



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veintinueve (29) de julio de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: Nulidad Electoral
Radicado N° 70-001-33-33-003-**2020-00065-00**
Demandante: Orlando Rafael Mercado Valeta
Acto demandado: Decreto municipal N° 032 del 3 de febrero de 2020 mediante el cual se reelige a la señora Nacira Esther Beltrán Díaz como Gerente de la E.S.E. Centro de Salud San José Nivel I de San Marcos – Sucre.

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Procede el despacho a decidir **sobre la admisión de la demanda de la referencia y la solicitud de medida cautelar** de suspensión provisional del Decreto municipal N°032 del 3 de Febrero de 2020 expedido por el Alcalde Municipal de San Marcos Sucre, mediante el cual se reelige a la señora NACIRA ESTHER BÉLTRAN DÍAZ como Gerente de la ESE Centro de Salud San José Nivel I de San Marcos – Sucre.

1. DE LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA.

El señor Orlando Rafael Mercado Valeta en nombre propio y en ejercicio del medio de control de nulidad electoral solicita se decrete la nulidad del Decreto No. 032 del 3 de febrero de 2020 expedido por el Alcalde Municipal de San Marcos - Sucre, mediante el cual se decreta la reelección de la señora NACIRA ESTHER BÉLTRAN DÍAZ como gerente de la ESE Centro de Salud San José Nivel I de San Marcos – Sucre.

1.1. De la competencia del juzgado para asumir el conocimiento del asunto.

Este Juzgado es competente para conocer en primera instancia de la demanda de nulidad electoral del nulidad del Decreto No. 032 del 3 de febrero de 2020 expedido por el Alcalde Municipal de San Marcos - Sucre, mediante el cual se decreta la elección de la señora NACIRA ESTHER BÉLTRAN DÍAZ como gerente de la ESE Centro de Salud San José Nivel I de San Marcos – Sucre, en atención a la regla establecida en el numeral 9º del artículo 155 del CPACA., y teniendo en cuenta, que el Municipio de San Marcos – Sucre, reporta una población inferior a 70.000 habitantes¹.

¹ <https://sitios.dane.gov.co/cnpv/#!/>

1.2. Del ejercicio oportuno del medio de control.

El ejercicio oportuno del medio de control de nulidad electoral se encuentra regulado en el literal a) del numeral 2° del artículo 164 del CPACA, que enseña, que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo de carácter electoral, la demanda deberá ser presentada dentro del término máximo de treinta (30) días contados a partir de su publicación, salvo el caso que la elección se haya declarado en audiencia pública, evento en el cual dicho término empezará a contarse a partir del día siguiente a tal diligencia.

En el presente asunto, se solicita la nulidad del decreto 032 del 3 de febrero de 2020 y la demanda fue presentada en la Oficina Judicial de Sincelejo, conforme acta de reparto, el 2 de julio de 2020. Teniendo en cuenta que los términos estuvieron suspendidos desde el 16 de marzo al 30 de junio del 2020 de conformidad a lo establecido en el artículo 1° del Decreto 564 del 2020 y en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11581 del 27 de junio del 2020, proferido por el Consejo Superior de la judicatura, se puede concluir que la demanda fue presentada en término.

1.3. Otros requisitos formales.

La admisión de la demanda electoral, según el artículo 276 en concordancia con los artículos 162 a 167 del CPACA, tendrá lugar siempre que reúna los requisitos formales relacionados con la designación de las partes y sus representantes, las pretensiones expresadas de manera clara y precisa, los hechos y omisiones en que se basan, los fundamentos de derecho que las soportan, la solicitud de pruebas que se quieran hacer valer y, el canal digital donde las partes recibirán las notificaciones personales (D.L. 806 de 2020).

Aunado a lo anterior, la Ley 1437 de 2011 señala expresamente que a la demanda deberá acompañarse, también, una copia del acto acusado con las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso; los documentos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer; el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la representación de otra persona; la prueba de la existencia y representación en el caso de las personas jurídicas de derecho privado.

En ese norte y una vez, realizado el control formal de la demanda, se advierte que la demanda cumple con los requisitos establecidos los artículos 162 a 167 y concordantes de la Ley 1437 de 2011, situación por la que se **admitirá y en consecuencia se le impartirá el trámite previsto por el artículo 277 del CPACA.**

2. DE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL PEDIDA POR EL ACTOR EN LA DEMANDA.

2.1. La solicitud de suspensión provisional del acto demandado y sus fundamentos.

El actor en el texto de su demanda, como medida cautelar solicita se decrete la suspensión provisional de los efectos del Decreto No. 032 del 3 de febrero

de 2020 expedido por el Alcalde Municipal de San Marcos - Sucre, mediante el cual se decreta reelige a la señora NACIRA ESTHER BÉLTRAN DÍAZ como gerente de la ESE Centro de Salud San José Nivel I de San Marcos – Sucre, para el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2020 a 31 de marzo de 2024.

La petición cautelar se centra en las mismas causales de nulidad expuestas por la parte actora, argumentando que el acto de nombramiento fue expedido con violación de las normas en que debió fundarse y expedición irregular por motivación insuficiente e interpretación errada del procedimiento de reelección de los gerentes de las de empresas sociales del Estado e insuficiencia de motivación.

La violación de la norma en que debería fundarse el acto demandado, lo argumenta el actor en los siguientes términos:

“Es claro que hubo una aplicación indebida o interpretación errónea del Decreto N°052 de 2016 “Por el cual se reglamenta la reelección por evaluación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado del orden Territorial”, Decreto este que en su “ARTÍCULO 1° dice “Reelección por evaluación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial. Para efectos de lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, la evaluación que tendrá en cuenta la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado para proponer la reelección del gerente será la última que se haya realizado al cumplimiento del plan de gestión durante el período para el cual fue nombrado, siempre que la misma sea satisfactoria y se encuentre en firme”.

Aunado a lo anterior el artículo 2° de la Resolución N°408 del 15 de febrero de 2018 dice “Modifíquese el artículo 3° de la resolución 743 de 2013, modificatoria de la resolución 710 de 2012, el cual quedará así:

“Artículo 3°. La evaluación del informe anual sobre el cumplimiento del Plan de Gestión que deben presentar el director o Gerente, a más tardar el 1° de abril de cada año, deberá realizarse sobre los resultados obtenidos el 1° de enero y el 31 de diciembre de la vigencia inmediatamente anterior.

Si el director o Gerente no se desempeñó en la totalidad de la vigencia a que refiere este artículo, no se realizará evaluación del Plan de Gestión respecto de dicha vigencia.
(...)

Por lo anterior narrado se concluye de bulto que el Decreto Municipal N°032 del 03 de febrero de 2020 está inmerso en la causal de nulidad por infracción en las normas que debían fundarse al configurarse las circunstancias de aplicación indebida o interpretación errónea del Decreto N°052 del 2016 y la Resolución N°408 de 2018 expedida por el Ministerio de Salud y la Protección Social, donde se explica el procedimiento para la reelección y nombramiento de los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado propuestos por la Junta Directiva en acatamiento a sus competencias, para el caso de marras la aplicación indebida o interpretación erróneas en síntesis es:

La Junta Directiva de la ESE Centro de Salud San José Nivel I de San Marcos realizó una interpretación y aplicación errada de la normatividad para la reelección del Gerente o Director de las Empresas Sociales del Estado, es decir, al realizar una lectura pausada del Decreto N°052 Nacional de 2016 en su artículo 1° se puede leer e interpretar con claridad meridiana que la reelección por evaluación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial

en cumplimiento de lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, hace referencia a la evaluación hecha por la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado del Plan de Gestión del último periodo (enero 01 a 31 de diciembre de 2019) del Plan de Gestión Gerencial adoptado por la Junta Directiva para el periodo 2016 - 2019 para así proponer la reelección del gerente, es decir, será la última evaluación que se haya realizado al cumplimiento del plan de gestión durante el período para el cual fue nombrado (periodo 2016 - 2020), siempre que la misma sea satisfactoria y se encuentre en firme, **siendo así, si la señora Nacira Esther Beltrán Díaz tenía la intención de ser reelegida como Gerente de la ESE Centro de Salud San José Nivel I de San Marcos para el periodo Institucional 01 de abril de 2020 a 31 de marzo de 2024 debió haber presentado ante la Junta Directiva de la ESE Centro de Salud San José Nivel I de San Marcos el informe de Gestión del periodo 01 de enero a 31 de diciembre de 2019 para que fuera evaluado por la nueva Junta Directiva dentro del término fijado en el artículo 2° del Decreto 052 de 2016, siendo este informe el último en desarrollo del Plan de Gestión Gerencial presentado y aprobado por la Junta Directiva para el periodo institucional 2016- 2020, cosa está que no ocurrió,** más bien interpretaron irregular lo enunciado en el artículo 1° del Decreto 052 del 2016 como ya se explicó líneas atrás, dándose una clara extralimitándose de funciones por la Junta Directiva de la ESE Centro de Salud San José Nivel I de San Marcos que propuso la reelección de la señora Nacira Esther Beltrán Díaz con base a la evaluación contenida en el Acuerdo N°002 del 05 de abril de 2019 expedido por dicha Junta Directiva, conducta esta violatoria del artículo 209 de la C.N.” (negrillas fuera del texto)

Por su parte, la causal de expedición irregular por motivación insuficiente e interpretación errada del procedimiento de reelección de los gerentes de las de empresas sociales del Estado e insuficiencia de motivación, es expuesta en la demanda, así:

“Para el caso en concreto la Nulidad del Decreto Municipal N°032 del 03 de febrero de 2020 MEDIANTE EL CUAL SE DECRETA LA REELECCIÓN DE LA SEÑORA NACIRA ESTHER BÉLTRAN DÍAZ IDENTIFICADA CON LA CEDULA DE CIUDADANIA 51.751.491 COMO GERENTE DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ NIVEL I DE SAN MARCOS SUCRE”, donde fue nombrada la señora Nacira Esther Beltrán Díaz, está dada por incurrir en la causal nulidad expedición Irregular por interpretación errada del procedimiento de reelección de los gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado de conformidad al artículo 1° del Decreto Nacional N°052 de 2016 y el artículo 2° de la Resolución N°408 de 2018 expedida por el Ministerio de Salud y la Protección Social, la cual se lee en uno de los considerandos del Decreto municipal No032 del 03 de febrero de 2020 el cual literalmente dice: Primero: Que en reunión ordinaria N°001 del 23 de enero de 2020, los miembros de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Centro de Salud San José Nivel 1° de San Marcos Sucre dentro de las proposiciones varios propusieron al Alcalde Municipal de San Marcos Sucre la reelección de la actual Gerente la señora Nacira Esther Beltrán Díaz, teniendo en cuenta la última Evaluación del Plan de Gestión 2018 el cual fue satisfactorio con una calificación de 3,80; Segundo: Que mediante oficio de fecha 23 de enero de 2020, miembros de la Junta Directiva de la ESE Centro de Salud San José Nivel I de San Marcos, estando en los plazos establecidos en la Ley, formalmente solicitaron al Alcalde del municipio, propuesta de reelección del Gerente de la ESE Centro de Salud San José Nivel I de San Marcos; solicitud que cumple con las formalidades exigidas en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 052 de 2016; Tercero: Que de conformidad con el acuerdo N°002 del 5 de abril de 2019 por medio del cual la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Centro de Salud San José Nivel I de San Marcos evalúa el Plan de Gestión del Gerente del Periodo comprendido entre

el 01 de enero y el 31 de diciembre del 2018, se le asignó a la señora Nacira Esther Beltrán Díaz una calificación de 3,80 con criterio de evaluación satisfactoria; Cuarto: Que el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Centro de Salud San José Nivel I de San Marcos, al ser un cargo de periodo fijo finaliza el 31 de marzo de 2020, y se inicia un periodo institucional a partir del 01 de abril de 2020, por lo cual se hace necesario realizar el nombramiento del Gerente del nuevo periodo institucional con arreglo a la normatividad vigente; Quinto: Que se cumple con los criterios señalados por el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, y el artículo 1° y 2° del Decreto 052 del 15 de enero de 2016, por consiguiente es procedente aceptar la solicitud planteada por la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Centro de Salud San José Nivel I de San Marcos en el sentido de REELEGIR a la Gerente la señora Nacira Esther Beltrán Díaz.

Lo que permite concluir que el decreto municipal N°032 del 03 de febrero de 2020 fue expedido en forma dolosa, con vicios en su motivación por interpretación errada del procedimiento de reelección de los Gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado del Nivel territorial” (sic).

La lectura de las razones anteriores, permiten demarcar que en terminos concretos el reparo de nulidad que formula el actor en contra del acto de reelección de la señora Nacira Esther Beltrán Díaz como gerente de la ESE Centro de Salud San José Nivel I de San Marcos – Sucre, se centra en el hecho que la evaluación del plan de gestión de la citada señora para su reelección como gerente de la ESE, debio realizarse en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2019 a 31 de diciembre de 2019 y no como lo realizado por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2018 al 31 de diciembre de 2018, en clara contradicción de lo determinado el artículo 1° del Decreto Nacional N°052 de 2016 y el artículo 2° de la Resolución N°408 de 2018 expedida por el Ministerio de Salud y la Protección Social

2.2. Análisis del juzgado.

2.2.1. De la suspensión provisional como medida cautelar:

El artículo 229 de la ley 1437 de 2011, sobre la procedencia de medidas cautelares en los procesos declarativos de la jurisdicción contenciosa administrativa, dispone que estas podrán solicitarse antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada; solicitud a la cual, si es del caso, accederá el juez o magistrado por medio de providencia motivada a fin de proteger provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, y sin que tal decisión signifique un prejuzgamiento.

La Ley 1437 de 2011, establece la procedencia y requisitos de las medidas en general y de la suspensión provisional en particular, así:

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

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.”

“Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares.

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

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos: ...”

De las anteriores normas se pueden extraer los siguientes requisitos o condiciones para el decreto de la medida:

1. La medida debe buscar proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, es decir, de este aparte se desprende lo discutido en el proceso debe estar en juego o poner en peligro el derecho, no de forma hipotética, sino con fundamentos razonables de donde se puedan inferir. En este punto, es igualmente necesario resaltar que las medidas posean relación directa con las pretensiones de la demanda, pues en alguna medida, garantizan su materialización de fondo y el objeto del proceso.
2. En tratándose de suspensión provisional, la confrontación entre el acto administrativo y la norma superior, debe realizarse de una forma amplia, eliminándose en este punto el requisito consagrado en las normas anteriores de la violación flagrante o evidente, por lo que el juez en este punto, cuenta con un mayor margen de interpretación y valoración de la violación pretendida².
3. Igualmente, cuando se pida la suspensión provisional y en el proceso se introduzcan pretensiones de restablecimiento o indemnización, el aparte final del inciso 1 del artículo 231 es claro en imponer una carga a quien solicita la medida, de probar sumariamente la existencia del perjuicio o del derecho vulnerado que se pretende restablecer, caso que no es el estudiado, pues estamos en presencia del contencioso objetivo de nulidad electoral.

En el medio de control de nulidad electoral, se debe precisar que la procedencia y particularidades de las medidas cautelares se encuentran consignadas en la reglas del procedimiento ordinario tal como se anotó anteriormente, sin embargo el procedimiento en asuntos **electorales determina que cuando se solicita la suspensión provisional del acto de elección, se deberá resolver dicha solicitud al momento de admitir la demanda** (Inciso final del Art. 277 ibídem) **sin que haya lugar a clasificar, en medidas de urgencia y ordinarias, pues, se precisa que,**

² En este sentido la jurisprudencia Contenciosa expresa que en este punto, se ha dado una *"una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que (...) habilita al Juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto"*². CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 31 de julio de 2013, Rad. No. 110010324000 2013 00018 00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

es el inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, el que regula tal figura para los procesos electorales, sin que haya lugar a realizar interpretaciones extensivas de la norma.

Sobre los requisitos de procedencia de la suspensión de actos electorales como medida cautelar, la Sección Quinta del H. Consejo de Estado, ha expuesto que, existe la posibilidad de que en forma cautelar se suspendan los efectos jurídicos de los actos electorales, cuando se cumplan las siguientes exigencias:

“i) La medida cautelar se debe solicitar (no es oficiosa), ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el actor sustente en escrito separado presentado con ésta u otro posterior, siempre y cuando se pida antes de admitir la misma. Lo anterior exige que la petición contenga una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el mismo concepto de violación. ii) Que la infracción al ordenamiento jurídico surja de la valoración que se haga al confrontar el acto con las normas invocadas por el actor, desde esta instancia procesal, es decir, cuando el proceso apenas comienza. iii) Para ello pueden emplearse los medios de prueba aportados por el interesado. Es decir, según las voces del artículo 229 del C.P.A.C.A., la solicitud de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, como medida cautelar que es, exige “petición de parte debidamente sustentada”³.

En tal sentido, la directriz normativa adoptada por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en torno a la suspensión provisional, no es más que el resultado de un interés dirigido a hacer efectivos derechos y garantías en riesgo, por la producción de decisiones administrativas; sin embargo, se ha de anotar, que para la declaratoria o aceptación de dicha medida cautelar, es menester que el juez administrativo ejerza una valoración razonable del caso, de los fundamentos relacionados en el concepto de violación descrito en la demanda y de cada uno de los elementos probatorios aportados en la solicitud y/o demanda, tanto, así que desde la argumentación se deber verificar la apariencia de buen derecho y la *periculum in mora*, como condiciones para el decreto de la medida cautelar, recordando que las medidas cautelares tienen como fin, la preservación del objeto del proceso, así como la eficacia en la protección del ordenamiento jurídico **cuando se evidencie su transgresión**.

2.2.2. Del nombramiento y posibilidad de reelección de gerentes de las empresas sociales del Estado.

Las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por Ley, o por las asambleas o concejos.

El artículo 20 de la Ley 1797 del 2016, “por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, dispone que los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial, previa verificación del cumplimiento

³ Consejo de Estado Sección Quinta, auto del 9 de abril de 2015. Radicación: 19001-23-33-000-2015-00044-01 Radicación Interna No. 2015-044. C.P. Alberto Yepes B. (e)

de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública. Textualmente reza:

“ARTÍCULO 20. NOMBRAMIENTO DE GERENTES O DIRECTORES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial. En el nivel nacional los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República. Corresponderá al Presidente de la República, a los Gobernadores y los Alcaldes, dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, adelantar los nombramientos regulados en el presente artículo, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados para periodos institucionales de cuatro (4) años, el cual empezará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del Presidente de la República, del Gobernador o del Alcalde. Dentro de dicho periodo, solo podrán ser retirados del cargo con fundamento en una evaluación insatisfactoria del plan de gestión, evaluación que se realizará en los términos establecidos en la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.

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

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

Del mismo modo, en los casos en que la entrada en vigencia de la presente ley, no se presente ninguna de las situaciones referidas en el inciso anterior, el jefe de la respectiva Entidad Territorial o el Presidente de la República procederá al nombramiento de los Gerentes o Directores dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, en los términos señalados en el presente artículo.”⁴

El Decreto 1427 del 2016, “Por medio del cual se reglamenta el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y se sustituyen las secciones 5 y 6 del Capítulo 8 del Título 3 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”, sobre el nombramiento de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial, dispuso:

⁴ El artículo 20 de la Ley 1797 del 2016, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-048 del 2018

“ARTÍCULO 2.5.3.8.5.1. Evaluación de competencias.

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

(...)

ARTÍCULO 2.5.3.8.5.3. Evaluación de las competencias para ocupar el empleo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial.

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

(...)

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

ARTÍCULO 2.5.3.8.5.6. Transitorio. Los procesos de concurso de gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado – ESE que se encuentren en etapa de convocatoria abierta o en cualquiera de las etapas subsiguientes al momento de la entrada en vigencia de la Ley 1797 de 2016, continuarán hasta su culminación, en los términos legales allí definidos y conforme las normas que le dieron origen, salvo los eventos de declaratoria de desierta o de no integración de la terna, casos en los cuales se dará aplicación al inciso primero del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y a lo dispuesto en la presente sección.”

Ahora bien, **en relación con la posibilidad de reelección de gerentes de las empresas sociales del Estado**, el artículo 28 de la ley 1122 de 2007, dispone

“....

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento, o previo concurso de méritos.”

La evaluación que la Junta Directiva debe tener en cuenta al momento de nominar al Gerente a la ESE, y los plazos para la nominación para reelegir, viene dados por el Decreto 052 de 2016, “por el cual se reglamenta la reelección por evaluación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial”. Decreto que en su artículo 1, demarca:

“Artículo 1. Reección por evaluación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial. Para efectos de lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, **la evaluación que tendrá en cuenta la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado para proponer la reelección del gerente será la última que se haya realizado al cumplimiento del plan de gestión durante el período para el cual fue nombrado, siempre que la misma sea satisfactoria y se encuentre en firme**”.

En torno al plazo para la reelección de los gerentes de empresas sociales del Estado, el artículo 2 del decreto 052 de 2016, determina:

“ARTÍCULO 2º. Plazos para la reelección por evaluación del Gerente de la Empresa Social del Estado del nivel territorial. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes del inicio del período del respectivo gobernador o alcalde, la Junta Directiva, si así lo decide, deberá proponer al nominador la reelección, lo cual deberá constar en el acta de la sesión correspondiente, que deberá remitirse junto con la última evaluación del plan de gestión, la cual deberá ser satisfactoria y estar en firme y corresponder al período para el cual fue nombrado. El jefe de la entidad territorial, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, deberá decidir si acepta o niega la reelección. En caso de aceptar, el nominador dentro de los quince (15) días calendario siguientes, deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya sido reelegido y en caso de negarla, deberá solicitar a la Junta Directiva que proceda a convocar el respectivo concurso de méritos.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para el periodo 2016-2020 se deberá adelantar el anterior trámite, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la expedición del presente acto administrativo”

El artículo 2 de la Resolución 408 de 2018, sobre la fecha de presentación del informe de cumplimiento del plan anual de gestión por parte de los gerentes de las empresas sociales determina:

ARTÍCULO 2o. Modifíquese el artículo 3o de la Resolución 743 de 2013, modificatoria de la Resolución 710 de 2012, el cual quedará así:

“Artículo 3o. La evaluación del informe anual sobre el cumplimiento del plan de gestión que debe presentar el Director o Gerente, a más tardar el 1 de abril de cada año, deberá realizarse sobre los resultados obtenidos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de la vigencia inmediatamente anterior.

Si el Director o Gerente no se desempeñó en la totalidad de la vigencia a que se refiere este artículo, no se realizará evaluación del plan de gestión respecto de dicha vigencia.

PARÁGRAFO. Para efectos de la evaluación, situaciones administrativas como licencias (remuneradas y no remuneradas), vacaciones y permisos, así como suspensiones o separaciones en el ejercicio de las funciones propias del empleo, no interrumpen el desempeño del director o gerente para el periodo de la vigencia a evaluar, ni el cumplimiento del plan de gestión y sus metas”.

De la misma manera, el artículo 74 de la Ley 1438 de 2011, sobre la presentación del informe de gestión para evaluación de gerentes de empresas sociales, señala:

“ARTÍCULO 74. EVALUACIÓN DEL PLAN DE GESTIÓN DEL DIRECTOR O GERENTE DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL ORDEN TERRITORIAL. Para la evaluación de los planes de gestión, se deberá dar cumplimiento al siguiente proceso:

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

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

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

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

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

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

De las normas en cita, se advierte que los gerentes de las empresas sociales del Estado pueden ser reelidos por una sola, para lo cual deberá ser propuesta su reelección por la Junta Directiva de la ESE al alcalde en el caso de municipios. Dicha propuesta debé ser formulada dentro de los 15 días hábiles siguientes del inicio del período del respectivo gobernador o alcalde. Para el efecto, la junta directiva de la ESE tendra que acompañar la evaluación del plan de cumplimiento, la cual deberá estar calificada como satisfactoria y encontrarse en firme. El artículo 1 del decreto 052 de 2016, señala que la evaluación que tendrá en cuenta la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado para proponer la reelección del gerente será la última que se haya realizado al cumplimiento del plan de gestión durante el período para el cual fue nombrado, siempre que la misma sea satisfactoria y se encuentre en firme.

Por último, se precisa que los gerentes de las empresas sociales del Estado, para cumplir con la presentación del informe de cumplimiento del plan de acción a la junta directiva, tienen parafraseando la norma, **a más tardar el 1o de abril de cada año con corte al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.**

2.2.3. Caso concreto.

Como se reconstruyó previamente, solicita el demandante se decrete la suspensión provisional del Decreto N°032 del 3 de Febrero de 2020 expedido por el Alcalde Municipal de San Marcos, Sucre, mediante el cual se nombra

y/o reelige a la señora NACIRA ESTHER BÉLTRAN DÍAZ como Gerente de la ESE Centro de Salud San José Nivel I de San Marcos – Sucre.

El reparo concreto expuesto como argumento de la solicitud de suspensión provisional, en terminos concretos el reparo de nulidad que formula el actor en contra del acto de reelección de la señora Nacira Esther Béltan Díaz como gerente de la ESE Centro de Salud San José Nivel I de San Marcos – Sucre, se centra en el hecho que la evaluación del plan de gestión de la citada señora para su reelección como gerente de la ESE, debio relizarse en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2019 a 31 de diciembre de 2019 y no como lo realizado por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2018 al 31 de diciembre de 2018, en clara contradicción de lo determinado en el artículo 1º del Decreto Nacional N°052 de 2016 y el artículo 2º de la Resolución N°408 de 2018 expedida por el Ministerio de Salud y la Protección Social.

Hecha la anterior delimitación, corresponde establecer si el acto administrativo enjuiciado desconoce los preceptos normativos informados por la parte demandante.

Es importante precisar que el artículo 231 del CPACA, al momento de decidir sobre el decreto de una medida cautelar, faculta al Juez, para que de entrada pueda realizar un análisis a las normas invocadas como transgredidas y que también pueda estudiar las pruebas allegadas a la solicitud, sin que ello, per se, implique prejuzgamiento, respetando, el debido proceso y derecho de defensa de la parte demandada, quien tiene el derecho a que se valoren sus argumentos y los medios de pruebas en la sentencia.

Efectuado el análisis de confrontación del acto demandado con las precitadas disposiciones citadas por el actor, este despacho no advierte la contradicción normativa planteada o vulneración de la norma en que debio fundarse el acto de nombramiento traído a control judicial como tampoco la expedición irregular por interpretación errónea, respecto del artículo 1º del Decreto Nacional N°052 de 2016 y el artículo 2º de la Resolución N°408 de 2018 expedida por el Ministerio de Salud y la Protección Social y que en sentir de la parte demandante hacen procedente que se decrete no solo la nulidad del acto demandado sino la suspensión provisional pretendida como medida cautelar.

Acorde con las documentales aportadas por la parte actora anexos a su demanda, se advierte que la señora NACIRA ESTHER BÉLTRAN DÍAZ habia sido nombrada como gerente de la empresa social del Estado periodo 2016 – 2020.

La designación de la señora BÉLTRAN DÍAZ como Gerente de la Empresa Social del Estado Centro de Salud San José Nivel I de San Marcos al ser un cargo de periodo fijo finalizaba el 31 de marzo de 2020.

El nuevo periodo institucional para designación de gerente de la empresa social del Estado iniciaba el 1 de abril de 2020.

El periodo institucional para alcalde municipal de San Marcos – Sucre, inició el 1 de enero de 2020, por consiguiente, la junta directiva de la empresa social del Estado en reunión ordinaria N°001 del 23 de enero de 2020 los miembros de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Centro de Salud San José Nivel 1° de San Marcos Sucre, solicitaron al Alcalde Municipal de San Marcos Sucre la reelección de la actual Gerente la señora Nacira Esther Beltrán Díaz, teniendo en cuenta la última Evaluación del Plan de Gestión 2018 el cual fue satisfactorio con una calificación de 3,80; solicitud que se oficializó al alcalde del municipio de San Marcos, Sucre (nominador) a través del oficio de fecha 23 de enero de 2020.

Para el efecto, la junta directiva de la ESE Centro de Salud San José de San Marcos, tomó en consideración la evaluación del plan de cumplimiento del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2018 a 31 de diciembre de 2018, el que había sido calificado de manera satisfactoria (puntaje de 3.80) mediante el Acuerdo de Junta Directiva No. 002 del 5 de abril de 2019, que dicho sea de paso, se encontraba firme.

El alcalde municipal en uso de sus competencias, aceptó la solicitud de la junta directiva de la Empresa Social del Estado San José de San Marcos – Sucre y mediante Decreto Municipal N°032 del 3 de febrero de 2020, reelige a la señora NACIRA ESTHER BÉLTRAN DÍAZ como Gerente de la ESE Centro de Salud San José Nivel I de San Marcos.

El recuento fáctico permite a este despacho afirmar que no existió la transgresión normativa denunciada por el demandante, como quiera que para la fecha en que fue propuesta la reelección de la señora BELTRAN DIAZ por parte de la Junta Directiva de la ESE al Alcalde del municipio de San Marcos, no había vencido el plazo para la presentación del plan de gestión del año 2019, pues se recuerda que, este puede ser presentado a más tardar el 1 de abril de cada anualidad y por ende, no encuentra este despacho una aplicación equivocada o interpretación arbitraria y caprichosa que puede tildarse de irrazonable frente a la evaluación del año 2018 como sustento de la solicitud de reelección de la gerente, máxime si se tiene en cuenta, que la misma (petición de reelección) debe ser presentada dentro de los primeros 15 días hábiles del periodo del mandatario local, lo cual en este caso se cumple (el periodo inició el 1 de enero de 2020 y la solicitud de reelección se decidió por junta directiva en sesión del 23 de enero de 2020 y se formalizó al señor alcalde en misiva de la misma fecha).

Teniendo en cuenta lo anterior, considera el despacho que no es arbitraria la formulación de la solicitud de reelección de la gerente de la ESE CENTRO DE SALUD SAN JOSE con fundamento en la evaluación de gestión del año 2018, dado que como se explicó no se podía evaluar el año 2019, porque para la fecha de presentación de la solicitud de reelección por la Junta Directiva alcalde municipal (23 de enero de 2020), no había fenecido el término para que la gerente presentara el informe del año 2019 y en tanto era absolutamente válido y razonable fundar la petición en la evaluación del 2018.

Argumentar en contrario sería entonces tanto, como prohiar una aplicación e interpretación restrictiva que cercernaría la posibilidad que la misma ley

otorga a los gerentes para que sean postulados por las juntas directivas a ser reelegidos cuando hayan cambiado los periodos institucionales de alcaldes, lo cual de suyo, sí constituiría una interpretación que conduciría a un resultado irrazonable y contrario a la ley, dado que la reelección legalmente se encuentra permitida por una sola vez, como normativamente en páginas previas se decantó⁵.

Se reitera, el plazo para presentar los informes por parte de los gerentes de las empresas sociales del Estado, se agota el 1 de abril de cada anualidad siguiente al periodo que debe ser evaluado por la Junta Directiva y la presentación de la solicitud de reelección debía ser formulada en los primeros 15 días hábiles del periodo del mandatario municipal.

En suma, en esta instancia procesal no se evidencia violación o transgresión del acto demandado con respecto a las disposiciones legales que sirven de fundamento a esta acción, por lo que el despacho, sin que implique prejuzgamiento alguno, no accederá a la suspensión provisional del acto demandado.

3. DECISIÓN:

De lo expuesto, **SE RESUELVE:**

PRIMERO: ADMITIR la demanda que en ejercicio del medio de control de Nulidad Electoral presentó Orlando Rafael Mercado Valeta en nombre propio y en ejercicio del medio de control de nulidad electoral solicita se decrete la nulidad del Decreto No. 032 del 3 de febrero de 2020 expedido por el Alcalde Municipal de San Marcos - Sucre, mediante el cual se decreta la reelección de la señora NACIRA ESTHER BÉLTRAN DÍAZ como gerente de la ESE Centro de Salud San José Nivel I de San Marcos – Sucre.

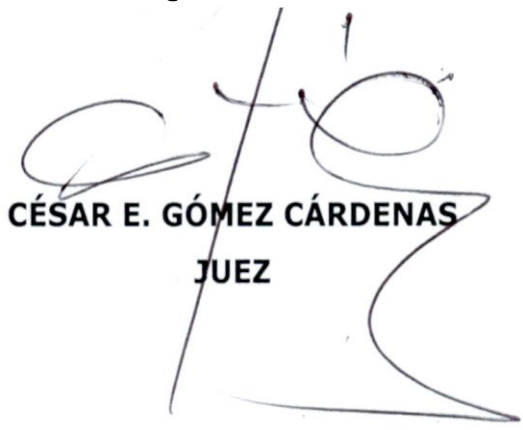
En aplicación del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, **se dispone:**

- a) Notificar personalmente esta providencia a la señora NACIRA ESTHER BÉLTRAN DÍAZ en la forma indicada en el literal a) del numeral 1° del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, atendiendo la dirección electrónica suministrada por el actor, dando aplicación a las reglas del Decreto 806 de 2020.
- b) Notificar personalmente esta providencia al Municipio de San Marcos – Sucre, en la forma que prevé el numeral 2° del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, mediante mensaje dirigido al buzón para notificaciones judiciales. Désele aplicación a las reglas de notificación del Decreto 806 de 2020.
- c) Notificar personalmente al representante del Ministerio Público, según lo dispone el numeral 3° del artículo 277 ibídem.
- d) Notificar por estado al demandante.
- e) Infórmese a la comunidad la existencia de este proceso en los términos del numeral 5° del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.

⁵ Artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

SEGUNDO: NO DECRETAR la medida cautelar de suspensión provisional solicitada por la parte actora, con fundamento en los argumentos expuestos en la parte motiva de este auto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CÉSAR E. GÓMEZ CÁRDENAS
JUEZ