

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

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00025-00 (0650-2008)

Actor: JAIME ARTURO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Conoce la Sala en única instancia la acción pública de nulidad instaurada por el ciudadano JAIME ARTURO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ contra el GOBIERNO NACIONAL - MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

ANTECEDENTES

En nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el señor JAIME ARTURO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ solicitó, con petición de suspensión provisional, la declaratoria de nulidad del artículo 10° y del inciso 2° del artículo 11 del Decreto No. 357 de 8 de febrero de 2008 *“Por medio del cual se reglamenta la evaluación y reelección de Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial”*, expedido por el Presidente de la República, con la firma del Ministro de la Protección Social y del Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

El demandante inicialmente indicó, que el Congreso expidió la Ley 1122 de 2007, con el objeto de introducir algunas modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y en el inciso 2° de su artículo 28, estableció la reelección de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado -E.S.E.-, por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador,

siempre y cuando cumplan con los indicadores de evaluación, conforme lo señala el reglamento o previo concurso de méritos. Esta disposición fue reglamentada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto No. 357 de 2008 en los artículos 10° y 11.

TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

Decreto No. 357 de 2008:

“Artículo 10. Retiro del servicio de los Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Una a vez en firme el resultado insatisfactorio de la evaluación ordinaria o extraordinaria, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, la Junta Directiva deberá solicitar al nominador, con carácter obligatorio para éste, la remoción del Gerente o Director aún sin terminar su período. La designación de un nuevo Gerente o Director, para el tiempo faltante conforme a los periodos institucionales, se realizará atendiendo lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 o la norma que la modifique, adicione o sustituya”.

“Artículo 11. Evaluación para reelección del Director o Gerente. Los Directores o 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 se haya realizado la evaluación correspondiente del plan de gestión conforme a lo señalado en el presente decreto y la misma haya sido satisfactoria.

Si los resultados de la evaluación son satisfactorios, la Junta Directiva, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la evaluación, podrá proponer al nominador la reelección del Director o Gerente. El jefe de la entidad territorial, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud podrá aceptar la reelección o negarla. En este último caso, deberá solicitar a la Junta Directiva que proceda con el concurso. (Inciso acusado).

Parágrafo transitorio. Si Durante los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto, se tramita la reelección de Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado que hayan sido objeto de convenios de desempeño suscritos entre las Entidades Territoriales y/o las Empresas Sociales del Estado y el Ministerio de la Protección Social, la Junta Directiva deberá previamente proceder a la evaluación de su gestión, teniendo como insumo las metas y compromisos establecidos en la matriz de condonabilidad que hace parte integral de dichos convenios en lo relacionado con la gestión de la empresa. Si los resultados de la evaluación son satisfactorios la Junta Directiva podrá proponer al nominador la reelección del Director o Gerente y este podrá aceptarla o negarla en los términos establecidos en el presente artículo”.

En sentir del actor dichas disposiciones transgreden el inciso 2° del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, que reza:

Artículo 28. De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado.

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por periodos constitucionales 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. Por o anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.

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

(...)”.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE SU VIOLACIÓN

Citó como normas violadas los artículos 189 numeral 11 de la Carta Política; 28 de la Ley 1122 de 2007; 158 del Código Contencioso Administrativo; y las Sentencias C-665 de 2000 y C-953 de 2007.

Argumentó, que con la expedición del Decreto No. 357 de 2008, el Presidente de la República se extralimitó en el ejercicio de sus funciones y se excedió en su facultad reglamentaria, habida cuenta que de conformidad con el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, únicamente le asistía competencia para reglamentar los indicadores de evaluación, a fin de que con ese procedimiento, los Directores o Gerentes de las E.S.E., pudieran ser sometidos a valoración por parte de las Juntas Directivas y así determinar su reelección.

En efecto, los artículos 10° y 11 del aludido Decreto fueron más allá, pues además, reglamentaron el retiro o remoción de los Directores o Gerentes, en el evento en el que sea insatisfactoria su evaluación y si es satisfactoria, le otorgó potestad a las Juntas Directivas para proponer o no su reelección, con el agravante de que si estas últimas aprueban la reelección, es facultativo del nominador aceptar o negar la misma.

Luego de transcribir apartes de las sentencias C-665 de 2000 y C-953 de 2007 indicó que: “A pesar de los pronunciamientos claros y contundentes por parte de la Corte Constitucional, en el sentido de que la facultad para remover o retirar del servicio a los Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, es competencia exclusiva del Congreso de la República, el Gobierno Nacional reproduce nuevamente la facultad de remoción de los directores o gerentes de la (sic) Empresas Sociales del Estado, en las normas acusadas, violando flagrantemente el artículo 158 del C.C.A. que prohíbe la reproducción de un acto anulado (...).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Ministerio de la Protección Social**, se opuso a las pretensiones del actor. Al efecto informó, que fue la Ley 1151 de 2007 en su artículo 32, la que estableció en relación con la remoción de los Directores o Gerentes, el Plan de Gestión como instrumento técnico de evaluación acogido por la Junta Directiva, que debe ser ejecutado durante el período para el cual fueron designados dichos servidores y que en caso de evaluación insatisfactoria, determina precisamente su remoción; lo anterior, sin que sea el Congreso de la República, como lo señala el demandante, quien directamente destituya a los Directores o Gerentes.

Y fue el Decreto No. 357 de 2008, el que al reglamentar los aspectos definidos por el Legislador, se limitó a hacerlos operativos, en las condiciones y bajo los lineamientos por él establecidos, definiendo la presentación del Plan de Gestión, su contenido, su adopción y la posibilidad de modificarlo, al igual que la presentación de los Informes de Gestión por parte del Director o Gerente para los fines de la evaluación periódica, las

evaluaciones ordinarias y extraordinarias y la remoción por evaluación insatisfactoria.

Entonces, el Decreto Reglamentario acusado, contempla una previsión contenida en el artículo 32 de la Ley 1151 de 2007, como es, el retiro de Directores o Gerentes por evaluación insatisfactoria; por manera que, no se trata de la reproducción de un acto administrativo ni de una falta de competencia por parte del Gobierno Nacional.

En lo que concierne a la evaluación de la gestión y sus consecuencias indicó, que cuando el actor señala, que el Gobierno Nacional únicamente tiene competencia para reglamentar los indicadores de evaluación de los Directores o Gerentes, ello conduce a que dichos indicadores no tengan efecto práctico alguno, salvo para el caso de su reelección, y no puede perderse de vista, que en lo que atañe a los fines que le son esenciales al Estado Social de Derecho, nada más acertado que contemplar la evaluación, como mecanismo a través del cual de manera objetiva se establece si los servidores cumplen con la labor encomendada. La previsión de dispositivos a través de los cuales se pueda medir y monitorear una gestión, implica correlativamente que exista un esquema de consecuencias, ya sean positivas o negativas para el evaluado, pues no basta con que acredite las condiciones, conocimiento y capacidades, sino que es necesario calificarlas respecto de su permanencia en el cargo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora guardó silencio en esta etapa procesal.

La parte demandada se limitó a transcribir los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante la Corporación, inicialmente indicó, que el inciso 2º del artículo 11 del Decreto No. 357 de 2008, goza de plena

presunción de legalidad, en tanto que reguló el procedimiento a seguir respecto de la calificación satisfactoria de la evaluación de Gerentes o Directores de las E.S.E., a fin de ejecutar lo establecido por el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, habiendo sido expedido por el Gobierno Nacional en uso de las facultades otorgadas por el numeral 11 del artículo 189 Superior. Dicho precepto de ninguna manera está abordando o arrogándose competencias o funciones que no le corresponden, por el contrario, está facilitando los medios y proporcionando los instrumentos para que la Junta Directiva de la Entidad, ejerza sus funciones como evaluadora y calificadora del Plan de Gestión que deben ejecutar los Directores o Gerentes de las E.S.E.

Referente al artículo 10° del Decreto acusado, que regula el retiro del servicio de los Directores o Gerentes y las consecuencias del resultado insatisfactorio de la evaluación a las que son sometidos indicó, que fue expedido con fundamento en lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 1151 de 2007 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”, norma que a su vez fue declarada inexecutable por inconstitucionalidad sobreviniente; con lo que desapareció del ordenamiento jurídico el fundamento de derecho de la disposición acusada y en ese orden, fenece la regulación dispuesta por la misma, motivo por el cual se debe declarar su nulidad.

CONSIDERACIONES

CUESTIÓN PRELIMINAR

El accionante solicita en la demanda la declaratoria de nulidad del artículo 10° y del inciso 2° del artículo 11 del Decreto No. 357 de 8 de febrero de 2008 *“Por medio del cual se reglamenta la evaluación y reelección de Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial”*, expedido por el Presidente de la República, con la firma del Ministro de la Protección Social y del Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Estima que las referidas disposiciones transgreden el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, por extralimitación en el ejercicio de la facultad de reglamentación, habida cuenta que al Presidente de la República sólo le asiste competencia para reglamentar los indicadores de evaluación y no obstante, estos preceptos reglamentan de igual manera, el retiro de esos servidores cuando el resultado es insatisfactorio y otorgan potestad a la Junta Directiva para proponer al nominador su reelección, además, atribuyen a este último la facultad para aceptar o negar la reelección cuando el resultado es satisfactorio; funciones que le corresponde establecer al Congreso de la República por medio de la ley.

Encuentra la Sala, que antes de adentrarse en el análisis de la *litis* planteada, ha de considerar inicialmente, si en este asunto tiene ocurrencia el fenómeno de la cosa juzgada.

La doctrina¹ ha sido unánime en señalar que la cosa juzgada es el efecto primordial de la sentencia, entendida dicha figura, como la situación de estabilidad que engendra el pronunciamiento o decisión, que no sólo permite actuar en consonancia con lo resuelto y ejecutarlo, sino que impide su ulterior discusión en sede judicial, que es lo que se denomina la “*excepción de cosa juzgada*”.

La cosa juzgada tiene efectos positivos, en cuanto atribuye un derecho e imposibilita que sobre el punto que se ha fallado se profiera nueva decisión y tiene efectos negativos, porque excluye que el mismo derecho pueda ser negado posteriormente.

Ahora, tratándose del contencioso objetivo de nulidad, el asunto se sitúa entre los extremos del mantenimiento del acto impugnado o su anulación; es decir, el juzgador se encuentra entre la alternativa, de rechazar las peticiones

¹Entre otros autores tanto extranjeros como nacionales que se han pronunciado acerca de esta figura jurídica se encuentran los profesores Vedel, Georges (1958). Derecho administrativo. Traducción de la sexta edición francesa. Biblioteca jurídica Aguilar. Riveró, Jean, (1984). Derecho administrativo. Traducción de la novena edición. Venezuela. Universidad Central. López Blanco, Hernán Fabio. (2007). Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Bogotá: Dupre Editores. Págs. 633 a 647.

de la demanda por no hallar fundados los motivos invocados al impetrar la nulidad, con lo que se confirma la validez del acto acusado o de anular total o parcialmente el acto.

En este orden, en el contencioso de nulidad, dos son las identidades procesales que en conjunto demarcan los límites de la cosa juzgada: una, el mismo objeto, es decir, la misma relación jurídica sobre la cual versa el derecho pretendido y otra, la misma *causa petendi*, vale decir, la misma razón de hecho que se enuncia en la demanda como fundamento de la pretensión.

Pues bien, en el proceso radicado No. 819-2010, la Sección Segunda de la Corporación, con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, profirió sentencia con fecha 23 de octubre de 2014, en la que se analizaron las pretensiones de nulidad que fueron planteadas, precisamente, en contra de los artículos 7°, 8°, 9°, **10° y 11 del Decreto No. 357 de 2008.**

En el referido fallo, se declararon ajustados a Derecho el artículo 7°, que norma lo concerniente al término de 15 días con el que cuenta la Junta Directiva para evaluar el cumplimiento del plan de gestión del Gerente de la E.S.E.; el artículo 8°, relativo a la evaluación ordinaria del plan de gestión de este servidor; y, el artículo 9°, que regula la evaluación extraordinaria de dicho plan.

La legalidad de estos preceptos se fundamentó en que son consecuentes con la directriz que trazó el Legislador en el artículo 32 de la Ley 1151 de 2007, en el sentido de asignar a las Juntas Directivas la función de definir y evaluar el plan de gestión de los Gerentes; con lo que hacen ejecutable la función asignada por la Ley a las Juntas, para examinar esos planes de gestión a través de los Acuerdos, que a su turno, se constituyen en garantía al debido proceso de los funcionarios calificados.

De igual manera en dicha decisión fue objeto de estudio **el artículo 10º**, que reguló el **retiro** de los Gerentes de las E.S.E., por parte de la Junta Directiva, cuando es insatisfactoria la evaluación de su plan de gestión. Esta norma dispuso:

“Artículo 10. Retiro del servicio de los Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Una a vez en firme el resultado insatisfactorio de la evaluación ordinaria o extraordinaria, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, la Junta Directiva deberá solicitar al nominador, con carácter obligatorio para éste, la remoción del Gerente o Director aún sin terminar su período. La designación de un nuevo Gerente o Director, para el tiempo faltante conforme a los periodos institucionales, se realizará atendiendo lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 o la norma que la modifique, adicione o sustituya”.

La Sala en la sentencia en mención, declaró la **nulidad** del anterior precepto, en consideración a que su tenor literal es reproducción exacta de la última parte del artículo 32 de la Ley 1151 de 2007, que a su vez, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-953 de 2007, en consideración a que impuso el retiro del Gerente de la E.S.E., como sanción de plano sin el respectivo debido proceso administrativo, con lo que por ende vulnera su debido proceso.

Ello sumado a que incurre en exceso de la facultad reglamentaria, pues el tema que regula es de **reserva legal**, porque el artículo 210 de la Carta Política dispuso expresamente, que le compete a la **Ley**, establecer para las entidades descentralizadas², su régimen jurídico y la **responsabilidad de sus** presidentes, directores o **Gerentes**.

El artículo 11, contempla la evaluación para efecto de la **reelección** del Gerente de la E.S.E., de la siguiente manera:

“Artículo 11. Evaluación para reelección del Director o Gerente. Los Directores o 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 se haya realizado la

² Precisamente, las **E.S.E.** en los términos del artículo 194 de la Ley 100 de 1993, que fue reglamentado por el Decreto 1876 de 1994, se constituyen dentro del sistema de salud, en una categoría especial de **entidad pública descentralizada**, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por el Legislador, las Asambleas o los Concejos, según el nivel territorial en el que operen, con el objeto de prestar de manera directa el servicio de salud como servicio público que corresponda proporcionar a la Nación o a las entidades territoriales.

evaluación correspondiente del plan de gestión conforme a lo señalado en el presente decreto y la misma haya sido satisfactoria.

Si los resultados de la evaluación son satisfactorios, la Junta Directiva, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la evaluación, podrá proponer al nominador la reelección del Director o Gerente. El jefe de la entidad territorial, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud podrá aceptar la reelección o negarla. En este último caso, deberá solicitar a la Junta Directiva que proceda con el concurso.

Parágrafo transitorio. Si Durante los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto, se tramita la reelección de Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado que hayan sido objeto de convenios de desempeño suscritos entre las Entidades Territoriales y/o las Empresas Sociales del Estado y el Ministerio de la Protección Social, la Junta Directiva deberá previamente proceder a la evaluación de su gestión, teniendo como insumo las metas y compromisos establecidos en la matriz de condonabilidad que hace parte integral de dichos convenios en lo relacionado con la gestión de la empresa. Si los resultados de la evaluación son satisfactorios la Junta Directiva podrá proponer al nominador la reelección del Director o Gerente y este podrá aceptarla o negarla en los términos establecidos en el presente artículo”.

En la decisión en comento, la Sala consideró sobre la legalidad de esta disposición, porque cuando regula la **reelección** del Gerente de la E.S.E., no hace otra cosa que reiterar y desarrollar lo dispuesto por la Ley 1122 de 2007, que en su artículo 28 indica, que cuando el Gerente cumpla con los indicadores de evaluación, la Junta Directiva puede proponer al nominador su reelección. Además, los términos que este artículo asigna para el trámite de la reelección, no hacen otra cosa que operativizar la orden de la Ley. Y, la decisión del nominador de aceptar o no la propuesta de la Junta Directiva de reelegir al Gerente, es una consecuencia lógica ante el cumplimiento de su plan de gestión.

A esta altura cabe resaltar, que en aquella oportunidad la inconformidad frente a esta norma, referida a que incurre en exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria cuando otorga potestad a las Juntas Directivas para proponer la reelección de los Directores o Gerentes³, es la misma que en

³ En efecto, dijo el actor “(...) la reglamentación demandada es una usurpación de funciones por el Gobierno Nacional ya que de ella se desprenden consecuencias jurídicas como la permanencia, remoción o **reelección del Gerente o Director** de las Empresas Sociales del Estado, (...)”.

este asunto se plantea, de manera que, se está ante la presencia de la cosa juzgada no solo formal sino además material.

Resulta entonces imprescindible para la Sala, transcribir los apartes pertinentes de la decisión que fue emitida por la Sección, en la que respecto a la nulidad del artículo 10° y la legalidad del artículo 11 del Decreto No. 357 de 2008, se consideró:

“El artículo 32 de la Ley 1151 de 2007 en su parte final, creó una causal de retiro del servicio para el Director o Gerente, generada por el resultado insatisfactorio de la evaluación ordinaria o extraordinaria, y conminó a la Junta Directiva a solicitar al nominador con carácter obligatorio para éste, la remoción de dicho funcionario.

Esta causal de retiro fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional como ya se dijo en un aserto precedente, porque esa disposición contenía una sanción de plano sin el correspondiente debido proceso administrativo; no obstante, observa la Sala que tal norma fue reproducida en el artículo 10° del Decreto 357 de 2008.

En efecto, allí se prevé la misma causal de retiro por resultado insatisfactorio de la evaluación ordinaria o extraordinaria del Gerente o Director así: “(...)” Transcribe el artículo 10.

La reproducción de la norma declarada inconstitucional es razón suficiente para anular esa disposición, no obstante, considera la Sala importante dejar en claro que hay razones adicionales para tomar esta decisión como se pasa a explicar.

Las causales de retiro del servicio, ingreso, permanencia y evaluación, hacen parte del régimen jurídico de los empleados en general y, por ende, de su estructura orgánica. Para el caso particular de la salud, la Carta Política ha dispuesto que la **ley** establecerá para las entidades descentralizadas su régimen jurídico y la responsabilidad de sus Presidentes, Directores o Gerentes, tal y como lo prescribe el artículo 210 ib.

“ARTICULO 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa. Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes”.

Es indefectible entonces, que el régimen de responsabilidades tiene reserva de ley, vale decir, que su competencia solo atañe al Legislador.

En el preciso tema de las conductas objeto de sanción, tanto en la sentencia C-953 de 2007 citada y en la C-665 de 2000⁴, la Corte Constitucional al hacer el estudio de exequibilidad del artículo 192 de la Ley 100 de 1993, dejó perfectamente definida la competencia con la

⁴ M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

siguiente afirmación:

“Desde luego, como acaba de decirse, es el legislador -y no el Gobierno- el llamado a tipificar las conductas objeto de sanción, lo que aparece claro en el artículo 29 de la Constitución. La adscripción de competencia al Ejecutivo para hacerlo, sin límite de tiempo y sin los requisitos del artículo 150, numeral 10, de la Constitución, además de vulnerar el principio de legalidad y el debido proceso, representa un inadmisibles traslado de funciones legislativas al Presidente de la República”.

Al prever el artículo 10° del Decreto 357 de 2008 una causal de retiro por valoración insatisfactoria de los Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, el Gobierno Nacional está creando una causal de exclusión del servicio, excediendo su facultad reglamentaria al ser éste, como ya se dijo, reserva legal. Debe resaltarse que en materia de reglamentación, la facultad del ejecutivo está sometida a los límites que le imponen la Constitución y la Ley, de contera, que esa potestad está condicionada a los principios, reglas y definiciones que ésta fije.

Las anteriores consideraciones dan lugar a declarar la nulidad del artículo 10° del Decreto 357 de 2008, tal y como se reflejará en la parte resolutive de esta providencia. (...)

Finalmente queda por analizar el artículo 11° y su parágrafo transitorio. Esta norma contiene la evaluación para la reelección del Director o Gerente, y, su desarrollo corresponde a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

Esta última norma legisló varios tópicos: 1. El periodo de los Gerentes que es por 4 años y le asignó un carácter institucional. 2. El nombramiento de los Gerentes que se hará por concurso de méritos y reguló el término para hacerlo. 3. La conformación de la terna como función de la Junta Directiva, la cual deberá realizarse de acuerdo a los parámetros indicados en la sentencia C-181 de 2010. 4. La reelección de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado 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. 5. Previó la vacancia absoluta del Gerente.

En el parágrafo transitorio previó diferentes eventualidades para unificar y finalizar los periodos de los Gerentes de las ESE Nacionales, Departamentales, Distritales o Municipales.

Particularmente el artículo 11 demandado, reitera que los Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, siempre y cuando se haya realizado la evaluación correspondiente al Plan de Gestión. Señala que si es satisfactoria, la Junta Directiva dentro de los 5 días hábiles siguientes a la evaluación, podrá proponer al nominador la reelección y éste dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, podrá aceptar la reelección o negarla. Si no la acepta, la Junta Directiva adelantará el concurso respectivo.

El parágrafo transitorio regula lo concerniente a la reelección de los Directores o Gerentes de las ESE's que hayan sido objeto de convenios de desempeño suscritos entre las Entidades Territoriales y/o las Empresas

Sociales del Estado y el Ministerio de la Protección Social, para que la Junta Directiva evalúe su gestión conforme a las metas y compromisos establecidos en la matriz de condonabilidad y reitera que si son satisfactorios, ese órgano directivo podrá proponer al nominador la reelección y éste podrá aceptarla o negarla en los términos establecidos en ese artículo.

Analizadas las dos disposiciones, la legal y la reglamentaria, encuentra la Sala que no hay un desborde del límite impuesto por la Ley 1122 de 2007 al Gobierno Nacional. El artículo 11 del Decreto 357 de 2008, asigna unos términos para el trámite de la reelección, que como ya dijimos homogenizan la operación y ordenan la gestión pertinente para garantizar los principios de la función administrativa en todos los órdenes territoriales. De otro lado, observa la Sala, que adicional a lo dispuesto en la referida ley, el Decreto deja expreso que al proponer la reelección del Director o Gerente al nominador, éste puede aceptarla o rechazarla.

Esta decisión del nominador puede inferirse de lo dispuesto por la ley así expresamente no lo diga, como sí lo hizo el Decreto demandado. En efecto, si la Junta Directiva propone⁵ la reelección al Jefe del ente Territorial cuando cumpla los indicadores de gestión, es lógico que éste tenga la opción de aceptarla o rechazarla. De interpretarse en forma contraria, la expresión no habría sido "...podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador", sino que habría sido imperativa o ni siquiera se habría contemplado tal posibilidad.

En ese orden de ideas, el artículo 11 del Decreto 357 de 2008, se encuentra ajustado a la ley y, por ende, se negará el cargo propuesto.

En resumen, de acuerdo al análisis realizado, se declarara la nulidad del artículo 10° del Decreto 357 de 2008 y se negarán las demás pretensiones".

Este orden de ideas, y como quiera que en el presente asunto se demandan las mismas disposiciones cuya legalidad ya fue analizada en forma suficiente por la Sección en la sentencia atrás transcrita, lo que se traduce en la identidad evidente en el objeto y en la *causa petendi*; es menester concluir, que ha operado el fenómeno de la cosa juzgada y por tanto, ordenará estarse a lo resuelto en ella.

⁵ Proponer: "La Real Academia Española da como definición "manifestar con razones algo para conocimiento de alguien, o para inducirle a adoptarlo"; "hacer una propuesta"; "recomendar o presentar a alguien para desempeñar un empleo, cargo, etc."; "en las escuelas, presentar los argumentos en pro y en contra de una cuestión".

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

F A L L A

ESTÉSE A LO RESUELTO en la sentencia de 23 de octubre de 2014, emitida en el proceso identificado con el radicado interno 819-2010 en la que se declaró la nulidad del artículo 10° y la legalidad del artículo 11 del Decreto No. 357 de 2008 *“Por medio del cual se reglamenta la evaluación y reelección de Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial”*, expedido por el Presidente de la República, con la firma del Ministro de la Protección Social y del Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

En firme esta sentencia archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Presidente de la Sección

CARMELO DARÍO PERDOMO CUÉTER

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

RADICADO: 650-08 (ESTESE A LO RESUELTO)

DEMANDANTE: JAIME ARTURO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ

DEMANDADO: NACIÓN – MIN. PROTECCIÓN SOCIAL

TEMA: NULIDAD del artículo 10 e inciso 2° del artículo 11 del Decreto No. 357 de 2008 *“Por medio del cual se reglamenta la evaluación y reelección de Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial”*.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN: Las disposiciones acusadas transgreden el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 por extralimitación en el ejercicio de la facultad de reglamentación, porque al Presidente de la República sólo le asiste competencia para reglamentar los indicadores de evaluación, sin embargo, en el artículo 10, reglamentó el retiro de los Gerentes de las E.S.E., por parte de la Junta Directiva, cuando es insatisfactoria la evaluación de su plan de gestión y en el artículo 11 contempló la evaluación para efecto de la reelección del Gerente de la E.S.E.

DECISIÓN: ESTÉSE A LO RESUELTO en la sentencia de 23 de octubre de 2014, proferida en el radicado interno No. 819-2010, Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en la que se declaró:

*La **nulidad del artículo 10**, porque su tenor literal es reproducción exacta de la última parte del artículo 32 de la Ley 1151 de 2007, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-953 de 2007, en consideración a que impuso el retiro del Gerente de la E.S.E., como sanción de plano, sin el respectivo debido proceso administrativo, con lo que vulnera su debido proceso. Sumado a que incurre en exceso de la facultad reglamentaria, pues el tema que regula es de reserva legal, porque el artículo 210 de la Carta Política dispuso expresamente, que le compete a la Ley, establecer para las entidades descentralizadas, su régimen jurídico y la responsabilidad de sus presidentes, directores o Gerentes.

*La **legalidad del artículo 11**, pues cuando regula la reelección del Gerente de la E.S.E., no hace otra cosa que reiterar y desarrollar lo dispuesto por la Ley 1122 de 2007, que en su artículo 28 indica, que cuando el Gerente cumpla con los indicadores de evaluación, la Junta Directiva puede proponer al nominador su reelección. Además, los términos que este artículo asigna para el trámite de la reelección, no hacen otra cosa que operativizar la orden de la Ley. Y, la decisión del nominador de aceptar o no la propuesta de la Junta Directiva de reelegir al Gerente, es una consecuencia lógica ante el cumplimiento de su plan de gestión.