transparencia y eficiencia en el desempeño de las labores estatales, siendo tal vez uno de los principios formales más importantes de la Constitución Política vigente en Colombia.¹⁰⁵ (Vergara, 2011)

De igual manera, resulta interesante como Vergara Mesa concluye que el principio del mérito busca la protección simple y llana de los trabajadores al servicio del Estado para que no se les discrimine y hacia aquellos interesados en acceder a los cargos públicos, y desde otro ámbito, hacia la comunidad o potenciales usuarios de los servicios, a quienes les interesaría ser tratados con imparcialidad, neutralidad, eficiencia y eficacia en instancias públicas. (Vergara, 2011)

Para el efecto, Vergara presenta unos ámbitos de aplicación así, el primero relacionado con el acceso a los empleos públicos, siendo aquí el mérito un medio que garantiza la igualdad de trato de oportunidades para los interesados que se consideren con aptitudes suficientes para ocupar un cargo público, y el segundo ámbito está relacionado con la evaluación del mérito en el cumplimiento de las tareas estatales o “calificación de servicios,” siendo este un trámite administrativo que busca medir el cumplimiento de las obligaciones, tareas, responsabilidades y el logro de los objetivos del servicio por parte del empleado.¹⁰⁶

Para el autor, estos dos ámbitos involucran de manera directa derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos con la carta política de 1991, en el primer ámbito, relacionados

¹⁰⁵ Ibidem

¹⁰⁶ Ibidem

con la igualdad, puesto que refiere la no discriminación por raza, sexo, condición social o familiar, credo religioso o político e implica una obligación que se desprende del inciso 2 y 3 del artículo 13 constitucional de promover la protección e igualdad real y efectiva de las personas y grupos marginados o en situación de debilidad manifiesta. En el segundo ámbito, el sistema de méritos intenta garantizar la imparcialidad y transparencia de la calificación del servicio del empleado; esta calificación de manera indirecta con la sociedad a quien le interesa que se desarrolle una calificación objetiva para retener en el servicio público a un buen empleado, o para descartar su permanencia en caso de ineficiencia. (Vergara, 2011).

Vergara Mesa también refiere un tercer momento relativo 1) a la esfera del ejercicio de las funciones propias del empleo público, es decir, la garantía de los servicios que presta el empleado o trabajador a la comunidad de usuarios que interactúan ante él, siendo importante determinar el papel que debe cumplir el empleado o trabajador dentro de la respectiva entidad pública para satisfacer las necesidades sociales legalmente asignadas y que generan la expectativa social de su efectiva prestación y 2) a la esfera de los derechos fundamentales de los administrados o usuarios de los servicios públicos que interactúan con el Estado, por lo cual, los trabajadores o empleados deben observar una serie de comportamientos en la prestación de servicios que permitan la satisfacción de derechos de diversa índole, entre ellos, libertad e igualdad, y que corresponde a la administración realizarlos tales como el derecho de petición, la confianza legítima, el debido proceso, el derecho a la intimidad y demás derechos prestacionales

(Vergara, 2011,); tal como el derecho a la salud, y que fuere elevado a rango de derecho fundamental constitucional¹⁰⁷.

Este punto de vista resulta de primordial relevancia para el presente trabajo de investigación, toda vez que es aquí cuando se puede determinar que el “mérito proyecta su aplicación no sólo a la selección de personal idóneo y competente para el cumplimiento de las actividades en función de la realización de los derechos, sino que también incidiría en el momento de la evaluación de tales tareas y, ante todo, en el de formación y cualificación del personal atendiendo a estas finalidades,” (Vergara, 2011) finalmente ello se reflejará la efectividad de la ejecución de los objetivos misionales de una Entidad.

3. Los concursos méritos en la elección de gerentes de Entidades Sociales del Estado y el sistema de carrera administrativa en Colombia

Respecto de la elección de gerentes de Entidades Sociales del Estado mediante concurso de méritos, mediante senda normativa ha sido regulado el tema, entre ellos se encuentra lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007¹⁰⁸, el Decreto 800 de 2008¹⁰⁹, el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011¹¹⁰ y La Resolución 165 de 2008¹¹¹.

¹⁰⁷ Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia T-016 de 2007.

¹⁰⁸ Ver Ley 1122 de 2007

¹⁰⁹ Decreto Nacional 800 de 2008 “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007,” Diario Oficial N° 45.145 del 31 de marzo de 2003

¹¹⁰ Ver Ley 1438 de 2011

¹¹¹ Ver Resolución 165 de 2008.

No obstante, conviene precisar que los concursos de méritos en general se encuentran regulados en la Ley 909 de 2004¹¹², en la que se estableció en sus artículos 11 (literal b) y 30, que compete a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC - acreditar como entidades idóneas para adelantar los concursos o procesos de selección, a las universidades públicas o privadas y a las instituciones de educación superior que lo soliciten y demuestren su competencia técnica en procesos de selección, experiencia en el área de selección de personal y capacidad logística para el desarrollo de concursos, de acuerdo con el procedimiento de acreditación definido por dicha Entidad.

Ahora sí, *grosso modo*, habiendo dejado claro a quien corresponde adelantar los procesos de selección de gerentes de hospitales se realizará una breve referencia normativa de lo que al respecto se ha regulado:

1. **Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”**: En el artículo 28 de la Ley se estableció que los gerentes de Entidades Sociales del Estado se nombrarían por períodos institucionales de cuatro (04) años mediante concurso de méritos, para lo cual la Junta Directiva conformará una terna, previo el proceso de selección, donde el nominador, para el caso el jefe de la entidad territorial o Presidente nombrará al respectivo gerente.

¹¹² Ver Ley 909 de 2004

Teniendo en cuenta la ambigüedad de la norma, el acápite “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente” del inciso primero del artículo 28 fue demandado en sede de constitucionalidad, resolviendo al Corte Constitucional en Sentencia C-181 de 2010 la exequibilidad condicionada en el entendido que, la terna a la que se refiere debe ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el respectivo concurso de méritos y corresponde al nominador de cada empresa social del Estado designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje; y que el resto de la terna operará como un listado de elegibles, así cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero¹¹³.

- 2. Decreto Nacional 800 de 2008 “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007”:** Con la presente normativa, el gobierno nacional definió los parámetros del proceso de selección de gerentes, entre ellos, la competencia de la junta directiva de las ESE para la conformación de la terna de candidatos que refiere el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, señalando que el proceso debe adelantarse por las universidades o instituciones de educación superior debidamente acreditadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Establece además que el concurso de méritos es público y abierto y por ende deben aplicarse pruebas dirigidas a evaluar conocimientos y aptitudes que permitan determinar

¹¹³ Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia C-181 de 2010.

la idoneidad en el desempeño del cargo. Resalta a su vez que el concurso “se efectuará bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad y bajo los estándares mínimos que establezca el Departamento Administrativo de la Función Pública, quien prestará la asesoría que sea necesaria” (Decreto 800 de 2008, Artículo 5).

3. Resolución 165 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”: Teniendo en cuenta que el artículo 5 del Decreto 800 de 2008 dispuso que el Departamento Administrativo de la Función Pública establecerá los estándares mínimos para el desarrollo de los procesos públicos abiertos de selección de gerentes, se expide la Resolución 165 de 2008, en la cual se diseñó el procedimiento desde la etapa de inscripción, pruebas y valoración de pruebas para la conformación de la terna. Al respecto, para cada una de las etapas señaló lo siguiente:

- **Etapa de Inscripción:** El artículo 3 de la Resolución 165 de 2008 señala que, le corresponde a la Junta Directiva de la ESE publicar la invitación para participar en el concurso abierto de méritos, la cual debe contener la información relevante del proceso, como mínimo, el nombre de la ESE, nivel de complejidad, dirección y teléfono; fecha de la invitación, funciones y requisitos del cargo; asignación básica del empleo; fecha, hora y lugar de inscripción de candidatos; fecha y lugar de publicación de admitidos y no admitidos al proceso; pruebas a aplicar y valor

de cada una de ellas; fecha, hora y lugar de realización de las pruebas; fecha y lugar de publicación de lista de aspirantes que superaron las pruebas; y término para efectuar reclamaciones.

Para efectos de la inscripción, prescribe la norma que el término para las mismas no debe ser inferior a cinco días hábiles, la cual debe realizarse en el Formulario Único de Inscripción y anexarse al mismo los soportes de formación académica y experiencia laboral de los aspirantes.

Dentro de los cinco días siguientes a la fecha al de las inscripciones, la institución encargada del concurso debe publicar la lista de aspirantes admitidos al proceso por acreditar los requisitos de igual manera el listado de no admitidos.

- **Etapas de Pruebas:** La Resolución establece que en el concurso de méritos para la elección de gerentes se deben aplicar pruebas de conocimientos y de competencias. En la prueba de conocimientos debe evaluarse 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 y, especialmente, los relativos al Sistema de Seguridad Social en Salud (Artículo 5). En cuanto a la prueba de competencias, estarán encaminadas a evaluar los factores: Orientación a resultados, Orientación al usuario y al ciudadano, Transparencia, Compromiso con la organización, Liderazgo, Planeación, Toma de decisiones, Dirección y desarrollo de personal y Conocimiento del entorno.

De igual manera, advierte que las pruebas de competencias podrán ser escritas y/o mediante entrevistas; así mismo, se realizará una valoración de los antecedentes de estudio y de experiencia.

- **Etapa de Valoración de Pruebas:** Frente a lo señalado, la Resolución 165 señala que las pruebas de valoración de las competencias se realizan en una escala de 0 a 100 puntos. Este es el resultado que se pondera de acuerdo al peso que se le asigna a cada prueba, vale resaltar que la normativa precisa que las competencias se pueden evaluar mediante pruebas escritas y/o entrevistas, por lo cual, aclara en que en el evento en que se utilice la entrevista, esta no podrá tener un peso superior al quince por ciento (15%) de la totalidad del proceso y en lo relacionado con los antecedentes de estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo, la institución que adelante el proceso debe diseñar un instrumento en el cual se privilegie la experiencia en el sistema de seguridad social en salud, adicional a ello señala que esta prueba no podrá tener un valor superior al veinte por ciento (20%) de la totalidad del proceso y en ningún caso tendrá carácter eliminatorio.

Una vez finalizado el proceso de valoración de cada una de las pruebas, la institución que adelante el proceso entregará una lista de candidatos a la Junta Directiva el cual se elaborará en orden alfabético con quienes hayan obtenido un

puntaje ponderado igual o superior a setenta (70) puntos y que debe informarse en medios de comunicación masiva.

De aquí corresponde a la Junta Directiva, mediante el mecanismo que ella determine, conformar una terna para la designación del Gerente o Director de la respectiva empresa social del Estado.

- 4. Ley 1438 de 2011:** En lo relacionado con esta Ley, en su artículo 72 al respecto se prescribe:

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

La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del proceso de elección. El resto de la terna operará como un listado de elegibles, para que en el caso de no poder designarse el candidato con mayor puntuación, se continuará con el segundo y de no ser posible la designación de este, con el tercero¹¹⁴.” (Subraya ausentes del texto original)

Es así como finalmente con la Ley 1438 se define que, la elección de gerentes de hospitales se realiza a través de concurso de méritos, una vez se haya conformado la terna se seleccionará a quien haya alcanzado el mejor puntaje.

¹¹⁴ Ley 1438 de 2011, “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones,” Diario Oficial No. 47.957 de 19 de enero de 2011

Con esto claramente se puede concluir que, se ha desarrollado un despliegue normativo que ha permitido seleccionar a los encargados de la dirección de las Entidades Sociales del Estado a través del mérito, con lo cual se busca además que quienes ocupen dichos cargos cuenten con la idoneidad para la administración de las instituciones células del sistema general de seguridad social en salud, inclusive podría decirse, en el legislativo progresó gradualmente, ya que poco a poco implemento al mérito como mecanismo idóneo de selección de los gerentes y directores de ESE

4. Omisión de celebración de los concursos méritos en la elección de gerentes de hospitales

Antes de analizar el impacto en la omisión de realización de los concursos de méritos para la designación de gerentes o directores de Entidades Sociales del Estado, es preciso recordar cómo, desde la Ley 100 de 1993 se hizo especial énfasis en el tema de su designación. Es por ello por lo que, al respecto, el artículo 195 de la Ley en mención señaló que *el director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la Ley*. Por su parte, el artículo 192 dispuso 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 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 (...) (Ley 100 de 1993).*

Para el efecto, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 señaló que *las entidades prestadoras de servicios de salud, estarán dotadas de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, en concordancia con el parágrafo 1o del artículo 19 de la ley 10 de 1990¹¹⁵; sin embargo, para el caso concreto de la presente investigación, el parágrafo aplicable es el tercero, toda vez que el mismo refiere que la nominación de los Directores Científicos y/o Gerentes estará a cargo del Jefe de la Administración Local o Seccional, el cual seleccionará el funcionario de entre una terna de candidatos que llenen los prerrequisitos, y que sea propuesta por la Junta Directiva del Hospital respectivo.*

Es así como, la Ley 1122 de 2007¹¹⁶ en su artículo 28, dispuso 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 Gerente¹¹⁷.*

A su vez, el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011 estableció el proceso de evaluación de los directores o gerentes de ESE, señalando además que en caso de que el cargo esté vacante, a más

¹¹⁵ Ver Ley 60 de 1993

¹¹⁶ Ver Ley 1122 de 2007

¹¹⁷ Mediante Sentencia C-181-10 de 17 de marzo de 2010, Magistrado Ponente Dr. José Ignacio Pretelt Chaljub, el aparte subrayado se declaró EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, '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'.

tardar dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes, se iniciará un proceso de concurso público para su elección¹¹⁸.

Dispuso además la norma en mención que, la Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado, siendo el nominador quien deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje; y el resto de la terna operará como un listado de elegibles, para que en 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.

No obstante, tras una vasta recopilación jurisprudencial, la Corte Constitucional señaló que el cambio normativo que surgió con base en la expedición de la Ley 1797 de 2016, en su artículo 20 no es contradictorio ni regresivo con la normativa explicada, puesto que, por tratarse de empleos de dirección, conducción y orientación institucional de la administración descentralizada, explícitamente están excluidos de la carrera administrativa por el artículo 5 de la Ley 909 de 2004. Adicional a ello señaló que no se puede predicar regresividad a la normativa puesto que la provisión de empleos públicos, en sí misma no otorga derechos sino una competencia que no constituye la regulación de un derecho social, como lo es el acceso al cargo público por mérito, ni regula la faceta prestacional de un derecho, luego el principio de progresividad no le es aplicable (C-046 de 2018), situación que no se comparte en su totalidad con el tribunal constitucional.

¹¹⁸ Ver Ley 1438 de 2011

Ahora sí, partiendo del hecho que los gerentes o directores de Entidades Sociales del Estado (ESE) ocupan cargos de dirección, conducción y orientación institucional de la administración, cuya designación puede realizarse mediante libre nombramiento y remoción, esto no deja de lado que la función pública se desarrolla, entre otros, en el principio del mérito, es por ello que, si por parte del legislador se había optado por que los gerentes de ESE se escogieran por selección por mérito, lo cual constituye la regla general en cuanto al acceso a cargos públicos, en ese orden, ¿Por qué retroceder y nominar a un cargo de tal magnitud mediante libre nombramiento y remoción?

Como se adujo en un anterior momento, si bien la igualdad es el principio que aparece inicialmente fundamentando el sistema de mérito dentro de la función pública, no es el único valor que se procura alcanzar dentro de las finalidades del Estado Social y Democrático de Derecho, toda vez que con él se persiguen cumplir con los propósitos de moralidad, transparencia y eficiencia en el desempeño de las labores del Estado, y por ende, no en vano se ha catalogado como uno de los principios formales más importantes de la Constitución Política de 1991 (Vergara, 2011), razón suficiente para que prime la elección por mérito y no bajo la subjetividad que lleva inmersa una designación mediante libre nombramiento y remoción, ya que sin importar la presencia de elementos objetivos, como los que se establecen en el Decreto Reglamentario N° 1427 de 2016, esto no es garantía de que se evite la problemática planteada por la Corte Constitucional como lo son la corrupción y el clientelismo. (C-046 de 2018)

En virtud de lo expuesto, en el presente trabajo de investigación se realizará la recopilación de casos puntuales en los que un director de entidad pública, diferente a las Entidades Sociales del

Estado (ESE), se designa bajo el criterio subjetivo del libre nombramiento y remoción cuyas consecuencias han sido negativas. Esto básicamente, debido a que a la fecha de la expedición de la Ley 1797 el 13 de junio de 2016, los directores o gerentes de ESE aún no han culminado el período para el cual fueron designados, esto porque para ese momento algunos gerentes o directores ya habían sido nombrados mediante concurso de méritos¹¹⁹, y otros, con base en la expedición del Decreto N° 052 de 15 de enero de 2016 por parte del Ministerio de Salud y Protección Social¹²⁰ se facultó a las Juntas Directivas de la ESE para su reelección previa evaluación de los Gerentes o Directores, siempre que la misma haya sido satisfactoria y se encuentre en firme.¹²¹

4.1. Entidad Promotora de Salud Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, EICE

La Ley 314 de 1996 dispuso que la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, EICE (CAPRECOM, EICE) operaría como Entidad Promotora de Salud (EPS)¹²² y como Institución Prestadora de Salud (IPS), siendo autorizada para ofrecer a sus afiliados el Plan Obligatorio de Salud (POS) en los regímenes contributivo y subsidiado y Planes

¹¹⁹ La Circular Conjunta N° 004 de 10 de febrero de 2012 expedida por la Procuraduría General de la Nación, el ente de control entrega las pautas que se deben atender en el proceso de selección de gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado mediante el mérito

¹²⁰ Decreto N° 052 de 2016, Ministerio de Salud y Protección Social “Por el cual se reglamenta la reelección por evaluación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado”

¹²¹ Señala el Ministerio de Salud y Protección Social mediante el Decreto 052 de 2016 que para el período 2016 – 2020, se deberá adelantar el trámite para la reelección del gerente de la ESE dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la expedición de la presente norma.

¹²² Mediante Resolución 0845 de 1995, la Superintendencia Nacional de Salud expidió el certificado de funcionamiento de CAPRECOM, EICE como Entidad Promotora de Salud.

Complementarios de Salud (PCS) en el régimen Contributivo¹²³. Adicionalmente, la Ley 314 dispuso que CAPRECOM. EICE operaría como una entidad Administradora del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, sin perjuicio de la libre elección que consagra la Ley 100 de 1993¹²⁴.

Mediante Resolución 356 de 2006, la Superintendencia Nacional de Salud habilitó a CAPRECOM, EICE para operar el Régimen Subsidiado en Salud, además de definir la cobertura geográfica y la capacidad de afiliación en cada uno de los departamentos.

En lo relacionado con la designación del Director de la E.P.S., la Caja de Previsión Social de Comunicaciones mediante la Resolución 2336 de 2007, “Por la cual se adoptan los Códigos de Buen Gobierno y de Ética en CAPRECOM” dispuso en su artículo 6 que *la Dirección y Administración de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones Caprecom, está a cargo de la Junta Directiva y del Director General; y que el Director General es un empleado público del nivel directivo quien será designado por el Presidente de la República mediante libre nombramiento y remoción. En ese orden, el Ministerio de Salud y Protección Social mediante el Decreto 2316 de 09 de noviembre de 2012 se nombra a la Dra. Ana Luisa Fernanda Tovar Pulecio.*

Es así como, la Directora en propiedad de la E.P.S subsidiada más grande del país comienza su gestión, y si bien no es un secreto que la situación del sistema general de seguridad social en salud ha sido inmanejable desde la expedición de la Ley 100 de 1993, o inclusive antes, durante

¹²³ Mediante Resolución 356 de 2006, la Superintendencia Nacional de Salud admitió la solicitud de retiro voluntario y revocó la autorización para operar el Régimen Contributivo de CAPRECOM, EICE.

¹²⁴ La Ley 1151 de 2007 en su artículo 155 establece que, Colpensiones asumirá los servicios de aseguramiento de pensiones de los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y por ende de CAPRECOM, EICE.

el primer año completo de su gestión se presentaron situaciones que fueron reveladas por parte de la Contraloría General de la República en el Informe de Auditoría de la vigencia 2013 y presentado en Mayo de 2014¹²⁵.

En el informe, el ente de control presenta una opinión contable negativa toda vez que los estados financieros de la entidad no presentan de manera razonable la situación financiera de Caprecom a 31 de diciembre de 2013 ni los resultados de sus operaciones, concluyendo que no se evidencia la total aplicación de las políticas y principios que en materia de contabilidad pública ha expedido la Contaduría General de la Nación, por lo que la información reportada en los estados financieros no es confiable, oportuna y veraz, es más, la aplicación de la encuesta de la CGN, de conformidad con la Resolución 357 de 2008, en control interno contable arrojó una calificación de **2.9**, que equivale a **deficiente** (Informe CGR, Vigencia 2013).

Ante ello, por parte de la CGR, en ejercicio de la función de advertencia se señaló asuntos relacionados con el *desarrollo operacional; situación financiera (capital de trabajo, cuentas por cobrar salud, cuentas por pagar salud, endeudamiento, margen de solvencia, patrimonio mínimo); gobierno corporativo; inventario de medicamentos; inventario de equipos médicos, instrumental, muebles y elementos de consumo*, presentado un plan que abarca la totalidad de las problemáticas identificadas y plantea actividades pertinentes, orientadas a resolver las *difíciles condiciones operacionales*, financieras y de incumplimientos de los indicadores de permanencia que han puesto en riesgo a la Entidad. (Informe CGR, Vigencia 2013)

¹²⁵ Contraloría General de la República. Informe de Auditoría. Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, vigencia 2013. CGR – CDSS N° 01. Fecha: mayo 2014.

En cuanto a Control Interno, la calificación preliminar de la CGR fue de **1.81 – con deficiencias**, esto dado que, los controles no mitigan los riesgos para los cuales fueron establecidos y no brindan a la Entidad confiabilidad para el cumplimiento de los logros y objetivos de Caprecom.

Concluye el ente de control que, pese al plan de contingencia implementado por la Entidad, en respuesta a la función de advertencia, persisten las deficiencias contables, presupuestales, operacionales y financieros, presentándose una gestión ineficiente e ineficaz ya que las acciones correctivas tomadas no reflejan mejoramiento en la calidad y consistencia de la información contable.

Para el 2014, en la calificación de la Evaluación de la Gestión y Resultados (consolidado), Caprecom obtuvo un resultado de 43.31, generando un concepto **desfavorable** por parte del ente de control en Informe de dicha vigencia; conceptos similares se emiten en cuanto control interno, legalidad de las operaciones financieras, administrativas y económicas y frente a los Estados contables se abstiene de emitir opinión, toda vez que a mayo de 2015, el informe de gestión junto con los Estados Contables de Caprecom se encontraban sin aprobación de la Junta Directiva. Pese a ello, el ente de control NO FENECE la cuenta de la entidad por la vigencia fiscal auditada y ordena la presentación de plan de mejoramiento.¹²⁶

¹²⁶ Contraloría General de la República. Informe de Auditoría. Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, vigencia 2014. CGR – CDSS N° 24. Fecha: Julio de 2014.

En este punto, los medios de comunicaciones empiezan a mostrar los manejos al interior de la Entidad, advirtiendo que las pérdidas de Caprecom, las cuales reflejaban un patrimonio negativo a septiembre de 2014, ya se sitúa en cerca de un billón de pesos¹²⁷.

En el preámbulo del informe de auditoría de la CGR de la vigencia 2015, el ente de control refiere que la Superintendencia Nacional de Salud –SNS- presentó ante el Ministerio de Salud y Protección Social –MSPS- el informe técnico de resultados de las mediciones de indicadores de Caprecom en el que se evidencia graves incumplimientos, paralelamente el MSPS generó informe sobre la gestión administrativa de la E.P.S recomendando la supresión de la Entidad, teniendo en cuenta la gravedad de su situación financiera, operativa y prestacional¹²⁸.

Concretamente señala la CGR en el Informe de Auditoría de la vigencia 2015, que la gestión y resultados fue calificada como **desfavorable** y relaciona 36 hallazgos con incidencia fiscal e incidencia disciplinaria. (Informe de Auditoría, Vigencia 2015). En dicha vigencia, los medios de comunicación¹²⁹ empezaron a revelar presuntas irregularidades en cabeza de la directora de la Entidad en lo relacionado con la contratación, lo cual posiblemente desencadenó en su renuncia repentina. Inclusive, señala la Revista Semana que a través la Resolución 386 del 16 de abril de 2013, se autorizó para encabezar los procesos de contratación de manera directa y sin límite de cuantía¹³⁰. En cuanto a su gestión contractual, recibiendo en promedio 150.000 millones por el FOSYGA, la E.P.S debe miles de millones de pesos a los hospitales de la red pública, pero hace

¹²⁷ Ver <http://www.portafolio.co/economia/finanzas/contraloria-pide-medidas-crisis-caprecom-29832>

¹²⁸ Contraloría General de la República. Informe de Auditoría. Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, vigencia 2014. CGR – CDSS N° 03. Fecha: junio de 2016

¹²⁹ Ver <https://www.semana.com/nacion/articulo/caprecom-denuncian-irregularidades-en-contratacion-giros/451066-3>

¹³⁰ Ver Revista Semana <https://www.semana.com/nacion/articulo/caprecom-manual-permitio-contratacion-irregular/451107>

millonarios y curiosos pagos a algunas I.P.S privadas con las que contrató. (Revista Semana, 2015)

Entre otras de las irregularidades que denuncia la Revista Semana en su artículo, *¿El “carrusel” de los contratos en Caprecom?*¹³¹, señala que “a la IPS UBA Vihonco S. A. S. (con sede en Cúcuta) le giró 2.600 millones de pesos en septiembre cuando en el programa Seven de la entidad –el sistema donde se registra la facturación– no aparecía ni una sola factura por pagar. En octubre, Caprecom le volvió a girar a esta entidad 4.455 millones de pesos, cuando sólo había facturas por 319 millones de pesos”¹³². Situación similar ocurrió con la IPS AMVIF de Barranquilla, a quien se le pagó 747 millones de pesos, pero sus facturas reflejan cuenta por pagar por 192 millones y CMIAC IPS Guajira a quien se le canceló la sula de 3.278 millones de pesos sin que existiera ni una sola cuenta por pagar a su favor.¹³³ Es este último caso, la directora de Caprecom atribuyó el hecho un error de digitación.^{134 135}

Fue así como, siendo la situación financiera de la Entidad insostenible, con una prestación de los servicios de salud deficiente, lo que derivaron en la inevitable expedición del Decreto 2519 de 28 de diciembre de 2015 “*Por el cual se suprime la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES “CAPRECOM”, EICE, se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones.*” Esta decisión, sin duda, impacta a uno de los sectores más vulnerables en el sistema de salud, como lo es la población beneficiaria de la atención en salud del régimen subsidiado debido a que

¹³¹ Ver <http://laotracara.co/destacados/todo-tiene-pruebas-la-auditoria-forense-le-responde-a-caprecom/>

¹³² Ver Revista Semana Digital <https://www.semana.com/nacion/articulo/caprecom-denuncian-irregularidades-en-contratacion-giros/451066-3>

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ Entrevista a Luisa Fernanda Tovar Pulecio. <http://play.wradio.com.co/audio/2969486/>

esta EPS cubriría la atención en salud donde otras promotoras no hacen presencia^{136 137}, y por supuesto, a las Instituciones Prestadoras de Salud que le prestaron los servicios asistenciales a Caprecom y que no fueron pagadas, y que con la orden de liquidación el pago se supeditarían al proceso liquidatorio.^{138 139 140} De hecho, el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016, cambió el orden de prelación de créditos en los pagos a las IPS con el fin de menguar el impacto en el evento en que se reconozca saldos por pagar producto del resultado de las acreencias, y que aun así, no resultó favorecido por cuanto el dinero asignado por el Gobierno para el pago fue de 500.000.000.000 de pesos,¹⁴¹ pero que no alcanzó a cubrir el pasivo total de la Entidad estimado en un billón de pesos,¹⁴²¹⁴³ el cual, finalmente terminado del proceso de reconocimiento de acreencias se elevó a 1 billón 568.000 millones¹⁴⁴. Al respecto, señaló el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016:

“Artículo 12. Prolación de créditos en los procesos de liquidación de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, (IPS), y de las Entidades I Promotoras de Salud (EPS). En los procesos de liquidación de las Entidades Promotoras de Salud, incluso los que están en curso, e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud se aplicará la siguiente prelación de créditos, previo el cubrimiento de los recursos adeudados al Fosyga o la entidad que haga sus veces si fuere el caso y los recursos relacionados con los mecánicos de redistribución de riesgo:

a) Deudas laborales;

b) Deudas reconocidas a Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. En estas deudas se incluirán los servicios prestados o tecnologías prestadas por urgencias, así no medie contrato. En estos casos la liquidación debe desarrollar la auditoria y revisión de cuentas para su reconocimiento en lo pertinente.

¹³⁶ Ver Revista Semana Digital “¿A dónde irán los pacientes de Caprecom?” <https://www.semana.com/nacion/articulo/caprecom-el-futuro-de-sus-afiliados-despues-de-la-liquidacion/445230-3>

¹³⁷ Ver <https://www.noticiasrcn.com/nacional-pais/crisis-caprecom-afecta-tres-millones-usuarios-todo-el-pais>

¹³⁸ Ver <https://www.opinionysalud.com/gremios-hospitalarios-alertan-sobre-consecuencias-de-liquidacion-de-eps/>

¹³⁹ Ver <http://www.portafolio.co/negocios/empresas/pretensiones-caprecom-pasarian-billones-493213>

¹⁴⁰ Ver http://caracol.com.co/radio/2015/02/05/regional/1423113180_619316.html

¹⁴¹ Ley 1771 del 2015, “Por la cual se amplían las autorizaciones conferidas al Gobierno nacional para celebrar operaciones de crédito público externo e interno y operaciones asimiladas a las anteriores, así como para garantizar obligaciones de pago de otras entidades y se dictan disposiciones sobre emisión de Títulos de Tesorería TES Clase “B” con el fin de atender la eventual liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom),” Diario Oficial No. 49741 del 30 de diciembre de 2015.

¹⁴² Ver <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/MinSalud-cumple-con-el-Plan-de-Choque-III.aspx>

¹⁴³ Ver <http://www.portafolio.co/negocios/empresas/caprecom-se-liquidado-pero-no-pagara-todas-sus-deudas-503173>

¹⁴⁴ Ver <http://www.portafolio.co/negocios/empresas/pretensiones-caprecom-pasarian-billones-493213>

- c) *Deudas de impuestos nacionales y municipales;*
- d) *Deudas con garantía prendaria o hipotecaria, y*
- e) *Deuda quirografaria.”*

Finalmente, otros de los afectados fueron los más de 500 trabajadores de la EPS Caprecom; esto porque con ocasión de lo señalado en el Decreto 2519, el liquidador debe en un plazo de treinta (30) días después de asumir sus funciones, para proceder con la supresión de cargos, determinando el personal que por sus funciones desarrolladas debe acompañar el proceso de liquidación, salvaguardando el derecho de *“las personas que sean cabeza de familia sin alternativa económica, limitación visual o auditiva, limitación física o mental, continuará vinculado laboralmente hasta la culminación de la liquidación de la entidad o hasta que mantengan la condición para estar amparados con la protección especial, lo que ocurra primero”*¹⁴⁵. Al igual de aquellos empleados que cumplan con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo para cumplir con su jubilación en el término máximo de tres (3) años contados a partir del momento en que se suprime el cargo y se produce retiro del servicio.

4.2. Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, D.C. (FVS)

En el año de 1979 se presentó el Proyecto de Acuerdo N° 20 *“Por el cual se crea el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá”* ante el Concejo de Bogotá, cuyo propósito sería *“dotar de medios de ejecución adecuada a los planes que las autoridades de vigilancia y de policía ha venido presentando con el propósito de realizar ese común ideal de prestar un mejor servicio en el campo de la seguridad ciudadana;”* y que finalmente se materializó con la expedición del Acuerdo Distrital 009 de 1980

¹⁴⁵ Ver <http://www.consultorsalud.com/liquidacion-de-eps-caprecom-decreto-2519-de-2015>

como un sistema de manejo de cuentas del Tesoro Distrital, adscrito a la Secretaría de Gobierno, y a quien correspondió la función de administrar los bienes y recursos producto de multas, impuestos, cauciones y aportes, destinados únicamente a la compra de equipos para la prestación del servicio de vigilancia y seguridad para la Policía de Bogotá y el servicio de Bomberos, así la construcción de infraestructura para estas entidades.¹⁴⁶

La dirección y administración de la nueva Entidad se encontraba en cabeza de una Junta Administradora, conformada por el Alcalde Mayor o su delegado, El Secretario de Hacienda o su delegado, el Secretario de Salud o su delegado, el comandante de Policía de Bogotá, o el Subcomandante; en su defecto, el comandante del Cuerpo de Bomberos de Bogotá o el Subcomandante, en su defecto y dos (2) concejales con sus respectivos suplentes.¹⁴⁷

El Decreto Reglamentario 1278 de 23 de julio 1980 “*por el cual se reglamenta el Acuerdo No. 9 de 1980*” señaló en su artículo segundo que la Representación Legal del Fondo estaría a cargo del Secretario de Gobierno del Distrito Especial de Bogotá.¹⁴⁸ No obstante, la derogatoria del Decreto en mención con el Acuerdo 18 de 29 de noviembre de 1983 “*Por el cual se transforma el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, D.E., creado por el Acuerdo 9 de 1980*”, el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, D.E., se transforma en un establecimiento público con Personería Jurídica, autonomía Administrativa y patrimonio independiente;¹⁴⁹ en lo relacionado

¹⁴⁶ Sistema de Gestión Documental del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, D.C. En Liquidación. “*Fondo de Vigilancia y Seguridad. Reseña Institucional 1980 – 2016*”

¹⁴⁷ Acuerdo 09 de 29 de abril de 1980 “*Por el cual se crea el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá*” del Concejo de Bogotá D.C. [Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3054>]

¹⁴⁸ Decreto Reglamentario 1278 de 23 de julio 1980 “*por el cual se reglamenta el Acuerdo No. 9 de 1980*” [Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2844#0>]

¹⁴⁹ Artículo 1 del Acuerdo 18 de 1983.

con la Planta de personal, el artículo 26 de la misma norma precisa que La planta de personal estará compuesta por el Director Ejecutivo del Fondo y por los empleados que determine el reglamento interno del Fondo, los cuales serán en su totalidad funcionarios de la Secretaría de Gobierno¹⁵⁰.

Posteriormente, se expide el Acuerdo 28 de 1992 “*Por el cual se reestructura el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, D.C.*” el cual dispone en s artículo 8 que el Fondo tendrá un gerente, de libre nombramiento y remoción de Alcalde Mayor, quien será el representante legal de la entidad¹⁵¹. Es así como, a lo largo de la vida institucional del Fondo se inició con una serie de designaciones, últimas que han puesto entre ojos el actuar de dicha Entidad.

Para el caso, vale la pena recordar que por parte el Espectador, en un informe periodístico de Alexander Marín Correa de fecha 18 de marzo de 2016 cuenta de la captura de César Augusto Manrique Soacha, ex gerente del Fondo de Vigilancia y Seguridad (el segundo gerente de los ocho que tuvo el Fondo de Vigilancia durante la administración de Gustavo Petro) que no son extraños dados los cuestionamientos que se le había realizado a la Entidad y de cómo varios de los contratos están bajo la investigación de la Fiscalía. Al respecto, señala el medio de comunicación que la captura del *exgerente* se debe a las investigaciones que cursan por *interés ilícito en la celebración de contratos y peculado por apropiación*, además, porque *su caso está*

¹⁵⁰ Ibidem

¹⁵¹ Acuerdo 28 de 4 de diciembre de 1992 “*Por el cual se reestructura el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, D.C.*” [Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2065>]

*relacionado con las posibles irregularidades en la compra de 100 motos eléctricas para la Policía, que costaron casi \$4.300 millones*¹⁵².

Esto violó la ley de contratación toda vez que no se abrió al proceso de licitación sino mediante contratación directa, lo cual, de conformidad con la Contraloría provocó un posible detrimento patrimonial cercano a los \$1.200 millones.

Estos hechos datan, según el reportaje, de la compra de unas motocicletas eléctricas que se realizó en el año 2012, y las cuales, sólo 33 de las 100 se encuentran en funcionamiento, mientras 66 están fuera de servicio a la espera de mantenimiento y una se declaró en pérdida total luego de que se incineró a causa de un cortocircuito en el motor. Este, se suma a contratos como el de la construcción del Edificio de la Policía, la modernización de la Línea 123 y compra de cámaras de seguridad, celebrados por el Fondo^{153 154 155}. (El Espectador, 2.016)

En el reportaje, el periodista hace un recuento de los contratos que están siendo sujetos de investigación:

***“Contratos en la mira
Nueva sede de la Policía Metropolitana
Contrato: 740 de 2010
Valor: \$44.000 millones
Plazo: 15 meses
Contratista: Castell Camel
Inconvenientes:***

¹⁵² El Espectador, 18 de marzo de 2016. Disponible en <https://www.elespectador.com/noticias/bogota/el-fondo-de-vigilancia-y-sus-contratos-dudosos-articulo-622981>

¹⁵³ Ibidem

¹⁵⁴ Ver <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12574938>

¹⁵⁵ Ver <https://www.elespectador.com/noticias/bogota/carcel-exdirector-del-fondo-de-vigilancia-compra-de-mot-articulo-622924>

- El contrato estuvo suspendido 14 meses y tuvieron problemas para las licencias de urbanismo y construcción.

- Faltó planeación. Esto generó incumplimientos en el cronograma de la obra, contratación de personal y control de temas que no estaban previstos.

- Hay posibles fallas estructurales. Falta identificar si son por problemas de diseño o de obra.

Estado actual:

- La administración pasada sancionó al contratista en las últimas semanas de diciembre. Esta decisión es estudiada por la actual gerencia para determinar su viabilidad, toda vez que, al parecer, se violó el debido proceso, tanto al contratista como a la aseguradora. Hay que determinar las fallas de la obra.

- Se solicitó concepto técnico a un panel de expertos, para hallar responsabilidades, soluciones, plan de acción y tiempos de terminación de la obra. Este estará listo en tres meses.

Línea 123¹⁵⁶

Convenio: 561/2014

Valor: Sin cuantía. Se han hecho aportes por \$45.000 millones.

Plazo: 120 meses

Contratista: ETB

Inconvenientes:

No hay migración de datos ni puesta en marcha de la nueva plataforma con geolocalización.

Estado actual:

- Por incumplimiento del cronograma, la pasada gerencia declaró el siniestro del convenio frente a la construcción de las nuevas instalaciones de la línea (COE). Sin embargo, la decisión se suspendió porque la actual gerencia está resolviendo el recurso que interpuso la ETB.

- Se tiene prevista la entrega del COE, incluyendo sala de crisis, a finales de mes.

- Se programa reunión con especialistas técnicos para determinar la puesta en marcha de la nueva plataforma.

Cámaras Verytel

Contrato: 620 de 2010

Valor: \$40.277 millones

Plazo: 15 meses

Inconvenientes: El contrato era para instalar 538 cámaras en colegios, pero sólo se instalaron 333 y, de éstas, 115 reportan fallas. Pese a que se pagó todo el contrato y se liquidó, 205 cámaras quedaron en las bodegas del contratista, quien no las instaló porque, dice, se agotaron los recursos. A finales de 2015 se le hicieron los últimos pagos, sin exigirle la instalación de todos los artefactos.

Estado actual:

- Se tiene un cronograma de trabajo para habilitar en tres meses las cámaras que tienen fallas.

- En las bodegas de Verytel hay 205 de ellas. Dicha situación está en análisis del área jurídica para determinar un plan de acción.

¹⁵⁶ Ver también <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16189102>

- Se dio aviso a los órganos de control para que investiguen los pagos efectuados en las últimas semanas de 2015, sin ejecutar todo el contrato.

Cámaras de Transmilenio

Contrato: 880/2014

Valor: \$7.754 millones

Plazo: tres meses

Inconvenientes:

Compraron 24 cámaras de reconocimiento facial y 140 cámaras IP. Si bien están en buen estado y graban, para las cámaras de reconocimiento facial no gestionaron con la Policía la base de datos de delincuentes.

Estado actual:

Se estableció un grupo interdisciplinario con reuniones semanales para poner en marcha la operabilidad de las cámaras. Este grupo lo integran la Policía, la Fiscalía, la Secretaría de Gobierno, la Subsecretaría de Seguridad, Transmilenio y el Fondo de Vigilancia.

Mantenimiento de vehículos

Contrato: 689 de 2015

Valor: \$600 millones

Plazo: 9 meses

Contratista: Autocars

Inconvenientes:

Se tomaron como precios de referencia los de contratos anteriores, en los que la Contraloría había hecho hallazgos de posibles sobrecostos en algunos repuestos.

Estado actual:

- Terminación anticipada del contrato.

- En trámite para adelantar nuevo proceso contractual¹⁵⁷.

Estas situaciones se ven reflejadas en los informes que, por parte de Contraloría de Bogotá, ente de control a nivel del Distrito que ejerce vigilancia y control ha señalado en diferentes informes de Auditoría, así:

“Una vez realizada la auditoría se encontraron fallas en los controles internos establecidos por la entidad, por cuanto se evidenció que los contratos evaluados carecieron de planeación, de un adecuado estudio de mercado para su ejecución, así como la escogencia de la mejor modalidad de contratación, con el fin de disminuir los riesgos que esto conlleva, finalmente se comprobó que la entidad no cuenta con un adecuado control en la supervisión, por lo que se

¹⁵⁷ Ibidem

*podría incurrir en la no exigibilidad de derechos a favor del FVS por el incumplimiento contractual*¹⁵⁸.

Realizada la revisión de los informes de auditoría por parte del ente de control, se pudo evidenciar que en sendos informes se llega a la misma conclusión, sin embargo, los hallazgos de estas cada vez refieren distintas incidencias fiscales y, por ende, en posibles detrimentos patrimoniales para el distrito:

- Informe de Auditoria. Período Auditado 2012 – 2015: Refiere el informe que la evaluación de los contratos seleccionados cumplió parcialmente los principios evaluados, en razón a que se determinó que en desarrollo de la auditoría se configuraron siete (7) hallazgos administrativos con presunta incidencia disciplinaria de los cuales seis (6) tienen alcance fiscal en cuantía de \$1.111.912.841,55¹⁵⁹.
- Informe de Auditoria. Período Auditado 2014-2015: Señala el informe que la gestión fiscal de los contratos señalados no cumple con los principios de planeación, eficiencia y economía, como consecuencia de unos estudios previos deficientes y fallas en la etapa de ejecución contractual, son que haya acciones por parte de las interventorías ni del FVS, que dan como resultado la configuración de

¹⁵⁸ Contraloría de Bogotá, Informe de Auditoria de Desempeño. Código 057. Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá –FVS. En Liquidación. Período Auditado 2012-2015. [Disponible en http://www.contraloriabogota.gov.co/sites/default/files/Contenido/Informes/Auditoria/Direcci%C3%B3n%20Sector%20Gobierno/PAD_2016/JL-DC/Desempe%C3%B1o/D_FVS_CODIGO57.pdf]

¹⁵⁹ Ibidem

tres (3) hallazgos administrativos, dos (2) con incidencia fiscal en cuantía de \$828.094.564¹⁶⁰.

- Informe de Auditoría. Período 2014-2015: ¹⁶¹ el Informe reveló la configuración de tres (3) hallazgos administrativos con presunta incidencia disciplinaria de los cuales dos (2) tienen alcance fiscal en cuantía de \$519.125.807.
- Informe de Auditoría. Período Auditado del 01 de enero al 30 de septiembre de 2016: Se configuraron treinta y tres (33) hallazgos administrativos de los cuales diez (10) tienen presunta incidencia disciplinaria y tres (3) alcance fiscal en cuantía de \$480.757.272,58¹⁶².

Estos hechos, entre otros¹⁶³, fueron los que dieron lugar a que por parte de los candidatos a la Alcaldía de Bogotá se haya puesto entre sus planes de gobierno la liquidación del FVS, toda vez que, esto sería una manera de culminar con uno de los focos de corrupción del Distrito capital. Fue así como, finalmente el alcalde entrante en el año 2015 plasmó los estudios para que se proceda con su liquidación,¹⁶⁴¹⁶⁵ profiriendo así el Acuerdo Distrital 637 de 31 de marzo de 2016 *“Por el cual se crean el Sector Administrativo de Seguridad, Convivencia y Justicia, la Secretaría*

¹⁶⁰ Contraloría de Bogotá, Informe de Auditoría de Desempeño. Código 049. Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá. Período Auditado 2014-2015. [Disponible en http://www.contraloriabogota.gov.co/sites/default/files/Contenido/Informes/Auditoria/Direcci%C3%B3n%20Sector%20Gobierno/PAD_2016/JL-DC/Desempe%C3%B1o/D_FVS_CODIGO49.pdf]

¹⁶¹ Contraloría de Bogotá, Informe de Auditoría de Desempeño. Código 050. Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá. Período Auditado 2014-2015. [Disponible en http://www.contraloriabogota.gov.co/sites/default/files/Contenido/Informes/Auditoria/Direcci%C3%B3n%20Sector%20Gobierno/PAD_2016/JL-DC/Desempe%C3%B1o/D_FVS_CODIGO50.pdf]

¹⁶² Contraloría de Bogotá, Informe de Auditoría de Desempeño. Código 204. Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá –FVS. En Liquidación. Período Auditado 01 de enero a 30 de septiembre de 2016. [Disponible en http://www.contraloriabogota.gov.co/sites/default/files/Contenido/Informes/Auditoria/Direcci%C3%B3n%20Sector%20Seguridad%20Convivencia%20y%20Justicia/PAD%202017/JL-DC/Desempe%C3%B1o/D_FVS_CODIGO204.pdf]

¹⁶³ Ver <https://www.elspectador.com/noticias/bogota/el-fondo-de-denuncias-articulo-416342>

¹⁶⁴ Disponible en <http://www.gobiernobogota.gov.co/transparencia/informacion-interes/publicacion/estudios/estudio-tecnico-redisenio-institucional-la>

¹⁶⁵ Ver <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16448645>

Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia, se modifica parcialmente el Acuerdo Distrital 257 de 2006 y se dictan otras disposiciones,” el que en su artículo 6 dispuso la supresión del FVS creado por el Acuerdo Distrital 9 de 1980 y reestructurado por el Acuerdo Distrital 28 de 1992,¹⁶⁶ la cual se hizo efectiva con la expedición del Decreto Distrital 409 de 2016¹⁶⁷ modificado por el Decreto Distrital 517 de 2017¹⁶⁸.

Los casos expuestos, son apenas dos ejemplos de lo que a lo largo de la historia del país se han presentado y que ponen en la cuerda floja a varias de las instituciones del país, impidiendo que las instituciones cumplan con sus objetivos y misionalidad, muchas veces, derivadas de los manejos dados por sus directivos, personas que no cuentan con la idoneidad en los respectivos campos donde ejercen y cuyos resultados negativos siempre impactaran a los administrados.

5. ¿El artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 transgrede el principio constitucional del mérito?

Ante el cuestionamiento que se realizó al inicio del presente capítulo, esto es, que si con la expedición del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 se transgrede el principio constitucional del mérito, tras la exposición de los casos que evidencian las falencias de una designación mediante libre nombramiento y remoción, la normativa, la doctrina y la misma

¹⁶⁶ Acuerdo Distrital 637 de 2016 “creado por el Acuerdo Distrital 9 de 1980 y reestructurado por el Acuerdo Distrital 28 de 1992” [Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=65633>]

¹⁶⁷ Decreto Distrital 409 de 2016 “*Por medio del cual se hace efectiva la supresión del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, D.C., se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones*” [Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=67096>]

¹⁶⁸ Decreto Distrital 517 de 2017 “*Por el cual se modifica el Decreto Distrital 409 de 2016 mediante el cual se hace efectiva la supresión del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, D.C., se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones*” [Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=71654>]

jurisprudencia, la respuesta no puede ser otra que **sí**, respuesta que inclusive se da tras la decisión de la Corte Constitucional en Sentencia C-046 de 2016 en la que declara su exequibilidad.

Esto porque si bien, con el artículo 125 Superior se puede definir que constituye el mérito la regla general para el acceso a cargos públicos, para el caso del nombramiento de los gerentes y/o directores de las ESE, cuya designación no estuvo claramente definida con la expedición de la Ley 100 de 1993, luego de un amplio recorrido jurisprudencial y legislativo se estableció que el mismo se realizaría bajo esta modalidad, por ello, el optar por una nominación subjetiva como lo es el libre nombramiento y remoción, indudablemente hace que se vea sacrificado el principio del mérito constitucional.

Resulta claro que, con ello no se busca desconocer la facultad nominadora de los jefes de la entidad territorial, ya que precisamente con estos cargos se busca cumplir con las funciones de dirección, manejo, conducción u orientación institucional y que por lo tanto, llevan inmersa la confianza del nominador e implícito el cumplimiento de sus funciones políticas, lo cual conlleva a la subjetividad de la elección, tal es el caso de los ministros de Estado, sin embargo, se considera que esta modalidad de designación de un cargo directivo puede resultar perjudicial para una entidad cuando no se cuenta con la experiencia ni la capacidad académica, más aún, cuando la Entidad tiene entre sus funciones la prestación de

un servicio esencial y materializar un derecho fundamental, como lo es el derecho a la salud.¹⁶⁹

Tal y como se plasmó a lo largo del capítulo, el mérito constituye un mecanismo idóneo para suplir los cargos de la administración, no obstante, dado la permeabilidad que han sufrido los procesos de selección mediante los concursos de méritos, necesariamente se concluye que los mismos deben cumplir parámetros objetivos de selección cuyo cumplimiento además deberá ser irrestricto. Para ello, se hace necesario que, al interior de la máxima autoridad en selección de cargos de carrera administrativa como lo es Comisión Nacional del Servicio Civil, se reevalúe técnicamente la celebración de estos, se constituyan criterios para la elección de los encargados de ejecutarlos y se definan los mecanismos apropiados que permitan una *medición* de la idoneidad académica y de experiencia a través de las pruebas de competencias y funcionales.

Ahora, si bien la probidad no es un criterio de selección por cuanto el mismo se presume en el ejercicio de un cargo público, entendido este como la moralidad, integridad y honradez en las acciones,¹⁷⁰ debería ser intrínseco de cada ciudadano, y no solo de quien aspire a un cargo público, actuar con la debida diligencia ya que como parte de un engranaje institucional, su obligación es propender por el cumplimiento de la función asignada con el mayor grado de diligencia, lo cual constituye uno de los objetivos de la carrera administrativa y por ende del Estado, es decir, la satisfacción de las necesidades sociales que le han sido

¹⁶⁹ Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia T-016/07

¹⁷⁰ Ver <https://www.definicionabc.com/derecho/probidad.php>

legalmente asignadas y que generan la expectativa social de su prestación efectiva. (Vergara, 2011)

Capítulo 5. Conclusiones

Tras el recorrido realizado desde la expedición de la Ley 30 de 1993, Ley 100 de 1993, Ley 1797 de 2016 y finalmente la sentencia C – 046 de 2018 de la Corte Constitucional, se pone de presente las consecuencias que trajo consigo la nulidad de la Ordenanza 044 de 16 de diciembre de 1996 en la elección de gerentes y/o directores de Entidades Sociales del Estado.

1. Las Empresas Sociales de Salud (ESE) se crearon con la expedición de la Ley 100 de 1993, en la cual se ordenó la transformación de todas las entidades descentralizadas del orden nacional cuyo objeto sea la prestación de servicios de salud, en empresas sociales del estado,¹⁷¹ esto es, 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 concejos¹⁷². Esta situación fue acogida por parte del Departamento de Antioquia quien mediante Ordenanza N° 044 de 1994, ordenó la transformación de las instituciones prestadoras del servicio de salud. No obstante, el Consejo de Estado en 2010, confirmó la decisión del Tribunal de Antioquia, esto es, declarar la nulidad parcial de dicho acto administrativo, considerado que las Asambleas Departamentales no tienen la facultad para realizar dichas transformaciones.

Sin duda, la decisión cambió de manera trascendental la organización de las ESE generándose con el fallo un limbo jurídico, puesto que la expedición de la Ordenanza, las

¹⁷¹ Ver Ley 100 de 1993. Artículo 196

¹⁷² Ver Ley 100 de 1993. Artículo 194

instituciones vinieron actuando como entidades públicas y esta decisión las excluía de dicha categoría.

2. Entre tantas de las consecuencias que trajo el fallo del Consejo de Estado, una de ellas se pudo evidenciar con el tema relacionado con la elección de gerentes de las Entidades Sociales del Estado, quienes fueron designados mediante concurso de méritos y respecto de los cuales, el legislativo había proferido senda normativa que reglamentaba la elección mediante este mecanismo. No obstante, este fue el paso para que las Juntas Directivas de los Hospitales sean las primeras que pusieron en entredicho la verdadera naturaleza jurídica de las ESE volviendo un *dilema* la aplicación del concurso de méritos para designar a su director y/o gerente, toda vez que esta era una obligación atribuida a las instituciones públicas. Es así como, los diferentes municipios comenzaron a divagar y adoptar medidas para refrendar su naturaleza jurídica o, por el contrario, iniciar con un proceso de liquidación que permita dar por terminada la existencia de dichas instituciones y darle paso a una nueva Entidad operada por privados; evento último que se concretó con los hospitales *Antonio Roldán Betancur*, de Apartadó; La Cruz, de Puerto Berrío, y los de Abriaquí, Santa Rosa de Osos y Zaragoza, en Antioquia¹⁷³.

3. No obstante, en el año 2016, se expide la Ley 1797 de 2016 mediante la cual se ordena en su artículo 20 que la elección de los gerentes de las ESE se realizará por parte del jefe de la Entidad Territorial respectiva, llámese Presidente, Gobernador o Alcalde, donde la

¹⁷³ Ver http://www.elcolombiano.com/historico/en_antioquia_hay_cinco_hospitales_en_liquidacion-BAEC_270717

misma esté adscrita, razón por la cual, de manera tajante el nombramiento a través del mérito pasa a ser un criterio innecesario para la designación¹⁷⁴.

4. Por su parte, el 23 de mayo de 2018, la Corte Constitucional mediante sentencia de Constitucionalidad C 046 de 2018, declara la constitucionalidad del artículo demandado y aduce que la provisión del cargo de gerente y/o director de la ESE mediante nombramiento de libre nombramiento y remoción por el Presidente, los gobernadores y alcaldes, no es violatoria del principio de mérito constitucional (Constitución Política, Artículo 125), y que el Legislador podría establecer que cargos corresponden a ésta naturaleza y que la norma objeto de demanda cumple con los requisitos para ese efecto.¹⁷⁵

Sin embargo, tal decisión resulta aún desconcertante por cuanto la misma reviste de un margen de subjetividad, que bien podría equiparse a la base del clientelismo burocrático.

5. Como quedó demostrado, muchas de las designaciones realizadas mediante libre nombramiento y remoción, han dejado de lado la búsqueda de idoneidad para el ejercicio de un cargo, y si bien, no se desconoce la capacidad nominadora de los jefes de entidades territoriales, esto es, alcaldes, gobernadores e incluso el Presidente de la República, si se considera oportuno que para aquellas entidades cuyos objetivos y misionalidad se

¹⁷⁴ Ver Ley 1797 de 2016. Artículo 20

¹⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 046 de 2018. “(...) que la provisión de dichos cargos mediante nombramiento por el presidente, los gobernadores y alcaldes y no mediante concurso de méritos, no viola el principio del mérito contenido en el artículo 125 de la Constitución, porque esta misma disposición autoriza a proveer cargos mediante el sistema de libre nombramiento y remoción como forma de acceso a la función pública. Por ello, la Corporación advirtió que el Legislador tiene margen de configuración para establecer cuáles cargos son de esa naturaleza y la norma demandada cumple los requisitos fijados por la jurisprudencia para ese efecto, dado que: (i) los cargos de gerente y director de ESE son de dirección, conducción y orientación institucional de la administración descentralizada explícitamente excluidos de la carrera administrativa por el artículo 5° de la Ley 909 de 2004; (ii) los empleos a los que hace referencia la norma acusada ocupan el nivel jerárquico en la estructura de la entidad que reviste las funciones de dirección; y (iii) el ejercicio de esos cargos exige confianza plena e implica decisiones políticas.”

encuentra enmarcada en la prestación de servicios esenciales, tales como la educación, salud, seguridad, entre otros, sean dirigidas por personas que cumplan criterios académicos y de experiencia que permitan cumplir con uno de los objetivos de la carrera administrativa, como es la eficacia y eficiencia de las entidades bajo los criterios de moralidad, lo cual, sin duda, es posible conseguirse a través del mérito.

6. No obstante, se hace necesario que se revalúe el concepto del mérito, así como que se propenda que la elección mediante esa modalidad se realice con probidad por parte de las instituciones a cargo, toda vez que lamentablemente, el país se encuentra azotado por el flagelo de la corrupción siendo eventos que le restan credibilidad a la elección por este medio, situación que fue expuesta en la Sentencia C-046 de 2018, al señalar que la eliminación del concurso de mérito en la elección de gerentes y/o directores de ESE busca evitar la corrupción que se estaba presentado al interior de los mismos; aun así, ¿vale la pena sacrificar el mérito en la elección de los directores de las Hospitales por un elección subjetiva de libre nombramiento y remoción que no garantiza la idoneidad de un posible aspirante al cargo?

7. Si bien no se puede desconocer que las instituciones necesitan de reformas estructurales, personal comprometido con los objetivos institucionales, capacitados académicamente y con experiencia, por más *palabras de cajón* que pueda parecer, se requiere de un cambio de pensamiento en cada uno, y buscar porque quienes ocupen cargos públicos propendan por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, por

ello, si bien es cierto que los cambios al interior de las instituciones deben ser estructurales, no es suficiente si sus funcionarios no cambian de mentalidad.

8. Los concursos de méritos como mecanismo de selección de personal constituyen un medio idóneo de selección, no obstante, dada los acontecimientos presentados al interior de los concursos, se hace necesario reevaluar su aplicación y esto, sin duda, incluye a quienes participan en el proceso. Es por ello por lo que, siendo la Comisión Nacional del Servicio Civil la Entidad *responsable de la administración y vigilancia de las carreras*¹⁷⁶ y un *órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público*¹⁷⁷ a quien corresponde adoptar las medidas para que las pruebas tendientes a valorar la idoneidad de los potenciales funcionarios sean efectivas, y que las instituciones acreditadas adquieran compromisos para aplicar los procedimientos de manera objetiva e imparcial.

9. Con todo lo anterior, resulta predecible concluir que se hace necesario aplicar el mérito, como mecanismo de elección no solo de gerentes y/o directores de Entidades Sociales del Estado, sino de todas aquellas entidades públicas cuya misionalidad este encaminada a la prestación de servicios y por ende, la materialización de derechos fundamentales prestacionales, tales como entidades de salud, educación, servicios públicos, entre otros, mediante un proceso de concurso objetivo e imparcial, donde las

¹⁷⁶ Ver Ley 909 de 2004. Artículo 7.

¹⁷⁷ Ibidem

instituciones encargadas ejecutarlos presenten garantías de transparencia, eficacia y probidad.

Referencias

Doctrinal

1. Orozco Africano, Julio Mario; “Caracterización del Mercado del Aseguramiento en Salud para el Régimen Contributivo en Colombia,” Capítulo 2. SBN-13: 978-84-691-4263-9Nº Registro: 08/52229,” 2006
2. León López, Víctor: “Seguridad Social: Desarrollo a través del Tiempo”
3. Quevedo, Emilio; Hernández, Mario; Miranda, Néstor; Mariño, Consuelo; Cárdenas, Hugo y Wiesner, Carolina. “La Salud en Colombia, Análisis Socio histórico”, 1990
4. Hernández Álvarez, Mario; “La fractura originaria en la organización de los servicios de la salud en Colombia 1910-1946”, Número 27, p. 7-26, 2000. ISSN electrónico 2256-5647. ISSN impreso 0120-2456
5. De Francisco, Adolfo: "El Doctor José Félix Merizalde Y La Medicina De Comienzos Del Siglo XIX En Santafé De Bogotá". Academia Colombiana De Historia. Vol. XLIV. Bogotá, 1997
6. Arroyave Zuluaga, Iván Darío, “Hospitales colombianos: Más de cien años de soledad”, ISSN 0124-4388, El Pulso, noviembre de 2004.
7. Vergara Mesa, Hernán Darío. “Principio del Mérito y Derechos Fundamentales: Elementos para el Diseño Institucional de un Sistema de Carrera Administrativa en la Perspectiva de los Derechos Fundamentales,” Editorial: Universidad de Antioquia. 2011, p. 116
8. Buitrago, Jorge. “Del Empleo Público. La Carrera Administrativa y sus Amenazas. Un Reto para la Democracia.” Bogotá, D.C. Edición Crear Estrategias. 2011, p. 61.

Normativa

1. Constitución Política de Colombia 1991, Gaceta Constitucional de 1991
2. Exposición de Motivos de la Constitución Política de 1991, Gacetas Asamblea Constituyente de 1991
3. Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, República de Colombia,” Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993
4. Ley 10 de 1990, “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones, República de Colombia,” Diario Oficial No. 39137 de enero 10 de 1990
5. Ley 60 de 1993. “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones,” Diario Oficial No. 40.987, de 12 de agosto de 1993
6. Ordenanza No. 44 expedida en Asamblea Departamental de Antioquia, sancionada por el Gobernador el 16 de diciembre de 1994, publicada en la Gaceta Departamental No. 12410 de diciembre 20 de 1994.
7. 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,” Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004
8. Decreto 785 de 2005, "Por el cual se ajusta la planta de personal administrativo de la Secretaría de Educación Distrital a lo dispuesto en el Decreto Ley 785 de 2005 y en el Acuerdo 199 de 2005," Registro Distrital 3507 de marzo 17 de 2006
9. Ley 1122 de 2007, “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones,” Diario Oficial No. 46.506 de 9 de enero de 2007

10. Resolución 165 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,” Diario Oficial No. 46.941 de 26 de marzo de 2008
11. Ley 1438 de 2011, “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones,” Diario Oficial No. 47.957 de 19 de enero de 2011.
12. Constitución Política de la República de Colombia de 1886.
13. Ley 30 de 1886. “Que crea Juntas de Higiene en la capital de la República y en las de los Departamentos o ciudades principales” Diario Oficial. Año XXII. No. 6839. 25 de octubre de 1886.
14. Ley 39 de 1969. “Por medio de la cual se establece el plan hospitalario nacional de construcción, dotación y operación de hospitales para el trienio 1970-1972, y se dictan otras disposiciones,” diario oficial. Año CVI. No. 32975. 23 de enero de 1970 Decreto 056 de 1975. “Por el cual se sustituye el Decreto-Ley número 654 de 1974 y se dictan otras disposiciones,” Diario Oficial No. 34260 de 19 de febrero de 1975
15. Decreto 1876 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,” Diario Oficial No. 41.480 de fecha 5 de agosto de 1994.
16. Ley 13 de 1984. "Por la cual se establecen normas que regulan la administración del personal civil y demás servidores que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional y se dictan disposiciones sobre el régimen de Carrera Administrativa," Diario Oficial No. 36588 de marzo 20 de 1984
17. Ley 489 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,” Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998.
18. Ley 344 de 1996. “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones,” Diario Oficial No. 42.951, de 31 de diciembre de 1996.

19. Decreto Reglamentario 739 de 1991, “Por el cual se reglamentan los artículos 21 y 22 de la Ley 10 de 1990,” Diario Oficial. Año. CXXVII. N° 39741. 15 de marzo de 1991.
20. Ley 1797 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,” Diario Oficial No. 50231 del 12 de mayo de 2017.
21. Decreto Reglamentario 1427 de 01 de septiembre de 2016 “Por medio del cual se reglamenta el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y se sustituyen las secciones 5 y 6 del Capítulo 8 del Título 3 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social,” Diario Oficial N° 49.983 de 01 de septiembre de 2016
22. Comisión Nacional del Servicio Civil, Resolución 2337 de 2015.
23. Comisión Nacional del Servicio Civil, Resolución 2684 de 2014.
24. Comisión Nacional del Servicio Civil, Resolución 2338 de 2014.
25. Comisión Nacional del Servicio Civil, Resolución 2683 de 2014.
26. Decreto Nacional 800 de 2008 “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007,” Diario Oficial N° 45.145 del 31 de marzo de 2003
27. Procuraduría General de la Nación, Circular Conjunta N° 004 de 10 de febrero de 2012, Concurso de méritos para la selección de los Gerentes o Directores de las Empresas sociales del Estado.
28. Ministerio de Salud y Protección Social, Decreto N° 052 de 2016, “Por el cual se reglamenta la reelección por evaluación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado,”
29. Superintendencia Nacional de Salud, Resolución 0845 de 1995, se expidió el certificado de funcionamiento de CAPRECOM, EICE como Entidad Promotora de Salud,
30. Superintendencia Nacional de Salud, Resolución 356 de 2006, admitió la solicitud de retiro voluntario y revocó la autorización para operar el Régimen Contributivo de CAPRECOM, EICE.
31. La Ley 1151 de 2007, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010,” Diario Oficial No. 46.700 de 25 de julio de 2007

32. Ley 1771 de 2015, “Por la cual se amplían las autorizaciones conferidas al Gobierno nacional para celebrar operaciones de crédito público externo e interno y operaciones asimiladas a las anteriores, así como para garantizar obligaciones de pago de otras entidades y se dictan disposiciones sobre emisión de Títulos de Tesorería TES Clase “B” con el fin de atender la eventual liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom), Diario Oficial No. 49.741 de 30 de diciembre de 2015
33. Acuerdo 09 de 29 de abril de 1980 “Por el cual se crea el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá” del Concejo de Bogotá D.C.
34. Decreto Reglamentario 1278 de 23 de julio 1980 “por el cual se reglamenta el Acuerdo No. 9 de 1980”
35. Acuerdo Distrital 18 de 1983, "Por el cual se transforma el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, D.E., creado por el Acuerdo 9 de 1980".
36. Acuerdo 28 de 4 de diciembre de 1992 “Por el cual se reestructura el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, D.C.”
37. Acuerdo Distrital 637 de 2016 “creado por el Acuerdo Distrital 9 de 1980 y reestructurado por el Acuerdo Distrital 28 de 1992”
38. Decreto Distrital 409 de 2016 “Por medio del cual se hace efectiva la supresión del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá. D.C., se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones”
39. Decreto Distrital 517 de 2017 “Por el cual se modifica el Decreto Distrital 409 de 2016 mediante el cual se hace efectiva la supresión del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, D.C., se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones”

Jurisprudencial

1. Tribunal Administrativo de Antioquia, Magistrado Ponente. Rafael Darío Restrepo Quijano. Ref. Expediente 05001233100019960152300. Autoridades Departamentales Actor: Luz Marina Gutiérrez Múnera y otro.
2. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso. Bogotá, D. C., dos (2) de diciembre de dos mil diez (2010). Ref. Expediente 199601523-01. Autoridades Departamentales. Actor: Luz Marina Gutiérrez Múnera y otro.
3. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Magistrados ponentes: doctores Carlos Medellín y Luis Carlos Sáchica, Sentencia número 89. Referencia: Expediente número 1081. Demandante: Benjamín Ochoa. Aprobada por Acta número 51 de 19 de septiembre de 1983. Bogotá, D. E., diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos ochenta y tres (1983).
4. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, seis (6) de abril de dos mil (2000), Radicación número: 1263.
5. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia C-181 de 2010.
6. Corte Constitucional, Expedientes Constitucional D-11782. Demandantes: Diana Fernanda Trujillo Chávez y Nixon Torres Carcano.
7. Corte Constitucional, Expediente Constitucional D-11797. Demandante: Sebastián Contreras Vargas.
8. Corte Constitucional, Magistrada sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia C-046 de 2018.
9. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, Sentencia C-195 de 1994.
10. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia T-016 de 2007.

11. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia T-016/07

Referencias Web

1. Gaceta 444 de 2014,
http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=444&v_anog=2014
2. Gaceta 720 de 2014,
http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=720&v_anog=2014
3. Gaceta 288 de 2015,
http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=288&v_anog=2015
4. Gaceta 674 de 2015, http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3
5. Gaceta 428 de 2016,
http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=428&v_anog=2016
6. Portafolio, “Contraloría pide medidas por crisis de Caprecom”
<http://www.portafolio.co/economia/finanzas/contraloria-pide-medidas-crisis-caprecom-29832>
7. Revista Semana Digital, “¿El 'carrusel' de los contratos en Caprecom?”
<https://www.semana.com/nacion/articulo/caprecom-denuncian-irregularidades-en-contratacion-giros/451066-3>
8. Revista Semana “El particular manual de contratación de Caprecom.”
<https://www.semana.com/nacion/articulo/caprecom-manual-permitio-contratacion-irregular/451107>
9. La otra cara, “Todo tiene pruebas”, le responde la Auditoría Forense a Caprecom,”
<http://laotracara.co/destacados/todo-tiene-pruebas-la-auditoria-forense-le-responde-a-caprecom/>
10. Entrevista a Luisa Fernanda Tovar Pulecio, <http://play.wradio.com.co/audio/2969486/>

11. Revista Semana Digital “¿A dónde irán los pacientes de Caprecom?”
<https://www.semana.com/nacion/articulo/caprecom-el-futuro-de-sus-afiliados-despues-de-la-liquidacion/445230-3>
12. Noticias RCN, “Crisis de Caprecom afecta a tres millones de usuarios en todo el país,”
<https://www.noticiarscn.com/nacional-pais/crisis-caprecom-afecta-tres-millones-usuarios-todo-el-pais>
13. Opinión & Salud, “Gremios hospitalarios alertan sobre consecuencias de liquidación de EPS,”
<https://www.opinionysalud.com/gremios-hospitalarios-alertan-sobre-consecuencias-de-liquidacion-de-eps/>
14. Portafolio, “Pretensiones contra Caprecom pasarían de \$ 4,7 billones,”
<http://www.portafolio.co/negocios/empresas/preensiones-caprecom-pasarian-billones-493213>
15. Caracol Radio, “Hospitales advierten consecuencias de liquidar Caprecom,”
http://caracol.com.co/radio/2015/02/05/regional/1423113180_619316.html
16. Ministerio de Salud, “Se pagan deudas por medio billón de pesos de Caprecom,”
<https://www.minsalud.gov.co/Paginas/MinSalud-cumple-con-el-Plan-de-Choque-III.aspx>
17. Portafolio, “Caprecom se liquidó y solo pagará el 41% de sus deudas,”
<http://www.portafolio.co/negocios/empresas/caprecom-se-liquidado-pero-no-pagara-todas-sus-deudas-503173>
18. Portafolios, “Pretensiones contra Caprecom pasarían de \$ 4,7 billones,”
<http://www.portafolio.co/negocios/empresas/preensiones-caprecom-pasarian-billones-493213>
19. Consultor Salud, “Liquidación de EPS Caprecom - Decreto 2519 de 2015,”
<http://www.consultorsalud.com/liquidacion-de-eps-caprecom-decreto-2519-de-2015>
20. El Espectador, “El Fondo de Vigilancia y sus contratos dudosos”
<https://www.elespectador.com/noticias/bogota/el-fondo-de-vigilancia-y-sus-contratos-dudosos-articulo-622981>
21. El Tiempo, “Escándalo por compra de motos eléctricas para la Policía en Bogotá,”
<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12574938>

22. El Espectador, “A la cárcel exdirector del Fondo de Vigilancia por compra de motos eléctricas,” <https://www.elespectador.com/noticias/bogota/carcel-exdirector-del-fondo-de-vigilancia-compra-de-mot-articulo-622924>
23. El Tiempo, “Crece el escándalo del Fondo de Vigilancia y la ETB por la línea 123,” <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16189102>
24. El Espectador, “El fondo de las denuncias” <https://www.elespectador.com/noticias/bogota/el-fondo-de-denuncias-articulo-416342>
25. Alcaldía de Bogotá, D.C., “Estudio Técnico” <http://www.gobiernobogota.gov.co/transparencia/informacion-interes/publicacion/estudios/estudio-tecnico-redisenoinstitucional-la>
26. El Tiempo, “Llegó tarde purga para el Fondo de Vigilancia y Seguridad,” <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16448645>
27. <https://www.definicionabc.com/derecho/probidad.php>
28. El Colombiano, “En Antioquia hay cinco hospitales en liquidación,” http://www.elcolombiano.com/historico/en_antioquia_hay_cinco_hospitales_en_liquidacion-BAEC_270717
29. Jácome Roca, Alfredo, “Síntesis histórica de la Medicina en Colombia,” <http://www.anmdecolombia.net/index.php/52-de-la-literatura/297-sintesis-historica-de-la-medicina-en-colombia>

Información Institucional

1. Contraloría General de la República. Informe de Auditoria. Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, vigencia 2013. CGR – CDSS N° 01. Fecha: mayo 2014.
2. Contraloría General de la República. Informe de Auditoria. Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, vigencia 2014. CGR – CDSS N° 24. Fecha: Julio de 2014.

3. Contraloría General de la República. Informe de Auditoría. Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, vigencia 2014. CGR – CDSS N° 03. Fecha: junio de 2016
4. Sistema de Gestión Documental del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, D.C. En Liquidación. “Fondo de Vigilancia y Seguridad. Reseña Institucional 1980 – 2016”
5. Contraloría de Bogotá, Informe de Auditoría de Desempeño. Código 057. Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá –FVS. En Liquidación. Período Auditado 2012-2015.
6. Contraloría de Bogotá, Informe de Auditoría de Desempeño. Código 049. Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá. Período Auditado 2014-2015.
7. Contraloría de Bogotá, Informe de Auditoría de Desempeño. Código 050. Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá. Período Auditado 2014-2015.
8. Contraloría de Bogotá, Informe de Auditoría de Desempeño. Código 204. Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá –FVS. En Liquidación. Período Auditado 01 de enero a 30 de septiembre de 2016.