

**ELECCIÓN DE GERENTE
EN EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO E.S.E.**

SANDRA XIMENA VARGAS MEZA

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
SAN JUAN DE PASTO
JUNIO DE 2008**

**ELECCIÓN DE GERENTE
EN EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO E.S.E.**

SANDRA XIMENA VARGAS MEZA

DIRECTOR DR.

FREDY MUÑOZ ACOSTA

**MONOGRAFIA DE GRADO PARA OPTAR AL TITULO DE ESPECIALISTA
EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
SAN JUAN DE PASTO**

JUNIO DE 2008

NOTA DE ACEPTACIÓN

APROBADO _____

DR. MARIO FERNANDO ORTEGA JURADO

DR. ROLANDO VICTOR GUERRERO TENGANAN

PASTO, SEPTIEMBRE 17 DE 2008

**LAS IDEAS Y CONCLUSIONES APORTADAS EN ESTE TRABAJO DE GRADO
SON RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE SU AUTOR**

**ARTICULO 1º DEL ACUERDO No. 324 DE OCTUBRE 11 DE 1966 EMANADO
DEL HONORABLE CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD DE NARIÑ**

RESUMEN

La evolución del sector de la salud de un sistema centralizado, planteado por la Ley 056 de 1975 al Sistema General de Seguridad Social en Salud mediante la ley 100 de 1993, provocó la transformación de los Hospitales Públicos en Empresas Sociales del Estado E.S.E.; caracterizadas por ser Instituciones públicas de salud del orden territorial, descentralizadas, con autonomía jurídica, administrativa y financiera. Fueron forzadas a comprometerse en la consecución de los recursos necesarios para su funcionamiento y con ello, a una transformación institucional reflejada en la elección de un responsable que garantice sus intereses.

Esta responsabilidad visualizó un Sistema de selección, nombramiento y régimen especial de salarios y estímulos que se aplicarían para la provisión de los cargos de Directores de hospitales públicos o Gerentes de las E.S.E. del nivel territorial, sin embargo, el conflicto surgido entre las figuras de la reelección y la prórroga del cargo, ocasionó confusiones y violaciones al proceso de selección objetiva de estos funcionarios, en su gran mayoría, ocasionadas por las juntas directivas de las entidades y aprovechando los vacíos normativos que frente al tema existen, este estado de cosas, obligó a que se tomaran correctivos que no terminan de remediar la situación presente.

Palabras clave: Empresa Social del Estado, Recursos, Gerentes, Directores, Nombramiento.

ABSTRACT

The evolution of the sector of the health of a system centralized, raised by the Law 056 of 1975 to the General System of National Health Service in Health by means of the law 100 of 1993, provoke the transformation of the Public Hospitals in Social Companies of the State S.C.S.; characterized for being public Institutions of health in territorial order, decentralized, with juridical autonomy, administrative and financial. They were forced to promise in the attainment of the resources necessary for his functioning and with it, to an institutional transformation reflected in the choice of a person in charge who guarantees their interests.

This responsibility visualize a System of selection, appointment and special regime of salary and stimuli that would apply to themselves for the provision of the Directors' charges of public hospitals or Managers of the E.S.E. of the territorial level, nevertheless, the conflict arisen between the figures of the reelection and the extension of the post, cause confusions and violations to the process of objective selection of these civil servants, in their great majority, caused by the boards of directors of the entities and taking advantage of the normative emptiness's that opposite to the topic exist, this state of affairs, force that were taking corrections that do not stop remedying the present situation.

Key words: Social Companies of the State, Resources, Directors, Appointment

TABLA DE CONTENIDO

	Pag.
INTRODUCCION	9
1. ANTECEDENTES QUE DIERON LUGAR A LA ELECCION DE GERENTES EN EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO E.S.E.	10
2. COMPILACIÓN NORMATIVA QUE DESARROLLA EL PROCESO DE ELECCIÓN DE GERENTES EN UNA E.S.E.	14
3. ASPECTOS RELEVANTES EN LA LEGISLACION QUE REGULAN LA SELECCIÓN DE GERENTES AL INTERIOR DE LAS E.S.E	27
4. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARA LA ELECCION DE GERENTE EN UNA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO	29
4.1 INVITACION PUBLICA – DECRETO 1892 DE 1994	30
4.1.1 Aspectos relevantes de este proceso	31
4.2 PROCESO PUBLICO ABIERTO - DECRETO 3344 DE 2003	32
4.2.1 Aspectos relevantes de este proceso.	33
4.3 CONCURSO DE MERITOS PUBLICO Y ABIERTO DECRETO 800 DE 2008	33
4.3.1 Aspectos relevantes de este proceso	34
5. INNOVACIONES DE LA LEY 1122 DE 2007 FRENTE A LOS PROCESOS DE SELECCIÓN Y DEMÁS NORMAS QUE LA ADICIONAN MODIFICAN O COMPLEMENTAN	36
CONCLUSIONES	50
BIBLIOGRAFÍA	52

GLOSARIO

- **Derogatoria:** en estricto sensu, se aplica a la abolición de una ley.
- **Descentralización:** Traspaso de competencias y servicios de la Administración central a corporaciones locales o regionales.
- **E.S.E.:** Empresa social del estado
- **Facultad nominadora:** capacidad de elección libre de la persona que se desempeñara en el cargo por parte del nominador.
- **Integración de terna:** acto de seleccionar a las personas aspirantes para el cargo en número de tres, de las cuales una llegara a ocuparlo.
- **Junta directiva:** máximo organismo con carácter desicional en una Empresa Social del Estado
- **Nominador:** Quien nombra a un persona para un empleo o comisión.
- **Periodo institucional:** tiempo en el cual se desempeñara el cargo, el cual es designado por la ley.
- **Prorroga:** Aplazamiento de la realización de una diligencia o de un acto por una razón determinada.
- **Reelección:** Hecho de volver a elegir.

INTRODUCCIÓN

La ley 100 de 1993, en su artículo 192 trajo consigo un especial y novedoso aspecto en el cual delega en los Alcaldes y Gobernadores de los diferentes municipios y departamentos de Colombia, la potestad de elegir a quienes asumirán la representación legal de las Empresas Sociales del Estado E.S.E, y en este sentido, se da lugar a un despliegue normativo específico que desarrolla y reglamenta esta facultad entregando directrices con base en las cuales se ha pretendido extender al sector salud, la aplicación de principios constitucionales como la moralidad, imparcialidad y publicidad encaminados a la transparencia de la gestión administrativa y con ella a una elección imparcial de sus funcionarios en procura de favorecer a la comunidad, respaldar el trabajo de los gerentes que han desempeñado de manera satisfactoria sus funciones ante una posible desviación de poder, mejorar las condiciones de igualdad entre los aspirantes y garantizar los derechos concursales de los mismos; limitando así la discrecionalidad y arbitrariedad para favorecimiento de intereses particulares de los dos principales organismos de poder en salud de cada localidad: por el municipio o departamento el alcalde - gobernador y por la ESE la junta directiva.

El presente proyecto se enmarca en una investigación normativa de especial interés en el campo administrativo de la salud, que compila las principales y más relevantes normas, leyes y textos expedidos en la legislación Colombiana durante diferentes vigencias a efectos de estructurar un criterio unificado y actualizado del modelo de selección de Gerentes en una Empresas Social del Estado E.S.E. y de la procedencia y aplicación de las diferentes situaciones jurídicas que rigen este proceso.

1. ANTECEDENTES QUE DIERON LUGAR A LA ELECCIÓN DE GERENTES EN EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO E.S.E.

La descentralización y modernización del Estado trae consigo de manera alterna una transformación político-administrativa en todos y cada uno de los sectores sobre los cuales el Gobierno ejerce su vigilancia y control y en especial en el Sector Salud, en el cual, con la expedición de la Ley 100 de 1993 se pasa del Sistema Nacional de Salud, Decreto – ley 056 de 1975, a un nuevo Sistema General de Seguridad Social en Salud, en donde como primera medida Los Hospitales Públicos que dependían de las transferencias y auxilios del Estado para garantizar su funcionamiento, empiezan su transformación en Empresas Sociales del Estado E.S.E. con grandes cambios en las áreas de Dirección y en los procesos administrativos y financieros, así como con presencia de gestión corporativa conformada por las juntas directivas, responsables conjuntamente con el Gerente o Director de dirigir la institución a efectos de posibilitar el desarrollo de la empresa, garantizar la prestación de los servicios con eficiencia y calidad y procurar además de su independencia, su auto control y sostenimiento.

EL Sistema Nacional de Salud de 1975 pretendió agrupar todas las instituciones que tuvieran como finalidad la atención en salud a la comunidad bajo un esquema centralizado, en donde desde el Ministerio de Salud de ese entonces se impartían políticas, diseñaban programas, se asignaban recursos y se aseguraba la administración central de los hospitales de todos los municipios.

En este esquema centralizado, poca o ninguna injerencia tenían las autoridades políticas y administrativas municipales en el desarrollo y la gestión de sus hospitales, todo venía organizado y decidido desde las instancias Nacionales y

Departamentales lo que llevó adicionalmente a que estas instituciones evolucionaran sin una propuesta de desarrollo gerencial.

Los antiguos hospitales públicos contaron con asignación y destinación de presupuestos que no obedecieron a la realidad de las instituciones, dichos presupuestos no respondían a procesos de costos institucionales, perfiles epidemiológicos en los departamentos, a una pirámide poblacional que registre potencialmente el número de habitantes a quienes debía prestarse los servicios, ni al mayor o menor volumen de atenciones realizadas, su financiación dependía únicamente de una distribución voluntaria de recursos dispuesta por el Gobierno Central misma que a su vez no contaba con estructuras sólidas ni conceptos de unificación que garantizaran ingresos estándar para su funcionamiento llevando la consecuencia de una inestabilidad y desequilibrio financiero.

Adicional a lo anterior, la capacidad de gestión y desarrollo empresarial de los hospitales públicos era muy pobre. La imposición de programas, métodos y modelos de atención por parte de los Servicios Seccionales de Salud y además la entrega de los recursos necesarios para su funcionamiento, no estimuló la necesidad de la gestión y la innovación de quienes al frente de estas instituciones realizaban la Coordinación de los Hospitales y no la Gerencia de los mismos.

Surge entonces la Ley 10 de 1990 y con ella, un nuevo proceso de descentralización y autonomía de las instituciones públicas de salud con intervención del estado, en el cual se conservo a la salud como un servicio público gratuito a cargo de nación en los diferentes niveles de complejidad dirigido a todos los habitantes del Territorio Nacional, de igual manera se entrega autonomía jurídica y administrativa a los hospitales y a las autoridades departamentales y municipales, en tanto se dispone la creación de Juntas Directivas al interior de las Instituciones hospitalarias y de fondos locales o seccionales de salud encargados del manejo y distribución de los recursos con destinación específica asignados

desde el nivel central así como los recaudados provenientes de diferentes fuentes de financiación, reservándose el derecho de regulación e intervención consagrado en la Constitución Política de 1883, Artículos 19 y 32.

Posteriormente y conservando la misma línea, nace La Ley 100 de 1993 por medio de la cual se ratifica este precepto descentralizador ordenado por demás en la nueva constitución de 1991 y se configura para las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud, la obligatoriedad de transformación en Empresas Sociales del Estado E.S.E., Instituciones públicas de salud del orden territorial, las cuales tienen la característica de ser entidades descentralizadas, con autonomía jurídica, administrativa y financiera.

Esta última característica obliga a las E.S.E. a ser garantes de la consecución de los recursos para su operación y funcionamiento con la venta de servicios, bajo un esquema de libre competencia, lo cual genera una trascendental transformación institucional, la elección responsable de un funcionario que represente sus intereses, gerente o director según el caso, además de la provisión efectiva y comprometida de un máximo órgano directivo cuya conformación debe provenir de una participación equilibrada entre los sectores: político-administrativo; profesional científico de la salud - comunidad; y productivos - comerciantes del municipio.

De igual manera y en consecuencia con las modificaciones ordenadas, la ley 100 de 1993¹ delega en el jefe de las respectivas entidades territoriales, la potestad de elegir y nombrar aquella persona que asumirá tras el cumplimiento de los

¹ La ley 100 de 1993 habla de la delegación para nombrar a los gerentes de las E.S.E. en el Artículo 192 cuando afirma *“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[...].”*

requisitos y exigencias normativas², el cargo de gerente en los diferentes hospitales públicos E.S.E, de cualquier nivel de complejidad que se encuentren ubicados en su localidad, definiéndose las condiciones de selección que debían observarse en el proceso de escogencia, las mismas que paulatinamente han sido desarrolladas y han sufrido variaciones significativas en aras de establecer límites jurídicos a la arbitrariedad y desviación de poder de los gobernantes que colisionan con los principios constitucionales reguladores de la función administrativa contemplados en el artículo 209³ de la carta política.

² La integración de la terna de la cual se escogerá el gerente de la E.S.E. se ha determinado desde la ley 10 de 1990, cuando a través del artículo 19 establece: Estructura administrativa básica de las entidades de salud. Las entidades públicas deberán tener una estructura administrativa básica, compuesta por: (...) 2. Un Director, el que hará las veces de Director científico el cual, para el ejercicio del cargo, cumplirá con los prerequisites en las profesiones de la salud y de la administración que señale el Ministerio.

³ El Artículo 209 de la Constitución Nacional determina que la función administrativa esta al servicio de los intereses generales y se desarrolla de acuerdo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

2. COMPILACIÓN NORMATIVA QUE DESARROLLA EL PROCESO DE ELECCION DE GERENTES EN UNA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO.

El artículo 305⁴ de la Constitución Política, le asigna a los Alcaldes o Gobernadores una facultad nominadora no condicionada respecto de los gerentes o directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del departamento, facultad nominadora que también ejerce sobre los gerentes de las empresa sociales del Estado, tal como lo previó el artículo 192 de la Ley 100 de 1993⁵ el mismo que nos remite al contenido de la ley 60 de 1993⁶

⁴ Artículo 305 C.P. Son atribuciones del gobernador: (...) 5. Nombrar y remover libremente a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del departamento. Los representantes del departamento en las juntas directivas de tales organismos y los directores o gerentes de los mismos son agentes del gobernador. (...)

⁵ Artículo 192, Ibid. Pg. 10

⁶ La ley 60 de 1993, establece en su Art 2o. las competencias de los Municipios a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales, en cuanto al sector salud ha establecido en el numeral 2 las siguientes disposiciones; conforme al artículo 49 de la Constitución Política dirigir el Sistema Local de Salud, ejercer las funciones establecidas en el Artículo 12o de la Ley 10 de 1990, realizar las acciones de fomento de la salud, prevención de la enfermedad, asegurar y financiar la prestación de los servicios de tratamiento y rehabilitación del primer nivel de atención de la salud de la comunidad, directamente a través de sus dependencias o entidades descentralizadas, de conformidad con los artículos 4o y 6o de la misma ley; o a través de contratos con entidades públicas, comunitarias o privadas, según lo dispuesto en el artículo 365o de la Constitución Política, la ley 10 de 1990 y las disposiciones reglamentarias sobre la materia.

b) En desarrollo del principio de complementariedad de que trata el Artículo 3o. literal e) de la Ley 10 de 1990, los municipios pueden prestar servicios correspondientes al segundo y tercer nivel de atención en salud, siempre y cuando su capacidad científica, tecnológica, financiera y administrativa se lo permita, y garanticen debidamente la prestación de los servicios y las acciones de salud que le corresponden, previo acuerdo con el respectivo departamento. La prestación de estos servicios públicos de salud, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará en forma autónoma por los municipios determinados por los departamentos conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la presente Ley, caso en el cual tanto la planta de personal como las instituciones, tendrán carácter municipal.

c) Financiar la dotación, construcción, ampliación, remodelación y el mantenimiento integral de las instituciones de prestación de servicios a cargo del municipio; las inversiones en dotación básica, la construcción y mantenimiento integral de los centros de bienestar del anciano; para todo lo cual deberán concurrir los departamentos.

por medio de la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias y distribución de recursos públicos.

No obstante, el párrafo primero del mandato legal citado, Artículo 192⁷ de la Ley 100, difiere la entrada en rigor de esta disposición hasta el 31 de marzo del año 1995 con el fin de promover durante este periodo las especificidades que garantizarían una acertada y adecuada interpretación normativa a la luz de los principios de transparencia, moralidad, imparcialidad y publicidad así como el acatamiento a los criterios de discrecionalidad, racionalidad y proporcionalidad en la toma de decisiones predicadas por la Honorable Corte Constitucional.

Bajo estos términos, fue entonces como en el año inmediatamente siguiente a la expedición de la Ley que creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia, el cual en virtud del Decreto reglamentario 1892 de 1994 se estableció el Sistema de selección, nombramiento y el Régimen especial de salarios y estímulos que se aplicarían para la provisión de los cargos de Directores de hospitales públicos o gerentes de Empresas Sociales del Estado E.S.E. del nivel territorial, determinándose en el contenido del artículo 2⁸ del mencionado decreto, que los que los directores o gerentes serían empleados públicos, que su nombramiento se extendería para un periodo de tres (3) años y que el mismo podía ser susceptible de prórroga, conceptos que se ratificaron posteriormente con el decreto 139⁹ de 1996 con la salvedad que en esta ultima disposición normativa

⁷ Artículo 192, Ibid. Pg. 10

⁸ El Artículo 2o. del Decreto 1892 de 1994 define la naturaleza del cargo de director de hospital publico o gerente de empresa social de salud, establece de forma clara que los Directores de Hospitales Públicos o Gerentes de las Empresas Sociales de Salud a los que se refiere este Decreto son Empleados Públicos nombrados para un período de tres (3) años, prorrogable, de dedicación exclusiva y disponibilidad permanente para ejercer funciones de dirección, planeación, evaluación y control en la administración y gestión de una institución hospitalaria.

⁹ De la misma manera, el Artículo 2º del Decreto 139 de 1996 establece acerca de la naturaleza del cargo de gerente o director que los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado y los Directores de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Públicas a que se refiere el mentado decreto, son empleados públicos de período fijo, nombrados por el Jefe de la Entidad Territorial respectiva, para un período mínimo de tres (3) años, prorrogables, de terna que presente la junta directiva del Organismo o Entidad, de acuerdo con lo

califica el periodo de elección como fijo y adiciona que el mismo será mínimo de tres años prorrogables.

Gracias a la reglamentación mencionada, muchos aspectos que en principio no contaban con soportes normativos ni procesos funcionales de aplicación general, fueron resueltos y unificados como ocurrió con los requisitos y perfiles para desempeño del cargo según los diferentes niveles de complejidad de las instituciones hospitalarias así como a las categorías de las localidades en las que se encontraban operando, funciones del gerente, régimen salarial aplicable, causales de remoción, inhabilidades e incompatibilidades y el proceso de selección y nombramiento entre otros; sin embargo, el desarrollo normativo propuesto omitió directrices frente a la consagración de un procedimiento específico para efectuar la prórroga a la cual hacía referencia, situación que generó la intervención e interpretación del Consejo de Estado a efectos de dar claridad a la aplicación de esta figura administrativa.

En uno de los apartes de la Sentencia No 3255 del 15 de julio de 2004, El Consejo de Estado, Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, señaló frente al tema:

“ (...) Los artículos 192 de la Ley 100 de 1993 y 10 del Decreto 1892 de 1994 consagran dos mecanismos para designar al director de hospital público, a saber: i) El nombramiento precedido por la integración de una terna y ii) La prórroga del período del actual director, esta última precedida de la postulación de la junta directiva del hospital público.

dispuesto sobre el particular por la Ley 10 de 1990, para ejercer funciones de dirección, planeación, evaluación y control en la administración y gestión de una Institución Prestadora de Servicios de Salud, de naturaleza jurídica pública y de las empresas sociales del Estado

Puede verse entonces, que en los dos sistemas de designación es indispensable cumplir con las etapas de postulación y nombramiento, pues a la junta directiva corresponde, de un lado, integrar la terna y, de otro, proponer la prórroga del período y, en los dos casos, al jefe de la respectiva entidad territorial corresponde nombrarlo.

Con todo, la demandante considera que aún en los casos de prórroga del período del director de los Hospitales Públicos se requiere adelantar el proceso de selección e integración de la terna por parte de la junta directiva de la respectiva empresa. Sin embargo, esa tesis no puede aceptarse porque al hacerlo confundiría los conceptos de prórroga y reelección del director.

En efecto, el sentido usual de los términos evidencia su diferencia: prórroga es el “plazo por el cual se continúa una cosa” y reelección es “la acción y efecto de reelegir”, esto es, “volver a elegir”. En consecuencia, si la ley autoriza la ampliación del período para el que fue elegido un servidor público resultaría un contrasentido sostener que esa extensión estaría sometida a un nuevo proceso de elección. De hecho, si el legislador hubiese limitado el nombramiento del director de las empresas sociales del Estado a la previa e indispensable exigencia de una terna no se hubiese referido a la prórroga del período sino a la reelección del actual gerente.(...)

En tal virtud, resulta claro que aunque si bien es cierto la junta directiva del Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta no conformó la

terna para que el Gobernador de Norte de Santander escogiera y nombrara su Director, no lo es menos que sí postulo a quien desempeñaba el cargo para que su período fuera prorrogado, tal y como lo disponen los artículos 192 de la Ley 100 de 1993 y 10 del Decreto 1892 de 1995. Por consiguiente, esa designación resultó ajustada a esas disposiciones (...)

Ante la carencia normativa referenciada, la oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social emitió su pronunciamiento en relación con la prórroga del periodo de los Gerentes, la cual no contaba con reglamentación, considerando que para la realización de este tipo de procedimientos debían existir instrucciones estatutarias previas, o acuerdos adicionales ordinarios o extraordinarios expedidos por la junta directiva de la institución hospitalaria en los cuales se expongan los pormenores que convalidarán este tipo de solicitudes así como la necesidad de acatar el trámite de postulación ante el jefe del ente territorial como nominador.

Entonces, la junta directiva de la empresa social del Estado debía reglamentar mediante acuerdo el procedimiento para efectuar la prórroga del gerente de la institución, no significando lo anterior que a falta de reglamentación, la prórroga no pudiera efectuarse, pues si bien lo ideal era que la junta directiva tuviera claro de forma anticipada como iba a desarrollar o a efectuar la prórroga del gerente de la ESE, el que no lo hubiera hecho no podía privarla de hacer uso de su potestad legal de proponer la aplicación de esta figura jurídica en respaldo de quien habría venido ejerciendo adecuada, oportuna y satisfactoriamente sus funciones gerenciales.

De esta forma, se tendría que si la junta directiva de la ESE no reglamentaba la prórroga del gerente de la institución, la decisión final sobre prorrogarle o no el

período, previa propuesta de la junta directiva, radicaría de manera exclusiva en cabeza del nominador, en uso de su facultad discrecional no condicionada; mas si la institución reglamentaba claramente el proceso de prórroga del gerente de la E.S.E., de modo tal que se hubiera consagrado la obligatoriedad de que el jefe del ente territorial prorrogara su período, previa solicitud de la junta directiva, el Gobernador o Alcalde debía dar cumplimiento a lo decidido por la junta directiva, siempre que esa decisión haya sido adoptada teniendo en cuenta el quórum decisorio o deliberatorio establecido por la junta directiva de la institución¹⁰.

De acuerdo a lo anterior, se entiende que la prórroga, es el mecanismo que permite garantizar la continuidad del gerente de una E.S.E. en su cargo directivo sin necesidad de ser sometido a un nuevo proceso de conformación de terna, que en estricto sentido, debe producirse por el mismo término inicial al que la genera, es decir 3 años, ya que ni el artículo 192 de la Ley 100 de 1993¹¹ ni el artículo 2 del Decreto 139 de 1996¹² consagró que este período pudiera ser inferior o superior al inicial, que toda prórroga incluida la del período de un gerente de una E.S.E. debe tramitarse, surtirse y aprobarse encontrándose vigente el periodo que pretende prorrogarse, pues hacerlo una vez este se encuentre vencido, equivaldría a reelegirlo, situación administrativa que se encuentra sujeta a un trámite diferente al asignado para la prórroga y que solo fue regulada hasta el año 2003 con el Decreto 3344¹³ y la Resolución 793¹⁴ del mismo año expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, bajo el proceso de mérito.

¹⁰ El quórum decisorio y deliberatorio que debía tenerse en cuenta para efectos de resolver la prórroga del gerente de una ESE, es el establecido o reglamentado por la junta directiva en sus estatutos y a falta de este, debía estarse a la norma general en materia de quórum, es decir a la mitad mas uno de los integrantes, tal como lo prevé el Consejo de Estado, Sentencia No 11001 – 03 – 28 – 000 – 2003 – 0010010 (3115 – 3116) del 2003.

¹¹ Ley 100 de 1993 Artículo 192, Ibid. Pg. 10

¹² Decreto 139 de 1996, Artículo 2, Ibid Pág.14

¹³ Frente al proceso que se estableció para llevar a cabo la designación del gerente o director de las Empresas Sociales del Estado, E.S.E. puede revisarse en completitud el decreto, el cual aclara la oportunidad y manera de realizar el mencionado proceso

En términos generales, el sustento legal para efectuar la prórroga del gerente de una E.S.E., si bien no fue desarrollado específicamente, se encontraba tácitamente contenido en el artículo 192 de la Ley 100 de 1993¹⁵, el artículo 10 del Decreto 1892 de 1994¹⁶, y en el artículo 2 del Decreto 139 de 1996¹⁷, necesitando además para su aplicación de los acuerdos que fijaran el procedimiento para efectuar la prórroga en comento, debidamente expedidos por la junta directiva de la empresa social del Estado.

De igual manera y con anterioridad de la entrada en vigencia del artículo 192 de la Ley 100 de 1993 el cual como ya se menciona, se encontraba temporalmente aplazado según lo disponía su parágrafo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 439 de 1995 y con éste aun antes de que los mismos entraran a operar, deroga a través de su artículo 15¹⁸, los procedimientos de invitación a participar y de selección de los gerentes o directores de las E.S.E., que anteriormente se habían reglamentado en los artículos octavo¹⁹ y noveno²⁰ del Decreto 1892 de 1994,

¹⁴ La Resolución 793 de 2003 instituyó 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, bajo el sistema de mérito, los principios rectores que se tendrán en cuenta son los criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del cargo, estos procesos de selección deberán comprender la aplicación de pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo.

¹⁵ Artículo 192 Ley 100 de 1993, *Ibíd.* Pg. 11

¹⁶ El Decreto 1892 de 1994, en su Artículo 10 establece respecto al nombramiento y posesión del Director de Hospital Público o Gerente de Empresa Social de Salud, que será nombrado por jefe de la respectiva entidad territorial de la terna que la Junta Directiva le haya remitido. El aspirante seleccionado tomará posesión ante el nominador o su delegado, en los términos y condiciones de la normatividad vigente.

¹⁷ Decreto 139 de 1996, Artículo 2, *Ibíd.* Pág. 14

¹⁸ Decreto 439 de 1995, Artículo 15. Este decreto rige a partir de la fecha de su publicación; modifica en lo pertinente los artículos 13 y 14 del Decreto 1892 de 1994 y el artículo 3o. del Decreto 1921 de 1994; deroga las disposiciones que le sea contrarias en especial los artículos 3, 4, 5, 6, 8 y 9 del Decreto 1892 de 1994 y surte efectos fiscales a partir del 1o. De enero de 1995.

¹⁹ Decreto 1892 de 1995, Artículo 8o. DE LA INVITACION A PARTICIPAR. Para la provisión de los empleos de Director de Hospital Público o Gerente de empresa Social de Salud, la Junta Directiva de la respectiva entidad invitará a través de los medios de comunicación escrita de amplia circulación nacional, a los interesados en ocupar estos cargos. Esta invitación pública debe contener la información completa sobre los requisitos, funciones del cargo, asignación básica y perfil de los aspirantes.

motivo por el cual para aquella época era jurídicamente viable que en algunas convocatorias a director o gerente de hospital se incluyera automáticamente el nombre de quien venía desempeñando el cargo, en lo que se denominaba "completar terna".

Ahora bien, agrupada la legislación base que para esta vigencia regia todos los procedimientos selectivos de gerencia o dirección de una ESE, empiezan a surgir discrepancias de interpretación y vacíos normativos que conllevan de manera implícita a desigualdad, favorecimiento y arbitrariedad para algunos aspirantes, en tanto, con la derogatoria de los procedimientos de invitación a participar y de selección, así como la potestad de completar la terna con el funcionario que se encontrara desempeñando el cargo, se ampliaron tácitamente las facultades de discrecionalidad con la que contaba la junta Directiva para la conformación de la terna y por ende, la discrecionalidad del Alcalde – Gobernador para la posterior elección.

PARAGRAFO 1o. La invitación de que trata el presente artículo deberá realizarse por primera vez durante el mes de enero de 1995, en todas las entidades a las cuales se aplica el presente Decreto.

PARAGRAFO 2o. Los actuales Directores de entidades hospitalarias participarán en igualdad de condiciones a los demás aspirantes en el proceso de selección de que trata este capítulo.

²⁰ Decreto 1892 de 1995, Artículo 9o. DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCION. La Junta Directiva del hospital o empresa conformará una Comisión Especial integrada por un miembro de la Junta Directiva; por un representante de la Comisión Seccional del Servicio Civil, por el gerente regional de la Escuela Superior de Administración Pública, ESA, o su delegado, por un representante de la Dirección Departamental de Salud y por un representante de los empleados de la entidad, elegido por ellos mismos según reglamento que expida la Junta Directiva.

La Comisión Especial tendrá la función de coordinar el proceso de selección del director o gerente respectivo. La comisión seleccionará un mínimo de tres (3) pruebas opcionales a aplicar, tales como de conocimientos generales, examen específico sobre Seguridad Social, Salud y Gerencia, escritos especializados o ensayos, pruebas de destreza administrativa y entrevista personal o pruebas psicológicas de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio de salud.

La evaluación y ponderación de las pruebas aplicadas estará a cargo de la misma Comisión, y como resultado de ellos conformará la terna que la Junta Directiva remitirá al Jefe de cada entidad territorial.

PARAGRAFO 1o. Para efectos de realizar los procesos técnicos de esta selección, se podrá contratar los servicios de entidades públicas o privadas de reconocida idoneidad, si así lo considera la Junta Directiva.

PARAGRAFO 2o. Este proceso de selección se aplicará para los Directores de Hospital o Gerentes de Empresa Social de Salud que sean nombrados a partir del 31 de marzo de 1995.

Por esta razón y en respuesta a las situaciones referenciadas, transcurridos 10 años de sancionada la Ley 100 en Colombia, el Gobierno Nacional tras frecuentes reclamaciones, decidió reglamentar parcialmente el artículo 192 ibídem y en consecuencia expidió el Decreto 3344²¹ del 20 de Noviembre de 2003, norma en la cual se corroboraron las facultades de preselección de la Junta Directiva de las E.S.E. u Hospitales, en tanto para suplir el cargo de mayor jerarquía institucional en estos estamentos, sea el de gerente o director, este organismo administrativo debía conformar una terna de candidatos la cual posteriormente presentaría al Jefe de la respectiva entidad territorial para que finalmente se surta la elección y nombramiento, con la novedad de que esta reglamentación exigía como requisito previo a la escogencia de aquellas personas que integrarían la terna, la realización de un proceso público abierto bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad de acuerdo con el Artículo 2²² del Decreto en mención

De igual manera, y con el propósito de viabilizar la aplicación efectiva de esta disposición, el mismo decreto que exige la realización del proceso publico abierto de selección en armonía con su contenido, prevé en el mencionado articulo 2º, la obligación de las entidades, sea Hospital o E.S.E., de celebrar convenios de cooperación ó contratación con universidades públicas o privadas u otras entidades expertas en la selección de personal, para adelantar y determinar a través de estas, diferentes tipos y modalidades de evaluación a aplicarse a cada uno de los concursantes que aspiren a ser incluidos en la terna, lo cual incluye la

²¹ Decreto 3344 de 2003 ibídem Pág. 18

²² El Decreto 3344 de 2003 establece en el Artículo 2º que la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial determinará los trámites pertinentes para la realización del proceso público abierto, el cual deberá efectuarse por la entidad con universidades públicas o privadas, con entidades expertas en selección de personal, o a través de convenios de cooperación. Dicho proceso de integración de la lista de candidatos para la conformación de la terna tendrá en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del cargo y, por lo menos, deberá comprender la aplicación de pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo. En todo caso, quien asuma el proceso deberá garantizar el cumplimiento de los criterios aquí señalados.

realización de pruebas cognoscitivas y de conocimientos, así como la valoración de experiencia, aptitudes e idoneidad, entre otras.

En términos generales, la pretensión normativa, se encamina a garantizar una participación abierta y accesible a toda la ciudadanía que cumpliera con los requisitos de ley para ponderar su nombre como aspirante a una gerencia con el respaldo de que serían las pruebas realizadas por entidades competentes las que generarían previa fijación de criterios, los puntajes otorgados a cada uno de los ítem que se hubieran preseleccionado como factores de calificación, permitiendo obtener un resultado final dentro del proceso de selección, el cual acatando la sana crítica sería el soporte fundamental para la posterior integración de la terna, en la que por equidad y justicia se debía vincular a las personas que hubieran obtenido los mejores puntajes.

En este sentido, La Corte Constitucional a través de la Sala Primera de Revisión de Tutela, por medio del fallo del 17 de marzo de 2005, Sentencia T- 268 M.P. Dr. Jaime Araujo Renteria, ante las pretensiones de declarar el derecho a la igualdad y el respeto por el debido proceso, determinó la habilitación jurídica que ostenta la Administración para acogerse integralmente a las reglas de los procesos de selección por méritos, siempre y cuando, la Entidad Pública lo haya previsto de esta manera o así se encuentre reglamentado.

El referido fallo se estableció que

"...si la Administración decide realizar un proceso de selección por méritos para proveer éstos cargos, en virtud del derecho al debido proceso administrativo y al principio de buena fe, tal procedimiento vincula a la Administración, dentro del marco que por ella haya sido establecido"

En clara referencia a las Sentencias T-484 de 2004 M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis y T-422 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, continuó diciendo

" ... En efecto, aún para aquellos casos en los cuales la administración dispone una selección por méritos para proveer un cargo que no es de carrera, la Corte ha considerado que debe nombrarse a quien demostró tenía mayores méritos, si se puede establecer que la política de la administración consistía en nombrar a quien obtuviera el mayor puntaje en tal proceso";

Por lo que al administrar justicia imperiosamente concluye que todos los integrantes de la terna tenían que haber pasado por una serie de pruebas y cumplido previamente con los requisitos que demostrarán su idoneidad para ocupar el cargo, pues el aceptar una terna en donde uno de los integrantes sea diferente a los demás, favorecía injustificadamente a una persona determinada y vulneraría el procedimiento que la misma Administración había señalado.

En el texto transcrito, la Corte termina analizando que

"... la injustificada preferencia se hace aún más patente cuando discrecionalmente la Alcaldía nombra a la persona que no cumple con los requisitos y que por tanto no se encuentra en un mismo plano de igualdad con los otros dos miembros, y no ha sido incluida en la terna bajo igual trato".

Atrás quedan las aspiraciones de completar la terna, como anteriormente se venía haciendo, esto es accediendo a su integración a través de la prórroga del período que actualmente desempeñaba el funcionario directivo sin la presentación de

exámenes de aptitud, pruebas psicotécnicas, de conocimiento, y demás evaluaciones previas realizadas por los otros aspirantes, toda vez que la idea de seleccionar sólo a dos candidatos adicionales al que se encuentra en ejercicio actualmente, constituía una fórmula no reglamentaria que vulnera los principios constitucionales fundados en los Artículos 13²³ y 29²⁴ que inspiran la función pública, y específicamente, por ésta vía se desobedecía el preciso procedimiento fijado por el Decreto 3344 de 2003²⁵ en el cual se legisló por la conformación de la lista de candidatos con un procedimiento uniforme para todos y cada uno de los aspirantes que incluya sus nombres, su identificación y los resultados individualmente obtenidos en cada una de las pruebas, respetando los procedimientos de selección objetiva, igualdad y transparencia y sin que exista candidato que haya estado exento de presentar los respectivos exámenes ó que no los haya presentado aduciendo el desempeño actual del cargo en condición de prórroga del período.

Caso diferente ocurre cuando el Gerente o Director de una E.S.E. que en la actualidad desempeña el cargo, es ENCARGADO provisionalmente una vez finalizado su periodo para continuar ejerciendo sus actividades de manera temporal, lo cual no obsta para que la Junta Directiva de la institución hospitalaria realice las gestiones tendientes a contratar o celebrar el convenio previsto por la normatividad específica vigente²⁶, a efecto de realizar el proceso público abierto

²³ El Artículo 13 de la Constitución de 1991 afirma: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

²⁴ El Artículo 29 de la Constitución de 1991 afirma: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (...).

²⁵ Decreto 3344 de 2003 Op. Cit Pág. 18

²⁶ Como ya se comento, el Decreto 3344 de 2003 establece en el Artículo 2º que la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial llevara a cabo los procedimientos necesarios para llevar a

de selección para la conformación de la lista de que trata el Decreto Nacional No. 3344 de 2003, sin que en ningún momento con esta decisión administrativa se esté redimiendo al funcionario de la presentación de las pruebas y demás exámenes previos por encontrarse ejerciendo el cargo, ni tampoco habilitando a la Junta ni a la Administración para que implícitamente acepte un favorecimiento a quien viene desempeñando estas funciones, ni mucho menos su inclusión automática en la integración de la terna para optar al cargo de Gerente.

Así las cosas después de los análisis realizados, queda claro que la integración de una terna para designar el gerente o director de un Hospital previo proceso selectivo, es jurídicamente compatible con la decisión de prorrogar el período del Gerente que actualmente viene desempeñando el cargo²⁷ así como con la alternativa de encargarlo provisionalmente hasta tanto se lleve a cabo el concurso.

3. ASPECTOS RELEVANTES EN LA LEGISLACION QUE REGULAN LA SELECCIÓN DE GERENTES AL INTERIOR DE LAS E.S.E.

cabo, por proceso abierto, la elección del gerente de la E.S.E por medio de universidades públicas o privadas, con entidades expertas en selección de personal, o a través de convenios de cooperación.

²⁷ La normatividad que regula lo mencionado se encuentra dada por el Artículo 192 de la Ley 100 de 1993, el Artículo 10 del Decreto 1892 de 1994 y el Artículo 2 del Decreto 139 de 1996 comentados con anterioridad.

Retomando la evolución normativa, es importante hacer referencia como uno de los aspectos alternos de la legislación en desarrollo, el Decreto 536 del 24 de Febrero de 2004 expedido por el gobierno Nacional, en el cual de manera excepcional, faculta a las Empresas Sociales del Estado - ESE de las entidades territoriales, a desarrollar sus funciones a través de delegación, es decir mediante contratación con terceros, convenios con entidades publicas o privadas o a través de operadores externos, outsourcing²⁸, conservando el proceso que para la selección de Gerente o Director se había señalado en el artículo 192 de la Ley 100 de 1993²⁹.

La salvedad para la integración de esta terna, es que en eventos de tercerización, debe ser conformada de manera exclusiva por funcionarios de las respectivas direcciones territoriales de salud, los cuales de resultar elegidos continuarían devengando el mismo salario del empleo del cual eran titulares y asumirían la representación legal de la institución hospitalaria.

Este, se constituye en el único proceso excepcional de selección previsto exclusivamente para E.S.E. u hospitales públicos que funcionan a través de operadores externos o terceros, en tanto permite la inaplicación del proceso señalado en el Decreto 3344 de 2003³⁰ y en su lugar admite un manejo diferencial y específico.

En conclusión, salvo la excepción consagrada para la designación de un Director o Gerente de Hospital o ESE del orden territorial desarrollada en los párrafos

²⁸ El Decreto 536 de 2004 establece en el Artículo 1 “Las Empresas Sociales del Estado de las entidades territoriales, podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros o convenios con entidades públicas o privadas, o a través de operadores externos.”

²⁹ Artículo 192, Op. Cit. Pg. 10

³⁰ Respecto del Decreto en mención puede revisarse el subcapítulo 4.2. del presente documento.

anteriores, es la respectiva Junta Directiva del establecimiento hospitalario quien indelegablemente debe realizar un proceso público abierto previa la conformación de la terna y en consecuencia, es a los miembros de esta junta directiva a quienes les corresponde como a todo servidor público el ejercicio de sus funciones legales y estatutarias en favor de los intereses generales del Estado, atender siempre los fundamentos consagrados en el artículo 209 constitucional y adicionalmente, sujetarse a efectivizar a través de sus actos los principios de la transparencia y objetividad que deben regir toda administración.

Así, el acceso a la terna debe obedecer entonces a reglas claras, objetivas y precisas para todos los ciudadanos que sin causal de inhabilidad, participen en el concurso público abierto iniciado por la Entidad a efecto de escoger sólo a tres integrantes que en igualdad de condiciones optaron por presentarse al mecanismo de selección.

Otro aspecto vigente que no debe obviarse en el desarrollo de concursos, incluido en el de elección de gerentes en empresas sociales del Estado es el contenido en el artículo 6º de la Ley 581 de 2000, por medio de la cual se estatuye que en aquellos eventos administrativos en los que la terna se aplique como mecanismo de selección en aras de la igualdad de género, se exige la inclusión de una mujer en el grupo para proveer el cargo público.

4. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARA LA ELECCION DE GERENTE EN UNA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO

Una vez esté próximo a terminar el período de un gerente, o por renuncia o por vacancia definitiva, la Junta Directiva de la ESE en reunión ordinaria o extraordinaria deberá hacer un análisis detallado del Perfil del cargo que de

pretende proveer con el fin de definir el proceso al igual que los criterios y mecanismos de selección para su nombramiento, estableciendo todas las etapas que se realizarán, los aspectos que se evaluarán y las personas responsables de ejecutar dichas acciones.

A continuación se describen de manera sucinta desde su base inicial, incluido el procedimiento que a la fecha se encuentra vigente, las fases que integran los procesos de elección de gerentes en las Empresas Sociales del Estado, correspondientes al resultado del desarrollo y regulación al artículo 193³¹ de la ley

³¹ El artículo 193 de la ley 100 de 1993, establece Incentivos a los trabajadores y profesionales de la salud. Con el fin de estimular el eficiente desempeño de los trabajadores y profesionales de la salud y su localización en las regiones con mayores necesidades, el Gobierno podrá establecer un régimen de estímulos salariales y no salariales, los cuales en ningún caso constituirán salario. También podrá establecer estímulos de educación continua, crédito para instalación, equipos, vivienda y transporte. Igualmente, las entidades promotoras de salud auspiciarán las prácticas de grupo y otras formas de asociación solidaria de profesionales de la salud. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determinará las zonas en las cuales se aplicara lo dispuesto en el presente artículo.

Para los empleados públicos de la salud del orden territorial el Gobierno Nacional establecerá un régimen salarial especial y un programa gradual de nivelación de salarios entre las diferentes entidades.

El régimen salarial especial comprenderá la estructura y denominación de las categorías de empleo, los criterios de valoración de los empleos y los rangos salariales mínimos y máximos correspondientes a las diferentes categorías para los niveles administrativos, o grupos de empleados que considere el Gobierno Nacional.

El Gobierno Nacional establecerá un proceso gradual para nivelar los límites mínimos de cada rango salarial entre las diferentes entidades territoriales. Esta nivelación se realizará con arreglo al régimen gradual aquí previsto y por una sola vez sin perjuicio de lo establecido en el artículo 60. de la Ley 60 de 1993, Esta nivelación debe producirse en las vigencias fiscales de

1995 a 1998 de acuerdo con la disponibilidad de recursos del situado fiscal y de las demás rentas del sector en los diferentes departamentos y municipios con quienes deberá concertarse el plan específico de nivelación. Para la vigencia de 1994, puede adelantarse la nivelación con arreglo a las disponibilidades presupuestales y al reglamento.

Para la fijación del régimen salarial especial y la nivelación de que trata el presente artículo, se considerarán los criterios establecidos en el artículo 2 de la Ley 4a. de 1992, con excepción de las letras k y ll. Igualmente, deberá considerarse la equidad regional y el especial estímulo que requieran los empleados públicos que presten sus servicios en zonas marginadas y rurales de conformidad con el reglamento.

PARAGRAFO 1. Los convenios docente-asistenciales que se realizan con ocasión de residencia o entrenamiento de profesionales de la salud en diferentes especialidades que impliquen prestación de servicios en las instituciones de salud deberán consagrar una beca-crédito en favor de tales estudiantes y profesionales no menor de dos salarios mínimos mensuales. Al financiamiento de este programa concurrirán el Ministerio de Salud y el ICETEX conforme a la reglamentación que expida el Gobierno. El crédito podrá ser condonado cuando la residencia o entrenamiento se lleve a cargo en las áreas prioritarias para el desarrollo de la salud pública o el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y/o la contraprestación de servicios en las regiones con menor disponibilidad de recursos humanos, de acuerdo con la definición que expida el Ministerio de Salud.

100 de 1993, con el fin de identificar las modificaciones que se han generado en aras de limitar los abusos y arbitrariedades.

4.1 INVITACIÓN PÚBLICA - DECRETO 1892 DE 1994

Determinación de parámetros para la realización del concurso por parte de la junta directiva.

Invitación de la junta directiva mediante comunicación escrita de amplia circulación Nacional que contenga: requisitos, funciones del cargo, asignación básica y perfil de los aspirantes.

Conformación por parte de la Junta Directiva de una Comisión Especial integrada por uno de sus miembros, un representante de la Comisión Seccional del Servicio Civil, el gerente regional de la E.S.AP, o su delegado, un representante de la Dirección Departamental de Salud y un representante de los empleados.

Selección mínima de tres (3) pruebas opcionales a aplicar tales como de conocimientos generales, examen específico sobre Seguridad Social, Salud o Gerencia, ensayos, pruebas de destreza administrativa, entrevista entre otros.

PARAGRAFO 2. Las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud podrán establecer modalidades de contratación por capitación con grupos de práctica profesional o con profesionales individuales con el fin de incentivar la eficiencia y la calidad de las prestación de servicios de salud.

PARAGRAFO 3. El Instituto de Seguros Sociales, podrá establecer un sistema de prima de productividad para los trabajadores, médicos y demás profesionales asalariados, de acuerdo con el rendimiento de los individuos o de la institución como un todo, la cual en ningún caso constituirá salario. El Consejo Directivo del Instituto reglamentará su aplicación.

PARAGRAFO 4. Las instituciones prestadoras de salud privada podrán implementar programas de incentivos a la eficiencia laboral para los médicos, demás profesionales trabajadores asalariados de la salud que tengan en cuenta el rendimiento de los individuos, de los grupos de trabajo o de las instituciones como un todo. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definirá la modalidad de los estímulos a que se refiere este párrafo.

Evaluación y ponderación de las pruebas aplicadas a cargo de la Comisión, especial e integración y remisión de la terna al Jefe de cada entidad territorial.

Nombramiento, posesión e inducción de la persona seleccionada.

4.1.1 Aspectos relevantes de este proceso. Discrecionalidad de la junta para contratar servicios de entidades reconocidas e idóneas ya sean públicas o privadas a fin de surtir los procesos técnicos de elección.

Fijación de tres pruebas opcionales como mínimo para aplicar a los aspirantes.

Facultad de completar la terna original en caso de ausencia definitiva del Director o Gerente para nombrar nuevo director.

Viabilidad de acudir a la prórroga como alternativa para la designación de gerente.

La aplicación de las pruebas y la organización en el desarrollo del proceso, estará a cargo de la comisión especial.

4.2 PROCESO PUBLICO ABIERTO - DECRETO 3344 DE 2003

Determinación de parámetros para la realización del concurso por parte de la Junta directiva.

Invitación de la Junta Directiva a los interesados a través de medios de comunicación escrita de amplia circulación y otros medios de difusión masiva, dando a conocer: requisitos, funciones del cargo, asignación básica del mismo,

fecha de inscripción, de recepción de documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos, las pruebas a aplicar, su correspondiente valoración para efectos de la calificación final y en general la información relevante del proceso.

La junta podrá definir otros aspectos que considere necesarios para la selección de los candidatos y estructurar para cada uno los medios de evaluación y los puntajes a asignarse. De acuerdo al proceso definido, la Junta Directiva en pleno o las personas designadas, procederán a realizar el estudio de las hojas de vida recepcionadas y la documentación presentada por los interesados, de ahí se procederá a descartar las hojas de vida incompletas y las hojas de vida de los aspirantes que no cumplan los requisitos establecidos, de acuerdo al Decreto 1569 de 1998 (exigencias mínimas para la asignación de cargos).

Los aspirantes que no sean seleccionados en este proceso previo, deben ser notificados. Realización de concurso a través de una universidad pública o privada experta en selección de personal, o a través de convenios de cooperación en el cual se tendrá en cuenta: criterios de mérito, aptitudes, capacidad y experiencia para el desempeño del cargo y por lo menos conocimientos para el desempeño del empleo.

Integración de la terna del listado de aspirantes que hayan superado las pruebas aplicadas conforme a los criterios fijados como vinculantes para surtir la preselección y remisión de la misma al Jefe de la entidad territorial para su elección y nombramiento.

4.2.1 Aspectos relevantes de este proceso. La junta directiva obligatoriamente realizará el concurso a través de una universidad pública o privada experta en selección de personal, o a través de convenios de cooperación.

Potestad de la junta directiva de seleccionar las pruebas a aplicarse a los aspirantes sin establecer un número mínimo de ellas, con una sola se cumple con el requisito. Necesidad de surtir un nuevo proceso de elección en caso de ausencia definitiva del Director o Gerente dada la Imposibilidad de completar la terna.

Viabilidad de acudir a la prorroga como alternativa para la designación de gerente así como a la encargatura de funciones, hasta tanto se surta el proceso concursal.

Para lograr organización en el desarrollo del proceso y controlar el cumplimiento de plazos y delegación de responsabilidades, la junta directiva debe construir instrumentos como: cronograma de actividades, planillas de inscripción de hojas de vida con los criterios a evaluarse, puntajes, planilla de admitidos y no admitidos y factores adicionales que se aptarán para la integración de la terna con posterioridad a la evaluación.

4.3 CONCURSO DE MERITOS PUBLICO Y ABIERTO-DECRETO 800 DE 2008

Determinación de parámetros para la realización del concurso por parte de la junta directiva.

Selección objetiva previa verificación de competencia técnica, capacidad logística, especialización en procesos de selección de personal para cargos de alta gerencia, acreditación por la Comisión del Servicio Civil y formación profesional con conocimientos específicos en Seguridad Social de la Universidad o Institución de educación superior que realizará el proceso de selección en todas sus fases.

Aplicación de pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos y las aptitudes, que permitan determinar que el aspirante es idóneo para el desempeño del cargo.

Conformación de la terna de la lista que envíe la entidad encargada de adelantar el proceso de selección, la cual deberá estar integrada mínimo con cinco aspirantes.

Remisión de la terna al Jefe de cada entidad territorial. Nombramiento y posesión de la persona seleccionada.

4.3.1 Aspectos relevantes de este proceso. La junta directiva obligatoriamente realizará todas las fases del concurso seleccionado objetivamente una universidad pública o privada que además de las exigencias del proceso anterior deberá encontrarse acreditada por la Comisión del Servicio Civil y contar con personal con conocimientos específicos en Seguridad Social.

La Universidad seleccionada presentará en su oferta las pruebas que propone aplicar a los aspirantes definiendo los puntajes de las mismas.

Necesidad de surtir un nuevo proceso de elección en caso de ausencia definitiva del Director o Gerente dada la Imposibilidad de completar la terna, potestad de aplicar la figura del encargo temporal hasta tanto se surta el proceso concursal.

Si culminado el concurso de méritos no es posible conformar la terna del listado con el mínimo requerido (5 aspirantes que superaron el proceso de evaluación), deberán adelantarse tantos concursos como sea necesario.

5. INNOVACIONES DE LA LEY 1122 DE 2007 FRENTE A LOS PROCESOS DE SELECCIÓN Y DEMÁS NORMAS QUE LA ADICIONAN, MODIFICAN O COMPLEMENTAN

En la reglamentación que rige la elección de gerentes de ESE han sido significativas y necesarias las reformas efectuadas en procura de subsanar los vacíos normativos que generan interpretaciones dispersas, toda vez que las

mismas han permitido consolidar, formar y unificar paulatinamente procesos y criterios para la aplicación de sus contenidos.

Es este sentido, es importante dando continuidad a nuestro estudio, analizar algunos apartes de la Ley 1122 de enero 9 de 2007, que reforma al Sistema General de Seguridad Social en Salud la cual además de cumplir con su papel integrador, trae consigo aspectos determinantes consagrados en los incisos 1° y 2° de su artículo 28³² en los que se registra entre otras las siguientes eventualidades:

Modificación frente a los periodos institucionales de nombramiento de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, situación que implica la ampliación de su mandato administrativo de un periodo de tres años (3) a cuatro

³² El Artículo 28 de la ley 1122 de 2007 Enuncia: De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por periodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del periodo del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo 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 periodo del gerente seleccionado culminará al vencimiento del periodo institucional. Cuando la vacancia se produzca a menos de doce meses de terminar el respectivo periodo, 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's de los niveles Departamental, Distrital y Municipal cuyo periodo 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.

Los gerentes de las ESE's nacionales que sean elegidos por concurso de méritos o reelegidos hasta el 31 de diciembre de 2007, culminarán su periodo el 6 de noviembre de 2010. Cuando se produzcan cambios de gerente durante este periodo, 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's 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 periodo para el cual fueron nombrados o reelegidos, quienes los reemplacen para la culminación del periodo de cuatro años determinado en esta Ley, serán nombrados por concurso de méritos por un periodo que culminará el 31 de marzo de 2012. Todos los gerentes de las ESE's departamentales, distritales o municipales iniciarán periodos iguales el 1° de abril de 2012 y todos los gerentes de las ESE's nacionales iniciarán periodos iguales el 7 de noviembre de 2010.

(4) años, en congruencia con la ampliación de los periodos de alcaldes y la necesidad de establecer idénticas condiciones de elección.

Se ratifica la obligatoriedad de realizar como base de selección de aspirantes, un concurso de méritos determinando el plazo en el cual debía producirse -Dentro de los tres (3) meses siguientes a la iniciación del periodo del Presidente de la República o del respectivo jefe de la entidad territorial, Alcalde o Gobernador, según el caso, es decir que la primera jornada Nacional de concursos para la selección de gerentes realizado con la aplicación de esta disposición normativa, corresponde a los efectuados durante los meses de enero a marzo de 2008.

Se afirma la responsabilidad de la junta directiva en la conformación de la terna para la elección del gerente previo proceso de selección y la facultad nominadora del alcalde para que según los estatutos proceda a la escogencia del funcionario que dirigirá la institución hospitalaria.

Se notifica el plazo de 6 meses para reglamentar algunos aspectos no regulados y cumplimiento a este compromiso se expide posteriormente el decreto 357 de 2008 por medio del cual en su artículo 32 se reglamenta el proceso de *Evaluación de Directores o Gerentes de Instituciones Públicas Prestadoras de Servicio de Salud*, desconociendo que tal disposición además de haber excedido el tiempo estipulado para su promulgación omitió que dicha función le correspondía a la Junta Directiva del establecimiento hospitalario según lo disponía el documento legal que le dio origen, La Ley 1122 de 2007.

Se incluye una nueva alternativa de selección para la provisión de gerentes al fijar el término reelección (artículo 28 inciso 2do), el cual, admite por una sola vez que aquella persona que ha venido ejerciendo sus funciones de Dirección, pueda continuar en el ejercicio de su cargo, bajo el cumplimiento de dos condiciones que deberán respaldar la ocurrencia de este hecho administrativo, a saber: a) la

necesidad de que esta intención sea propuesta en forma directa por la Junta directiva al nominador. b) Que tal requerimiento se genere previa evaluación y revisión de cumplimiento de los indicadores gerenciales que se hayan establecido en el reglamento. También operara la reelección previo concurso de méritos.

Ahora bien, deteniéndonos en el último de los puntos mencionados, podemos deducir que el término de prorroga establecido por el artículo 192 de la ley 100 de 1993³³, ha sido derogado, mientras que el nuevo término reelección incluye hoy dos conceptos, el antiguo concepto de prorroga, es decir, elección por junta directiva propuesta al nominador y elección por concurso, entendiéndose, la reelección previo concurso de méritos, es decir que en la actualidad nos encontramos frente a dos tipos de reelección de gerentes de ESE, la una por Junta Directiva propuesta al nominador cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el reglamento y la otra por concurso de méritos el cual se encontraba regulado por el Decreto 3344 de 2003³⁴ y la Resolución 793³⁵ del mismo año expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, proceso en el cual, el nominador tampoco podrá oponerse y no acatar el resultado del concurso.

En este orden de ideas, analizada la norma en su aparte inicial y determinadas las dos posibles circunstancias legales que generarán un eventual proceso de reelección para los gerentes de las Empresas Sociales del Estado, es viable plantear para razonamiento, una discrepancia que a la fecha empieza a ser objeto de discernimiento, la cual se encuentra encaminada a establecer la razón por la que el Gobierno Nacional y más aún, el Ministerio de la Protección Social, sin contar con las facultades necesarias para evaluar la gestión de los gerentes y directores de E.S.E., en tanto por delegación express de ley 1122 las había trasladado a la junta Directiva del establecimiento hospitalario, para que sean ellos

³³ Artículo 192, Ibid. Pg. 11

³⁴ Decreto 3344 de 2003, Op. Cit., p. 18

³⁵ Resolución 793 de 2003 Op. Cit, p. 18

quienes antes de proponer al nominador la reelección del funcionario, verifiquen el cumplimiento de los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento, haya procedido a reglamentar a través del Decreto 357 de 2008 el proceso de evaluación que para reelección del gerente debía adelantarse la Junta directiva en contra de lo establecido por el inciso 2° del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, disponiendo:

"ARTICULO 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.

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".

Sin embargo, la reglamentación contenida en el decreto que jerárquicamente desplaza al reglamento de la Junta Directiva de la ley 1122, no es la situación de mayor relevancia en el contenido de la disposición en estudio, pues este, además de modificar las instrucciones iniciales de competencia, se permite liberando la facultad de elección delegada en el nominador, ampliar su potestad discrecional permitiéndole a este, juzgar aún por encima del criterio evaluador de la Junta Directiva los resultados de la evaluación, así como la decisión adoptada en quórum de proponer reelección en favor de quien demostró diligencia y en consecuencia aprobó de manera satisfactoria el proceso ordenado por la ley, toda vez que aún pese a cumplirse los requisitos consagrados en el inciso 2 de la ley 1122 de 2007, se concede al jefe de la entidad territorial 5 días hábiles siguientes al recibo de la solicitud de la reelección para aceptarla o negarla, caso en el cual deberá solicitar a la Junta Proceder con el concurso.

En conclusión, se regula que existiendo evaluación satisfactoria del gerente por parte de la junta directiva, esta cuenta con la potestad de proponer al nominador la reelección del director o gerente, no obstante también se regula que el jefe de la entidad territorial podrá aceptar la reelección o negarla, creando una atribución al nominador que no se encontraba establecida por la Ley y en consecuencia limitando las competencias otorgadas a la junta directiva por las disposiciones legales, olvidando que la Ley 1122 de 2007, no establece que el nominador luego de que la junta realice el proceso de reelección del gerente de la ESE y lo proponga, este pueda dar un paso atrás y negarse a ello, es decir, desconocer el trabajo administrativo que para la evaluación se ha realizado, en tanto el nominador y su director de salud hacen parte de la junta directiva como representantes del sector político-administrativo, y en el momento de la deliberación y decisión, han tenido la oportunidad de coadyuvar u oponerse

oportunamente a la propuesta de reelección, por lo que mal haría la norma en otorgarle competencia para no acatar lo dispuesto por la Junta directiva, permitiéndole decidir si adelanta o no un concurso de méritos aún por encima de las consideraciones de esta.

Bajo estos argumentos, la situación de colisión de poderes descrita, podría conllevar fácilmente a un fuerte cheque entre la Junta Directiva y el Nominador, ya que en términos generales el nominador, una sola persona, tendría la última palabra frente a la decisión de un grupo representado por la junta Directiva, y que se encuentra integrado por representantes de la comunidad y electos para ejercer veeduría en la prestación de servicios administrativos y de la salud al interior de las ESE, a pesar de haber sido sometido a discusión, defiberación y decisión. Y si esto fuere así, entonces para que desgastar a la junta en un proceso de decidir si se opta o no por la reelección o por el concurso de méritos? En este evento no sería mejor obviar el paso de la junta directiva y que sea en últimas el nominador quien decida que tipo de proceso debe aplicarse, aun cuando esta atribución vaya en contra de las disposiciones de ley 100 de 1993 y de Ley 1122 de 2007?

Considero entonces que en este particular caso, en donde la discrecionalidad se trasgrede constituyéndose en una abierta arbitrariedad, podría servir de referente conceptual el pronunciamiento emitido por la oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social cuando haciendo referencia al contenido del artículo 192 de la ley 100 de 1993³⁶ frente a la prórroga de periodo de gerentes de ESE, manifestaba la necesidad de que para poner en práctica esta figura se debían fijar instrucciones estatutarias previas, o acuerdos adicionales ordinarios o extraordinarios por parte de las Juntas Directivas de los Hospitales públicos - E.S.E. en los cuales se expongan los pormenores que convalidarían este tipo de peticiones.

³⁶ Ley 100 de 1993, Artículo 192, Op. Cit p. 10

En este caso, si la junta directiva de la E.S.E. no reglamente la reelección del gerente de la institución, la decisión final, radicarle en cabeza del nominador quien podría optar por acatar o no la determinación adoptada proponiendo en caso de negativa la iniciación del concurso; no obstante si la institución reglamenta claramente el proceso de reelección del gerente de la E.S.E. estableciendo puntajes mínimos de aceptación obligatoria o consagrando exigencias imperativas al jefe del ente territorial para reelegir al gerente de la ESE con evaluación satisfactoria, el Gobernador o Alcalde estarían en la obligación de dar cumplimiento a lo decidido por la junta.

De otra parte, continuando con el análisis de legalidad, el párrafo 3° del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007 establecía:

"Por ser de categoría especial de entidad pública descentralizada, el Gobierno Nacional expedirá seis meses después de la entrada en vigencia de la presente ley, la reglamentación en lo referido a conformación de juntas directivas, nombramiento, evaluación y remoción de gerentes, régimen salarial, prestacional, sistemas de costos, información, adquisición y compras de las Empresas Sociales del Estado."

No obstante la posibilidad en cabeza del Gobierno Nacional de realizar la reglamentación referida a conformación de juntas directivas, nombramiento, evaluación y remoción de gerentes, régimen salarial, prestacional, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C 953 de 2007, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinoza, es decir que con esta decisión judicial se negó cualquier atribución reglamentaria para que el gobierno y el propio Ministerio de la Protección Social asuman su papel regulador en el sistema.

Surge entonces otra pregunta con este despliegue normativo, que de igual manera cuestiona la expedición del decreto 357 de 2008, y es ¿Cómo el Gobierno Nacional, después de conocer la declaratoria de inexequibilidad parcial por parte de la corte, sobre el parágrafo tercero del artículo 27 de la ley 1122 de 2007, procede a reglamentar lo referido a nombramiento, evaluación y remoción de gerentes?

Este antecedente podría ser entonces la prueba, sobre la cual se puede inferir que el artículo 11° del Decreto 357 de 2008 "Evaluación para reelección de Director" es abiertamente inconstitucional y lesivo para los derechos de los actuales y futuros gerentes de las ESE y más aún para aquellos funcionarios que en calidad de Directores cumplieron con los indicadores de evaluación conforme a lo señalado en el reglamento y fueron propuestos al nominador para su reelección según lo estatuye el artículo 28 de la ley 1122 de 2007³⁷, sin que el nominador

³⁷ El Artículo 28 de la ley 1122 de 2007 establece: De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por periodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del periodo del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo 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 periodo del gerente seleccionado culminará al vencimiento del periodo institucional. Cuando la vacancia se produzca a menos de doce meses de terminar el respectivo periodo, 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's de los niveles Departamental, Distrital y Municipal cuyo periodo 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.

Los gerentes de las ESE's nacionales que sean elegidos por concurso de méritos o reelegidos hasta el 31 de diciembre de 2007, culminarán su periodo el 6 de noviembre de 2010. Cuando se produzcan cambios de gerente durante este periodo, 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's 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 periodo para el cual fueron nombrados o reelegidos, quienes los reemplacen para la culminación del periodo de cuatro años determinado en esta Ley, serán nombrados por concurso de méritos por un periodo que culminará el 31 de marzo de 2012. Todos los gerentes de las ESE's departamentales, distritales o municipales iniciaran periodos iguales el 1° de abril de 2012 y todos los gerentes de las ESE's nacionales iniciaran periodos iguales el 7 de noviembre de 2010.

accediera a dicha solicitud y en consecuencia requiriera la iniciación de un nuevo concurso, aún cuando esta potestad, arbitraria de acuerdo al análisis, se encuentra únicamente consagrada en el ya mencionado artículo 11 cuya legalidad es debatible. Finalmente y acorde con la discusión que se plantea, es consecuente revisar, de cara al decreto 357 de 2008, el artículo 32 de la Ley 1151 de 2007³⁸, Plan Nacional de Desarrollo, establece:

"Artículo 32. Evaluación de Directores o Gerentes de Instituciones Públicas Prestadoras de Servicio de Salud. Las Juntas Directivas de las Instituciones Públicas Prestadoras de Servicios de Salud deben definir y evaluar el Plan de Gestión para ser ejecutado por el Director o Gerente durante el periodo para el cual fue designado.

Dicho Plan contendrá entre otras las metas de gestión y resultados relacionados con la viabilidad financiera, la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios

³⁸ El Decreto 357 de 2008 en el Artículo 1 reza: Objeto. El presente decreto tiene por objeto regular los aspectos relacionados con la presentación, aprobación y evaluación del plan de gestión que debe ser ejecutado por los Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial, durante el periodo para el cual fueron designados mediante concurso o reelección; así como establecer condiciones para la reelección de los mismos. Igualmente en el Artículo 4 determina que es deber de las juntas directivas evaluar el plan de gestión cuando afirma: Artículo 4°. *Aprobación del plan de gestión por parte de la Junta Directiva.* La Junta Directiva de la respectiva Empresa Social del Estado deberá aprobar el plan de gestión para ser ejecutado por el Director o Gerente. Dicha aprobación deberá respetar los requisitos mínimos de quórum para deliberar y decidir.

Durante las sesiones de estudio del plan de gestión, el Director o Gerente participará en la Junta Directiva como invitado y sustentará el plan de gestión propuesto. Una vez aprobado, el Director o Gerente dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su aprobación podrá señalar de manera escrita y firmada las razones por las cuales estima inadecuado el plan aprobado.

La Junta Directiva deberá analizar y decidir sobre los argumentos formulados por el Director o Gerente en un término no superior a quince (15) días hábiles, resueltos los mismos la Junta Directiva expedirá el Acuerdo mediante el cual se adopta el plan de gestión.

Parágrafo 1°. En el plan de gestión aprobado por la Junta Directiva es obligatorio, cuando corresponda, incluir las metas y compromisos establecidos en la matriz de condonabilidad que hace parte integral de los convenios de desempeño para la reorganización, rediseño y modernización de la empresa, en lo relacionado con la gestión de la misma.

y las metas y compromisos incluidos en convenios suscritos con la Nación o la entidad territorial si los hubiere.

La evaluación insatisfactoria de dichos planes será causal de retiro del servicio del Director o Gerente para lo cual la Junta Directiva deberá solicitar al nominador y con carácter obligatorio para este la remoción del Gerente o Director aún sin terminar su periodo. La designación de un nuevo Gerente o Director se realizará conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, para el tiempo faltante conforme a los periodos institucionales fijados en dicho archivo."

Como puede observarse, son las Juntas Directivas de las Instituciones Públicas Prestadoras de Servicios de Salud las que deben definir y evaluar el Plan de Gestión para ser ejecutado por el Director o Gerente durante el periodo para el cual fue designado, más no el gobierno Nacional, por lo que nuevamente ratificamos el cuestionamiento ante la actuación del Ministerio, quien desbordando su atribución legal otorgada para el desarrollo de estas diligencias a las juntas Directivas, definió tales procedimientos a través del Decreto 357 de 2008³⁹.

Ahora bien, según reza el contenido del artículo transcrito el cual se ratifica en el Artículo 10 del decreto 357 de 2008⁴⁰, la evaluación insatisfactoria de este plan será causal de retiro del servicio del Director o Gerente para lo cual, la sola solicitud que al respecto realice la Junta Directiva al nominador indicando que el proceso de evaluación no fue satisfactorio obliga al jefe del ente territorial a remover al funcionario aún encontrándose vigente el periodo para el cual fue electo, situación esta, que no deja de generar desconcierto en tanto no existen

³⁹ El Artículo 10 del Decreto 357 de 2008 Establece: Retiro del servicio de los Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Una 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 este, 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 períodos institucionales, se realizará atendiendo lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 o la norma que la modifique, adicione o sustituya.

⁴⁰ Ley 1151 de 2007, Art.32

soportes para diferenciar el porque para este evento de remoción de gerente, la decisión de la junta es clave y obligatoria para el nominador sin que opere su facultad discrecional, mientras que para el evento de reelección del gerente, la decisión de la junta directiva es irrelevante y puede el nominador acatarla o no a su criterio.

El hecho de que para unas cosas la deliberación y decisión de la junta sea de carácter obligatorio para el nominador y para otras no, deja ver una clara incongruencia entre lo deseado por la norma y su reglamentación, la cual debe ser objeto de revisión en tanto considero que son muchas las irregularidades que esta diferenciación podría generar.

Para efectos del caso, me permito ilustrar un ejemplo tomado de la elección de gerente de la ESE surtida en el municipio de Barbacoas, Departamento de Nariño y de manera disperse en otras localidades de la costa pacífica en donde las discrepancias de poder entre los dos organismos directivos propiciaron eventos a todas luces perjudiciales para la comunidad.

Como primera medida el Alcalde Municipal por razones que se desconocen, rechazo la solicitud de reelección efectuada por la Junta directiva tras un proceso de evaluación satisfactorio de quien ostentaba la calidad de gerente en cumplimiento de los indicadores señalados en el Reglamento, solicitando dar inicio al concurso abierto predicado por la ley. Fue así entonces como pese al inconformismo de la Junta Directiva ante la negativa a su propuesta, después de requerir cotizaciones a diferentes instituciones acreditadas para la realización de este tipo de procesos de selección, se delego en la Universidad de Nariño, la potestad de liderarlo.

Instaurada la convocatoria, cuatro personas acudieron al llamado y radicaron sus hojas de vida, entre ellas quien para la fecha representaba legalmente al Hospital como gerente de la institución.

Posteriormente se surtieron la totalidad de actividades y estudios que previamente se habían definido como parámetros de evaluación para aspirar a la gerencia, hoja de vida, experiencia, prueba de conocimiento, exámen psicotécnico y plan gerencial, los cuales debían arrojar resultados individuales para cada item según el rango que se les había asignado requiriéndose un total mínimo de 70 puntos para tener opción de integrar la terna.

En este sentido, solo tres aspirantes superaron el puntaje mínimo establecido y por ende la terna había quedado integrada, sin embargo, dentro de los candidatos existían diferencias marcadas de resultados en tanto el primer puesto no solo general sino también de cada item evaluado lo obtuvo con 86 puntos la persona que a la fecha se encontraba ocupando el cargo de gerente, seguida de un puntaje de 73 puntos y finalmente de uno de 70.

Por otra parte y aún cuando la junta no tuvo oportunidad de discernimiento para la conformación de la terna, se había reglamentado que los mejores planes gerenciales serían el soporte de designación de la misma ya que estos, corresponden a los compromisos de fortalecimiento y mejoramiento que a futuro planean ejecutarse en beneficio de la institución y la comunidad.

No obstante, lo anterior, cuando se trasladó la terna al nominador para que surta la elección, independientemente de la recomendación efectuada de asumir como precedente el plan gerencial, el conocimiento y manejo de la zona y los puntajes asignados a cada aspirante, este, en uso de su facultad discrecional de selección, optó por nombrar en el cargo, a la persona que dentro del proceso concursal

había obtenido el puntaje más bajo, incluso en la calificación del plan gerencial y no conocía ni había prestado servicio alguno en la localidad.

Ante esta situación apartada de todo criterio lógico de selección, de los planteamientos normativos expuestos y de los principios de interpretación y equidad, nuevamente se provocaron reacciones adversas entre los miembros de la Junta directiva por desconocimiento de la estructura administrativa del concurso y sus reglas de ejecución, motivándolos en una colisión de poder a que en virtud de lo consagrado en el Decreto 357 de 2008 el cual faculta a estas instituciones para realizar un control posterior al nombramiento del Gerente con base en la aprobación del plan de gestión que de manera obligatoria debe presentarse dentro de los 30 días hábiles siguientes a su posesión es decir hasta el 14 de mayo de 2008, a propiciar una evaluación detallada y desafiante con la cual se pretende demostrar el error cometido por el nominador ante una elección inadecuada de gerente que trascendentalmente se ha reflejado en un estancamiento de la E.S.E. desde lo administrativo y financiero y en consecuencia ante un premonitorio resultado insatisfactorio que soportaría la remoción obligatoria del gerente, dar lugar a un nuevo proceso de selección el cual para esta oportunidad deberá surtirse bajo las directrices del decreto 800 de 2008.

Actualmente, después de significativas ineconsistencias en el proceso de selección el gobierno propone un nuevo modelo de concurso, mucho más ajustado a la realidad política y social de nuestro país promulgando el decreto 800 de 14 de marzo de 2008, con el cual se pretende subsanar al menos de manera parcial, las inconsistencias, los posibles abusos y desviaciones de poder, la arbitrariedad de los nominadores bajo el supuesto concepto de discrecionalidad y otros aspectos formales de evaluación que motivarán un ambiente de mayor credibilidad y transparencia en las políticas gerenciales.

CONCLUSIONES

Las aspiraciones normativas de facultar a las autoridades municipales o departamentales para la elección de gerentes dentro de un proceso de descentralización administrativa del Estado en el sector salud, así como la transformación de sus instituciones en E.S.E. autónomas e independientes, se fundamentan en la confianza, respecto a la legatidad y justicia social que se predica de quienes ostentan el rol de funcionarios públicos.

Los Alcaldes, Gobernadores y juntas directivas en uso de su potestad discrecional de selección, han diversificado y trasgredido la interpretación normativa de las disposiciones que regulan los proceso concursales de gerentes, provocando situaciones no ajustadas a derecho que en aras de garantizar seguridad en el sistema han dado lugar a la fijación de criterios, exigencias y requisitos que procuran paulatinamente limitar el favorecimiento de intereses particulares.

La autonomía de las Juntas Directivas de ESE u hospitales no es absoluta, como tampoco lo es la discrecionalidad de quienes efectúan la selección y designación de su director; toda vez que en un Estado Social de Derecho, acorde con los postulados de la buena fe, objetividad, igualdad y transparencia se deberá bajo trato igual y sin ningún favorecimiento especial, acatar los procedimientos regulados por el Gobierno Nacional y las autoridades a quienes les compete su reglamentación.

El Gobierno Nacional en su afán de reglamentar íntegramente el proceso concursal para la elección de gerente en las ESE, ha generado un disperse despliegue normativo con la intención de procurar mayor control y seguridad en las actuaciones de las autoridades administrativas, sin embargo en él, persisten vacíos jurídicos de situaciones no reglamentadas y desconocimiento de competencias, lo cual repercute en la ejecución de políticas garantistas y genera inseguridad y contraposición de poderes.

BIBLIOGRAFIA

Constitución Política de Colombia Artículos 209 -305.

Decreto 139 de 1996.

Decreto 1569 de 1998, expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Decreto 1876 de agosto 3 de 1994.

Decreto 1892 del 994.

Decreto 3344 de 2003.

Decreto 357 de 2008.

Decreto 439 de 1995.

Decreto 536 de 2004.

Decreto 800 de 2008.

Ley 100 de 1993 Artículo 192.

Ley 1115 de 2007.

Ley 1122 de 2007.

Minproteccionsocial.gov.co

Resolución 793 de 2003.

Sentencia C953 de 2007.

Sentencia No. 11001-03-28-00-2003-0010010 (3115-3116) del 2003 Consejo de Estado.

Sentencia T268 de 2005.

Sentencia T-422 de 1992.

Sentencia T-484 de 2004.