

1675



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00328-00

Cartagena de Indias, cinco (5) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	13-001-33-33-008-2015-00328-00
Demandante	JORGE LUIS ZABALETA EGEA.
Demandado	MUNICIPIO DE MAHATES – JUNTA DIRECTIVA ESE HOSPITAL LOCAL DE MAHATES
Tema	Reintegro
Sentencia No	0025

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor JORGE LUIS ZABALA EGEA, a través de apoderado judicial, contra el MUNICIPIO DE MAHATES – JUNTA DIRECTIVA ESE HOSPITAL LOCAL DE MAHATES.

I. LA DEMANDA

Por medio de escrito, el actor a través de apoderado judicial, presentó acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se impetran las siguientes pretensiones y se narran los siguientes hechos.

Pretensiones:

PRIMERA: Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

a-. El Acuerdo N° 002 del 09 de abril de 2014 proferido por la Junta Directiva de la ESE Hospital Local Mahates, mediante el cual se aprobó la calificación del plan de gestión del Gerente de la ESE Hospital Local Mahates, Doctor JORGE LUIS ZABALETA EGEA, para el periodo de enero a diciembre de 2013.

b-. El Acuerdo N° 003 del 02 de mayo de 2014 proferido por la Junta Directiva de la ESE Hospital Local Mahates, por medio del cual se resolvió el recurso de Reposición interpuesto, contra el Acuerdo N° 002 de fecha 09 de abril de 2014, y se confirmó la calificación del plan de gestión del Gerente de la ESE Hospital Local Mahates, Doctor JORGE LUIS ZABALET A EGEA, para el periodo de enero a diciembre del año 2013.

c-. La Resolución expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, identificada con el número 000082 de fecha 20 de enero de 2015 y notificada a mi mandante el día 12 de febrero de 2015, por medio del cual se resolvió recurso de apelación interpuesto, contra el Acuerdo 002 del 09 de abril de 2014 proferido por la Junta Directiva de la ESE Hospital Local Mahates.

D-. El decreto No 2015-01-20-001 del 29 de enero de 2015 proferido por el alcalde municipal de Mahates, mediante el cual se declara insubsistente al gerente de la ESE HOSPITAL LOCAL DE MAHATES, JORGE LUIS ZABALETA EGEA.

E-. El Decreto N° 2015-02-19-001 del 19 de febrero de 2015 proferido por el Alcalde Municipal de Mahates, mediante el cual se confirma el Decreto 2015-01-29-001 que declaró insubsistente al Gerente de la ESE Hospital Local Mahates, Doctor JORGE LUIS ZABALETA EGEA.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00328-00

F-. Que una vez decretada la nulidad de los actos administrativos anteriores, se haga por el señor Juez Administrativo, una nueva calificación del informe de gestión, incluyendo los nuevos índices dejados de tener en cuenta, para determinar el verdadero valor de la calificación, en porcentaje superior a tres punto cinco por ciento (3.5), que se tendría como satisfactorio.

SEGUNDA-. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad anterior, y título de restablecimiento del derecho, se sirva reintegrar al señor JORGE LUIS ZABALETA EGEA, en el cargo que venía desempeñando, como gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Local de Mahates Bolívar, sin solución de continuidad, y ordenando el pago de los salarios, primas, vacaciones, cesantías, intereses sobre la cesantías, primas de navidad y demás emolumentos salariales y prestacionales a que haya lugar, desde su desvinculación, hasta que efectivamente se materialice su reintegro

TERCERA-. Que se condene a la parte demandada, a cancelar al demandante, el valor de todas y cada uno de los conceptos reclamados, debidamente indexados, desde la fecha de su causación, hasta el momento en que efectivamente se le cancelen, aplicando la fórmula establecida por el Consejo de Estado, sobre la indexación.

CUARTA-. Que se condene a la parte demandada, a cancelar al poderdante, los perjuicios morales, ocasionados por la desvinculación ilegal y arbitraria que se le hiciera del cargo como gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Local de MAHATES Bolívar, en la cuantía de cien salarios mínimos mensuales legales vigentes.

QUINTA-. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a la parte demandada, LA NACION - SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, MUNICIPIO DE MAHATES Bolívar, JUNTA DIRECTIVA DE LA ESE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL DE MAHATES Bolívar, al pago de las costas y agencias en derecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A y C.A.

SEXTA: Que la parte demandada NACION - SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, MUNICIPIO DE MAHATES Bolívar, JUNTA DIRECTIVA DE LA ESE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL DE MAHATES Bolívar, dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del CPACA.

2. ANTECEDENTES

HECHOS

En respaldo de su medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, la parte demandante, planteó los fundamentos facticos que a continuación se sintetizan:

1. Que la ESE Hospital Local de Mahates, inició y llevó a cabo el concurso para seleccionar el Gerente de dicha entidad para el periodo comprendido entre 2012 y 2016, y que, una vez conoció los tres mejores puntajes, envió dicha información a la Junta Directiva de la ESE Hospital Local de Mahates, para que designara al Gerente de la ESE Hospital Local de Mahates.

2. Que el señor WILDER LAGARES GULLOZO, ocupó el primer puesto para ser nombrado como Gerente de la ESE Hospital Local de Mahates, y el señor JORGE LUIS ZABALETA EGEA, ocupó el segundo lugar para ello, pero que como el señor WILDER LAGARES GULLOZO, renunció a dicho cargo por haberse ganado el concurso para ser Gerente de la ESE de Magangué, debía ser nombrado como Gerente de la ESE Hospital Local de Mahates, el señor JORGE LUIS ZABALETA EGEA, al haber ocupado el segundo lugar para ello.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00328-00

3. Que pese a lo anterior, la Junta Directiva de la ESE Hospital Local de Mahates, encabezada por el alcalde, señor NICOLAS CANTILLO, se negó a nombrar como Gerente de la ESE Hospital Local de Mahates al señor JORGE LUIS ZABALETA EGEA, bajo el argumento de que se encontraba incurso en una causal de inhabilidad para ocupar dicho cargo, representada en el hecho que su hermano fue elegido como concejal de Mahates Bolívar, para el periodo comprendido entre el año 2012 y 2015.

4. Que el señor JORGE LUIS ZABALETA EGEA, el día 25 de Mayo de 2012, mediante Decreto 2012-05-25-001 expedido por el Alcalde Municipal de Mahates Bolívar, fue nombrado como Gerente de la ESE Hospital Local de Mahates, en virtud de un fallo de tutela proferido en segunda instancia por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Turbaco Bolívar y de incidente de desacato a continuación.

5. Que según lo dispuesto en la Ley, no existe la posibilidad que la ESE Hospital Local de Mahates cuente con la figura del Revisor Fiscal, y que por ello, en dicha ESE para los años 2012, 2013 y 2014, incluso, en la actualidad, no existe persona alguna que ejerza las funciones de Revisor Fiscal.

6. Que según lo establecido en el artículo 694 del Decreto Ley 1298 de 1994, para que una Empresa Social del Estado cuente con un Revisor Fiscal independiente, debe tener un presupuesto anual igual o superior a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales, y que esto no se cumple en el caso de la ESE Hospital Local de Mahates, porque su presupuesto anual para esa fecha era de 6.160.000.000 de pesos.

7. Que hasta el año 2014, en el Departamento de Bolívar, solo cinco (5) Empresas Sociales del Estado, se encontraban en la clasificación de sin riesgo financiero, entre ellas, la ESE Hospital Local de Mahates, gracias a la gestión desempeñada por el señor JORGE LUIS ZABALETA EGEA.

8. Que en cumplimiento de las normas legales y reglamentarias, el día 1º de Abril de 2014, el señor JORGE LUIS ZABALETA EGEA, presentó a la Junta Directiva de la ESE Hospital Local de Mahates, el informe de gestión de dirección, administrativo y financiero correspondiente a la vigencia fiscal del año 2013 con los anexos que exige la Ley 1438 de 2011 y la Resolución 743 de 2013.

9. Que luego del evaluar dicho informe, la Junta Directiva de la ESE Hospital Local de Mahates, presidida por el Alcalde del Municipio de Mahates señor NICOLAS CANTILLO, quien no se declaró impedido a pesar de la enemistad pública y declarada que existía con el señor JORGE LUIS ZABALETA EGEA, en Acuerdo No. 002 de 09 de Abril de 2014, le asignó una calificación de tres punto cero nueve (3.09), generando con ello la declaratoria de insubsistencia del cargo como Gerente de la ESE Hospital Local de Mahates, al ser ésta calificación insatisfactoria.

10. Que al encontrarse insatisfecho con dicha decisión, el señor JORGE LUIS ZABALETA EGEA, interpuso en contra de la misma, los recursos de reposición y apelación, argumentando que dicho acto se profirió teniendo en cuenta pruebas que no fueron allegadas de manera regular; y solicitó en dichos medios de impugnación, que se decretaran y practica unas pruebas con el fin de controvertir aquellas, las cuales, fueron negadas.

11. Que la superintendencia nacional en salud, mediante resolución 000082 de 20 de enero de 2015, determinó una calificación del informe de gestión para la vigencia del año 2013, en un porcentaje de tres punto cuarenta y cuatro (3,44), confirmando la calificación insatisfactoria que hizo la junta directiva.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00328-00

12. Que la superintendencia nacional en salud, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra el acuerdo 002 de 09 de Abril de 2014 no tuvo en cuenta las pruebas y razones legales que obligaban a asignar un puntaje diferente a los ítems que le fueron calificados en cero.

13. durante el trámite de apelación surtido ante la superintendencia, respecto a la solicitud de recusación instaurada por el accionante, esta entidad manifestó que no es el órgano competente para resolver la recusación.

14. Una vez notificada al señor JORGE ZABALETA EGEA, la resolución expedida por la superintendencia nacional en salud, el alcalde municipal de Mahates, expidió el decreto No. 2015-01-20-001 de fecha 29 de enero de 2015, mediante el cual declara insubsistente al gerente de la ESE.

15. contra el anterior decreto se interpuso recurso de reposición, que fue resuelto mediante decreto No. 2015-02-19-001 de 19 de febrero de 2015, en el cual se confirmó la decisión.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Constitucionales: artículos 13, 29, 229 de la constitución.

Legales: artículos 138, 188, 192 CPACA, ley 1438 de 2011, resolución 710 de 2012, 734 de 2013.

Sustenta el accionante que el procedimiento administrativo que se adelantó para evaluar y calificar el plan de gestión fiscal del año 2013, que ejecutó el señor JORGE LUIS ZABALETA EGEA como gerente de la ESE HOSPITAL LOCAL DE MAHATES, se trasgredieron normas que garantizan el derecho al debido proceso, pues en el acuerdo No. 002 de 09 de abril de 2014 expedido por la junta directiva de la ESE, se tuvieron en cuenta pruebas cuyo origen y arrimo al proceso fue desconocido, ya que se practicaron sin posibilidad de controvertirse.

CONTESTACIÓN

ESE HOSPITAL LOCAL DE MAHATES

Manifiesta la entidad demandada que en acta de junta directiva de abril 25 de 2014 se dio traslado al señor JORGE ZABALETA EGEA de las pruebas allegadas al proceso de calificación y los oficios que hoy cita el demandante como sustento probatorio de su solicitud, no fueron valorados dentro de la actuación administrativa surtida en virtud en virtud del proceso de calificación, tal como se evidencia en el acta de fecha 02 de mayo de 2014 y acuerdo No. 03 de 02 de mayo de 2014.

Además la matriz de calificación se surtió de un acto colectivo por parte de los miembros de junta directiva en razón de la naturaleza colegiada de dicho órgano, tal como consta en las actas de 31 de marzo, 01 y 09 de abril de 2014.

Así pues, la confrontación de los actos administrativos de calificación del accionante frente a las normas invocadas, no permite deducir trasgresión alguna, pues si se analiza la legalidad con las pruebas aportadas, se observa que fueron apegadas a dichas normas, y por ello no se pudo establecer calificación intermedia porque así lo regula la norma especial.

SUPERSALUD.

Explica la demandada que no tiene competencia para conocer de solicitudes de recusación contra alcaldes o gerentes de ESE, toda vez que no es su superior jerárquico, solo tiene competencia



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00328-00

exclusiva para desatar el recurso de apelación, pero de ninguna manera le compete decidir impedimentos o recusaciones del sector administrativo.

En cuanto al proceso de calificación, este fue analizado y decidido de manera técnica, procediendo a hacer ajustes en los ítems que consideró viables, y por ello la calificación subió, sin lograr superar el mínimo para lograr el rol de satisfactoria.

Propone como excepciones de mérito las de calificación ajustada al material probatorio recaudado y aportado; aplicación de la normatividad para el caso concreto; falta de competencia para resolver recusaciones; inexistencia de responsabilidad y no causación de perjuicios; e imposibilidad de ejecutar reintegro y sus consecuencias.

MUNICIPIO DE MAHATES.

Señala primeramente que no existe un acto administrativo enumerado 2015-01-20-001, expedido el 29 de enero de 2015 por el alcalde Mahates, al cual se refiere el demandante en sus pretensiones.

Segundo, la junta directiva en un acto colectivo, realizó la evaluación atendiendo los parámetros establecidos en la ley 1438 de 2011 y resoluciones 710 de 2012 y 743 de 2013, por lo que no se puede deducir que hubo error en la calificación. Además el demandante tuvo la oportunidad de controvertir la calificación, y en las dos instancias se determinó que su gestión fue insatisfactoria.

Lo anterior fue el soporte legal para que el alcalde de Mahates procediera a declarar insubsistente al gerente de la ESE, toda vez que así lo establece el artículo 74 numeral 5 de la ley 1438 de 2011.

En conclusión, en cuanto a la competencia de la administración municipal, los actos administrativos demandados se fundamentaron en el proceso previo surtido legalmente.

TRAMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el día 25 de mayo de 2015, posteriormente mediante auto de fecha 28 del mismo mes y año se admite y fue notificada al demandante por estado electrónico No. 071.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público los días 01 de junio de 2015 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Mediante auto de fecha 03 de noviembre de 2015, se citó a las partes a audiencia inicial para el día 20 de enero de 2016, en la cual se fijó el litigio, se decretaron unas pruebas, y se fijó como fecha y hora para llevarse a cabo la audiencia de prueba el día 10 de marzo de 2016. Esta audiencia de pruebas fue suspendida y se continuó el 22 de febrero de 2017 diligencia en la cual cerró el debate probatorio y se corrió traslado para presentar alegatos dentro de los 10 días siguientes.

ALEGACIONES

DEMANDANTE:

No presentó alegatos finales.

DEMANDADO:



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00328-00

➤ **SUPERSALUD**

En virtud de las obligaciones legales y constitucionales, la SUPERSALUD no nombra, nombra o sugiere nombres para quienes ocupan esos cargos. Por ende esta entidad no tuvo nada que ver en la calificación que llevo en la desvinculación del demandante y no tiene relación alguna ni con el municipio ni el hospital, como no sea para aplicar la inspección, vigilancia y control de sus servicios como institución de salud que es.

Dentro de las funciones de SUPERSALUD, se encuentra la de ser sede de instancia cuando se presentan situaciones en las cuales los gerentes de los hospitales son calificados disciplinariamente, como ocurrió en el caso de JORGE LUIS ZABALETA EGEA.

➤ **ESE HOSPITAL LOCAL DE MAHATES.**

Se ratifica en los argumentos expuestos inicialmente en la contestación de la demanda, y agrega que los testimonios de EDUNIS PEREZ RAMOS y JOSE ATENCIO RODRIGUEZ, la declaración extraprocesal de EVELIS VALLEJO, y con los documentos aportados se pudo establecer con claridad que el procedimiento estuvo acorde a derecho y que no existe razón objetiva para cuestionar la validez de los actos administrativos.

➤ **MUNICIPIO DE MAHATES**

No presentó alegatos finales.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Se abstuvo de emitir concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

4. CONSIDERACIONES

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la Ley, procede el despacho a proferir sentencia dentro del presente asunto.

CUESTIONES PREVIAS

Se presentaron las excepciones de: "CALIFICACIÓN AJUSTADA AL MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO Y APORTADO; APLICACIÓN DE LA NORMATIVIDAD PARA EL CASO CONCRETO; FALTA DE COMPETENCIA PARA RESOLVER RECUSACIONES; INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD Y NO CAUSACIÓN DE PERJUICIOS; E IMPOSIBILIDAD DE EJECUTAR REINTEGRO Y SUS CONSECUENCIALES", pero como quiera que las excepciones presentadas se centran en el debate jurídico de la presente demanda, se resolverá al momento de decidir de fondo las pretensiones deprecadas.

PROBLEMA JURIDICO

El Problema Jurídico en el presente asunto, se contrae a establecer si se ajusta a derecho los actos administrativos Acuerdo N° 002 del 09 de abril de 2014, Acuerdo N° 003 del 02 de mayo de 2014, resolución número 000082 de fecha 20 de enero de 2015, decreto No 2015-01-20-001 del



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00328-00

29 de enero de 2015 y el Decreto N° 2015-02-19-001 del 19 de febrero de 2015 por medio de la cual desvincularon al señor JORGE LUIS ZABALETA EGEA de LA ESE HOSPITAL LOCAL DE MAHATES, pues en voces del accionante existe falsa motivación de las mismas.

- TESIS

Hecho el análisis de los fundamentos de todo orden, existente al interior de la presente actuación, colige el Despacho, lo siguiente:

Al señor JORGE LUIS ZABALETA EGEA siempre se le respeto su derecho al debido proceso, defensa y contradicción, debido a que siempre fue notificado de las actuaciones que se adelantaban durante la calificación de su gestión de servicios vigencia 2013 y tuvo la oportunidad de controvertirlas.

En cuanto a la forma como se calificó el indicador denominado “oportunidad en la entrega del reporte de información de cumplimiento de la circular única expedida por la Superintendencia Nacional de Salud o la norma que la sustituya”, se le recuerda al actor que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, y en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho le corresponde a la parte demandante la carga de la prueba, por ello, en el caso concreto, el accionante no acreditó que ese indicador se puede evaluar de forma parcial. Por lo tanto sus argumentos rayan en interpretaciones subjetivas sobre la norma, lo cual no es atinado.

Respecto a la entrega de los soportes sin la firma del responsable de control interno, téngase en cuenta que los servidores públicos están sometidos a la constitución y leyes, en consecuencia sus funciones están expresamente descritas en el ordenamiento jurídico, y solo deben actuar de conformidad a dichas normas. Bajo ese entendido, la obligación del gerente de la ESE HOSPITAL LOCAL DE MAHATES era presentar el informe de gestión de acuerdo a lo prescrito en las resoluciones 710 de 2012 y 743 de 2013, sin entrar en discusiones de tipo subjetivo sobre si es o no necesario que dicho informe lleve el visto bueno de Control Interno. Si el demandante considera que dicha exigencia legal es inocua, bien puede acudir ante las autoridades respectivas y demandar la constitucionalidad de estas resoluciones.

La SUPERINTENDENCIA NACIONAL EN SALUD no es competente para resolver recusaciones de alcaldes o gerentes de ESE, en razón a que no es superior jerárquico de ellos. Amen que el artículo 12 del CPACA determina que en tratándose de una autoridad territorial que no tenga superior jerárquico, la recusación debe ser dirigida al procurador regional para que la solucione.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

ANALISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.

La constitución política establece dentro de sus principios fundamentales que los servidores públicos están sometidos al imperio de la ley y sus funciones están expresamente descritas en la ley. Es así que el artículo 6 superior dispone:

“ARTICULO 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Más adelante, la misma constitución política en su artículo 122 sobre la función pública, enseña:



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00328-00

“ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”.

De ello se desprende el aforismo jurídico que pregonar que los servidores públicos sólo pueden hacer aquello que les está permitido por la Constitución y las leyes respectivas, mientras que los particulares pueden hacer todo aquello que la Constitución y la ley no les prohíba.

Así las cosas, la resolución 710 de 2012 proferida por el ministerio de salud y protección social, mediante la cual se adoptan las condiciones y metodología para la elaboración y presentación del plan de gestión por parte de los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial, su evaluación por parte de la Junta Directiva, en su anexo número 2, indicadores y estándares por área de gestión en sus puntos 6 y 10, dispone la forma como se debe acreditar cada uno de los indicadores a evaluar en la calificación de gestión.

“PUNTO 6. Formula del Indicador: valor total de adquisiciones de medicamentos y material médico-quirúrgicos realizados mediante mecanismos de compras conjuntas a través de cooperativas de empresas sociales del estado y/o mecanismos electrónicos/ valor total de adquisiciones de la ESE por medicamentos y material médico-quirúrgicos.

Fuente de información: informe del responsable del área de compras, firmado por el revisor fiscal, en caso de no contar con revisor fiscal, firmado por el contador y el responsable de control interno de la ESE”.

PUNTO 10. Formula del indicador. Cumplimiento oportuno de los informes, en términos de la normatividad vigente.

Fuente de información: superintendencia nacional de salud”.

De otro lado, la ley 87 de 1993, mediante el cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del estado, en su artículo 12 señala una lista de funciones de los auditores internos, las cuales a saber son:

“Funciones de los auditores internos. Serán funciones del asesor, coordinador, auditor interno o similar las siguientes:

- a. Planear, dirigir y organizar la verificación y evaluación del Sistema de Control Interno;*
- b. Verificar que el Sistema de Control Interno esté formalmente establecido dentro de la organización y que su ejercicio sea intrínseco al desarrollo de las funciones de todos los cargos y, en particular, de aquellos que tengan responsabilidad de mando;*
- c. Verificar que los controles definidos para los procesos y actividades de la organización, se cumplan por los responsables de su ejecución y en especial, que las áreas o empleados encargados de la aplicación del régimen disciplinario ejerzan adecuadamente esta función;*
- d. Verificar que los controles asociados con todas y cada una de las actividades de la organización, estén adecuadamente definidos, sean apropiados y se mejoren permanentemente, de acuerdo con la evolución de la entidad;*
- e. Velar por el cumplimiento de las leyes, normas, políticas, procedimientos, planes, programas, proyectos y metas de la organización y recomendar los ajustes necesarios;*
- f. Servir de apoyo a los directivos en el proceso de toma de decisiones, a fin que se obtengan los resultados esperados;*
- g. Verificar los procesos relacionados con el manejo de los recursos, bienes y los sistemas de información de la entidad y recomendar los correctivos que sean necesarios;*
- h. Fomentar en toda la organización la formación de una cultura de control que contribuya al mejoramiento continuo en el cumplimiento de la misión institucional;*



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00328-00

- i. Evaluar y verificar la aplicación de los mecanismos de participación ciudadana, que en desarrollo del mandato constitucional y legal, diseñe la entidad correspondiente;
- j. Mantener permanentemente informados a los directivos acerca del estado del control interno dentro de la entidad, dando cuenta de las debilidades detectadas y de las fallas en su cumplimiento;
- k. Verificar que se implanten las medidas respectivas recomendadas;
- l. Las demás que le asigne el jefe del organismo o entidad, de acuerdo con el carácter de sus funciones. **Reglamentado Decreto 1826 de 1994.**

Parágrafo.- En ningún caso, podrá el asesor, coordinador, auditor interno o quien haga sus veces, participar en los procedimientos administrativos de la entidad a través de autorizaciones y refrendaciones”.

Por su parte, la ley 1438 de 2011 en el artículo 72, enseña:

*“Elección y evaluación de Directores o Gerentes de Hospitales. La Junta Directiva de la Empresa Social del Estado del orden territorial deberá aprobar el plan de gestión para ser ejecutado por el Director o Gerente de la entidad, durante el período para el cual ha sido designado y respecto del cual dicho funcionario deberá ser evaluado. Dicho plan contendrá, entre otros aspectos, las metas de gestión y resultados relacionados con la viabilidad financiera, la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios, y las metas y compromisos incluidos en convenios suscritos con la Nación o con la entidad territorial si los hubiere, y el reporte de información a la Superintendencia Nacional de Salud y al Ministerio de la Protección Social. **El plan de gestión deberá ajustarse a las condiciones y metodología que defina el Ministerio de la Protección Social.** La evaluación insatisfactoria de dichos planes será causal de retiro del servicio del Director o Gerente para lo cual se deberá adelantar el proceso que establezca en la presente ley. En caso de que el cargo de Director o Gerente de una Empresa Social del Estado esté vacante a más tardar dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes se iniciará un proceso de concurso público para su elección.*

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

A su vez el artículo 74 de la misma ley. Establece que el gerente deberá presentar el informe de plan de gestión a la junta directiva a más tardar el 01 de abril de cada año, con corte a 31 de diciembre del año anterior.

“Evaluación del Plan de Gestión del Director o Gerente de Empresas Sociales del Estado del orden territorial. Para la evaluación de los planes de gestión, se deberá dar cumplimiento al siguiente proceso:

74.1 El Director o Gerente de la Empresa Social del Estado del orden territorial deberá presentar a la Junta Directiva un informe anual sobre el cumplimiento del plan de gestión, el cual deberá ser presentado a más tardar el 1° de abril de cada año con corte al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior. Los contenidos del informe y de la metodología serán definidos por el Ministerio de la Protección Social.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00328-00

74.2 La Junta Directiva deberá evaluar el cumplimiento del plan de gestión del Director o Gerente, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación del informe de gestión.

74.3 Los resultados de la evaluación se harán constar en un acuerdo de la Junta Directiva, debidamente motivado, el cual se notificará al Director o Gerente quien podrá interponer recurso de reposición ante la Junta Directiva dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

74.4 La decisión de la Junta Directiva tendrá recurso de reposición ante la misma junta y de apelación en el efecto suspensivo, ante el Superintendente Nacional de Salud, para resolver dichos recursos se contará con un término de quince días (15) hábiles.

74.5 Una vez cumplido el proceso establecido en el presente artículo y en firme el resultado de la evaluación y esta fuere insatisfactorio dicho resultado será causal de retiro del servicio del Director o Gerente, para lo cual la Junta Directiva dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a haber quedado en firme el resultado de la evaluación, deberá solicitar al nominador con carácter obligatorio para este, la remoción del Director o Gerente aun sin terminar su periodo, para lo cual el nominador deberá expedir el acto administrativo correspondiente dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, contra este acto procederán los recursos de ley.

74.6 La no presentación del proyecto de plan de gestión o del informe de cumplimiento del plan de gestión dentro de los plazos señalados en la presente norma, conllevará a que la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos y plazos establecidos para tal fin, produzca de manera inmediata la evaluación no satisfactoria, la cual será causal de retiro".
(Subrayas y negrillas del despacho)

Finalmente, el artículo 12 del CPACA, en lo referente al trámite de recusaciones e impedimentos, indica que:

"Artículo 12. Trámite de los impedimentos y recusaciones. En caso de impedimento el servidor enviará dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación con escrito motivado al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo, A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales".

Quiere decir lo anterior que para el trámite de recusaciones la solicitud se debe enviar al superior, pero en tratándose de autoridades que no tienen superior jerárquico, por ejemplo, una autoridad territorial como lo es el alcalde del municipio de Mahates, la recusación debe ser dirigida al procurador regional para que la resuelva.

CASO CONCRETO

En el caso particular, encontramos que la inconformidad del demandante se origina por el actuación administrativa que se adelantó para evaluar y calificar el plan de gestión fiscal del año 2013, que ejecutó el señor JORGE LUIS ZABALETA EGEA como gerente de la ESE HOSPITAL LOCAL DE MAHATES, dentro del cual, en su sentir, se trasgredieron normas que garantizan el derecho al debido proceso, pues en el acuerdo No. 002 de 09 de abril de 2014 expedido por la junta directiva de la ESE, se tuvieron en cuenta pruebas cuyo origen y arrimo al proceso fue desconocido, ya que se practicaron sin posibilidad de controvertirse.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00328-00

En ese sentido, el accionante no se encuentra conforme con la calificación de su gestión de servicios durante la vigencia 2013, y específicamente se encuentra insatisfecho con los puntajes asignados en los siguientes indicadores:

- i) proporción de medicamentos y materiales médico –quirúrgicos adquiridos mediante los siguientes mecanismos. A. compras conjuntas. B. compras a través de cooperativas de empresas sociales del estado, c. compras a través de mecanismos electrónicos.
- ii) oportunidad en la entrega del reporte de información de cumplimiento de la circular única expedida por la superintendencia nacional de salud o la norma que la sustituya.

Así pues, los fundamentos facticos y probatorios relevantes que encuentra el Despacho dentro de la presente actuación, son los siguientes:

-Se encuentra acreditado en el proceso, los oficios presentados por SINDRI DEL AMAPRO VARGAS MARTINEZ y CARMEN CUETO ESCAMILLA, no fueron tenidos en cuenta para la adopción de la decisión final, durante el acta de fecha 02 de mayo de 2014 (fl 861). Téngase en cuenta que esta acta fue el sustento probatorio para proferir el acuerdo No. 03 de 02 de mayo de 2014 en el que se resolvió el recurso de reposición formulado contra el acuerdo No. 02 de 09 de abril de 2014.

-Se encuentra acreditado que el informe de gestión fue presentado de manera extemporánea (fl 236, 747), pues el anexo técnico No. 2 de la resolución 743 de 2013 del ministerio de salud y protección social establece que la única fuente de información válida para acreditar esta exigencia es la que brinda la superintendencia, para el caso concreto, es la circular 002 de fecha 26 de marzo de 2014 en la cual se publicaron los resultados del reporte de información de las ESE para la vigencia 2013.

-esta misma resolución establece que la entrega oportuna del informe se califica con 5, mientras que si incumple esta obligación, se califica 0, es decir, que no existe término medio o ponderación de valores, la calificación no puede ser parcial.

-se encuentra acreditado que los soportes aportados como fuente de información para el indicador No. 6 no es el correspondiente conforme la resolución 710 de 2012, puesto que al no contar con revisor fiscal, el informe debía estar firmado por el contador y el responsable de control interno de la ESE.

-Está demostrado que la Superintendencia De Salud no es superior jerárquico del alcalde de Mahates ni del gerente de la ESE HOSPITAL LOCAL DE MAHATES, y que solo tiene competencia para resolver el recurso de apelación.

De lo anterior, colige el Despacho, lo siguiente:

Al señor JORGE LUIS ZABALETA EGEA siempre se le respeto su derecho al debido proceso, defensa y contradicción, debido a que siempre fue notificado de las actuaciones que se adelantaban durante la calificación de su gestión de servicios vigencia 2013 y tuvo la oportunidad de controvertirlas. Las pruebas que según el actor fueron practicadas sin su conocimiento y a sus espaldas, no fueron tenidas en cuenta al momento de resolver la reposición formulada contra el acuerdo No. 02 de 09 de abril de 2014. Por ende, este estrado considera que no existieron pruebas mal aportadas al proceso de calificación.

En cuanto a la forma como se calificó el indicador denominado "oportunidad en la entrega del reporte de información de cumplimiento de la circular única expedida por la superintendencia nacional de salud o la norma que la sustituya", se le recuerda al actor que los actos administrativos



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00328-00

gozan de presunción de legalidad, y en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho le corresponde a la parte demandante la carga de la prueba, por ello, en el caso concreto, el accionante no acreditó que ese indicador se puede evaluar de forma parcial. Por lo tanto sus argumentos rayan en interpretaciones subjetivas sobre la norma, lo cual no es atinado.

Respecto a la entrega de los soportes sin la firma del responsable de control interno, téngase en cuenta que los servidores públicos están sometidos a la constitución y leyes, en consecuencia sus funciones están expresamente descritas en el ordenamiento jurídico, y solo deben actuar de conformidad a dichas normas. Bajo ese entendido, la obligación del gerente de la ESE HOSPITAL LOCAL DE MAHATES era presentar el informe de gestión de acuerdo a lo prescrito en las resoluciones 710 de 2012 y 743 de 2013, sin entrar en discusiones de tipo subjetivo sobre si es o no necesario que dicho informe lleve el visto bueno de Control Interno. Si el demandante considera que dicha exigencia legal es inocua, bien puede acudir ante las autoridades respectivas y demandar la constitucionalidad de estas resoluciones.

Le atañe total razón a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL EN SALUD cuando argumenta que no es de su competencia dirimir recusaciones de alcaldes o gerentes de ESE, en razón a que no es superior jerárquico de ellos. Si bien es cierto por el factor funcional le asiste la obligación de resolver el recurso de apelación formulado contra el acuerdo 003 de 02 de mayo de 2014 proferido por la Junta Directiva de la ESE HOSPITAL LOCAL DE MAHATES; no es menos cierto que el artículo 12 del CPACA determina que en tratándose de una autoridad territorial que no tenga superior jerárquico, como lo es en el sub judice el alcalde del municipio de Mahates, la recusación debe ser dirigida al procurador regional para que la resuelva.

Por tanto, con base en estas breves pero potísimas razones se negarán las pretensiones de la demanda.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva. Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

".....

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

En el presente caso el Despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandante, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que la parte demandada haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, el juzgado Octavo Administrativo del circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,



Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00328-00

FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: No condenar en costas.

TERCERO: Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez