

SECRETARÍA: Sincelejo, doce (12) de agosto de dos mil veinte (2020). Señor Juez, le informo que se encuentra vencido el término del traslado de la solicitud de la medida cautelar solicitada por la parte actora. Lo paso al Despacho para lo que en derecho corresponda. Sírvasse proveer.


ALFONSO PADRÓN ARROYO
Secretario



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO - SUCRE

Sincelejo, doce (12) de agosto de dos mil veinte (2020).

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL
RADICACIÓN N° 70001-33-33-008-2020-00065-00
DEMANDANTE: ORLANDO RAFAEL MERCADO VALETA
DEMANDADO: MUNICIPIO DE CAIMITO (SUCRE)
TERCERO: EDUARDO ENRIQUE PASTRANA VÁSQUEZ**

1. ANTECEDENTES

La parte actora solicitó como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado Decreto N°00161 del 01 de abril de 2020, mediante el cual se hace un nombramiento en propiedad del gerente de la empresa social del estado centro de salud Caimito, para el periodo institucional del 01 de abril del 2020 hasta el 31 de marzo de 2024.

Sostiene el actor que el acto administrativo en comento fue expedido irregularmente por interpretación e insuficiente motivación y aplicación errada del procedimiento de evaluación de competencias, señalando:

“...El procedimiento administrativo de nombramiento del gerente “fue amañado, subjetivo e irregular por cuanto tuvo su génesis en un documento (Convocatoria N°001 del 26 de marzo del 2020) la cual violó los principios de publicidad, transparencia y moralidad administrativa, es decir, la publicación de la convocatoria N°01 del 26 de marzo del 2020 no duró el término mínimo de 5 días como lo dice el artículo 2.2.6.6 del decreto 1083 de 2015. La convocatoria solamente duró publicada un (1) día antes de que se iniciara la inscripción de los aspirantes. Igualmente el periodo de inscripción de las hojas de vida de los interesados demoró un (1) días (recepción de las hojas de vida el día 27 de marzo del 2020), lo que infringe el parágrafo del artículo 2.2.6.7 del Decreto precitado que regla la duración del periodo inscripción de los candidatos interesados (debe ser de cinco días), por lo anterior explicado el municipio de Caimito limitó tácitamente que se presentaran más profesionales de la salud al proceso de selección y evaluación de competencias para elegir el Gerente de la ESE municipal. Del análisis de los presupuestos facticos y jurídicos expuestos en el acápite de Normas Violadas y Concepto de Violación el Decreto N°00161 del 01 de abril de 2020, “mediante el cual se hace un nombramiento en propiedad del gerente de la empresa social del estado centro de salud Caimito” para el periodo institucional del 01 de abril del 2020 hasta el 31 de marzo de 2024, fue expedido

irregularmente por insuficiente motivación y aplicación errada del procedimiento de evaluación de competencias.

El nombramiento en propiedad del señor Eduardo Enrique Pastrana Vásquez, lo faculta para ejecutar el presupuesto de ingresos y gastos de las vigencias fiscales de su periodo institucional para el cual fue nombrada, esta facultad de ordenadora del gasto están viciada de nulidad por las irregularidades dada en la formación del decreto municipal N°00161 el 01 de abril de 2020 y explicado líneas atrás, entonces al ejercer la facultad de ejecutar el presupuesto de ingresos y gastos de la ESE Centro de Salud Caimito, por lo de no otorgarse la medida cautelar se estaría causando un perjuicio irremediable al patrimonio público de la ESE municipal Centro de Salud Caimito y al municipio de Caimito Sucre.”

La parte actora también reprocha que el alcalde, para la evaluación de las competencias y las conductas asociadas en cumplimiento del artículo artículos 2.5.3.8.5.3 del Decreto N°1427 de 2016 y la Resolución N°680 de 2016, no contrató profesional externo que apoyara el equipo multidisciplinario de funcionarios del nivel Directivo de la alcaldía idóneos para haber practicado tal evaluación de competencias y conductas asociadas al Doctor Eduardo Enrique Pastrana Vásquez, como tampoco realizó contratación de una entidad pública o privada idónea para que adelantara dicha evaluación, en cambio le solicitó a la profesional universitario Soribel Mendoza Madera, que es funcionaria de planta del municipio de Caimito, que realizara la respectiva evaluación, muy a pesar de no ser funcionaria del nivel directivo.

De la medida cautelar solicitada se corrió traslado a la parte demandada mediante auto adiado 13 de julio de 2020, notificado personalmente el 30 de julio de 2020, y la parte demandada se pronunció oportunamente el 5 de agosto de 2020, oponiéndose a su decreto y alegando que la elección de gerentes de empresas sociales del Estado está regulada por el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y la Resolución No. 680 de 2016, no siendo aplicable la Ley 1083 de 2015, por lo que el acto administrativo demandado no infringe las disposiciones de esta última ley, toda vez que reglamenta los concursos y procesos de selección que debe adelantar la Comisión Nacional del Servicio Civil. Y en cuanto al reparo de que no se no contrató un profesional externo, indica que el Decreto 1427 del 2016, que reglamentó el artículo 20 de la ley 1797 de 2016, no lo exige y por el contrario en su artículo 2.5.3.8.5.5 permite que se apoye con profesionales de la planta de personal.

Por lo tanto, procede el Despacho a resolver la solicitud de medida cautelar referida.

2. CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que el demandante solicita el decreto de medida cautelar invocando el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 1 de 1984),

compendio normativo derogado por la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹.

Seguidamente entra el Despacho a resolver sobre la medida cautelar solicitada, considerando que no es procedente su decreto, por las siguientes razones:

El Capítulo XI, del Título V de la segunda parte del C.P.A.C.A., establece el procedimiento y los requisitos para el estudio y decreto de las medidas cautelares.

Se tiene, que las medidas cautelares que se decreten estarán encaminadas a proteger y garantizar de forma provisional, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia; medidas que podrán ser de tipo preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y estar relacionadas directamente con las pretensiones de la demanda.

Así mismo, para su decreto se deberá cumplir con lo consagrado en el artículo 231 del C.P.A.C.A., el cual establece que 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”*.

Sobre el particular, es pertinente acotar que el Consejo de Estado ha considerado:

“La Ley 1437 de 2011, (CPACA) incluye los tipos de cautelas y los requisitos para decretarlas recogidos en las legislaciones de los distintos países de la Unión Europea, esto es, las cautelas positivas y las negativas y los tres requisitos para su decreto:

- i) Apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris), que exige un examen preliminar que no constituye prejuzgamiento bien respecto de la legalidad del acto (cautela suspensiva o negativa), bien respecto de la titularidad del derecho subjetivo que sustenta las pretensiones;*
- ii) Urgencia (periculum in mora). El juez determinará en cada caso si la duración del proceso puede tornar ineficaz un eventual fallo estimatorio de las pretensiones de la demanda, y*
- iii) Ponderación de intereses en conflicto, esto es, identificar las ventajas, para el interés general y los inconvenientes, para el derecho del demandante derivados de la denegación de la medida cautelar, versus, las ventajas para el derecho del demandante y los inconvenientes para el interés general, al otorgar la medida cautelar.”*²

A efectos de decidir sobre el decreto de la medida cautelar deprecada, este Despacho tiene el deber de analizar las pruebas aportadas con la solicitud de la medida cautelar y, en lo tocante, es preciso señalar que el Consejo de Estado ha considerado reiteradas veces:

¹ En adelante C.P.A.C.A.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, providencia 21 de mayo de 2014, Rad. No. 110010324000201300534 00, Actor: Enrique Alfredo Daza Gamba contra el Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

“La nueva norma precisa entonces a partir de que haya petición expresa al respecto que: 1°) la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la violación de las disposiciones invocadas, surge, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal - cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. 2°) Además, señala que esta medida cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado.

Entonces, 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 ahora, la norma da apertura y autoriza al juez administrativo para que, a fin de que desde este momento procesal obtenga la percepción de que hay la violación normativa alegada, pueda: 1°) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2°) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.

Ahora bien, según la Real Academia de la Lengua Española el término “surgir” - (del latín surgĕre)- significa aparecer, manifestarse, brotar.

En este punto esencial es donde radica la innovación de la regulación en el CPACA de esta institución de la suspensión provisional, pues la Sala recuerda que en el anterior CCA -Decreto 01 de 1984-, artículo 152, la procedencia de esta medida excepcional solicitada y sustentada de modo expreso en la demanda o en escrito separado, estaba sujeta o dependía de que la oposición o la contradicción del acto con las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión provisional fuera manifiesta, apreciada por confrontación directa con el acto o con documentos públicos aducidos con la solicitud.

De las expresiones “manifiesta” y “confrontación directa” contenidas en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo anterior, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia dedujeron que la procedencia de esta figura excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio, pues la transgresión por el acto de las normas en que debería fundarse, alegadas como sustento de la procedencia de la suspensión, debía aparecer “prima facie”, esto es, sin implicar estudio ni esfuerzo analítico alguno.

Ahora bien, no obstante que la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2° inciso del artículo 229 del CPACA (Capítulo XI Medidas Cautelares- procedencia), conforme al cual: “La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”, es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado (en el caso el elegido o el nombrado cuya designación se acusa), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba.”³

Descendiendo al caso concreto y revisados los documentos allegados con la demanda, se tiene que el municipio de Caimito, Sucre, a través de Resolución 229 del 25 de marzo de 2020, convocó a profesionales de la salud interesados en participar en la invitación para ser elegido Gerente de la ESE Centro Salud Caimito y estableció el cronograma señalando que la publicación de la convocatoria se realizaría el 26 de marzo de 2020 a las 2:30 p.m. y la recepción de hojas de vida tendría lugar el 27 de marzo de 2020 hasta las 3:00 p.m., entre otras etapas.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Auto del 13 de septiembre de 2012. Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia. Radicación No. 11001-03-28- 000-2012-00042-00. Actor: Johan Steed Ortiz Fernández. Demandado: Representantes de los egresados ante el Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana.

Lo anterior, a juicio del actor transgrede los artículos 2.2.6.6⁴ y 2.2.6.7⁵ del Decreto 1083 de 2015, que obliga a que la convocatoria sea publicada con mínimo 5 días de antelación y que se conceda por lo menos 5 días para la recepción de hojas de vida de los aspirantes.

Al respecto, el Despacho estima que el nombramiento de gerentes de las empresas sociales del Estado se rige por lo dispuesto en el artículo 20⁶ de la Ley 1797 de 2016, el Decreto Reglamentario 1427 de 2016 y Resolución 680 de 2016, entre otros; de tal manera, que no se advierte transgresión a las normas señaladas por el actor, en la medida que el Decreto 1083 de 2015 no es aplicable al asunto.

Adicionalmente, se anota que la Circular Externa N°004 del 04 de marzo de 2020 del Ministerio de Salud y el Departamento Administrativo de la Función Pública, al igual que lo estableció el Decreto Reglamentario 1427 de 2016⁷, prevé que el Departamento Administrativo de la Función Pública adelantará de manera gratuita la evaluación de 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 y a disponer las herramientas necesarias para ello; sin embargo, de la redacción del decreto y de la circular se extrae que esto opera en caso de que el nominador lo solicite, es decir, sería facultativo, lo que en el caso bajo estudio no aconteció.

⁴ Publicación de la convocatoria. El aviso de convocatoria, en su totalidad, se publicará con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles a la fecha de iniciación de las inscripciones, en un lugar de fácil acceso al público de la entidad para la cual se realiza el concurso, de la gobernación y de alcaldía respectivas y en las páginas web de las mismas, si las hubiere, de la Comisión Nacional del Servicio Civil, del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la entidad contratada para la realización del concurso.

⁵ "... Parágrafo. El término para las inscripciones se determinará en cada convocatoria, el cual no podrá ser inferior a cinco (5) días."

⁶ "Artículo 20. Nombramiento de Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial. En el nivel nacional los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República. Corresponderá al Presidente de la República, a los Gobernadores y los Alcaldes, dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, adelantar los nombramientos regulados en el presente artículo, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados para periodos institucionales de cuatro (4) años, el cual empezará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del Presidente de la República, del Gobernador o del Alcalde. Dentro de dicho periodo, 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 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.

Parágrafo Transitorio. Para el caso de los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado que a la entrada en vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos, continuarán ejerciendo el cargo hasta finalizar el periodo 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 República procederá al nombramiento de los Gerentes o Directores dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, en los términos señalados en el presente artículo."

⁷ "Artículo 2.5.3.8.5.4. Apoyo de la Función Pública en la evaluación de competencias. El Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP adelantará de manera gratuita, cuando el respectivo nominador así se lo solicite, la evaluación de 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 las competencias indicará al gobernador o alcalde si el aspirante cumple o no con las competencias requeridas y dejará evidencia en el respectivo informe."

De otro lado, el Despacho al ponderar los intereses en conflicto, considera que son mayores las desventajas que las ventajas en caso de accederse a la suspensión provisional del acto censurado, puesto que no puede pasarse por alto la actual situación de pandemia mundial y la consecuente emergencia sanitaria decretada en el territorio nacional, que requiere una atención urgente y contundente por parte de las autoridades de salud, por lo que suspender la elección del gerente de la ESE en comento podría afectar negativa y gravemente la gestión que debe realizar dicha entidad en lo que concierne a la pandemia por Covid19.

Así las cosas, este Despacho Judicial no decretará la medida cautelar solicitada por la parte actora, considerándose que no se cumple con lo establecido en el artículo 231 del C.P.A.C.A. y precisándose que tal decisión no implica prejuzgamiento.

Por lo tanto, el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Sincelejo,

RESUELVE

PRIMERO. Niéguese la medida cautelar solicitada por la parte demandante, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. Reconózcase personería al doctor RAMIRO JOSÉ VERGARA ORTEGA, identificado con la C.C. No. 92.542.506 y T.P. No. 179.685 del C. S. de la J., para actuar como apoderado judicial del demandado, en los términos del poder especial conferido.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JORGE LORDUY VILORIA
Juez

R.M.A.M.

Firmado Por:

JORGE ELIECER LORDUY VILORIA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 008 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE SINCELEJO

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL
RADICACIÓN N° 70001-33-33-008-2020-00065-00
DEMANDANTE: ORLANDO RAFAEL MERCADO VALETA
DEMANDADO: MUNICIPIO DE CAIMITO (SUCRE)
TERCERO: EDUARDO ENRIQUE PASTRANA VÁSQUEZ

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 9c8c57947c063c2d14ce05b6ef0a197ef0af8a54c4671466b47528308b2194c1

Documento generado en 12/08/2020 03:04:48 p.m.