



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

SINCELEJO - SUCRE

AUTO INTERLOCUTORIO

Sincelejo, Agosto cuatro (04) de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
RADICACIÓN:	No. 70-001-33-33-007-2020-00063-00
DEMANDANTE:	ORLANDO RAFAEL MERCADO VALETA "omercadovaleta@gmail.com"
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE OVEJAS "alcaldia@ovejas-sucres.gov.co" "notificacionesjudiciales@ovejas-sucres.gov.co" "julianromero8302@hotmail.com"
ACTO DEMANDADO:	DECRETO No. 063 DEL 30 DE MARZO DE 2020, POR MEDIO DEL CUAL SE NOMBRÓ AL SEÑOR WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA COMO GERENTE DE LA ESE CENTRO DE SALUD DE OVEJAS
TERCERO INTERESADO:	WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA "eseovejas18@gmail.com" "wiancove_8@hotmail.com" "julianromero8302@hotmail.com"
ASUNTO:	ADMISIÓN DE LA DEMANDA - NIEGA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO DEMANDADO

I. CONSTANCIAS PREVIAS

A través de la i) Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, modificada por la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 en el territorio nacional; ii) el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades y los particulares que cumplan funciones públicas, y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas; así como el iii) Decreto 564 del 15 de abril de 2020 por medio del cual se determinó que los términos de prescripción y de caducidad previstos, en cualquier norma sustancial o procesal para derechos, acciones, medios de control o presentar demandas ante la Rama Judicial, sean de días,

meses o años, se encuentran suspendidos desde el 16 marzo 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación de los términos judiciales, y que esta suspensión no es aplicable en materia penal.

En consonancia, el Consejo Superior de la Judicatura, mediante los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546 y PCSJA20-11549 suspendió los términos judiciales desde el día 16 de marzo de 2020, estableció algunas excepciones y adoptó otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor con ocasión de la pandemia de la Covid-19, la cual ha sido catalogada por la Organización Mundial de la Salud como una emergencia de salud pública de impacto mundial; y, por medio del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, se dispuso el levantamiento de dicha suspensión, a partir del 1° de julio de 2020.

A través del Acuerdo No. CSJSUA20-43 de 14 de julio de 2020 el Consejo Seccional de la Judicatura de Sucre dispuso el cierre extraordinario del Palacio de Justicia de Sincelejo Torres A, B, C, Edificio Las Marías y Edificio Gentium desde el 16 de julio hasta el día 29 de julio de 2020; para evitar la propagación del coronavirus COVID-19 en el complejo judicial.

A su vez, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 806 del 4 de junio de 2020, por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social, Ecológica, que en su artículo 12 ordenó la remisión a los artículos 100, 101 y 102 del C. General del Proceso, en materia de lo contencioso administrativo, para efectos de resolver las excepciones previas propuestas al contestar la demanda¹.

¹ "ARTÍCULO 12. RESOLUCIÓN DE EXCEPCIONES EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas. Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión. Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción,

II. OBJETO A DECIDIR

Corresponde a este Juzgado resolver, si procede la admisión del medio de control de nulidad electoral, previsto en el artículo 139 del CPACA, ejercido por el señor ORLANDO RAFAEL MERCADO VALETA, en contra del acto de nombramiento del señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA como Gerente de la ESE Centro de Salud de Ovejas, para lo cual se estudiará si reúne los requisitos de procedibilidad y contenido previstos en los artículos 161 y 162 del CPACA, respectivamente, así como al cumplimiento de los demás presupuestos que exige la ley, como por ejemplo la individualización de las pretensiones, como lo exige el artículo 163 *ibídem*, y los documentos que deben acompañarse, como lo dispone el artículo 166 *ib.*

1. Síntesis de la demanda.

El señor ORLANDO RAFAEL MERCADO VALETA pretende la nulidad del acto de nombramiento del señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA, como Gerente de la ESE Centro de Salud de Ovejas, *“por el periodo institucional de cuatro años, el cual comenzará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del alcalde, es decir, 31 de marzo de 2024”*, por considerar que se encuentra viciado en su legalidad, por *“infracción en las normas en que debería fundarse”*, al no ser el resultado de un concurso de mérito previo.

2. Presupuestos de la acción, legitimación y competencia.

2.1. Requisito de procedibilidad. (art. 161 CPACA)

No aplica.

2.2. Requisitos formales de la demanda. (art. 162 CPACA)

2.2.1. Designación de las partes.

conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente. La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable”.

Esta demanda es promovida por el señor ORLANDO RAFAEL MERCADO VALETA, en contra del acto por medio del cual el alcalde del Municipio de Ovejas nombró al señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA, como Gerente de la ESE Centro de Salud de Ovejas. En ese sentido, queda claramente identificadas las partes demandante y demandado, y el tercero interesado.

2.2.2. Pretensiones y acumulación de pretensiones. (art. 163 CPACA)

Como antes se dijo, con la demanda se pretende la nulidad del acto de nombramiento del señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA, como Gerente de la ESE Centro de Salud de Ovejas, contenida en el Decreto No. 063 del 30 de marzo de 2020 expedido por el alcalde del Municipio de Ovejas.

2.2.3. Relación de los hechos.

Con la demanda se cumple el requisito exigido en el numeral 3° del artículo 162 del CPACA, toda vez que se encuentran determinados con claridad los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente enumerados.

2.2.4. Fundamentos de derecho de las pretensiones.

Igualmente, en la demanda se exponen los fundamentos de derecho que motivan la misma, junto con las normas que se consideran violadas con la expedición del acto de nombramiento del señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA, como Gerente de la ESE Centro de Salud de Ovejas, así como el respectivo concepto de su violación.

2.2.5. Petición de pruebas.

La parte demandante acompaña con su demanda las pruebas documentales que pretende hacer valer dentro del proceso, y a además solicita al Juzgado a fin de que oficie otras.

Observación. El Juzgado se abstendrá de ordenar la práctica de pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, se hayan podido obtener; al igual que aquellas que no satisfagan las características de

necesidad, conducencia, pertinencia y utilidad, o no reúnan los requisitos de le para su procedencia.

2.2.6. Estimación razonada de la cuantía.

No aplica.

2.2.7. Dirección para notificaciones.

Aunado a lo anterior, el señor ORLANDO RAFAEL MERCADO VALETA informó donde él, el Municipio de Ovejas y el señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA recibirán las notificaciones de rigor, tal como lo exige el numeral 7º del artículo 162 del CPACA.

2.3. Identificación del acto administrativo demandado y agotamiento de los recursos.

En el presente proceso, se demanda la nulidad del Decreto No. 063 del 30 de marzo de 2020 expedido por el alcalde del Municipio de Ovejas, por medio del cual se nombró al señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA, como Gerente de la ESE Centro de Salud de Ovejas, *“por el periodo institucional de cuatro años, el cual comenzará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del alcalde, es decir, 31 de marzo de 2024”*, cuya copia aportó con la demanda, de manera que el acto administrativo demandado se encuentra debidamente identificado, sin que haya recurso obligatorio que deba ser agotado.

2.4. Jurisdicción y competencia. (arts. 151 A 157 CAPCA)

2.4.1. Jurisdicción.

Es esta jurisdicción, contencioso administrativo, competente para conocer del presente asunto atendiendo el criterio orgánico previsto en el artículo 104 del CPACA, en razón a que se pretende la nulidad de un acto de nombramiento expedido por una autoridad pública que en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales.

2.4.2. Competencia.

Igualmente, se pone de presente que este Juzgado es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, teniendo en cuenta que con ella se pretende la nulidad de un acto de nombramiento efectuado por una autoridad del orden municipal, cuya población de acuerdo con el censo del año 2018 realizado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas "DANE", tiene una población inferior a los 70.000 habitantes², sin ser capital de departamento, conforme lo establece el numeral 9º del artículo 155 del CPACA.

2.5. Caducidad de la acción. (art. 164 CPACA)

Atendiendo que en el presente caso que el nombramiento del señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA, como Gerente de la ESE Centro de Salud de Ovejas, se hizo el 30 de marzo del 2020, y que para entonces los términos judiciales se encontraban suspendidos como se explicó en las constancias previas de este auto, y que los mismo se reanudaron el 1º de julio del 2020.

Al presentarse la demanda el 7 de julio de los corridos, es claro que se hizo dentro del término de treinta (30) días previsto en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA.

2.6. Legitimación de las partes.

Como el medio de control de nulidad electoral es en sí una acción pública, es claro de conformidad con el artículo 136 del CPACA, que "*cualquier persona*" como el señor ORLANDO RAFAEL MERCADO VALETA se encuentra legitimada como parte activa en la causa para ejercerla.

Igualmente, está legitimado el Municipio de Oveja por ser su alcalde la autoridad quien expidió el acto de nombramiento; y el señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA lo está como tercero interesado, por ser la persona cuyo nombramiento como Gerente de la ESE Centro de Salud de Ovejas se pretende anular, por tanto tiene interés directo en las resultados del proceso.

² La población del Municipio de Ovejas para el año 2018 de acuerdo con el censo realizado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas "DANE", es de 22.384, y se puede consultar en el link: <https://sitios.dane.gov.co/cnpv/#/>

3. Actuaciones de saneamiento de la demanda.

3.1. Congruencia de las pretensiones y el medio de control escogido.

En el presente proceso, las pretensiones de la demanda corresponden al medio de control de nulidad electoral, en razón a que con ella busca anular el nombramiento del señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA, como Gerente de la ESE Centro de Salud de Ovejas, *“por el periodo institucional de cuatro años, el cual comenzará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del alcalde, es decir, 31 de marzo de 2024”*, contenido en el Decreto No. 063 del 30 de marzo de 2020, el cual, a juicio de la parte demandante se expidió con *“infracción en las normas en que debería fundarse”*.

3.2. Acumulación de pretensiones de diferentes medios de control.

En este proceso, no hay acumulación de pretensiones de diferentes medios de control, comoquiera que el objeto de las mismas se circunscriben en obtener la nulidad del nombramiento del señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA, como Gerente de la ESE Centro de Salud de Ovejas, por lo que el medio de control procedente es el de nulidad electoral.

3.3. Copia del acto acusado o petición previa para allegarlo al plenario.

Con la demanda se aportó copia del Decreto No. 063 del 30 de marzo de 2020 expedido por el alcalde del Municipio de Ovejas, por medio del cual se nombró al señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA, como Gerente de la ESE Centro de Salud de Ovejas, *“por el periodo institucional de cuatro años, el cual comenzará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del alcalde, es decir, 31 de marzo de 2024”*.

3.4. Control vía excepción.

En el presente caso, la nulidad invocada del acto administrativo demandado no proviene de los efectos de otro, que deba ser inaplicado por violación a la Constitución Política o la ley.

3.5. Corrección sobre la petición de pruebas.

Con la demanda se aportaron debidamente las pruebas relacionadas en la demanda, y se solicita oficiar para que se allegue unos documentos al proceso.

Observación. El Juzgado se abstendrá de ordenar aquellas pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente, de acuerdo con el artículo 78, numeral 10, del C.G. del Proceso.

3.6. Vinculación de terceros.

Como la demanda está dirigida en contra del Decreto No. 063 del 30 de marzo de 2020 expedido por el alcalde del Municipio de Ovejas, por medio del cual se nombró al señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA, como Gerente de la ESE Centro de Salud de Ovejas, *“por el periodo institucional de cuatro años, el cual comenzará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del alcalde, es decir, 31 de marzo de 2024”*, no hay duda que se debe vincular al proceso al señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA por tener interés directo en las resultas del proceso.

Observación. El Juzgado si bien por auto del 9 de julio del 2020 corrió traslado al señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA de la medida de suspensión provisional del acto que lo nombró Gerente de la ESE Centro de Salud de Ovejas, en esta oportunidad se le vinculará formalmente al proceso.

3.7. Medidas cautelares.

Con la demanda se solicita la suspensión provisional de los efectos del acto de nombramiento del señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA como Gerente de la ESE Centro de Salud de Ovejas.

Al respecto, el artículos 229 y siguientes del C.P.A.C.A. establecen:

“ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

*PARÁGRAFO. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.”
(Aparte tachado inexecutable).*

(...)

“ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurran los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”

Según lo allí dispuesto, existe la posibilidad de que en forma cautelar se suspendan los efectos jurídicos de los actos electorales, cuando se cumplan las siguientes exigencias³:

1) La medida cautelar se debe solicitar (no es oficiosa), ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el actor sustente en escrito separado presentado con ésta u otro posterior, siempre y cuando se pida antes de admitir la misma. Lo anterior exige que la petición contenga una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el mismo concepto de violación.

2) Que la infracción al ordenamiento jurídico surja de la valoración que se haga al confrontar el acto con las normas invocadas por el actor, desde esta instancia procesal, es decir, cuando el proceso apenas comienza.

3) Para ello pueden emplearse los medios de prueba aportados por el interesado. Es decir, según las voces del artículo 229 del C.P.A.C.A., la solicitud de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, como medida cautelar que es, exige “petición de parte debidamente sustentada”.

Es de suma relevancia resaltar el papel del juez bajo el nuevo estatuto proceso, según el cual, le permite ser más dinámico, pues no lo limita a la labor de confrontar el acto demandado respecto las normas en que debía fundarse o superiores, sino que le permite valorar las pruebas allegadas para determinar si el acto se ajusta a sus objetivos. Al respecto, la Sección Quinta del Consejo de Estado⁴, señaló:

“Ahora, en relación con las condiciones de procedencia de la suspensión provisional, tanto el Código anterior como el vigente

³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 9 de abril de 2015, Rad. 11001-03-28-000-2015-00044-00, Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO.

⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 17 de julio de 2014, Rad. 11001-03-28-000-2014-00024-00, Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO.

suponen la confrontación del acto administrativo demandado con las normas invocadas como infringidas por el actor y con las pruebas aportadas, lo que es connatural a todo juicio de constitucionalidad o legalidad de actos administrativos. Pero los dos estatutos tienen una diferencia sustancial en cuanto al alcance del estudio del juez frente a la violación normativa, a lo que se refirió la Sala hace poco:

“La verdadera variación entre una regla y otra es la forma de llevar a cabo esa confrontación, pues, se insiste, en el CCA la infracción de normas debía mostrarse al juez del solo cotejo y ahora en el CPACA el juez puede con igual propósito emprender un análisis que exceda los textos normativos propuestos, para revisar incluso si el acto administrativo objeto de la medida se aviene a la finalidad, los valores o los principios involucrados en las disposiciones que sustentan la solicitud”⁵.

Y más recientemente:

“De esta manera, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia sine quanon que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud. Entonces ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1º) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud”⁶.

Es decir, con el C.P.A.C.A desapareció el calificativo de “manifiesta” que caracterizaba a la infracción normativa que hacía procedente la suspensión provisional mientras rigió el CCA. En su lugar, el juez actualmente emprende un análisis del acto demandado, a partir de su confrontación con las normas invocadas por el actor como violadas y las pruebas aportadas por el mismo para sustentar su solicitud, lo que a juicio de la Sala puede involucrar, por un lado, la integración de principios y

⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 8 de noviembre de 2012, Rad. 11001-03-28-000-2012-00055- 00, Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO.

⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 24 de enero de 2013, Rad. 110010328000201200068 - 00, Consejera Ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA.

valores constitucionales identificables con el caso concreto y, por otro, la consulta de la jurisprudencia que se ha ocupado de la constitucionalidad de las normas invocadas o que ha sentado lineamientos sobre la interpretación que debe dárseles.

De modo que el C.P.A.C.A le otorga al juez administrativo un papel más dinámico en el decreto de esta medida cautelar, y lo releva de cualquier responsabilidad derivada que lo puede llevar incluso de efectuar un juicio de legalidad del acto administrativo anticipado, en tanto que la norma establece que no implicará prejuzgamiento -como bien lo advierte el artículo 229 ibídem, porque la decisión de suspender o de no suspender los efectos del acto administrativo no se vuelve inmutable, sino que, por el contrario, los elementos de juicio de carácter normativo y probatorio que continúen arrojándose por las partes al proceso en sus etapas posteriores podrían devenir en una decisión distinta al proferir sentencia.”

En el caso concreto, la petición de suspensión provisional está motivada, en resumen, en la presunta ilegalidad del Decreto No. 063 del 30 de marzo de 2020 expedido por el alcalde del Municipio de Ovejas, por medio del cual se nombró al señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA como Gerente de la ESE Centro de Salud de Ovejas, “*por el periodo institucional de cuatro años, el cual comenzará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del alcalde, es decir, 31 de marzo de 2024*”, toda vez que incurre en “*infracción de las normas en que deberían fundarse*”, pues no hubo “*una convocatoria pública de los interesados*”.

Agregó que, “*lo que hizo el Municipio de Ovejas en aplicación del artículos 2.5.3.8.5.3 del Decreto N°1427 de 2016 fue evaluar las competencias del aspirante o aspirantes a ocupar el cargo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado del orden departamental, distrital o municipal, señaladas por el Departamento Administrativo de la Función Pública, obviando la etapa de convocatoria, convocatoria pública que debía cumplir con lo enunciado en el Decreto N°1083 de 2015 en los artículos 2.2.6.5 y 2.2.6.6 para la inscripción de los aspirantes que reunían los requisitos del cargo para ser evaluados sus competencias y conductas asociadas definidas en la resolución N° 680 de 2016 del DAFP*”, lo que a s

juicio desconoce los principios de selección objetiva y transparencia en los nombramientos de los Gerentes de las ESE.

En ese sentido, advirtió que *“ni el Alcalde Municipal, ni la Junta Directiva de la ESE Centro de Salud de Ovejas, Sucre, publicaron avisó en medios de publicación masivo donde se le informara a los candidatos interesados en ser evaluados para ocupar el cargo de Gerente de la ESE Municipal previ6 a una inscripción de los aspirantes al cargo de Gerente de la ESE Municipal de Ovejas, como tampoco fue publicada convocatoria p6blica para la selecci6n del Gerente de la ESE Municipal, conducta esta violatoria del principio de la publicaci6n, transparencia y selecci6n objetiva para la selecci6n y nombramiento del nuevo Gerente de la ESE Municipal para el periodo 01 de abril del 2020 a 31 de marzo de 2024”*.

A su turno, el apoderado judicial del Municipio de Ovejas y del se6or WILSON ANDR6S COHEN VERGARA se opone al decreto de la medida de suspensi6n del nombramiento de 6ste 6ltimo, toda vez que a su juicio el art6culo 28 de la Ley 1122 de 2007 proscribi6 los concursos para nombrar los gerentes de las Empresas Sociales del Estado, por tratarse de cargos de libre nombramiento y remoci6n, tal como lo se6al6 la Corte Constitucional en la sentencia C-046 del 2018.

En ese sentido, asegura que inca de las normas citadas en la demanda, actualmente *“rige, regula o contiene un “...procedimiento de selecci6n...” que termine con el nombramiento de los gerentes de las empresas sociales del estado del nivel territorial, as6 como tampoco el deber de “...avisar y publicar la convocatoria p6blica para la selecci6n del Gerente o Director de las Empresas Sociales del Estado”*.

Agrega que, el art6culo 28 de la Ley 1122 de 2007 *“solo establece una serie de exigencias previas a la hora de nombrar el Gerente de las Empresas Sociales del Estado, o mejor dicho, regula una nueva forma de designaci6n de los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado. La primera, que dicho sea de paso, por no reprocharse en la demanda, no puede ser materia de debate al resolver la solicitud de suspensi6n provisional, y mucho menos en la sentencia, es de orden temporal, consistente en que debe hacerse dentro de los tres (3) meses*

anteriores a la posesión de los Alcaldes. Tal temporalidad no se puede cumplir, obviamente, cuando se da una vacancia definitiva, por ejemplo, por renuncia del empleo. La segunda, que tampoco fue reprochada en la demanda, con la consecuencia anotada en el párrafo anterior, que considero lógica y aplicable a todos los nombramientos de empleados públicos, consistente en que se realice una previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes. Y la tercera y última, que tampoco fue reprochada en la demanda, con la consecuencia ya anotada, y que se constituye en una novedad, consistente en una previa evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública”.

Atendiendo los argumentos ventilados por los extremos procesales, considera el Juzgado que no hay mérito para en esta etapa procesal, declarar la suspensión provisional del señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA, como Gerente de la ESE Centro de Salud de Ovejas.

En efecto, el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, disponía que “los gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del jefe de la entidad territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la junta directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo gerente”, disposición declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-181 de 2012.

Es decir, que partir de la entrada en vigencia de la Ley 1122 de 2007, los gerentes de las Empresas Sociales del Estado pasaron a ocupar un carácter *sui generis* en la estructura estatal. Esto toda vez que, a pesar de seguir siendo cargos de libre nombramiento y remoción, su designación se hacía mediante concurso de méritos.

Sin embargo, con la expedición de la Ley 1797 del 2016, el Legislador suprimió el concurso de méritos que traía la Ley 1122 de 2007 para la elección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado, y habilitó al

Presidente, gobernadores y alcaldes para que los nombraran directamente.

Al respecto, el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, “por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, dispone:

“ARTÍCULO 20. Nombramiento de Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial. En el nivel nacional los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República. Corresponderá al Presidente de la República, a los Gobernadores y los Alcaldes, dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, adelantar los nombramientos regulados en el presente artículo, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados para periodos institucionales de cuatro (4) años, el cual empezará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del Presidente de la Republica, del Gobernador o del Alcalde. Dentro de dicho periodo, sólo podrán ser retirados del cargo con fundamento en una evaluación insatisfactoria del plan de gestión, evaluación que se realizará en los términos establecidos en la Ley 1438 de 2001 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para el caso de los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado que a la entrada en vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos, continuarán ejerciendo el cargo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos.

Los procesos de concurso que, al momento de entrada en vigencia de la presente ley, se encuentren en etapa de convocatoria abierta o en cualquiera de las etapas subsiguientes continuarán hasta su culminación y el nombramiento del Gerente o Director recaerá en el integrante de la terna que haya obtenido el primer lugar, el nominador deberá proceder al nombramiento en los términos del artículo 72 de la Ley 1438 de 2011. En el evento que el concurso culmine con la declaratoria de desierto o no se

integre la terna, el nombramiento se efectuará en los términos señalados en el primer inciso del presente artículo.

Del mismo modo, en los casos en que la entrada en vigencia de la presente ley, no se presente ninguna de las situaciones referidas en el inciso anterior, el jefe de la respectiva Entidad Territorial o el Presidente de la Republica procederá al nombramiento de los Gerentes o Directores dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, en los términos señalados en el presente artículo”.

Por su parte, el Decreto de 2016, que reglamentó la norma anterior, establece:

“ARTÍCULO 2.5.3.8.5.1. Evaluación de competencias. Corresponde al Presidente de la República, a los gobernadores y a los alcaldes como autoridades nominadoras orden nacional, departamental y municipal, respectivamente, evaluar, a través de pruebas escritas, las competencias señaladas por el Departamento Administrativo de la Función Pública, para ocupar el empleo director o gerente las Empresas Sociales del Estado.

(...).

ARTÍCULO 2.5.3.8.5.3. Evaluación de las competencias para ocupar el empleo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial. Las competencias del aspirante o aspirantes a ocupar el cargo de director o gerente de las Empresas del Estado del orden departamental, distrital o municipal, señaladas el Departamento Administrativo de la Función Pública, serán evaluadas por el gobernador o el alcalde, de lo cual se dejará evidencia.

ARTÍCULO 2.5.3.8.5.4. Apoyo de la Función Pública en la evaluación de competencias. El Departamento Administrativo de la Función Pública -adelantará de manera gratuita, cuando el respectivo nominador así se lo solicite, la evaluación las competencias del aspirante o aspirantes a ocupar el cargo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado del nivel departamental, distrital o municipal.

Cuando la Función Pública adelante el proceso de evaluación de competencias indicará al gobernador o alcalde si el aspirante cumple o no con las competencias requeridas y dejará evidencia en el respectivo informe.

ARTÍCULO 2.5.3.8.5.5. Nombramiento. El nombramiento del gerente o director de la Empresa Social del orden nacional, departamental o municipal, recaerá en quien acredite los requisitos exigidos para el desempeño y las competencias requeridas.

Como vemos, actualmente el nombramiento de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado lo hace directamente el Presidente, los gobernadores y los alcaldes, según el nivel territorial, para lo cual deberán; primero, verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes; y segundo, evaluar las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Cabe advertir que artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 lo declaró exequible la Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-046 del 2018. Así las cosas, la ausencia de convocatoria o concurso de mérito, no conlleva *per se* a la nulidad de los nombramientos de los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado realizados en vigencia de la Ley 1797 de 2016, pues basta con el cumplimiento previo de los requisitos del cargo y la evaluación de las competencias que disponga el Departamento Administrativo de la Función Pública, para que los mismo se consideren ajustados a ley.

Además, no puede pasarse por alto que en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por causa del coronavirus COVID-19, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 491 de 2020, que en su artículo 13 dispuso:

"ARTÍCULO 13. Facultad para ampliar el período institucional de gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado. Los gobernadores y alcaldes podrán ampliar, por un término de 30 días, el período institucional de los gerentes o directores de Empresas Sociales del Estado que termina en el mes de marzo de 2020.

Si el alcalde o gobernador no amplía el período, deberá proceder a nombrar al gerente o director, de acuerdo con el procedimiento señalado en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016. Si deciden ampliar el período, una vez finalizados los 30 días a que se refiere el inciso anterior, el alcalde o gobernador nombrará el nuevo gerente o director, de acuerdo con lo

dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016. El período institucional del nuevo gerente o director iniciará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del período constitucional del gobernador o del alcalde respectivo."

En ese orden de ideas, nótese que la Ley 1797 de 2016 cambió el procedimiento para el nombramiento de los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado del orden nacional, departamental o municipal, disponiendo que lo podrá hacer directamente el Presidente, el gobernador o el alcalde, según que se trate del orden nacional, departamental o municipal, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función.

Así las cosas, a pesar de que no es objeto de cuestionamiento en la demanda, en las consideraciones del Decreto No. 063 del 30 de marzo de 2020 se advierte que el señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA cumple los requisitos para ocupar el cargo de Gerente de la ESE Centro de Salud de Ovejas, y que también se evaluaron previamente por escrito las competencias dispuesta por el Departamento Administrativo de la Función Pública, por lo tanto, no hay una violación evidente a las normas invocadas que regulan los nombramientos de los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado, que permita al Juzgado suspender ese nombramiento, por lo que se negará la medida cautelar.

3.8. Copia de la demanda y sus anexos.

Como la demanda se presentó de manera digital, de ella se pueda copiar el número de traslados que exige la ley, a fin que se puedan surtir las notificaciones de rigor.

3.8.1 Medio magnético contentivo de la demanda.

Como la demanda se presentó de manera digital, se cumplen los fines del artículo 89 del C. General del Proceso.

3.9. Normas jurídicas de alcance nacional.

Todas las normas invocadas en la demanda, tienen alcance nacional.

3.10. Representación adjetiva de la parte actora.

El señor ORLANDO RAFAEL MERCADO VALETA en nombre propio presentó la demanda, y no por medio de apoderado judicial, por lo que no es exigible este requisito.

7. Conclusión.

Así las cosas, y como quiera que se han verificado los presupuestos sustanciales de la acción y los requisitos formales de la demanda, ejerciendo el control a que se refieren los artículos 168 a 170 de la Ley 1437 de 2011, es procedente admitir la demanda introductoria de este proceso, por lo que el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo (Sucre),

R E S U E L V E:

1°. ADMITIR en primera instancia la demanda de nulidad electoral instaurada por el señor ORLANDO RAFAEL MERCADO VALETA, en contra del acto de nombramiento del señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA como Gerente de la ESE Centro de Salud de Ovejas, contenido en el Decreto No. 063 del 30 de marzo de 2020, por lo expuesto en la parte motiva.

2°. NOTIFICAR personalmente esta providencia al alcalde del Municipio de Ovejas.

3°. NOTIFICAR personalmente esta providencia al señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA, en calidad de tercero con interés directo.

4°. NOTIFICAR personalmente esta providencia al representante del Ministerio Público que actúa ante este Juzgado.

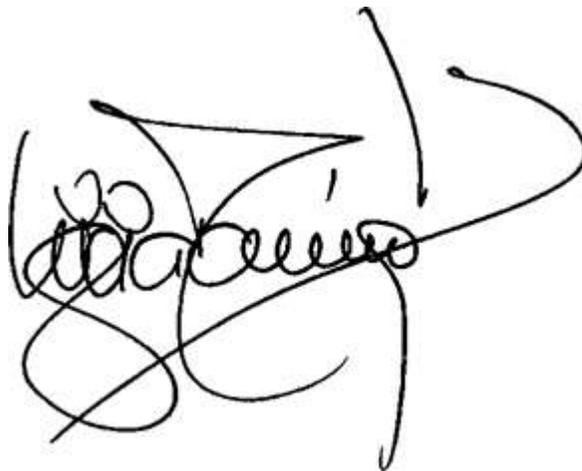
5°. INFORMAR a la comunidad sobre la existencia del presente proceso, mediante aviso fijado en el portal de la Rama Judicial, en su defecto, por cualquier otro medio eficaz de comunicación, de conformidad con el numeral 5 del artículo 277 del C.P.A.C.A.

7°. NOTIFICAR esta providencia por anotación en estados electrónicos a la parte demandante.

8°. NEGAR la solicitud de suspensión provisional del nombramiento aquí demandado.

9°. RECONOCER personería para actuar dentro del presente proceso, JULIAN ANDRES ROMERO DE LA OSSA, como apoderado judicial del Municipio de Ovejas, y del señor WILSON ANDRÉS COHEN VERGARA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ligia Ramírez Castaño', with a large, sweeping flourish extending from the end of the signature.

LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO
Juez