



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA

Calle 22 No. 4 – 70 Of. 510 Edificio Galaxia
Santa Marta

Santa Marta, doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014).

Ref. Expediente : 47001333300420130022700.
Demandante : JOSE AGUSTIN GRANADOS VEGA.
Demandado : DISTRITO DE SANTA MARTA, JUNTA
DIRECTIVA E.S.E. ALEJANDRO PROSPERO
REVERAND DE SANTA MARTA
Clase de proceso : ACCION POPULAR.
Tema : Moralidad administrativa-Patrimonio Público

Entra el Despacho a resolver de fondo dentro de la acción popular impetrada por JOSE AGUSTIN GRANADOS VEGA en contra de la JUNTA DIRECTIVA E.S.E. ALEJANDRO PROSPERO REVERAND DE SANTA MARTA.

1. ANTECEDENTES

El señor JOSE AGUSTIN GRANADOS VEGA, actuando en nombre propio, impetró acción popular en contra de la JUNTA DIRECTIVA DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ALEJANDRO PRÓSPERO REVEREND, para que previos los trámites procedimentales, se accediera a la protección de los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa, descritos en los literales b) y e) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998.

1.1. Fundamentos Fácticos

El actor sustentó sus pedimentos en los hechos que se transcriben a continuación:

1. Que el 6 de marzo de 2012 la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado, Alejandro Prospero Reverend, con fundamento en la Ley 100 de 1993, y los decretos 1339 de 1996, 785 de 2005, 2772 de 2005, Ley 1122 de 2007, Decreto 000 de 2008, Resolución 165 de 2008 y Ley 1438 de 2011, convocó a las personas interesadas en participar en la selección para conformar la lista de elegibles para la terna del cargo de Gerente de la E.S.E. ALEJANDRO PROSPERO REVEREND DE SANTA MARTA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA entidad de I y II nivel de atención.

2. Que en virtud de lo anterior, el Doctor JAIRO ROMO ORTIZ se inscribió para participar en la selección del cargo de Gerente aludido en la convocatoria, dentro del término para ello señalado. Surtido íntegramente el proceso de selección para el cargo de Gerente de la E.S.E. ALEJANDRO PROSPERO REVEREND DE SANTA MARTA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, el señor JAIRO ROMO ORTIZ, obtuvo la mayor calificación con 95.4 sobre un total de 100.

3. Que la Universidad Cooperativa de Colombia, encargada de realizar el proceso de selección, el día 21 de abril de 2012, informó a los participantes los resultados obtenidos de acuerdo a lo establecido en la convocatoria para la conformación de la lista de elegibles para integrar la terna a efectos de designar el Gerente de la Empresa Social del Estado Alejandro Prospero Reverend de Santa Marta, expresándose por parte de dicha universidad que con la publicación antes citada se finalizaba el proceso de selección. La publicación de los resultados definitivos de dicho concurso, se llevó a cabo en la pagina Web www.avesucc.org de la Universidad Cooperativa Seccional Bucaramanga.

4. Que con dicha publicación, quedó agotado, clausurado, ejecutoriado y por tanto tiene plena vigencia el mencionado resultado que a su vez sirve de lista de elegibles toda vez que la terna se puede tomar directamente de dicha lista.

5. Que luego de la culminación del proceso de selección, que se verificó con la publicación del resultado final de dicho concurso, el paso a seguir es que la Junta Directiva de la E.S.E. mediante acuerdo conforme la terna con los tres mayores puntajes obtenidos en el proceso de selección, lo cual se debió realizar el 25 de abril del presente año, en cumplimiento de su propio cronograma fijado en la convocatoria y que es ley para las partes (ESE Alejandro Prospero Reverend y participantes en el concurso de meritos).

6. Que a partir del 25 de abril de 2012, el Alcalde Distrital tenía 15 días calendario para expedir el decreto de nombramiento y darle debida posesión como Gerente de la ESE Alejandro Prospero Reverend a la que tiene derecho, por mérito propio, al haber ocupado el primer lugar en el proceso de selección para proveer ese cargo.

7. Que no obstante ser la convocatoria realizada por la propia ESE Alejandro Prospero Reverend, que preside el señor Alcalde Distrital de Santa Marta, ley para las partes y por tanto de obligatorio cumplimiento y a mas de ello, así disponerlo las leyes que sirvieron de fundamento para la referida convocatoria, lo cual constituye un imperativo categórico y por ende un deber legal, el burgomaestre ha adoptado una posición contumaz, de abierta rebeldía no solo frente a la ley sino también en relación a su propia convocatoria, deshonrando la palabra empeñada, constituyendo el típico ejemplo de lo que no debe hacer un Gobernante en un Estado que como el nuestro además de ser social primero es de Derecho, y por tanto el principio de legalidad se rige como un limite para las actuaciones de los mandatarios, a efectos de evitar que se caiga en arbitrariedades propias de un estado totalitario, que parece ser el de preferencia de quien hoy desobedece y menosprecia la Ley y su propia palabra al no cumplir con los términos de la convocatoria que hiciera la Junta Directiva de la ESE que preside, al no expedir el decreto de nombramiento de Gerente de la mencionada ESE y darle la debida posesión al ganador del concurso.

8. Que a pesar de que el ganador elevó un derecho de petición para los efectos del nombramiento y posesión, no se dignó a cumplir con su deber constitucional y legal de proceder de conformidad, a contrario sensu, mediante acuerdo 001 de la Junta Directiva fechado 30 de abril de 2012 ordenaron el inicio de una investigación administrativa por parte de la Junta Directiva, lo que ocasionó la apertura de investigación disciplinaria por parte de la Procuraduría General de la Nación contra los miembros de la misma por queja instaurada en virtud a que la Junta Directiva desbordó sus competencias, ya que habiendo terminado el proceso, no le era viable jurídicamente suspender o revocar su propio acto y de considerar que se había presentado alguna irregularidad, lo procedente era demandar el mencionado acto en acción de lesividad, pero en manera alguna podía ser Juez y parte y entrar a pronunciarse sobre un proceso acabado, culminado y por ende en firme y ejecutoriado para las partes.

9. Que igualmente impetró acción de Tutela en el Juzgado 4 Civil Municipal, donde se ordene en fallo 12 de Junio de 2012 inaplicar dicho acuerdo, ordenándose conformar la terna con los tres primeros resultados y nombrar al Gerente según lo establecido en el artículo 72 de la Ley 1434 de 2011, fallo este que fue desacatado por el Alcalde, ya que solo se conformo la terna, mediante acuerdo 003 de la Junta Directiva, pero incumplió lo relacionado con el nombramiento.

10. Que en segunda instancia la Juez 1 Civil del Circuito confirma el fallo de primera instancia, pero le da 30 días a la Junta Directiva para que culmine su actuación administrativa.

11. Que en virtud de lo anterior sin el quórum requerido por la junta (2 votos de 5 posibles) se emite el acuerdo 004 mediante el cual se da por terminada la investigación administrativa, ordenando suspender el cronograma del concurso, sin tener la junta facultad legal para ello. Dos miembros de la Junta Directiva GRACIELA MAESTRE Y JANETH MERCADO dejaron constancias escritas de su desacuerdo en virtud a que tal proceder constituía prevaricato por acción, debido a que ello no era competencia de la Junta y estaba violando al debido proceso al ganador del concurso el cual nunca fue notificado de tales acciones a fin de ejercer el derecho a la defensa, además de abstenerse de asistir a la una de votar la otra, y advertir que ya la Procuraduría General de la Nación había abierto investigación formal al respecto.

12. Que por el incumplimiento del fallo, se inició un incidente de desacato en el Juzgado 4 Civil Municipal, el cual se decidió resolviendo no sancionar al alcalde.

13. Que el 28 de Diciembre de 2012 con otro cuestionado quórum de la Junta Directiva y mediante acuerdo 006 de 2012 se convocó a un nuevo concurso de méritos; y por tal razón, el ganador del concurso presentó nuevamente acción de tutela contra el Juzgado 4 Civil Municipal, el cual fue fallado a su favor por el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado de Tierras, que tuteló el derecho al debido proceso, ordenó a la Juez que valorara los medios de prueba aportados y fallara nuevamente en consecuencia. Este fallo fue devuelto por la Sala Civil Familia del Tribunal para que volviera a hacer tránsito por los Juzgados del Circuito, bajo el supuesto de que el Juez de Tierras no era competente.

14. Que con fecha 23 de Marzo de 2013 el Dr. Romo Ortiz radicó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ante el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Santa Marta.

15. Que el 18 de abril de 2012 el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Santa Marta decretó como medida cautelar de urgencia la suspensión del procedimiento para la selección del nuevo gerente de la ESE, incluyendo el cronograma y la actuación de carácter contractual con la Corporación Universitaria IDEAS. En la misma decisión negó la suspensión provisional de los acuerdos 001 del 30 de abril de 2012, acuerdo 004 de 18 de septiembre de 2012 y el nombramiento del actor como gerente de la ESE hasta tanto no se pronuncie de fondo en la demanda.

16. Que la anterior medida fue apelada por la Alcaldía del Distrito de Santa Marta, siendo desatada el día 22 de Mayo de 2013 por el Tribunal Administrativo del Magdalena con ponencia de la Dra. María Victoria Quiñónez la cual resolvió confirmar la decisión de mantener la medida cautelar de suspensión de un nuevo concurso, pero en el entendido que se suspenden los efectos y consecuencias del acuerdo 004 del 18 de septiembre de 2012 que conformó la terna encabezada por el ganador del concurso que por ser este un acto particular y concreto, no podía ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del titular del mismo.

17. Que el día 2 de agosto de 2013, se elevó petición al Alcalde del Distrito de Santa Marta, solicitándole se nombrara como Gerente de la ESE ALEJANDRO PROSPERO REVEREND al ganador del concurso de méritos, con el fundamento constitucional de la moralidad administrativa, advirtiéndole que se le va a generar un daño patrimonial a la entidad, sin recibir respuesta alguna, con lo que se considero agotado el requisito de procedimiento establecido en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2012.

18. Que desde el 2 de mayo de 2012, fecha en la que debió ser nombrado el ganador del concurso y hasta el momento han sido encargados 3 gerentes a dedo por parte del señor Alcalde, los cuales han sido vinculados a actos de corrupción de la siguiente manera: CARMEN LOPEZ

DE URDANETA, suspendida por la personería del Distrito de Santa Marta mediante radicación N° 12497 DE 2012 expediente 002-2012 por el termino de tres meses, actualmente con pliego de cargos. DANILO CERVANTES TORRES cobijado en la función de advertencia N° 002-2013 del 1 de agosto de 2013 de la Contraloría Distrital de Santa Marta, junto al Alcalde del Distrito de Santa Marta por la omisión en el nombramiento en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Alejandro Prospero Reverend; y ALI YEPES REALES, anterior Gerente Encargado, fue suspendido por la Procuraduría Provincial de Santa Marta mediante radicado No. IUS 2013-41029 fechado 1° de agosto de 2013 por el término de tres (3) meses.

1.2. Pretensiones.

Fundamentado en lo anterior, el actor solicita:

- a. Que se preserve el principio de la moralidad administrativa como un derecho de interés colectivo protegido por la Ley 472 de 1998 y el artículo 88 de la Constitución Política y que se respete el merito para el ingreso a la función publica y que cese la contravención del artículo 125 de la Constitución Positiva y también el artículo 209 de dicha carta fundamental.
- b. Que se adopten por este Despacho las medidas necesarias para que se restablezca tanto el derecho colectivo a la moralidad administrativa en este particular caso, como se impida el agravamiento del daño al patrimonio publico, y no se permita que la lesión a este derecho colectivo se agote y en consecuencia se tenga que pagar doblemente cuatro años de salarios y prestaciones sociales por el ejercicio del cargo de Gerente de la ESE Alejandro Prospero Reverend.

La medida que evita la continuación de la vulneración de los derechos e intereses colectivos cuya protección se busca es la orden perentoria de nombrar y posesionar a JAIRO ROMO ORTIZ como gerente de la ESE Alejandro Prospero Reverend, mientras se surte el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que se adelanta ante el Juzgado Sexto Administrativo de Santa Marta.

1.3. Fundamentos de Derecho

El actor planteó como tales los literales b) y e) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998; los artículos 6, 88 y 209 de la Constitución Política de Colombia.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida a través de auto del 22 de octubre de 2013, ordenándose la notificación personal al Señor Alcalde Distrital de Santa Marta, al señor Gerente de la Empresa Social del Estado Alejandro Prospero Reverend, a cada uno de los miembros de la Junta Directiva de dicha entidad y a la señora Agente del Ministerio Público. Asimismo, en ese proveído, también se ordenó la vinculación al proceso a la totalidad de los miembros de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Alejandro Prospero Reverend, a los señores Jairo Enrique Romo Ortiz, José Luis Barraza Consuegra y a Samuel Adolfo Rodríguez Gallardo, en su calidad de ocupantes de los tres primeros lugares del registro de elegibles integrado en dicho proceso de selección; y al señor Representante Legal de la Corporación Universitaria "IDEAS"; todos por tener interés directo en el resultado del proceso.

Posteriormente, por proveído de fecha 14 de febrero del presente año se fijó el día 11 de marzo de 2014 como fecha para adelantar la Audiencia Especial de Pacto de Cumplimiento; siendo impetradas solicitudes de declaratoria de nulidades procesales por indebida notificación por parte

de los señores BIENVENIDO DE ÁVILA CARVAL y DAIRID CECILIA FONTALVO BUELVAS; así como un recurso de reposición en contra del auto que resolvió fijar fecha para la audiencia de pacto de cumplimiento por parte del Distrito de Santa Marta.

En ese orden, por auto de fecha 28 de febrero de 2014 se resolvió el recurso de reposición interpuesto por parte del Distrito de Santa Marta en contra del auto que resolvió fijar fecha para la audiencia de pacto de cumplimiento de forma negativa, dejando incólume tal actuación. Llegado el día de la audiencia especial en comento, en el transcurso de la misma se aceptó la solicitud de aplazamiento presentada por el señor Gerente encargado de la ESE Alejandro Próspero Reverend, y se fijó como fecha para reanudarla el día 21 de marzo de 2014, a las 9 a. m. En la calenda en comento, se continuó con el trámite de la audiencia de pacto de cumplimiento, declarándose fallida la misma por ausencia de algunas de las partes; y por la inexistencia del correspondiente proyecto de pacto de cumplimiento. Igualmente, en la misma diligencia se abrió el proceso a pruebas, decretando las pedidas por las partes y otras de forma oficiosa.

Asimismo, por auto de fecha 29 de mayo de 2014, se resolvieron las solicitudes de nulidad impetradas por los señores BIENVENIDO DE ÁVILA CARVAL y DAIRID CECILIA FONTALVO BUELVAS, siendo denegadas las mismas.

No obstante, por memorial recibido en esta agencia judicial el día 01 de julio del presente año, el señor apoderado del Distrito de Santa Marta solicitó se declarara la nulidad de todo lo actuado por las razones descritas en el memorial visible a folios 1 a 6 del Cuaderno No. 5 del expediente. De dicha solicitud se corrió traslado a las partes a través de auto de fecha 7 de julio de 2014, pronunciándose únicamente la señora agente del Ministerio Público.

Posteriormente, por auto de fecha 9 de julio de 2014, se corrió traslado a las partes y a la señora Agente del Ministerio Público para alegar de conclusión, pronunciándose al respecto algunas de ellas.

2.1. Trámite de la medida cautelar solicitada.

El actor, junto con la demanda, solicitó se decretara medida cautelar consistente en ordenar al Señor Alcalde del Distrito de Santa Marta Carlos Eduardo Caicedo Omar, que procediera a nombrar de manera inmediata o en el plazo que se estime conveniente dentro de un termino razonable a los efectos- nombrar y posesionar- al ganador del concurso Dr. Jairo Romo Ortiz en el cargo de Gerente de la ESE Alejandro Prospero Reverend, mientras se falla de fondo y ella quede ejecutoriada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que se surte ante el Juzgado Sexto Administrativo de Santa Marta, para que la dilación en el tiempo de tal decisión, no siga menoscabando el patrimonio publico de la mencionada ESE, y no se siga percibiendo salarios y prestaciones sociales por parte de los usurpadores Gerentes que han venido siendo nombrados sin haber ganado el derecho a través de concurso de merito y también se le tengan que pagar salarios y prestaciones sociales a Jairo Romo Ortiz, por el mismo periodo y por el mismo cargo.

De dicha solicitud se corrió traslado por un término de cinco (5) días, lapso en el cual las partes o el Ministerio Público se abstuvieron de pronunciarse. En ese orden, por auto de fecha 13 de diciembre de 2013, el Despacho, previas las consideraciones correspondientes, dispuso decretar medida cautelar consistente en ordenar a la Junta Directiva de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ALEJANDRO PRÓSPERO REVEREND y al nominador ALCALDE DISTRITAL DE SANTA MARTA, que dentro del termino improrrogable de cinco (5) días, contados a partir de esta providencia, atendiendo el principio del mérito, de la terna integrada por quien ocuparon

los tres primeros lugares en el concurso de méritos adelantado por la Universidad Cooperativa de Colombia, proceda a nombrar en interinidad a la persona que ocupó el primer lugar, sin que en ningún caso dicho nombramiento pueda extenderse más allá del periodo institucional señalado en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, siendo finalmente denegadas las restantes medidas cautelares solicitadas por el actor.

Posteriormente, el señor apoderado de la Empresa Social del Estado Alejandro Próspero Reverend a través de memorial recibido en esta agencia judicial el día 19 de diciembre del año retropróximo presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra del auto que decretó la medida cautelar en comento; al igual que el señor apoderado del Distrito de Santa Marta, el cual interpuso recurso de apelación en contra de la precitada decisión.

Así, por auto de fecha 20 de enero de 2014, el Despacho resolvió denegar por improcedente el recurso de reposición impetrado por el señor apoderado de la Empresa Social del Estado Alejandro Próspero Reverend; y dispuso conceder, en el efecto devolutivo, los sendos recursos de apelación interpuestos citados en precedencia, ordenando su remisión inmediata al H. Tribunal Administrativo del Magdalena para lo de su competencia, encontrándose el mismo en tramitación allí actualmente.

2.2. Incidente de Desacato

No obstante, por memorial recibido en esta agencia judicial el día 13 de enero de 2014, el señor actor impetró incidente de desacato contra el Alcalde Distrital de Santa Marta, por desobedecer lo ordenado en el auto de fecha 13 de diciembre de 2013.

Atendiendo el contenido de dicho memorial, por auto de fecha 20 de enero de 2014, se dispuso la apertura del incidente de desacato en contra de la Alcaldía Distrital de Santa Marta y de la ESE Alejandro Próspero Reverend – Junta Directiva de dicha empresa social del Estado, ordenando se notificara por el medio más expedito al señor Alcalde Distrital; al señor Gerente de la ESE y al presidente de la Junta Directiva, para que se pronunciaran al respecto.

Siguiendo con el trámite del proceso; por auto de fecha 31 de enero de 2014 se ordenó la notificación de la totalidad de los miembros de la Junta Directiva de la ESE Alejandro Próspero Reverend, y por auto de fecha 5 de junio de 2014, se abrió el trámite incidental a pruebas.

Así, por auto de fecha 24 de junio de 2014, se resolvió el trámite incidental en comento, declarando al señor Alcalde Distrital, CARLOS CAICEDO OMAR; al señor Presidente de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado ALEJANDRO PRÓSPERO REVEREND, y al señor Gerente encargado de la ESE en desacato de la orden judicial proferida por el este Despacho a través de auto de fecha 13 de diciembre de 2013, por medio del cual se decretó la medida cautelar consistente en ordenar a la Junta Directiva de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ALEJANDRO PRÓSPERO REVEREND y al nominador ALCALDE DISTRITAL DE SANTA MARTA, que dentro del término improrrogable de cinco (5) días, contados a partir de esta providencia, atendiendo el principio del mérito, de la terna integrada por quien ocuparon los tres primeros lugares en el concurso de méritos adelantado por la Universidad Cooperativa de Colombia, proceda a nombrar en interinidad a la persona que ocupó el primer lugar, sin que en ningún caso dicho nombramiento pueda extenderse más allá del periodo institucional señalado en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007. A consecuencia de la declaración anterior, se impuso a los señores CARLOS CAICEDO OMAR y JUAN CARLOS ILLIDGE ESCORCIA multa equivalente a la suma de TREINTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES; y se les conminó que de manera inmediata dieran cumplimiento a la medida

cautelar contenida en el auto fechado 13 de diciembre de 2013, so pena de la imposición de multas sucesivas, sin perjuicio de la responsabilidad penal y disciplinaria a que haya eventualmente lugar; siendo remitido el cuaderno contentivo del trámite del incidente al H. Tribunal Administrativo para su respectiva consulta.

Así, por auto de fecha 16 de julio de 2014, el H. Tribunal Administrativo del Magdalena, con ponencia del H. Magistrado Dr. ADONAY FERRARI PADILLA decidió modificar el numeral 2º de la parte resolutive del auto de calenda 24 de junio del presente año, en el sentido de imponer sanción a los incidentados por un monto de QUINCE (15) y no TREINTA (30) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes para cada uno de los infractores, y confirmó en todo lo demás la providencia ya citada. En ese orden, la decisión del *ad quem* fue obedecida y cumplida por este Despacho a través de auto de fecha 29 de agosto de 2014.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. Alcaldía de Santa Marta

La entidad territorial demandada contestó la demanda teniendo los hechos 1, 2, y 3 como ciertos; el hecho No. 4 afirmando que no les constan; tomando como parcialmente ciertos los hechos 5 y 6; teniendo como falsos los hechos 7 y 8 son absolutamente falsos; frente a los hechos Nos. 9, 10 y 11, se atienen a lo consignado en la contestación; toman el No. 12 como cierto en cuanto a la convocatoria del nuevo concurso de méritos; y finalmente expresan que los hechos 13, 14, 15, 16 y 17 no les constan, y que deben ser probados por el demandante.

En cuanto a las pretensiones, se opusieron de manera rotunda y categórica a que sean despachadas favorablemente las pretensiones, en cuanto carecen de fundamento fáctico y jurídico que las respalden.

Propusieron las excepciones que denominaron: “INEXISTENCIA DE AMENAZA O VIOLACION AL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA”; e “INEXISTENCIA DE AMENAZA O VIOLACION AL DERECHO COLECTIVO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PUBLICO”

3.2. Dairid Fontalvo Buelvas, miembro de la Junta Directiva de la ESE en su calidad de Secretaria de Salud Distrital.

La señora Secretaria de Salud Distrital tiene los primeros hechos por ciertos, y los restantes expresan que no le constan o son apreciaciones subjetivas del actor. Manifestó su oposición a la declaratoria de las pretensiones del actor, y solicita no se declare la vulneración de los derechos colectivos alegados, teniendo en cuenta que el derecho a la moralidad administrativa y el patrimonio público no se protegen con el nombramiento del señor Jairo Romo Ortiz. Propuso las excepciones que denominó: “IMPROCEDIBILIDAD DE LA ACCION POPULAR”; y “FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA”.

3.3. EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO (ESE) ALEJANDRO PROSPERO REVEREND.

La Empresa Social del Estado Alejandro Próspero Reverend, a través de su apoderado, se opuso a todas y cada una de las pretensiones principales, por considerar que carecen de causa eficiente y de respaldo fáctico y probatorio. Con relación a los hechos de la demanda, fueron admitidos los hechos 1, 2 y 3, el 4; admite parcialmente los Nos. 5, 6 y 7; expresa que el hecho No. 8 no es cierto; los hechos 9, 10 y 11 no se admiten por ser inexactos, el 12 no lo admiten; admite

parcialmente el No. 13; el No. 14 no se admite, en virtud de que, a juicio de la entidad, el mismo se encuentra lleno de narraciones subjetivas; acepta parcialmente los hechos 15 y 16; y por último el 17 se atiende a lo que logre demostrar el accionante.

Manifiesta que las supuestas conculcaciones efectuadas por los demandados a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público se encuentra basadas en simples elucubraciones del actor, y en afirmaciones sin sustento alguno legal; en atención a que los argumentos expuestos para solicitar la suspensión de los actos enjuiciados radican en la supuesta ilegalidad de los mismos y no en una eventual vulneración de los derechos colectivos, lo cual constituye un análisis de legalidad de los actos administrativos en comento, que no es posible efectuar en el trámite de una acción popular. Finalmente, solicita se desestimen los argumentos del actor y que se denieguen las pretensiones.

La ESE demandada planteó los siguientes medios exceptivos: “INEPTA DEMANDA POR FALTA DE FUNDAMENTACION JURIDICA”; “INEPTA DEMANDA POR FALTA DE FUNDAMENTACION FACTICA”; “INEPTA DEMANDA POR AUSENCIA DE VULNERACION DE DERECHOS COLECTIVOS”; y las excepciones de carácter genérico.

3.4. CORPORACION UNIVERSITARIA DE COLOMBIA IDEAS

La institución educativa contestó la demanda aclarando en principio que efectivamente y mediante proceso de licitación pública participó en el concurso para la selección de Gerente de la Empresa Social del Estado ALEJANDRO PRÓSPERO REVEREND DE SANTA MARTA I NIVEL DE ATENCIÓN, previa invitación de la ESE; y que posteriormente, con fecha 16 de abril de 2013, una vez presentada su propuesta técnica, firmó contrato de prestación de servicios con la entidad demandada para la selección de Gerente de la ESE Alejandro Próspero Reverend; y finalmente, se recibió el oficio 218 del Juzgado 6º Administrativo del Circuito de Santa Marta, anunciando que se había decretado la suspensión del proceso hasta la definición de fondo del juzgado en el proceso referenciado con la radicación No. 47001333300620130009700. Finalmente, sostienen que acatan los fallos proferidos dentro del proceso de referencia, no sin antes expresar que su participación en el caso se limitó a la presentación de una propuesta técnica, posterior concurso con otras instituciones de educación superior, un contrato firmado para iniciar el proceso de acuerdo con los términos contractuales firmados y por último las actuaciones de tipo judicial, cuyas providencias impidieron el desarrollo del contrato suscrito. No propuso excepciones.

4. PRUEBAS DECRETADAS

Tal como se expuso en líneas suprascritas, por auto dictado en audiencia de fecha 21 de marzo de 2014, se decretaron las siguientes pruebas:

4.1. Parte Demandante

A. Documentales: El actor aportó los siguientes:

- Derecho de Petición fechado 2 de agosto de 2013 dirigido al Alcalde del Distrito, solicitando el nombramiento del ganador del concurso de meritos en el cargo de Gerente de la ESE Alejandro Prospero Reverend, bajo el principio de la preservación de la Moralidad Administrativa y Protección del Patrimonio Público.

- Convocatoria por parte de la junta directiva de la ESE Alejandro Prospero Reverend a participar en el Concurso de méritos para la selección del gerente de la misma, fecha de invitación Marzo 6 de 2012..
- Copia lista de admitidos y no admitidos en el proceso por parte de la Universidad Cooperativa de Colombia, Sede Bucaramanga.
- Copia Resultados Finales de las pruebas publicadas por la Universidad Cooperativa de Colombia Sede Bucaramanga.
- Copia Acuerdo No. 001 de 30 de abril de 2012, emanado de la Junta Directiva de la ESE Alejandro Próspero Reverend, *"por el cual se ordena la apertura de una investigación administrativa y se dictan otras disposiciones"*.
- Copia fallo de tutela de fecha 7 de junio de 2012, emanado del Juzgado Cuarto Civil Municipal de Santa Marta, donde se resolvió la solicitud de amparo promovida por el señor Jairo Romo Ortiz en contra de la ESE Alejandro Próspero Reverend y Otros.
- Copia fallo de tutela de segunda instancia adiado 25 de julio de 2012, proferido por la Juez 1ª Civil del Circuito de Santa Marta, dentro de la solicitud de amparo relacionada en el punto anterior.
- Acuerdo 003 de 13 de junio de 2012, emanado de la Junta Directiva de la ESE Alejandro Próspero Reverend, donde se conforma la terna para el cargo de Gerente de la ESE, la cual es encabezada por el doctor JAIRO ENRIQUE ROMO ORTIZ.
- Acuerdo 004 de 18 de septiembre de 2012 emanado de la Junta Directiva de la ESE donde se da por terminada una investigación administrativa, y se suspende el trámite concursal, que ya había terminado.
- Copia del Auto que decreta como Medida Cautelar de Urgencia, la suspensión del procedimiento para la selección del nuevo gerente de la ESE, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Santa Marta, adiado 18 de abril de 2013, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por el señor JAIRO ENRIQUE ROMO en contra del DISTRITO DE SANTA MARTA Y OTROS.
- Copia del Auto que admite la demanda de Nulidad y Restablecimiento del derecho promovido por el Doctor JAIRO ENRIQUE ROMO ORTIZ en contra del Distrito de Santa Marta y la ESE Alejandro Prospero Reverend, adiado 28 de mayo de 2013, emanado del Juzgado Sexto Administrativo Oral de Santa Marta.
- Copia del Auto que resuelve la apelación impetrada por el Distrito de Santa Marta, en contra de la decisión adoptada por el Juzgado Sexto Administrativo de Santa Marta proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, adiaada 18 de abril de 2013, donde se decretó como medida cautelar de urgencia la suspensión del procedimiento de selección del nuevo gerente de la ESE Alejandro Próspero Reverend.

- Copia del auto de suspensión provisional proferido por la Procuraduría Provincial de Santa Marta, contra el Doctor ALI YEPES REALES, dentro del radicado No. IUS 2013-41029, adiado 01 de agosto de 2013.
- Copia oficio Función de advertencia No. 002-2013, proferido por la Contraloría Distrital de Santa Marta, por la omisión en el nombramiento en el cargo de gerente de la empresa social del estado Alejandro Prospero Reverend, dirigido a los miembros de la Junta Directiva de la ESE Alejandro Próspero Reverend; al señor Alcalde Distrital de Santa Marta, y al señor Gerente de la ESE.
- Copia Oficio No. 452 del Informe preliminar-Actuación especial denuncia No. 017 de 2012, proferido por la Contraloría del Distrito de Santa Marta.
- Auto de apertura de investigación disciplinara en contra de los señores CARLOS CAICEDO OMAR, ADRIANA CASTILLO BOLAÑOS, YANETH MERCADO PACHECO, PATRICIA PARDO SEGRERA, miembros de la Junta directiva de la ESE, proferido por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación, por los hechos relacionados con el trámite concursal, dictado dentro del expediente IUS 2012-168644, adiado 13 de septiembre de 2012.

4.2. Parte Demandada

4.2.1. Alcaldía de Santa Marta:

Se tuvieron como pruebas las documentales aportadas con el escrito de contestación de la demanda, las cuales corren a folios 259 a 265 del Cdno. Principal.

4.2.2. Dairid Cecilia Fontalvo Buelvas (Miembro Junta Directiva ESE Alejandro Próspero Reverend)

Se tuvieron como tales las documentales aportadas por la señora FONTALVO BUELVAS con el escrito de contestación de demanda.

4.2.3. ESE Alejandro Próspero Reverend

Se tuvieron como tales las aportadas con la contestación de la demanda.

4.2.3. Corporación Universitaria IDEAS

A pesar de haber contestado la demanda no solicitó la práctica de pruebas.

4.3. Pruebas de oficio

Con el fin de resolver ciertos puntos oscuros de la litis, el Despacho dispuso el decreto y práctica de las siguientes probanzas:

a. Oficiar a la ESE Alejandro Próspero Reverend para que en el término improrrogable de cinco (5) días remitiera copia auténtica de los estatutos que rigen el funcionamiento de la entidad, y específicamente de la Junta Directiva de la misma. Asimismo debía allegar copia auténtica de las distintas reuniones de la Junta Directiva de la ESE y convocadas relacionadas

con el asunto pertinente al nombramiento del gerente de la ESE Alejandro Próspero Reverend entre los meses de enero de 2012 a marzo de 2014, documentos que debían ser allegados dentro del término citado.

b. De igual manera, se ordenó oficiar al Alcalde Distrital de Santa Marta para que en un término de cinco (5) días se sirviera rendir informe en su calidad de presidente acerca de cuantas veces ha convocado a la Junta Directiva de la ESE ALEJANDRO PRÓSPERO REVEREND para tratar el tema del nombramiento del gerente de la ESE Alejandro Próspero Reverend entre los meses de enero de 2012 a marzo de 2014.

c. Oficiar a la ESE ALEJANDRO PRÓSPERO REVEREND para que se sirva remitir certificación en la que consten los valores pagados a la CORPORACIÓN UNIVERSITARIA IDEAS en desarrollo del concurso de méritos convocado por la Junta Directiva de dicha ESE. De igual manera, se ordenó oficiar a dicha entidad para que remita certificación donde conste lo pagado a la Universidad Cooperativa de Colombia como consecuencia del concurso de méritos llevado a cabo por dicha alma máter.

d. Oficiar al Gerente de la ESE Alejandro Próspero Reverend para que se sirviera remitir dentro del término de cinco días certificación de los salarios y prestaciones sociales canceladas a la persona o personas que se han venido desempeñando en el cargo de gerente de la ESE antes citada.

Para el efecto se libraron los correspondientes oficios el día 15 de junio de 2014, visibles a fls. 397, 398 y 399 del Cdno. Principal, a los cuales se les dio respuesta por parte del señor Gerente (E) de la ESE Alejandro Próspero Reverend, remitiendo la información solicitada, visible a fls. 401 a 405 del plenario. Posteriormente, en oficio remitido por el señor Jefe de la Oficina Jurídica del Distrito de Santa Marta, y recibido en este Despacho el día 23 de mayo de 2014, se remitió la información referenciada a las oportunidades en las cuales se ha convocado a la Junta Directiva de la ESE Alejandro Próspero Reverend entre los meses de enero de 2012 a marzo de 2014 para tratar el tema del nombramiento del gerente. (fls. 405 a 410).

Finalmente, por oficio recibido en esta agencia judicial el día 23 de mayo de 2014, el señor Gerente encargado de la ESE Alejandro Próspero Reverend, JUAN CARLOS ILLIDGE ESCORCIA remitió copia auténtica de los estatutos que rigen el funcionamiento de dicha ESE y específicamente de la Junta Directiva, en 23 folios útiles; y copia auténtica de las actas levantadas en las distintas reuniones de la Junta Directiva atinentes con el asunto pendiente del nombramiento del Gerente de la ESE, entre los meses de enero de 2012 a marzo de 2014, en 152 folios útiles; visibles a fls. 412 a 588.

5. ALEGACIONES

5.1. Parte Actora:

Presentó sus alegatos de forma tempestiva, reiterándose en todos y cada uno de los argumentos expuestos en la demanda, además expone que el proceder de las accionadas en este proceso ha sido meramente dilatorio y temerario, dirigiendo la defensa de estas entidades a estar encaminada a entorpecer el trámite normal del proceso y no a desvirtuar probatoriamente con argumentos jurídicos que lo dicho en la acción, por lo que solicitan se tomen los correctivos disciplinarios del caso. Así mismo solicitaron acoger los argumentos y pretensiones de la demanda en defensa de los intereses colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público.

5.2. Parte Demandada

5.2.1. ESE Alejandro Próspero Reverend

La Empresa Social del Estado (ESE) Alejandro Prospero Reverend se ratifica en los argumentos planteados en la contestación de la demanda, en el sentido de que lo pretendido por el accionante es la protección de derechos individuales a través de una acción de carácter colectivo. Solicita se desestimen los argumentos planteados por el actor y que se denieguen las pretensiones de la demanda.

5.2.2. Distrito de Santa Marta

La entidad territorial demandada reitera los conceptos expresados en la contestación de la demanda, realiza un breve recuento del trámite procesal y de las pruebas decretadas y practicadas, y finalmente manifiesta que la sentencia que se dicte en el presente proceso está condicionada al fallo definitivo que sea proferido dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que impetró en su debida oportunidad por el señor JAIRO ROMO ORTIZ, quien aparentemente funge de primero en la lista de elegibles dentro del concurso de méritos adelantado por la ESE Alejandro Próspero Reverend para proveer el cargo de gerente de dicha empresa social del Estado.

5.3. Intervinientes

5.3.1. Ministerio Público.

La Señora Agente del Ministerio Público realiza un análisis de los derechos colectivos cuya protección se deprecia a través de la óptica jurisprudencial, realiza un breve recuento del trámite procesal y de la actividad probatoria desplegada por las partes y el Despacho, y finalmente, en aras de preservar los principios orientadores que sirven de derrotero a la acción incoada, solicita se acceda a las pretensiones de la demanda, amparando el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

5.3.2. Defensoría del Pueblo

La Defensoría del Pueblo Regional Magdalena realiza un breve recuento del trámite procesal, describiendo lo probado dentro del proceso; para finalmente considerar responsable de la afectación de los derechos colectivos a la ESE ALEJANDRO PROSPERO REVEREND y al Distrito de Santa Marta; solicitando se ordene el nombramiento del Señor Jairo Romo Ortiz en el cargo de Gerente de aquella empresa, mientras se decide por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa la legalidad de los actos administrativos que revocaron la convocatoria pública para el concurso de méritos.

6. CONSIDERACIONES

Tal como se expresó, la parte demandante impetró acción popular con el fin de que se accediera a la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, vulnerados a su juicio por las demandadas por la dilación en el nombramiento del señor JAIRO ROMO ORTIZ como Gerente de la ESE Alejandro Próspero

Reverend, a pesar de que el mismo superó en primer lugar todas las etapas del concurso de méritos adelantado a instancias de la ESE en comento por parte de la Universidad Cooperativa de Colombia.

No obstante lo anterior, para efectos metodológicos, el Despacho procederá a resolver en primer término la cuestión previa referente a la solicitud de nulidad elevada por la parte demandada Distrito de Santa Marta; posteriormente lo relacionado con las excepciones propuestas; y finalmente, se resolverá el fondo del asunto.

6.1. Cuestión previa.

Tal como se expuso en líneas suprascritas, por memorial recibido en esta agencia judicial el día 01 de julio de 2014, el apoderado de la parte actora impetró solicitud de nulidad de todo lo actuado, visible a fls. 1 a 6 del Cuaderno No. 5. (Solicitud de nulidad Distrito), en los siguientes términos:

I. CAUSALES DE NULIDAD

1.1. CUANDO LA DEMANDA SE TRAMITE POR PROCESO DIFERENTE AL QUE CORRESPONDE.

Para nadie es un secreto, que el medio de control, el de PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS, no está diseñado para destruir la presunción de legalidad que recae sobre los actos administrativos, a tal punto que, en su sabio entender los legisladores que crearon la Ley 1437 de 2011, le prohibieron rotundamente al Juez Popular **ANULAR LOS ACTOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**, que estén siendo cuestionados a través de ese específico y cualificado medio de control, tal y como reza de manera textual en el segundo inciso del artículo 144 ibídem, veamos:

"Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el

juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos. (Negrillas y subrayas fuera del texto original)
(...)

De la mera Interpretación literal² o lexicográfica del aparte resaltado y subrayado del artículo que se transcribió en precedencia, tendría que concluirse sin necesidad de hacer mayores disquisiciones que, esta demanda en ejercicio del medio de control de PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS en la que se está pretendiendo que el Juez Popular se inmiscuya en el estudio de la legalidad de unos actos y procedimientos administrativos se está **"TRAMITANDO POR UN PROCESO DIFERENTE AL QUE CORRESPONDE"**. De hecho, el Consejo de Estado³, se refirió a este tema en el momento de dejar sin efectos una sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Magdalena y al respecto, aseguró:

"Por lo anterior, a pesar de la dicotomía jurisprudencial en torno al asunto de la anulación de contratos estatales vía de acción popular, lo cierto es que al momento de ser proferida la decisión materia de acción de tutela (2 de noviembre de 2011) ya había sido emitida la sentencia C-644 de de 2011, como se indicó. Así las cosas, según el carácter vinculante que ya fue expuesto frente a la ratio decidendi de las sentencias de constitucionalidad, se puede concluir, sin lugar a hesitación alguna, que el Tribunal Administrativo del Magdalena estaba obligado a acogerse a la determinación de la Corte que impide que mediante acción popular se dejen sin efectos contratos estatales".

Parafraseando al precitado artículo 27 del Código Civil, podríamos decir que, como la claridad de la norma es palmaria, no hay lugar a una interpretación distinta a la de su tenor literal, tenor literal que prohíbe de manera explícita y sin ningún margen de duda que, léase bien, el juez pueda **"ANULAR EL ACTO O EL CONTRATO"**. Así las cosas, no tendría ningún sentido, y es por ello que invocamos esta causal específica de nulidad, que estando en curso en el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Santa Marta, el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que impetró el señor JAIRO ENRIQUE ROMO ORTIZ contra la E.S.E. ALEJANDRO PROSPERO REVEREND, radicado bajo el No. 47-001-3331-006-2013-00097-00, dentro del cual se plantean los mismos hechos y las mismas pretensiones⁴ que se exponen en este medio de control DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS, pretenda tramitarse esta demanda POR UN PROCESO DIFERENTE AL QUE CORRESPONDE.

Tanto es así, que en el referido medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentado por el señor JAIRO ENRIQUE ROMO ORTIZ, mediante providencia fechada 18 de Abril de 2013, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Santa Marta, resolvió decretar parcialmente la medida cautelar de urgencia deprecada por la parte actora, ordenando la suspensión del procedimiento para la selección del nuevo Gerente de la E.S.E. ALEJANDRO PROSPERO REVEREND, incluyendo el cronograma en el trámite del proceso de selección de su nuevo Gerente, e inclusive la actuación de carácter contractual con la Corporación Universitaria de Colombia IDEAS, iniciado en virtud del Art. 3° del Acuerdo 004 del 18 de Septiembre de 2012 de la Junta Directiva de la E.S.E. ALEJANDRO PROSPERO REVEREND; también se dispuso que la reanudación del procedimiento para seleccionar al nuevo Gerente, **estaría condicionada a la decisión de fondo que se adopte dentro del proceso**. Dicha decisión del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Santa Marta, fue apelada por los apoderados judiciales del Distrito de Santa Marta y la empresa social del Estado demandada, decidiendo el Honorable Tribunal Administrativo del Magdalena mediante proveído del 28 de Mayo de 2013, **"confirmar los numerales 1° y 2° del auto de fecha 18 de Abril de 2.013 proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Santa Marta, con el alcance y precisiones expuestas en esta providencia."**, exponiendo de manera literal en su parte motiva que **"Este orden de ideas, al advertir que el a quo decretó medidas cautelares de suspensión de procedimientos administrativos, pero no decretó la suspensión provisional de los actos que le dieron origen a tales actuaciones, para este Tribunal será menester CONFIRMAR dicha providencia en el numeral 1 en el entendido que suspenden los efectos y consecuencias del Acuerdo Nos. 004 del 18 de septiembre de 2.012 expedido por la Junta Directiva de la E.S.E. Alejandro Prospero Reverend"**.

A la hora de resolver esta nulidad, su Señoría debe observar el claro, marcado y garantista precedente vertical emanado de la Honorable Corte Constitucional, corporación que ha propugnado por la defensa irrestricta del Derecho Constitucional Fundamental al Debido Proceso que se persigue a la hora de decretar una nulidad procesal, a tal punto que en la sentencia T-125/10 trazó la siguiente postura:

"Las nulidades son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador –y excepcionalmente el constituyente- les ha atribuido la consecuencia –sanción- de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso." (Negrilla y subraya fuera del texto original).

Vistas las cosas de ese modo y, haciendo gala a la lealtad⁵ procesal que deben guardar las partes dentro del proceso, le ruego encarecidamente a su Señoría que en su calidad de conductor y a su vez Director del proceso, proceda a declarar la nulidad de la providencia proferida por su despacho el Veinticuatro (24) de Junio de dos mil catorce (2014), a través de la cual resolvió *"Declarar que el señor Alcalde Distrital de Santa Marta, doctor CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, Presidente de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado ALEJANDRO PRÓSPERO REVEREND; y el señor Gerente Encargado de la precitada ESE, JUAN CARLOS ILLIDGE ESCORCIA, Secretario de la Junta Directiva precitada ha incurrido en desacato de la orden judicial impartida en el auto de fecha 13 de diciembre de 2013"*.

1.2. NULIDAD PROCESAL FRENTE A LAS IRREGULARIDADES PRESENTADAS DENTRO DEL TRAMITE JUDICIAL DE LA REFERENCIA, RELACIONADAS CON EL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA, EL TRASLADO DE LA SOLICITUD DE LA MEDIDA CAUTELAR Y LA FALTA DE INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO.

El Tribunal Administrativo del Magdalena, en Sala Unitaria, por auto del 12 de junio de 2014, dentro del radicado 2013-00205, Nación- Ministerio de Defensa – Dimar Vs Distrito de Santa Marta y otros, en el trámite del medio de control popular, declaró la nulidad de lo actuado por el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad de Santa Marta, con base en las siguientes irregularidades procesales: i) No se notificó el auto admisorio de la demanda a los demandados en la forma prevista en el artículo 199 del CPACA; ii) No se notificó en debida forma el traslado de la solicitud de medida cautelar y iii) Se decretó la medida cautelar sin escuchar previamente a un tercero con interés directo.

Por otro lado, si bien es cierto que ya ante su despacho se propuso nulidad por hechos similares a los que esta vez, nuevamente, se someten a su consideración, también lo es que existe una realidad jurisprudencial trazada hace pocos días por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante proveído, que se constituye en un precedente vertical e impone su necesaria observancia por parte de su Despacho. En efecto, el Tribunal Administrativo del Magdalena, por auto del 12 de Junio de 2014 dentro del Medio de Control POPULAR presentado en el Juzgado Cuarto Administrativo de Santa Marta por la NACIÓN – MINDEFENSA – DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA – CAPITANÍA DE PUERTOS DE SANTA MARTA contra el DISTRITO DE SANTA MARTA – CURADURÍA URBANA No. 1 DE SANTA MARTA y SOCIEDAD PROMOTORA CARIBBEAN INTERNATIONAL S.A., resolvió **DECLARAR LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO por su Juzgado desde la providencia de fecha diez (10) de Octubre de 2013, a través de la cual se admitió la demanda y se ordenó correr traslado de una medida cautelar.**

Concretamente, se observa que dentro del proceso de la referencia, su Despacho, incurrió en los siguientes defectos procesales:

i) No se notificó el auto admisorio de la demanda popular de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 472 de 1998 y el artículo 199 del C.P.A.C.A., conforme lo precisó el Tribunal Administrativo del Magdalena, en decisión del 12 de Junio de 2014, en el que decretó la nulidad de lo actuado por el Juzgado Cuarto Administrativo. En el caso particular, las notificaciones a los demandados se efectuaron bajo las reglas del sistema escritural.

ii) No se notificó personalmente a los demandados, el auto que ordena correr traslado de la solicitud de medida cautelar elevada por la parte actora, tal y como lo advirtió el Tribunal Administrativo del Magdalena, en la precitada providencia, siendo imperioso esa forma de notificación al tenor de lo dispuesto en los artículos 199 y 233 del C.P.A.C.A., lo cual conlleva una violación al derecho fundamental al debido proceso, conforme lo concluyó la citada Corporación.

iii) No se notificó personalmente del auto admisorio de la demanda ni tampoco de la solicitud de medida cautelar a dos terceros con interés directo en el proceso, como lo son por el señor BIENVENIDO DE ÁVILA CARVAL y la señora DAIRID CECILIA FONTALVO BUELVAS, quienes son miembros de la Junta Directiva de la entidad demandada.

En este orden de ideas, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 8 y 9 del artículo 140 y 142 del Código de Procedimiento Civil – aplicable a los juicios populares por remisión del artículo 44 de la ley 472 de 1998-, solicito que se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que admitió la demanda de la referencia, incluyendo el proveído que decretó medidas cautelares y el que impuso sanción por desacato, a efectos que se surta el trámite que corresponda acorde con las disposiciones procesales aplicables.

De dicha solicitud, el Despacho le corrió traslado a las partes por un término de tres días por proveído de fecha 7 de julio de 2014, pronunciándose únicamente la señora Agente del Ministerio Público delegada ante esta agencia judicial, deprecando se accediera a la nulidad en comento.

No obstante lo anterior, el Juzgado obvió pronunciarse respecto de la solicitud de nulidad en comento, por lo que se procederá a resolverla en este proveído antes de dar solución de fondo a la cuestión problemática.

Así las cosas, previo a dilucidar lo pertinente, para el Despacho resulta imperioso traer a colación la normatividad aplicable. En ese orden, la Ley 1285 de 2009, por medio de la cual se reformó la Ley 270 de 1996, en su artículo 25 disponía:

“Artículo 25. Artículo Nuevo. Agotada cada etapa del proceso, el Juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrear nulidades dentro del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes en aras de evitar dilaciones injustificadas”

Posteriormente, la norma suprascrita fue derogada por el literal c) del Artículo 626 de la Ley 1564 de 2011. Dicho compendio normativo, en lo atinente al control de legalidad, dispone:

“Artículo 132. Control de legalidad.

Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación.

“Artículo 133. Causales de nulidad.

“El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

“1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.

“2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.

“3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.

“4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuándo quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.

“5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.

“6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.

“7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.

“8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban

suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

“Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

“Parágrafo.

“Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece.

“Artículo 134. Oportunidad y trámite.

“Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posteridad a esta, si ocurrieren en ella.

“La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, o la originada en la sentencia contra la cual no proceda recurso, podrá también alegarse en la diligencia de entrega o como excepción en la ejecución de la sentencia, o mediante el recurso de revisión, si no se pudo alegar por la parte en las anteriores oportunidades.

“Dichas causales podrán alegarse en el proceso ejecutivo, incluso con posterioridad a la orden de seguir adelante con la ejecución, mientras no haya terminado por el pago total a los acreedores o por cualquier otra causa legal.

“El juez resolverá la solicitud de nulidad previo traslado, decreto y práctica de las pruebas que fueren necesarias.

“La nulidad por indebida representación, notificación o emplazamiento, solo beneficiará a quien la haya invocado. Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio.

“Artículo 135. Requisitos para alegar la nulidad.

“La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.

“No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla.

“La nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento solo podrá ser alegada por la persona afectada.

“El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación.

Teniendo en cuenta la normatividad transcrita, procede el Despacho a analizar los cargos de nulidad planteados:

I. Cargo de nulidad procesal por trámite procesal distinto al que corresponde.

El solicitante manifiesta que la acción popular no se encuentra diseñada para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos, siendo rotundamente denegada esta posibilidad de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011; siendo éste, a juicio del solicitante, el objetivo de la presente acción popular; pues a través de la solicitud de amparo de los derechos colectivos se busca que el Juez Popular se inmiscuya en el estudio de legalidad de unos actos y procedimientos administrativos.

De acuerdo a ello, y teniendo en cuenta que a la fecha existe un proceso ordinario derivado de una demanda presentada por el señor JAIRO ROMO ORTIZ en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, adelantado actualmente en otro Despacho, solicita se declare la nulidad del auto de fecha 24 de junio de 2014, a través de la cual se resolvió declarar que el Alcalde del Distrito de Santa Marta y el señor Gerente Encargado de la ESE han incurrido en desacato de la orden judicial impartida en el auto de fecha 13 de diciembre de 2013.

Al respecto es del caso anotar que la acción popular tiene un carácter principal, siendo una de sus principales características no ser residual ni subsidiaria de cualquier otra clase de acciones; lo que supone que la existencia de adicionales medios judiciales tendientes a la consecución de los fines perseguidos con una solicitud de amparo de los derechos colectivos no la torna en improcedente en modo alguno. Al respecto, el H. Consejo de Estado ¹se pronunció al respecto, en los siguientes términos:

“Las acciones populares a diferencia de las acciones de tutela tal fueron concebidas por el legislador como acciones de carácter principal, no subsidiaria. Al respecto se pronunció esta Corporación en sentencia del 6 de julio de 2001: “La segunda tesis entra a reconocerle a la acción popular mayor jerarquía, puesto que no puede quedar expuesta a la subordinación que tienen la de cumplimiento y la de tutela que son procedentes “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial” (artículo 86 de la Carta). De acuerdo con este punto de vista a la acción popular le falta ese carácter subsidiario porque la Constitución no lo dice, cuando hubiera podido hacerlo, y no lo dice porque el Constituyente la dotó de entera independencia (...).

“Las acciones populares gozan de autonomía procesal dentro el conjunto ordinario y especializado de las competencias judiciales, luego no puede provocar conflicto alguno su ejercicio independiente de la acción ordinaria o especializada, sea de derecho público, sea de derecho privado. Por consiguiente, en tratándose de un derecho colectivo, y lo es todo aquel que se halla en cabeza de un grupo social, que es de muchos pero de nadie en particular, expuesto al agravio o vulnerado por la acción u omisión de la autoridad, o de los particulares en casos excepcionales, el grupo o cualquiera de sus miembros en representación legal de todos, está legitimado para reclamar ante el juez administrativo la protección de los derechos afectados, sin perjuicio de que exista o se acuda a otro medio de defensa judicial.” (...)

Ahora bien, es preciso anotar que en parte alguna de las pretensiones de la acción de la referencia se encuentra que se depreque la solicitud de nulidad de actos administrativos; pues tal como aflora de lo obrante a fl. 7 a 9, lo solicitado no guarda ninguna clase de identidad con lo que argumenta el incidentalista; circunscribiéndose únicamente lo pedido a la protección de derechos colectivos.

¹ Providencia de fecha 21 de septiembre de 2006. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C. P. Dra. Martha Sofía Sanz Tobón. Rad. No. 25000-23-26-000-2004-01092-01(AP). Actor: Roberto Ramírez Rojas. Demandado: Distrito Capital de Bogotá – Alcaldía Local de Barrios Unidos.

Lo anterior comporta la falta de sustento jurídico de los argumentos planteados como base del cargo acusado, por lo que para el Despacho no existe hesitación alguna de que el estudiado no posee vocación de prosperidad, por lo que se desestimaré.

II. Cargo de irregularidades presentadas en la notificación del auto admisorio de la demanda, el traslado de la solicitud de medida cautelar y la falta de integración del contradictorio.

En esta oportunidad el incidentalista expresa como sustento del mismo que no se notificó el auto admisorio de la demanda, así como el proveído que ordenó correr traslado de la medida cautelar, de acuerdo con lo expuesto en el artículo 199 del C. P. A. C. A., al tenor de las pautas ordenadas en el auto de fecha 12 de junio de 2014, dictado por el H. Tribunal Administrativo del Magdalena dentro de la acción popular seguida en este Despacho por la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-DIMAR en contra del DISTRITO DE SANTA MARTA y OTROS.

Aunado a ello, plantea que la nulidad se generó al no notificar personalmente el auto admisorio de la demanda o la medida cautelar a dos personas con interés directo en el proceso, como lo son el señor BIENVENIDO DE ÁVILA CARVAL y DAIRID CECILIA FONTALVO BUELVAS, por ser miembros de la Junta Directiva de la entidad demandada.

Al respecto, es del caso anotar que tal como se expresó en proveído anterior, que el artículo 21 de la Ley 472 de 1998 se encuentra a la fecha vigente, pues no fue objeto de derogatoria por parte de la Ley 1437 de 2011, por no encontrarse expresamente citado dentro de las normas descritas en el artículo 309, que versa sobre las normas que fueron excluidas de la vida jurídica con ocasión de la promulgación del C. P. A. C. A. Ello que supone que dicho artículo 21 sea la norma especial que regule la notificación de los proveídos en las acciones populares.

Ahora bien, aunque el H. Tribunal Administrativo del Magdalena fijó en el proveído traído a colación por el incidentalista las pautas para la notificación de los autos dictados en el trámite de las acciones populares, lo que en principio, desde la posición de esa Corporación, comportaría una presunta causal de nulidad, la misma tiene la categoría de saneable, al tenor de lo dispuesto en el artículo 136 de la Ley 1564 de 2011.

De acuerdo a ello, de la revisión íntegra del plenario, y del relato del trámite procesal que se realizó en este proveído en líneas suprascritas, se encuentra que el Distrito de Santa Marta ha actuado en múltiples ocasiones con posterioridad a los autos que ahora pretende atacar a través del incidente de nulidad impetrado; lo que supone que nos encontramos ante la materialización de los supuestos fácticos descritos en los numerales 1 y 4 del artículo 136 ejusdem; toda vez que actuó sin proponer la nulidad ahora invocada; y a pesar del alegado vicio, el acto de notificación (que esencialmente es materia de la censura en este instante) cumplió con su finalidad, garantizando el derecho de defensa de la entidad territorial, pues ésta contestó la demanda, propuso excepciones, y ha impetrado un sinnúmero de recursos dentro del presente proceso.

Finalmente, es menester aclarar que el cargo objeto de estudio fue resuelto a propósito respecto de la motivación del cargo de nulidad por la indebida notificación del auto admisorio de la demanda o de la medida cautelar a los señores BIENVENIDO DE ÁVILA CARVAL y DAIRID CECILIA FONTALVO BUELVAS, el mismo carece de prosperidad por cuanto el solicitante carece de legitimación para proponerla; y en atención a que esta situación fue objeto de una solicitud de nulidad elevada por los precitados señores, la cual fue resuelta a través del auto de fecha 29 de mayo de 2014; por lo que pronunciarse al respecto sería desconocer lo dispuesto en la normatividad precitada por existir pronunciamiento anterior por los mismos hechos. Por lo

expuesto, no puede ser otra la decisión sino la de desestimar los argumentos planteados y en consecuencia, denegar la solicitud de nulidad elevada por el apoderado del Distrito de Santa Marta, como en efecto se hará.

6.2. Decisión respecto de excepciones

Decidido lo atinente a la cuestión previa, procede el Despacho a resolver respecto de los medios exceptivos propuestos por parte de las demandadas y de una de las vinculadas dentro del presente proceso.

6.2.1. Distrito de Santa Marta

a. “INEXISTENCIA DE AMENAZA O VIOLACION AL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA”: En sustento de este medio exceptivo, la entidad territorial plantea que de acuerdo a la línea jurisprudencial que ha trazado la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, con respecto al derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, se ha sostenido que no es dable afirmar que la ilegalidad del acto jurídico origine *per se* la vulneración del derecho a la moralidad administrativa, puesto que cuando dicha ilegalidad se presenta, para que pueda predicarse la vulneración de dicho derecho, es necesario probar que tal ilegalidad desconoció valores propios de la moralidad administrativa, es decir, debe acreditarse un elemento adicional a la ilegalidad que tenga tal relevancia que indique de manera contundente y evidente el desconocimiento de dicho derecho colectivo.

Al respecto, es del caso anotar que de tiempo atrás tanto la jurisprudencia como la doctrina vernácula e internacional han planteado que los medios exceptivos deben encontrarse fundamentados en razones de hecho y de derecho, así como en las pruebas que se pretenden hacer valer con el fin de propugnar por su prosperidad. Así las cosas, revisado el presente objeto de análisis, a juicio del Despacho el mismo se identifica con simples argumentos de orden defensivo más que con un verdadero medio de impugnación; lo que supone que únicamente al momento de hacer la valoración de las probanzas arimadas al expediente, así como emitir la solución final de la contención podría establecerse la exactitud de la defensa, determinando si le asiste razón a la entidad demandada en lo propuesto.

Así, tal como está planteada la excepción, no posee vocación de prosperidad, por integrar, se reitera, meras argumentaciones defensivas cuya veracidad sólo podrá establecerse al momento de resolver de fondo.

b. “INEXISTENCIA DE AMENAZA O VIOLACION AL DERECHO COLECTIVO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PUBLICO”. Como fundamento del medio exceptivo en comento, la entidad territorial planteó que el señor Alcalde Distrital no está vulnerando el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público por el no nombramiento del gerente de la ESE Alejandro Próspero Reverend ante una serie de anomalías administrativas encontradas en el concurso de méritos desarrollado para proveer dicho cargo.

En lo atinente a este medio exceptivo y su sustento, estima el Despacho que la misma es insuficiente, en atención a que sencillamente se circunscriben a establecer razones de índole defensivo sin aportar medios probatorios que acrediten lo solicitado; lo que apareja que la misma no pueda ser entendida como el medio de impugnación propuesto, sino como argumentos defensivos que deberán ser tenidos en cuenta únicamente cuando sea la ocasión de resolver de fondo.

6.2.2. Dairid Cecilia Fontalvo Buelvas, Secretaria de Salud Distrital, en calidad de miembro de la Junta Directiva de la ESE Alejandro Próspero Reverend.

La señora Dairid Cecilia Fontalvo Buelvas, miembro de la Junta Directiva de la ESE Alejandro Próspero Reverend, en su calidad de Secretaria de Salud Distrital, junto con la contestación de la demanda propuso las siguientes:

a. “IMPROCEDIBILIDAD DE LA ACCION POPULAR”: Como sustento de la misma expresó que no se cumplen los presupuestos esenciales para la procedencia de la solicitud de amparo de los derechos colectivos impetrada, toda vez que ni existe ni ha existido acción u omisión por parte del distrito de santa marta, la ESE y los miembros de la Junta Directiva; y en atención a que no se han vulnerado los derechos colectivos por parte de la ESE y los miembros de la Junta Directiva, porque el actuar de los mismos se ha ajustado a derecho. Al respecto, es del caso anotar que a juicio del Despacho lo propuesto no concuerda con las características de un medio exceptivo, sino que guarda más identidad con meros argumentos defensivos cuya veracidad y pertinencia debe ser establecida al momento de resolver de fondo. Así, la excepción propuesta carece de vocación de prosperidad.

b. “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”: Como fundamentación del medio exceptivo la vinculada expresa que no existen razones para demandar al Distrito de Santa Marta, a la ESE ALEJANDRO PRÓSPERO REVEREND y a los miembros de su Junta Directiva, no sólo porque no están demostrados los presupuestos procesales de la acción popular, sino porque no existen pruebas que demuestren, aunque sea de manera sumaria, responsabilidad en los hechos que se demandan.

En lo atinente a este medio exceptivo, es preciso anotar que el H. Consejo de Estado, en sentencia de 25 de marzo de 2008 Radicación No. 05001233100020000257101(1275-08), Consejero P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren sostuvo a grandes rasgos que la legitimación en la causa en strictu sensu no es una cuestión constitutiva de excepción de fondo, sino un presupuesto necesario para dictar sentencia de mérito ora estimatoria de las pretensiones del demandante, ora de las excepciones propuestas por la parte demandada. Esa honorable Corporación se expresó en los siguientes términos:

“En reciente jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye

condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra."

Por otra parte, en auto de fecha 30 de enero de 2013, esa H. Corporación, con ponencia del H. Consejero Danilo Rojas Betancourt, expresó:

"15. Ahora, respecto del segundo argumento del demandante, es preciso señalar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación existen dos clases de falta de legitimación: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que necesariamente estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la *litis*, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto. Al respecto, se ha establecido:

"Así pues, toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante —legitimado en la causa de hecho por activa— y demandado —legitimado en la causa de hecho por pasiva— y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.

"De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores^{2,3}.

"17. En conclusión, la legitimación por pasiva de hecho, que se refiere a la potencialidad del demandado de ser parte dentro del proceso, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda -en la medida en la que esta no puede dirigirse contra quien no es sujeto de derechos-, mientras que, la legitimación por pasiva material, constituye un requisito no ya para la procedibilidad de la acción, sino para la prosperidad de las pretensiones.

"18. Para el caso *sub lite*, resulta claro que el tribunal erró al pronunciarse respecto de la legitimación en la causa por pasiva de los 9 departamentos demandados. En efecto, en lugar de hacer un análisis sobre la capacidad de aquellos para defenderse dentro del proceso -esto es, estudiar la legitimación de hecho de las demandadas-, se extralimitó al determinar que no había una conexión material de los departamentos

² "[6] A propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que "... si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo —no el procesal—". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973".

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de julio de 2011, exp. 52001-23-31-000-1997-08625-01(19753), actor: Carlos Julio Pineda Solís, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

con los hechos que dan origen a las pretensiones -es decir, se pronunció respecto de la legitimación material de las partes-.

“19. En ese sentido, encuentra la Sala que una decisión de tal raigambre sólo puede ser alcanzada al momento de proferir la decisión de fondo del asunto, en razón de que debe dársele a la parte demandante la posibilidad de aportar el material probatorio que de fe de la conexión del demandado con los hechos. Así lo ha dicho esta Corporación:

“Sea lo primero indicar que no es recomendable dentro de la demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho escindir la revisión de la misma, pues ello no consulta el principio de economía procesal porque un rechazo parcial resulta inane al deber de darle al libelo demandatorio el trámite ordinario hasta que se dicte la sentencia o, como en este caso, si no se corrige, la demanda deber decidir sobre un eventual rechazo sobre lo no subsanado.

“En criterio de la Sala, disquisiciones como las elaboradas por el a quo, referidas a una falta de legitimación en la causa por pasiva, corresponden al fondo del asunto y no a esta etapa inicial del proceso en donde simplemente se revisa si la demanda “reúne los requisitos legales” (artículo 207 del C.C.A.)⁴.

Ahora bien, en atención a lo anteriormente expuesto, se encuentra que sólo hasta analizar el fondo del asunto este Despacho podría establecer si le asiste o no razón en los argumentos planteados por la excepcionante, pues sólo en ese instante procesal podría determinarse si ésta adelantó o no acciones de algún tenor que pudieren ser relacionadas con la alegada vulneración de los derechos colectivos cuya protección deprecia el actor, por lo que se deferirá hasta el momento de dictar sentencia la resolución del medio exceptivo analizado en esta ocasión.

6.2.3. ESE Alejandro Próspero Reverend

a. “INEPTA DEMANDA POR FALTA DE FUNDAMENTACION JURIDICA: Plantea como sustento de la excepción que las solas apreciaciones del actor de manera generalizada no constituyen de suyo causal suficiente para demostrar una actitud dolosa por fuera del ordenamiento legal en el actuar de la ESE. En ese orden, sostiene que el actor no logra establecer jurídicamente la vulneración de norma alguna durante la actuación administrativa que dio como resultado la terminación unilateral del contrato 070 del 2012. No obstante, analizado lo propuesto como excepción, se tiene que la misma no es tal, sino simplemente argumentos de orden defensivo que deberán ser examinados al momento de resolver el fondo del asunto, momento en el cual se podrá establecer su veracidad o exactitud. Por ello, se desestimaré la misma.

b. INEPTA DEMANDA POR FALTA DE FUNDAMENTACION FACTICA: Propone que la narración de los hechos que ocasionaron la terminación unilateral del acuerdo de voluntades fortalece la conclusión del ajuste en el actuar de la administración, mas no permite determinar más allá de toda duda que la ESE en su cuerpo directivo actuó con una intención malsana y alejada del ordenamiento jurídico. Tal como se expuso en precedencia, para el Despacho lo propuesto como tal guarda más identidad con argumentos de índole defensivo que con un

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Auto del 28 de abril de 2011, expediente 2010-00075 (1770-10), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

verdadero medio de impugnación, por lo cual debe ser resuelto una vez se decida de fondo la controversia.

c. INEPTA DEMANDA POR AUSENCIA DE VULNERACION DE DERECHOS COLECTIVOS: Afirma que está suficientemente claro que lo pretendido es llevar al señor Jairo Enrique Romo a que sea nombrado Gerente de la ESE a pesar que su victoria en el denominado concurso de méritos fue fruto del actuar inadecuado y anti transparente de la UCC Seccional Bucaramanga en el concurso en comento. Analizado el medio exceptivo propuesto, se tiene que el mismo carece de un verdadero sustento jurídico y normativo, ajustándose sus rasgos identificadores más a una brevísima defensa que un verdadero medio de impugnación. En todo caso, a pesar de su brevedad, el Despacho estima que lo planteado deberá ser motivo de estudio al momento de resolver de fondo.

6.3. Decisión de fondo

Tal como se citó en líneas anteriores, el señor JOSÉ AGUSTÍN GRANADOS VEGA impetró demanda en ejercicio de la acción popular, para que previos los trámites procedimentales se accediera a la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, descritos en los literales b) y e) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, los cuales considera vulnerados por la dilación en el nombramiento de Gerente de la Empresa Social del Estado Alejandro Próspero Reverend de la persona que ocupó el primer puesto en el concurso de méritos adelantado por la precitada ESE para proveer dicho cargo.

Con el fin de resolver el fondo del asunto, en primer lugar el Despacho procederá a hacer un breve análisis respecto de los derechos colectivos cuya protección se pretende; y acto seguido, se procederá a determinar si, a la luz del acervo probatorio obrante, se encuentra acreditado el fundamento fáctico de la acción; y si en ese orden, existe o no responsabilidad de los demandados por la presunta vulneración de los derechos colectivos invocados por el actor popular.

En ese orden, es menester recordar que el derecho colectivo a la moralidad administrativa fue entronizado a la categoría constitucional por parte del artículo 209 de nuestra Carta Magna; siendo especificado como tal por la Ley 472 de 1998, en su artículo 4º. Empero, dicha normatividad guardó silencio con lo relacionado a su definición, lo que lo convirtió en una disposición legal de índole abierto. No obstante lo anterior, a la luz de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, sobre el mismo puede expresarse, entre otras razones, que encierra la obligación del servidor público de que sus actuaciones deban obedecer estrictamente a los límites que le impone la Constitución y la Ley; y observando las funciones que le fueron asignadas; buscando siempre la protección del interés general.⁵

Ahora bien, en lo referente a la defensa del patrimonio público, entendido como el conjunto de bienes del propiedad del Estado -incluyendo para efectos prácticos sus recursos- apareja que los mismos sean administrados y gestionados de manera responsable, eficiente y eficaz, generando el máximo de beneficio para el Administrado, en términos de desarrollo social y personal. De acuerdo a lo anterior, su defensa supone la celosa vigilancia de la adecuada gestión de la cosa pública, con el objeto de que se cumplan, a través del mismo, los fines del Estado; derecho

⁵ Al respecto, puede ser consultada la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de fecha octubre 26 de 2006, distinguida con la radicación No. 76001233100020040164501. C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

colectivo que a la vez se convierte en un deber ciudadano en cabeza de todos los habitantes del territorio nacional.

Descendiendo al caso concreto, tenemos que se encuentra probado en el plenario lo siguiente:

- a. Que la entidad demandada ESE ALEJANDRO PRÓSPERO REVEREND emitió una convocatoria pública abierta para conformar la lista de elegibles para la terna del cargo de Gerente de dicha entidad hospitalaria; adiada 6 de marzo de 2012, incluyendo el respectivo cronograma de la misma, presentando como fecha de publicación de resultados la del 20 de abril de 2012. Dicho proceso de selección se apoyó en la Universidad Cooperativa de Colombia, la cual suscribió un contrato con la ESE en comento para tal efecto, denominado Contrato de Prestación de servicios profesionales de apoyo a la gestión No. 070 de 2012. (fls. 29 a 44, Cdo. Principal).
- b. Que después de superar el proceso de selección, en la fecha en comento la institución educativa encargada del proceso de selección meritocrático remitió los respectivos resultados, siendo ubicados los tres primeros puestos de la lista de aspirantes los señores JAIRO ENRIQUE ROMO ORTIZ con un puntaje de 95,4; JOSE LUIS CONSUEGRA BARRAZA, con puntaje de 91,7; y SAMUEL ADOLFO RODRÍGUEZ GALLARDO, con un puntaje de 84,4.
- c. Que posteriormente, a través del Acuerdo No. 001 de 30 de abril de 2012, la Junta Directiva de la ESE en comento ordenó la apertura de una investigación administrativa por presuntas irregularidades acaecidas en el concurso de méritos antes citado; y dispuso la suspensión del cronograma del mismo. No obstante lo anterior, por medio del Acuerdo No. 003 de junio de 2012, se conformó la terna para escoger al Gerente en propiedad de la ESE; integrada por los señores JAIRO ENRIQUE ROMO ORTIZ; JOSE LUIS BARRAZA CONSUEGRA y SAMUEL ADOLFO RODRÍGUEZ GALLARDO, los cuales ocuparon los tres primeros lugares del concurso en comento.
- d. Que a través del Acuerdo No. 004 de 18 de septiembre de 2012, la Junta Directiva de la ESE Alejandro Próspero Reverend dispuso finalizar la investigación administrativa iniciada con ocasión del Acuerdo No. 001 de 30 de abril de 2012, y revocar la convocatoria para concurso de méritos para seleccionar al Gerente de la precitada ESE, así como los demás actos administrativos expedidos con posterioridad y que dependieran de éste.
- e. Consecuencialmente con tal decisión, en el mismo acuerdo No. 004 de 18 de septiembre de 2012 se ordenó en el artículo 2 y 3 del mismo dejar sin efecto jurídico los actos administrativos por medio de los cuales se adoptó la Terna para la designación de gerente de la ESE (Acuerdo No. 003 de 2012); y se dispuso, una vez declarado el incumplimiento del contrato de prestación de servicios suscrito con la Universidad Cooperativa de Colombia, realizar nueva selección de Universidad para que adelantara nuevo concurso de méritos con el objeto de integrar la terna para proveer el cargo de gerente de la entidad.
- f. Posteriormente, la entidad hospitalaria realizó invitación para la selección de institución educativa para la escogencia posterior del Gerente de la ESE Alejandro Próspero Reverend, siendo favorecida la Corporación Universitaria de Colombia "IDEAS", siendo firmado el respectivo contrato de prestación de servicios con tal entidad para tal efecto, tal como se desprende de lo afirmado por dicha institución educativa en la contestación de la demanda, sin que dichas afirmaciones hayan sido desvirtuadas a la fecha.

g. Que no obstante, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Santa Marta, a través de auto de fecha 18 de abril de 2014, dispuso, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor JAIRO ROMO ORTIZ en contra del DISTRITO DE SANTA MARTA Y OTROS, decretar medida cautelar de urgencia la suspensión del procedimiento para la selección del nuevo gerente de la ESE ALEJANDRO PRÓSPERO REVEREND, incluyendo el cronograma en el trámite del proceso de selección del nuevo gerente de la ESE Alejandro Próspero Reverend, así como el procedimiento o actuación de carácter contractual suscrito con la Corporación Universitaria IDEAS.

Asimismo, se encuentra acreditado en el proceso que, desde el mes de abril de 2012 hasta al mes de abril de 2014, la ESE en comento ha tenido cinco (5) gerentes encargados, habiéndose pagado por cuenta de asignaciones básicas mensuales la suma total aproximada de CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS ONCE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS (\$137.911.363,00), tal como se desprende de la certificación expedida por el subgerente administrativo de la ESE, visible a fl. 403 y 404 del Cuaderno Principal; que desde el día 13 de diciembre de 2012 hasta el día 17 de junio de 2014, fecha de expedición de la respectiva certificación emanada del señor Jefe de la Oficina Jurídica del Distrito de Santa Marta, no se había remitido terna por parte del ESE Alejandro Próspero Reverend para el nombramiento de gerente de dicha empresa social del Estado.

Finalmente, también es del caso anotar que se encuentra debidamente acreditado que la Junta Directiva de la ESE Alejandro Próspero Reverend se ha reunido para tratar el tema del nombramiento del Gerente de la precitada ESE en ocho (8) ocasiones, sin proceder al mismo. Ello se desprende del oficio recibido en esta agencia judicial el día 23 de mayo de 2014, y de las respectivas actas, obrantes a fls. 436 a 588 del Cuaderno Principal.

Ahora bien, en lo referente a la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y en especial, a la defensa del patrimonio público, el H. Consejo de Estado ha trazado una abundante línea jurisprudencial que establece el procedimiento que deberá seguir el operador de justicia con el fin de determinar el desconocimiento de los mismos. Para el caso, el Despacho se permite traer a colación el siguiente extracto ⁶:

“La Sala se ha ocupado en repetidas ocasiones del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público para definir su contenido y aplicación en cada caso concreto; así, recientemente se afirmó:

“Este derecho colectivo es la potestad y expectativa que se radica en cabeza de los asociados, de esperar que el conjunto de bienes, derechos y obligaciones del Estado, estén adecuadamente destinados a la finalidad que se les ha señalado constitucional y legalmente, de tal forma que sean asignados según los parámetros fijados por el ordenamiento jurídico, y con criterios de eficiencia y rectitud.

“La Corporación, acerca del contenido y alcance del derecho objeto de análisis, en oportunidad previa puntualizó:

“Por patrimonio público debe entenderse el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que pertenecen al Estado, tanto los que se hallan en cabeza de la Nación como de las personas jurídicas estatales... El derecho o interés colectivo a su defensa viene a ser, entonces, la aptitud o legitimación que tienen todas las personas en Colombia para esperar que tales bienes se preserven y se apliquen a los fines que corresponden, de modo que su tenencia, uso y disposición se haga con celo

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”. Sentencia de fecha 9 de abril de 2014. Rad. No. 25000-23-24-000-2010-00592-01(AP). C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

y cuidado, por ende con sujeción a las disposiciones y formalidades que los regulan, de suerte que el Estado no sea privado de los mismos de manera contraria al ordenamiento jurídico... ”⁷

“El derecho colectivo al patrimonio público tiene una doble naturaleza en el ordenamiento jurídico colombiano, de un lado puede hablarse de una dimensión subjetiva, la cual le otorga el calificativo de derecho y que conlleva la posibilidad de que cualquier ciudadano pida su protección mediante la acción popular; de otro, una dimensión objetiva o de principio que se traduce en la obligación de las entidades públicas de gestionarlo de acuerdo con los postulados de eficiencia y transparencia contemplados en el artículo 209 de la constitución y cumpliendo la legalidad presupuestal vigente⁸. Así las cosas, el derecho colectivo estudiado tiene a su vez dos elementos: 1. La existencia de un patrimonio de propiedad de una persona pública, y; 2. El análisis de la gestión de ese patrimonio, de forma tal, que si ésta se hace de forma irresponsable o negligente coloca en entredicho el interés colectivo protegido^{9,10}.

“En similar dirección, se ha puntualizado:

“El derecho colectivo al patrimonio público alude no solo a ‘la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también a la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado’¹¹. En tal virtud, si el funcionario público o el particular administraron indebidamente recursos públicos, bien “porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público’¹²

“El concepto de patrimonio público ‘cubierta la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo’¹³. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha reconocido que el concepto de patrimonio público también se integra por ‘bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo; del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población’¹⁴.

⁷ Cita textual del fallo: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 19 de febrero de 2004, exp. 2002-559, M.P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta. Ver igualmente, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de febrero de 2004, exp. 2002-1964, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁸ Cita textual del fallo: Cfr. PIMIENTO ECHEVERRI, Julián Andrés. Les biens d’usage public en droit colombien. Tesis doctoral defendida en la Université Panthéon – Assas en el mes de mayo 2011. Pág. 345.

⁹ Cita textual del fallo: *Ibidem*.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de junio de 2011, Exp. AP-540, C.P. Enrique Gil Botero

¹¹ Cita textual del fallo: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de febrero de 2006. Exp. AP - 1594 de 2001.

¹² Cita textual del fallo: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 6 de septiembre de 2001. Exp. AP – 163 de 2001. C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹³ Cita textual del fallo: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 31 de mayo de 2002. Exp. 13601. C.P.: Ligia López Díaz.

¹⁴ Cita textual del fallo: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Exp. AP 2004-00413C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de mayo de 2008. Exp. 01423-01.C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

"Asimismo, el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público implica que los recursos públicos sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, con lo cual se evita el detrimento patrimonial"¹⁵.

"A su vez, el Consejo de Estado ha concluido en múltiples ocasiones 'que la afectación de patrimonio público implica de suyo la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa' por cuanto generalmente supone 'la falta de honestidad y pulcritud en las actuaciones administrativas en el manejo de recursos públicos'"¹⁶

"Por último, es preciso resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el derecho a la defensa del patrimonio público ostenta doble finalidad: 'la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva'^{17,18}.

En este sentido, con el fin de identificar una posible vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público se debe analizar la conducta imputada a la autoridad administrativa para verificar si constituye un manejo irresponsable, negligente o con una destinación diferente de la legalmente establecida respecto de los bienes y derechos de titularidad pública, concepto éste que incluye pero no se agota con el concepto de propiedad pública¹⁹.

Huelga señalar que la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-913 de 2009, luego de referirse a la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el sentido y alcance del derecho colectivo a la moralidad administrativa, concluyo que no bastaba la mera ilegalidad de la decisión o actuación administrativa para tenerse por configurada la vulneración a dicho derecho, esto es, que no es suficiente efectuar un juicio de legalidad, pues este es propio de los medios de control de nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho, sino que era menester además acreditar que 1. La Acción u omisión debe corresponder al ejercicio de una función pública.²⁰ 2. La acción u omisión debe lesionar el principio de legalidad.²¹ 3. La desviación en el cumplimiento de la función ha de producir un perjuicio del interés general favoreciendo con ello al servidor público o a un tercero. ó 4. La desviación del interés general debe ser de tal magnitud, que transgreda principios o valores instituidos previamente como deberes superiores en el derecho positivo²².

¹⁵ Cita textual del fallo: *Ibidem*. Véase también la Sentencia del 31 de mayo del 2002. Exp. AP-300 que "(...) la regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular".

¹⁶ Cita textual del fallo: Véase CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 12 de octubre de 2006. Exp. AP 857 -01.C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁷ Cita textual del fallo: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de mayo de 2008. Exp. 01423-01. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. "De allí su consagración expresa en el literal e) y f) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, como derecho a la "defensa del patrimonio público" y "defensa del patrimonio cultural de la Nación".

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de junio de 2011, Exp. AP-1330, C.P. Jaime Orlando Santofimio.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2007, Exp. AP-0413.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp-AP-720 de 2005

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp AP-166 de 2001.

²² Expediente 35501 de 21 de febrero de 2007 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

De acuerdo al análisis de las probanzas arrimadas al plenario, para el Despacho no existe hesitación alguna de que se ha verificado una verdadera vulneración a los derechos colectivos cuya protección se deprecia, en atención a que pesar de que se llevó hasta su culminación un proceso de selección teniendo en cuenta el mérito para conformar la terna con el fin de proveer el cargo de Gerente de la ESE Alejandro Próspero Reverend, no sólo no se ha procedido a conformar siquiera la misma, sino que desconoció obligatoriedad de dicha convocatoria, el principio del respeto al acto propio, confianza legítima y el debido proceso, dado que muy a pesar de su absoluta falta de competencia la Junta Directiva “revocó” la convocatoria precitada, pues se dejaron sin efecto no sólo los actos administrativos por medio de los cuales se había conformado la terna (en cumplimiento de un fallo de tutela, es menester precisar), sino la totalidad del concurso que había finalizado con la publicación de los resultados, desconociendo con ello que las autoridades administrativas no pueden aplicar la excepción de ilegalidad, bien sea expresa o tácitamente, por cuanto esta figura jurídica está reservada para las autoridades judiciales, concretamente la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En este punto debe recordarse, que la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia fechada 16 de septiembre de 2013 radicación 11001-03-15-000-2013-01565-00, al referirse a la medida cautelar decretada por el Juzgado Sexto Administrativo de Santa Marta y modificada por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho incoó el señor JAIRO ROMO ORTIZ, en la cual se suspendió el nuevo proceso de selección adelantado por la Junta Directiva de la E.S.E. ALEJANDRO PROSPERO REVEREND, al pronunciarse sobre la misma expresó: ***“Con las disposiciones citadas en la demanda que constituyen el eje central de la litis, como son, los artículos 29 y 58 de la Constitución Política al igual que el 28 de la Ley 1122 de 2007, que obligan a la administración a seleccionar de los aspirantes una vez adelantadas las etapas del concurso y publicados los resultados definitivos”***, nótese que en parte alguna se señala que el concurso finalice con el nombramiento, sino con la publicación de los resultados, cosa que ocurrió en el concurso cuya ilegalidad fue declarada en sede administrativa, más no por autoridad judicial alguna.

Sobre este último tópico, este despacho hace suyos los planteamientos esbozados por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 2000, en la cual con gran tino, la citada corporación judicial, señaló que ninguna autoridad administrativa puede hacer uso de la excepción de ilegalidad, bien sea expresa o tácitamente, al respecto la providencia citada señaló:

“De todo lo anterior, se concluye que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma sub examine tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos.

Al respecto, destaca la Corte que cuando, con posterioridad a expedición del Código Contencioso Administrativo, el H. Consejo de Estado ha invocado el artículo 12 de la ley 153 de 1887, lo ha hecho dentro del trámite de un proceso judicial, para efectos de inaplicar un acto administrativo en razón de su ilegalidad. Así, la postura jurisprudencial de esa Corporación que aboga por la vigencia de la norma mencionada, la ha aplicado dentro de este contexto procesal judicial, y no con el

alcance de cláusula general de inaplicabilidad de los actos administrativos por cualquier autoridad que los estime ilegales”.

Las autoridades accionadas argumentando irregularidades relacionadas con la ejecución del contrato celebrado con la Universidad Cooperativa de Colombia, que debieron ser materia de cuestionamiento a través del medio de control de controversias contractuales o en su defecto la doctrinariamente conocida acción de lesividad (Enjuiciar los actos administrativos relacionados con dicha convocatoria bien sea mediante el medio de control de simple nulidad y/o nulidad y restablecimiento del derecho), la Junta Directiva de la E.S.E., omitió obtener el consentimiento previo, expreso y escrito de las personas que superaron el proceso de selección culminado, lesionando con tal proceder los principios de la función pública previstos en el artículo 209 de la Constitución, tales como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad, publicidad y especialmente el principio del mérito como baremo indispensable para el acceso a los cargos públicos, lo que ha posibilitado que el Alcalde Distrital de Santa Marta, en su doble condición de presidente de la Junta Directiva y nominador, escoja a dedo a la persona que ocupa en interinidad el cargo de gerente de la E.S.E., obrando de esta manera con total abuso y desviación de poder las entidades demandadas en esta acción constitucional, más aún cuando se desconoce las precisiones efectuadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-181 de 2010, en la que con gran claridad el máximo guardián de la carta política, recalcó la finalidad, el sentido y alcance del proceso de selección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado a través del concurso de mérito y sobre todo la naturaleza de las ternas que han de elaborarse para tal cometido; con tal actuación de las autoridades accionadas se afecta enormemente el interés general, pues el nombramiento a dedo del gerente de la E.S.E., no garantiza que se escoja a la persona más idónea para desempeñar el cargo, máxime cuando la omisión de nombrar atendiendo el criterio del mérito ha generado que durante el tiempo transcurrido desde la culminación del proceso de selección adelantado por la Universidad Cooperativa de Colombia se hubiesen nombrado 5 persona en dicho cargo, se reitera, a dedo y sin ningún criterio objetivo distinto del mero capricho del Alcalde Distrital de Santa Marta, lo que además genera la desconfianza de la comunidad sobre la verdadera capacidad de gestión de las personas que han sido designadas en interinidad, más aún cuando muchas de éstas ha debido hacer dejación del cargo por graves cuestionamientos en torno al manejo administrativo que le han dado al ente hospitalario, la situación relacionada con el permanente cambio de gerente también repercute en la adecuada y eficiente prestación del servicio, precisamente por falta de continuidad en los planes y políticas que necesariamente debe implementar un gerente.

En efecto, la Corte Constitucional en la sentencia citada al referirse al concurso de mérito para la selección de los gerentes de las E.S.E., expresó lo siguiente:

"1.1. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MÉRITO COMO CRITERIO RECTOR DEL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

El artículo 125 de la Constitución elevó a rango constitucional el mérito como principio rector del acceso a la función pública, y consagró la regla general del sistema de carrera como su principal manifestación.²³ En efecto, el artículo 125 superior dispone que el concurso público y el sistema de carrera son la regla general para la provisión de los empleos de todas las entidades y órganos del

²³ Ver al respecto la sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Mantelo. En esta sentencia la Corte declaró inexecutable el Acto Legislativo No. 01 de 2008, "Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política", el cual permitía la inscripción en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público, de los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuvieran ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera. Para la Corporación, el acto legislativo implicaba una sustitución temporal y parcial de la Constitución, particularmente del principio del mérito como criterio rector del acceso a la función pública manifestado en el sistema de carrera administrativa.

Estado, y que el ingreso a los cargos de carrera depende de los méritos y calidades de los aspirantes.

Como se indicó en las sentencias C-901 de 200824 y C-588 de 2009, la introducción de este principio constitucional persigue tres propósitos principales: En primer lugar, asegura el cumplimiento de los fines estatales de manera eficiente y eficaz, en concordancia con el artículo 209 superior. La prestación del servicio público por personas calificadas redundará en eficacia y eficiencia en su prestación.²⁵ De otro lado, el mérito como criterio único de selección dota de imparcialidad la función pública, impide la reproducción de prácticas clientelistas y sustrae la función pública de los vaivenes partidistas.²⁶

En segundo lugar, el mérito como criterio rector del acceso a la función pública garantiza varios derechos fundamentales de los ciudadanos: Permite la materialización del derecho de las personas a elegir y ser elegido, así como el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. También asegura el derecho al debido proceso, pues demanda el establecimiento de reglas y criterios de selección objetivos que sean conocidos de antemano por los aspirantes al cargo. La garantía del debido proceso, a su vez, se relaciona directamente con el respeto de la buena fe y la confianza legítima en el cumplimiento de las reglas del proceso de selección. Adicionalmente, este principio protege el derecho al trabajo, ya que si el mérito es el criterio determinante de la promoción y la permanencia en el empleo, únicamente la falta de mérito puede ser causal de remoción. En este sentido se debe recordar que los servidores públicos como trabajadores son titulares de derechos subjetivos, como el derecho a la estabilidad y a la promoción en el empleo.²⁷

En tercer lugar, la selección con fundamento en el mérito promueve la igualdad de trato y de oportunidades, pues, de un lado, permite que cualquier persona calificada para el cargo pueda participar en el respectivo concurso y, de otro, proscribe la concesión de tratos diferenciados injustificados. Este propósito se materializa, por ejemplo, en la exigencia de llevar a cabo procesos de selección basados exclusivamente en criterios objetivos. En este sentido, la Corte ha indicado que las razones subjetivas de los nominadores –por ejemplo de índole moral- no pueden prevalecer sobre los resultados de los concursos de selección.²⁸ También ha rechazado los motivos secretos y reservados para descalificar a un candidato.²⁹ Ha reiterado que la pertenencia a un partido político como criterio de selección fue prohibida por el propio constituyente en el artículo 125 superior. Por último, ha entendido que el uso de criterios raciales, étnicos, de género, económicos, ideológicos, religiosos o de índole regional para la selección del personal del Estado constituye una forma de discriminación.³⁰

El principio del mérito como criterio rector del acceso a la función pública se manifiesta principalmente en la creación de sistemas de carrera y en la provisión de los empleos de las entidades estatales mediante concursos públicos. De acuerdo con el artículo 125 superior, por regla general, los empleos de las entidades y organismos del Estado son de carrera y deben proveerse a través de concursos. Se exceptúan los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales, y los demás que señale la ley. Las excepciones son

²⁴ Sentencia C-901 del 17 de septiembre de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo. En esta sentencia la Corte declaró inexecutable los artículos 1, 4, 7, 8 y 9 de un proyecto de ley dirigido a reformar varios artículos de la Ley 909 de 2004 y que permitía la inscripción en carrera de funcionarios que ocuparan cargos de carrera en provisionalidad, sin necesidad de superar concurso público alguno. En sentir de la Corte, los artículos objetados por el Presidente otorgaban un trato diferencial favorable e injustificado a los funcionarios que se desempeñan en cargos de carrera en provisionalidad.

²⁵ Ver sentencia C-356 del 11 de agosto de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

²⁶ Ver al respecto las sentencias C-387 del 22 de noviembre de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-315 del 3 de mayo de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, y C-588 del 27 de agosto de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Mantelo.

²⁷ Ver al respecto las sentencias C-041 del 9 de febrero de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-1381 del 11 de octubre de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell; y C-588 del 27 de agosto de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Mantelo.

²⁸ Ver sentencia SU-086 del 17 de febrero de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁹ Ver sentencia SU-086 del 17 de febrero de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

³⁰ Ver sentencia SU-086 del 17 de febrero de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

de interpretación restrictiva, deben estar plenamente justificadas en la ley en relación con la naturaleza de la función asignada, y no pueden conducir a una inversión de la regla general diseñada por el constituyente.³¹

Los concursos públicos como manifestación de este principio tienen la finalidad de determinar la idoneidad, la capacidad y la potencialidad de los aspirantes a ocupar un cargo desde el punto de vista de la categoría del empleo y las necesidades del servicio.³² En este sentido, las etapas y pruebas de un concurso deben dirigirse a identificar las destrezas, aptitudes, experiencias, idoneidad física y moral, condiciones de personalidad y sentido social, entre otras aptitudes y cualidades, de los candidatos.³³ Una vez estas habilidades y cualidades han sido calificadas de manera objetiva, sólo aquél con mayor mérito debe ser designado en el respectivo cargo, con exclusión de los demás aspirantes. El acceso al cargo de quien obtiene la mejor calificación es un derecho fundamental que en reiteradas oportunidades esta Corporación ha tutelado³⁴.

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR PARA SUJETAR CARGOS QUE NO SON DE CARRERA AL SISTEMA DE CONCURSO PÚBLICO

El artículo 125 de la Constitución señala como una de las excepciones a la regla general del sistema de carrera, los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales, y los demás que señale la ley. Por su parte, el artículo 5° de la Ley 909 de 2004 indica que tampoco son cargos de carrera y, por tanto, tampoco están por regla general sometidos al concurso, los cargos de periodo fijo y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

No obstante lo anterior, la misma Ley 909 de 2004, que promueve el empleo de los concursos de méritos para el ingreso a los empleos de carrera administrativa, señala en el artículo 2° que los criterios de selección objetiva pueden aplicarse en los procesos de selección de funcionarios destinados a ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, en virtud de la libertad de configuración que tiene el legislador en materia de regulación de la función pública (artículo 151-23 superior). En efecto, el artículo 2° de la citada ley dispone:

“Artículo 2°. Principios de la función pública.

1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.” (negritas fuera del texto original)

Así las cosas, a pesar de existir un sistema de vinculación general -la carrera- al que se accede a través de concurso, el artículo 125 de la Constitución Política y la Ley 909 de 2004 abrieron la posibilidad de que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, sujete a los principios del concurso la provisión de cargos de libre nombramiento y remoción. En estos casos, si su decisión es someter la provisión de uno de estos empleos al concurso, es su deber ajustarse al

³¹ Ver sentencias C-195 del 21 de abril de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; y C-292 del 16 de marzo de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³² Ver sentencias C-901 del 17 de septiembre de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo; y T-329 del 14 de mayo de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³³ Ver sentencia C-040 del 9 de febrero de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³⁴ Ver al respecto, entre otras, las sentencias SU-136 del 2 de abril de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-086 del 17 de febrero de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-077 del 3 de febrero de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; y T-329 del 14 de mayo de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

principio fundamental que rige estos procedimientos, este es, el respeto del mérito mediante el favorecimiento del concursante que obtenga el mejor puntaje en las respectivas evaluaciones. En otras palabras, si el legislador –y lo mismo podría aplicarse a la administración– decide someter a concurso la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción, debe sujetarse a las reglas propias del concurso fijadas por la ley y la jurisprudencia de esta Corporación. En este sentido es preciso recordar que la libertad de configuración del legislador no sólo está sometida a las limitaciones expresas que impone la propia Constitución, sino también a las restricciones que se desprenden de los derechos fundamentales y los principios constitucionales.

Algunas de las reglas del concurso que han sido fijadas por la jurisprudencia constitucional son las siguientes³⁵:

Una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, el aspirante que obtiene el primer lugar y, por tanto, demuestra tener mayores méritos, adquiere un derecho fundamental a ocupar el cargo. Este derecho fundamental se deriva del principio de igualdad, que obliga no sólo a tratar igual a quienes están en la misma situación fáctica, sino también a brindar un trato diferente a quienes están en una situación fáctica distinta; así como del derecho al debido proceso y del principio de la buena fe, pues los aspirantes depositan su confianza en las reglas del concurso y en la autoridades que lo organizan, bajo la idea de que actuarán objetivamente. En este orden de ideas, la realización de un concurso obliga al nominador a seleccionar al mejor de los concursantes, pues ningún sentido tendría adelantar una competencia para favorecer a otro que no sea el primero³⁶.

Esta obligación no desaparece cuando la designación está precedida por la conformación de un listado de elegibles. El listado de elegibles no desconoce el derecho de quien demuestra más altos méritos a acceder al empleo, ni implica que el nominador pueda seleccionar discrecionalmente a uno de los integrantes de la lista; su finalidad es garantizar la continuidad del servicio y promover la eficiencia de la función pública mediante la creación de una lista de personas calificadas que pueden desempeñar el empleo ante la imposibilidad de nombrar a quien obtuvo la calificación más alta. Por ello, esta Corporación ha señalado que cuando sea imposible nombrar al primero de la lista, el nominador debe designar al segundo mejor calificado³⁷.

La Administración puede separarse de tal decisión cuando exista una causa suficientemente poderosa, objetiva y explícita que impida honrar el primer lugar de la lista. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el ganador del concurso presenta antecedentes penales, disciplinarios o de tipo profesional que, al ser contrastados con los resultados de los concursos, evidencien su falta de idoneidad para ocupar el cargo. En todo caso, no podrán alegarse razones de tipo subjetivo, moral,

³⁵ Ver al respecto las sentencias T-329 del 14 de mayo de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

³⁶ Ver, entre otras, las sentencias C- 040 del 9 de febrero de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz; SU-136 del 2 de abril de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-086 del 17 de febrero de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-588 del 27 de agosto de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Mantelo; y T-329 del 14 de mayo de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁷ Con fundamento en este argumento, en la sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte declaró exequible el artículo 166 de la Ley 270 de 1996, bajo el entendido de que la pluralidad de candidatos exigida por la norma no puede convertirse en un obstáculo para que quien ocupa el primer puesto en el listado haga efectivo su derecho a acceder al cargo para el que concursa. La Corporación expresó lo siguiente en dicha oportunidad: “De acuerdo con lo expuesto, debe señalarse que la norma bajo examen, por el simple hecho de establecer que la lista de elegibles estará conformada por cinco candidatos, no vulnera la Constitución Política, pues dentro de dicha lista naturalmente estará incluido quien haya obtenido el mejor puntaje y, consecuentemente, ocupe el primer lugar en la clasificación final. Sin embargo, como se señalará en torno al artículo siguiente, el nombramiento que se efectúe con base en la lista de elegibles deberá recaer sobre el candidato al que se ha hecho referencia.” Ver también las sentencias SU-086 del 17 de febrero de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-1114 del 24 de agosto de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; y T-077 del 3 de febrero de 2005, M.P. Marco Gerardo Montroy Cabra.

religioso, étnico o político para sustraerse de la obligación de nombrar al primero de la lista³⁸.

En caso de no ser posible elegir al ganador del concurso, el nominador, mediante acto motivado, debe argumentar con razones sólidas y objetivas el motivo por el cual considera que el aspirante no satisface las exigencias del cargo, con el fin de garantizar sus derechos a la defensa y a controvertir la actuación administrativa³⁹."

Así las cosas, la decisión de la Junta Directiva de la E.S.E. ALEJANDRO PROSPERO REVEREND, consistente en dejar sin efectos el concurso de mérito adelantado por la Universidad Cooperativa de Colombia por razones de índole contractual, cuando el mismo ya había culminado con la publicación de los resultados, vulnera claramente el derecho colectivo a la moral administrativa, no solo porque es manifiestamente contraria a la ley y a la jurisprudencia sentada en la sentencia C-181 de 2010, sino que además se profirió sin tener competencia para ello, sin obtener el consentimiento previo, expreso y escrito de las personas que superaron el citado proceso de selección, constituyéndose en una clara muestra del abuso o desviación de poder, pues se han transgredido los principios que orientan la función pública, como lo es la igualdad, el mérito, la eficacia, eficiencia y economía, también ha afectado gravemente el interés general favoreciendo con ello al Alcalde Distrital de Santa Marta en su doble condición de presidente de la junta y nominador, al permitírsele designar a dedo y por capricho de forma provisional al gerente, éste a su vez también se ha beneficiado con la decisión arbitraria pues a ingresado al servicio público sin ningún mérito, situación que a su vez dado el alto grado de inestabilidad torpedea la consecución de los fines, programas y políticas que corresponde desarrollar al ente hospitalario para una eficiente prestación del servicio, no en vano hasta el momento han sido designado 5 personas en el cargo, muchas de las cuales presentan serios cuestionamientos desde el punto de vista disciplinario y fiscal, mientras tanto el normal funcionamiento de hospital puede convertirse en un verdadero caos, si es que ya no lo es, por la falta de continuidad del gerente.

Como si no fuese suficiente la desviación de poder derivada del desconocimiento grosero de los principios constitucionales que rigen la función pública con la revocatoria directa del concurso de mérito culminado y ejecutado por la Universidad Cooperativa de Colombia, para soslayar el mérito como baremo para desempeñar el cargo de gerente de la E.S.E., y poder nombrar a dedo a personas del agrado del Alcalde Distrital de Santa Marta quien funge en su doble condición de presidente y nominador y beneficiar a personas que ingresan a cargos públicos sin haber superado el proceso de selección dispuesto por la ley, la Junta Directiva de la E.S.E., además dispuso la apertura de otra convocatoria para seleccionar una institución educativa con el fin de que se encargara de realizar un nuevo proceso meritocrático para la conformación de una nueva terna para seleccionar la persona destinada a ocupar el cargo de gerente precitado, se reitera, sin que la autoridad judicial competente hubiere anulado o suspendido el anterior proceso de selección y los actos administrativos dictados con ocasión del mismo, lo que indudablemente a juicio de este Despacho constituye un mal uso de los valiosos recursos destinados a la atención en salud de la comunidad del Distrito de Santa Marta y sus alrededores. Lo anterior, aunado al obvio detrimento patrimonial que supone el pago de salarios y demás emolumentos laborales a aquellas personas que se han desempeñado como gerentes encargados de la empresa social del estado, sin tener en cuenta que existe una lista de donde puede integrarse la terna, derivado de un proceso de

³⁸ Ver al respecto las sentencias SU-136 del 2 de abril de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-086 del 17 de febrero de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; y T-329 del 14 de mayo de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁹ Ver por ejemplo las sentencias C-1173 del 17 de noviembre de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y C-211 del 21 de marzo de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

selección en el cual se dictaron actos administrativos cuya legalidad no ha sido judicialmente desvirtuada; lo que a todas luces genera una real, decidida y voluntaria vulneración al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, que no es otra cosa que la vigilancia celosa sobre la buena gestión de los bienes y recursos del Estado, que le pertenecen a cada uno de los habitantes del territorio nacional y no al capricho de los funcionarios.

Es más, debe acotar el despacho que se cierne sobre el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público una amenaza actual y dado que la naturaleza de la acción popular también es preventiva, ha de disponerse también por esta razón su amparo, puesto que la eventual coexistencia de funcionarios para un mismo cargo, esto es, la del gerente designado provisionalmente o en interinidad sin ningún mérito; y el que debió haber sido nombrado de la terna integrado por las personas que superaron el concurso de méritos adelantado por la Universidad Cooperativa de Colombia, ubicadas en los tres primeros lugares, de prosperar las suplicas deprecadas a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por el señor ROMO ORTIZ, se restablecería su derecho mediante el nombramiento en dicho cargo y el pago de los salarios y prestaciones respectivas, lo que indudablemente generaría una doble erogación, poniendo en peligro las finanzas de la E.S.E. Alejandro Próspero Reverend, las cuales deben destinarse a la adecuada y eficiente prestación de los servicios de salud.

Así, no son de recibo los argumentos planteados por los apoderados tanto del Distrito de Santa Marta como por el apoderado de la Empresa Social del Estado Alejandro Prospero Reverend y los restantes miembros de la junta directiva, en el sentido de que no se avizora vulneración alguna de los derechos colectivos cuya protección se deprecia, en virtud de que es indubitable la afectación del erario dado los supuestos fácticos acreditados, pues el simple hecho de dilatar hasta la saciedad la integración de la terna, y por contera, la provisión del cargo de gerente en propiedad pese haber concluido el concurso de méritos con la publicación de la lista con las personas que lo superaron y de los cuales debe integrarse la terna, hace que la entidad hospitalaria incurra en múltiples gastos derivados de los salarios pagados a los 5 gerentes designados provisionalmente o en interinidad, y aquellos reservados para la iniciación de un nuevo proceso de selección.

En resumen, la conducta asumida tanto por la Junta Directiva de la E.S.E., así como por el señor Alcalde Distrital de Santa Marta, en su doble condición de presidente y nominador, son contrarias a la defensa del patrimonio público y a la moralidad administrativa -entendida ésta última como la sujeción de las acciones adelantadas por los servidores públicos a las normas constitucionales y legales, así como a la plena observancia de los reglamentos-, pues amén de que con su accionar desconocen los principios constitucionales que rigen la función pública; no cumplen siquiera con los estatutos de la entidad hospitalaria demandada, que reglamentan la actividad de la misma; pues a pesar de que se han reunido en ocho (8) ocasiones para tratar el tema de la integración de la terna, no ha habido una solución a la cuestión problemática que se ha extendido en el tiempo, haciendo perdurar una interinidad obligada en la dirección de la ESE por un término de más de dos años y seis meses.

Debe anotar el despacho que permitir que se sigan perpetuando en el tiempo conductas como las asumidas por las autoridades accionadas, no solo enviaría un mensaje equivocado a la comunidad en tanto y en cuanto se permitiría continuar con la arbitrariedad sin control derivada de la burocracia despojada del mérito, sino que también se permitiría que a futuro los funcionarios encargados de nombrar al gerente de las E.S.E., con estricta sujeción al mérito, soslayan este principio fundamental de la función pública, mediante el expediente de recurrir a la aplicación expresa o tácita de la excepción de ilegalidad o la revocatoria directa de los actos administrativos

que sirven de base al concurso de mérito, cuando con ello pretendan desconocer los resultados del concurso que no sean de su agrado.

Así las cosas, no puede ser otra la decisión de este Despacho sino la de acceder a la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, vulnerados tanto por el Alcalde Distrital de Santa Marta, en su doble calidad de Presidente de la Junta Directiva de la ESE Alejandro Próspero Reverend y nominador, como por el resto de miembros del mismo máximo órgano directivo y el gerente de la entidad hospitalaria, y en consecuencia, se ordenará el cese de las conductas vulneratorias de estos derechos colectivos, materializada en disponer que en un término improrrogable de (5) días, contados a partir de la ejecutoria de este proveído, se proceda a realizar las acciones tendientes para integrar la terna para el nombramiento de gerente de la Empresa Social del Estado Alejandro Próspero Reverend, con las personas que ocuparon los tres primeros lugares en el concurso de méritos adelantado por la entidad, esto es, por los señores JAIRO ENRIQUE ROMO ORTIZ; JOSE LUIS BARRAZA CONSUEGRA y SAMUEL ADOLFO RODRIGUEZ GALLARDO, y que en un término no mayor a tres (3) días, contado a partir de la integración de la terna precitada, se provea el cargo de gerente de la E.S.E., a partir de la terna antes citada, obedeciendo al principio del mérito conforme lo decantó la Corte Constitucional en la Sentencia C-181 de 2000.

En ese orden, en lo atinente a la falta de legitimación por pasiva planteada por el Distrito de Santa Marta, tenemos que la misma no posee vocación de prosperidad, en atención a que el señor Alcalde Distrital, por orden precisa de los estatutos de la entidad hospitalaria, funge como Presidente de la Junta Directiva de la ESE y nominador⁴⁰, lo cual indudablemente supone que no

⁴⁰ En este sentido, los estatutos de la Empresa Social del Estado ALEJANDRO PRÓSPERO REVEREND, en lo atinente a la conformación de la Junta Directiva de la entidad, disponen:

“Artículo 17. Junta Directiva. La Empresa tendrá una Junta Directiva de seis (6) miembros y constituida de la siguiente manera:

1. El Alcalde o su delegado quien la presidirá.
2. El Secretario de Salud Distrital o quien haga sus veces o su delegado.
3. Un (1) representante del estamento científico de la institución, elegido mediante voto secreto por y entre los funcionarios de la Empresa que tengan título profesional en áreas de la salud, cualquiera que sea su disciplina.
4. Un (1) representante del estamento científico de la localidad elegido por el Secretario de Salud Distrital o funcionario que haga sus veces o su delegado, entre las ternas propuestas por cada una de las asociaciones científicas de las diferentes profesiones de la salud que operan en el área de influencia geográfica de la Empresa, o en su defecto, por el personal profesional de la salud existente en el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta. Este representante será elegido de acuerdo con sus calidades científicas y administrativas.
5. Un (1) representante designado por las Alianzas o Asociaciones de Usuarios legalmente establecidas mediante convocatoria realizada conforme a las disposiciones legales vigentes.
6. Un (1) representante designado por los gremios de la producción del Distrito de Santa Marta, de terna presentada por la Cámara de Comercio.

(...)

“Parágrafo 3. A las reuniones de la Junta Directiva concurrirá por derecho propio, con voz pero sin voto, el Gerente de la Empresa, quien actuará como Secretario Ejecutivo de la misma. Deberán concurrir también los demás funcionarios de la empresa que la Junta Directiva determine, cuando las circunstancias así lo indiquen en cuyo caso lo harán con voz pero sin voto.

En lo referente a las funciones de la Junta Directiva, los precitados estatutos establecen:

“Artículo 18. Funciones de la Junta Directiva. La Junta Directiva de la Empresa Social del Estado ALEJANDRO PRÓSPERO REVEREND tendrá las siguientes funciones:

(...)

“17. Elaborar terna de candidatos y presentarla al Alcalde para la designación de Gerente de la Empresa, de conformidad a las disposiciones legales vigentes.

(...)

Por otra parte, en lo atinente a las reuniones de la Junta Directiva, y a sus citaciones, los estatutos de la Empresa Social del Estado prescriben:

“Artículo 23. Reuniones de la Junta. La Junta Directiva se reunirá ordinariamente cada dos meses, y extraordinariamente a solicitud del presidente de la Junta o del Gerente, o cuando una tercera parte de sus miembros así lo soliciten. (...)

Finalmente, en tratándose de las funciones del Gerente como Secretario Ejecutivo de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Alejandro Próspero Reverend, los pluricitados estatutos expresan:

“Artículo 26. Funciones del Gerente como Secretario Ejecutivo de la Junta Directiva. Como Secretario Ejecutivo de la Junta Directiva, el Gerente ejercerá las siguientes funciones:

sea posible su desvinculación del presente proceso, al ser la máxima autoridad de la empresa social del Estado, involucrado directamente en la escogencia de la persona que la dirigirá.

Por otra parte, el Despacho no se pronunciará respecto del incentivo, en virtud de que el actor no lo solicitó; aunque si en gracia de discusión lo hubiera hecho; lo procedente sería abstenerse de fijarlo, toda vez que la norma que lo establecía fue derogada por la Ley 1425 de 2010; y en lo referente a la condena en costas, este Juzgado se abstendrá de fijarla, por no haberla solicitado el actor, a más que en los términos del artículo 365 del Código General del Proceso, no está demostrado en el expediente que el actor hubiere incurrido en gastos con ocasión del trámite de la presente acción constitucional.

Finalmente, hasta tanto no se produzca la ejecutoria de esta providencia, el despacho requerirá a las autoridades accionadas para que den cumplimiento inmediato a la medida cautelar decretada por este despacho en el proveído fechado 13 de diciembre de 2013, dado que no reposa prueba en el expediente del cumplimiento de la misma, más aún cuando por tal omisión se ha proferido sanción por desacato que fue confirmada por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

En caso que por secretaría no se hubieren efectuado las compulsas de copias ordenadas en el auto fechado 24 de junio de 2014, emanado de este despacho y modificado por el auto del 16 de julio de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. Denegar la solicitud de nulidad elevada por el Distrito de Santa Marta, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO. Acceder a la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público solicitada por el señor JOSE AGUSTIN GRANADOS VEGA, previstos en los literales b) y e) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998.

TERCERO. En consecuencia, ordénese al señor Alcalde Distrital de Santa Marta, en su calidad de Presidente de la Junta Directiva de la ESE Alejandro Próspero Reverend y nominador, así como al resto de miembros de dicho órgano directivo de la entidad hospitalaria que en un término de cinco (5) días, contados a partir de la ejecutoria de este proveído, procedan a realizar las acciones tendientes para integrar la terna para el nombramiento de gerente de la Empresa Social del Estado Alejandro Próspero Reverend, con las personas que ocuparon los tres primeros lugares en el concurso de méritos culminado, adelantado por la entidad, esto es, por los señores JAIRO ENRIQUE ROMO ORTIZ; JOSE LUIS BARRAZA CONSUEGRA y SAMUEL ADOLFO RODRIGUEZ GALLARDO, y que en un término no mayor a tres (3) días, contado a partir de la integración de la terna precitada, se provea el cargo de gerente de la ESE a partir de la terna antes citada, obedeciendo al principio del mérito, conforme lo decantó la Corte Constitucional en la sentencia C-181 de 2010.

"1. Acordar con el Presidente de la Junta el lugar, fecha, hora y orden del día de las reuniones, y preparar su desarrollo con el fin de que sean sesiones ágiles, bien informadas y efectivas en su decisión.
(...)"

CUARTO. Sin lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

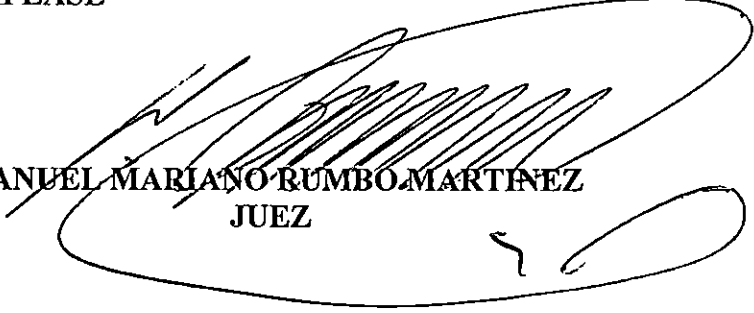
QUINTO: Para garantizar el cumplimiento de las órdenes señaladas en el numeral segundo de la parte resolutive de esta sentencia, se integrará un comité de verificación con el juez, las partes, la señora Agente del Ministerio Público, y el representante del Ministerio Público. Este comité será convocado al vencimiento del término concedido para dar cumplimiento a las órdenes impartidas, o antes del mismo si surge información que permita inferir que no se les está dando cumplimiento.

SEXTO: Remítase copias de la demanda, del auto admisorio y de este proveído a la Defensoría del Pueblo para lo de su cargo.

SEPTIMO: Requerir a las autoridades accionadas el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada en el auto fechado 13 de diciembre de 2013.

OCTAVO: Declarar imprósperas las excepciones propuestas.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


MANUEL MARIANO RUMBO MARTÍNEZ
JUEZ