



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA
SALA QUINTA DE DECISIÓN
MAGISTRADA PONENTE DRA. BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS

Neiva, seis (6) de agosto de dos mil veinte (2020).

| | | |
|-------------------------|---|--|
| Medio de control | : | NULIDAD ELECTORAL |
| Ref. Expediente | : | 41001 23 33 000 2019 00652 00 |
| Demandante | : | JOSÉ LUIS DÍAZ PINZÓN |
| Demandado | : | DEPARTAMENTO DEL HUILA y DIANA VICTORIA MUÑOZ MUÑOZ EN SU CONDICIÓN DE GERENTE DEL HOSPITAL SAN ANTONIO DE PITALITO |

ADMITE DEMANDA y RESUELVE MEDIDA

1.- OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a estudiar la admisión de la presente demanda, en los términos de los artículos 162 y siguientes y 277 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), y a resolver la media cautelar planteada.

2.- ANTECEDENTES

El señor José Luis Díaz Pinzón formuló pretensión de Nulidad Electoral contra el Departamento del Huila y la señora Diana Victoria Muñoz Muñoz en los siguientes términos:

"PRIMERO: Declárese la Nulidad del siguiente acto administrativo: Decreto 0109 del 2020 "por medio del cual se efectúa el nombramiento de la gerente de la E.S.E Departamental Hospital San Antonio de Pitalito" expedido por la Gobernación del departamento del Huila el día 30 de marzo, y publicado ese mismo día en la gaceta departamental.

SEGUNDO: Declárese sin efectos el nombramiento, toma y posesión de Diana Victoria Muñoz, como Gerente del Hospital Departamental San Antonio de Pitalito, declarándose la vacancia del cargo”

Para resolver sobre la admisión de la demanda, el Despacho estudia lo siguiente:

3.- CONSIDERACIONES

3.1.- JURISDICCIÓN

Con la presente demanda, la parte actora está ejerciendo el medio de control de nulidad electoral, pretendiendo la nulidad del Decreto 0109 del 30 de marzo de 2020, por el cual se nombró a la señora Diana Victoria Muñoz Muñoz en el cargo de Gerente de la E.S.E *Hospital San Antonio de Pitalito*, en consecuencia, el tema propuesto corresponde a esta Jurisdicción, de conformidad con lo establecido en el artículo 104 del CPACA.¹

3.2.- COMPETENCIA

La Sala tiene competencia para conocer en primera instancia la presente demanda de Nulidad Electoral, en virtud de lo dispuesto en el numeral 9º del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.), pues se controvierte el acto de elección de un cargo directivo proferido por una autoridad Departamental, en este caso, la Gobernación del Huila.

3.3.- OPORTUNIDAD

De conformidad con lo dispuesto en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del C.P.A.C.A., frente a la demanda en ejercicio de la pretensión de nulidad electoral, establece las reglas que han de tenerse en cuenta para

¹ Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

el efecto. Concretamente el término es de treinta (30) días que se contarán, "a partir del día siguiente al de su publicación".

Revisados los anexos de la demanda, el Decreto 0109, fue publicado en la gaceta del Departamento el día 30 de marzo de de 2020, por lo tanto, el término para promover la acción venció el 14 de mayo de 2020, sin embargo se precisa que los términos judiciales estuvieron suspendidos a través del Acuerdo No. PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020, a partir del 16 y hasta el 20 de marzo de 2020, en razón a la existencia del COVID-19 en el territorio nacional, tal suspensión se prorrogó hasta el 1 de julio de 2020 de conformidad con el Acuerdo No. PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020.

Por lo tanto, los 30 días iniciaron a contabilizarse desde el 1 de julio de 2020 y fenecen hasta el 14 de agosto de 2020, en consecuencia, la demanda se presentó en terminó en razón a que a la fecha no se ha vencido el plazo.

3.- LEGITIMACIÓN

Por Activa: En el presente caso se advierte que el señor **José Luis Díaz Pinzón** se encuentra legitimado de hecho por activa, por cuanto el medio de control de nulidad electoral, es una acción pública que puede ser propuesta por cualquier persona.

Por pasiva: De conformidad con la situación fáctica en que se fundamenta el presente medio de control, el **Departamento de Huila** como entidad que profirió el acto acusado se encuentra legitimado de hecho por pasiva, igualmente la señora **Diana Victoria Muñoz Muñoz** quien fue nombrada como gerente de la ESE Hospital San Antonio de Pitalito por el acto acusado.

3.6.- REQUISITOS FORMALES

La demanda también cumple con los requisitos de los artículos 162 y 166 del CPACA, relacionados con la designación de las partes y sus representantes; los hechos y omisiones en que se fundamentan; los fundamentos de derecho que las soportan; la solicitud de pruebas que se quieren hacer valer; el lugar y dirección donde las partes recibirán las notificaciones personales y las pretensiones expresadas de manera clara y precisa.

De tal forma, revisado el contenido de la demanda y sus anexos, se advierte que ésta reúne los requisitos para que la misma sea admitida, entonces, se procederá en tal sentido.

4. – MEDIDA CAUTELAR

El señor José Luis Díaz Pinzón solicitó la suspensión provisional del acto electoral demandado, a través del cual se efectuó el nombramiento de la señora Diana Victoria Muñoz Muñoz como gerente titular del Hospital Departamental San Antonio de Pitalito.

Precisa la Sala que el procedimiento electoral está instituido como un trámite contencioso especial caracterizado por su celeridad, goza de normas propias que procuran garantizar los principios que lo sustentan, en virtud de la naturaleza del acto administrativo cuya legalidad se cuestiona.

En materia de medidas cautelares, la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo electoral corresponde al único mecanismo cautelar que puede formularse de cara a "*proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia*". Así se desprende del contenido del inciso final del artículo 277 del CPACA que dispone:

"ARTICULO 277. CONTENIDO DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA Y FORMAS DE PRACTICAR SU NOTIFICACIÓN. Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá:

1. Que se notifique personalmente al elegido o nombrado, con sujeción

a las siguientes reglas:

(...)

*En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, **la sala o sección**. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación."*

A diferencia del trámite ordinario que impone el estudio y decisión de las medidas cautelares propuestas en el curso del proceso, en el de nulidad electoral la medida de suspensión provisional solo puede solicitarse en la demanda; no está sujeta a correr traslado previo de la misma al demandado; no requiere de otorgamiento de caución para su decreto y se decide en el mismo auto admisorio por la **Sala**.

Ahora bien, la medida de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo como medida cautelar que es, según las voces del artículo 229, exige "*petición de parte debidamente sustentada*" y acorde con el 231 del ibídem, procederá "*por violación de las disposiciones invocadas en la demanda, 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*".

Entonces, la norma precisa que: 1º) La medida cautelar se debe solicitar con la demanda (no es oficiosa), con fundamento en el mismo concepto de la violación, o en lo que el demandante sustente en escrito separado. Exige que la petición contenga una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión al concepto de la violación. 2º) La procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la violación de las disposiciones invocadas, surge desde esta instancia procesal - cuando el trámite apenas comienza-, como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Además, según lo precisó el Consejo de Estado en providencia del 17 de julio de 2014, la decisión sobre la medida de suspensión provisional en los procesos electorales debe adoptarse por la Sala, al respecto señaló:

*"Refuerza esta tesis, la postura doctrinal que al respecto ha precisado: "En relación con la tercera decisión que debe contener el auto admisorio de la demanda, esto es, la consistente en definir la petición de suspensión provisional si se hubiere presentado, el artículo 277 modifica las reglas generales sobre medidas cautelares, **pues exige que la suspensión provisional se presente con la demanda y se decida en el auto que la admita, decisión que se adoptará por la Sala o Sección correspondiente**" – Resaltado por la Sala -*

Por lo anterior, es necesario convocar a la Sala de Decisión para proferir el respecto auto, dentro del proceso de la referencia.

En el caso en concreto, el actor señala que se debe acceder a la suspensión provisional por la violación directa de la normas superiores y por adolecer de falsa motivación, pues señaló que el acto acusado desconoció el contenido del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 el cual consagró la limitación al ejercicio del cargo de gerente de una E.S.E. por más de dos periodos consecutivos, en ese entendido, como la demandada Diana Victoria Muñoz Muñoz ya había ejercido el cargo de Gerente por dos periodos consecutivos, no podida nombrarse nuevamente en el mismo cargo, a través del Decreto 0109 de 2020.

Al respecto, la norma en comento (artículo 28 de la Ley 1122 de 2007), indicó:

Artículo 28o. De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. *Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.*

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.

*En caso de vacancia absoluta del gerente deberá adelantarse el mismo proceso de selección y el período del gerente seleccionado culminará al vencimiento del período institucional. Cuando la vacancia se produzca a menos de doce meses de terminar el respectivo período, el Presidente de la República o el jefe de la administración Territorial a la que pertenece la ESE, designará gerente.
(...)*

Precisa la Sala que con anterioridad a la norma en cita, en cuanto a la designación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado que: primero, el nominador es el Jefe de la respectiva entidad territorial que hubiere asumido los servicios de salud; segundo, la potestad nominadora no es absoluta pues está sometida a la postulación de la Junta Directiva del Hospital, en tanto que a ésta le corresponde elaborar una terna de la que el jefe de la entidad territorial debe escoger el regente de la institución y tercero, el período del Director del Hospital Público es de 3 años, pero por expresa autorización legal puede prorrogarse.

El objetivo fundamental de la expedición de la Ley 1122 de 2007, según palabras de la Corte Constitucional en la sentencia C-957-07, busca igualar el período de los gerentes de las ESE al de las autoridades regionales y propende la institucionalización del período de tales funcionarios. Para lograr estos propósitos, el legislador tomó tres medidas fundamentales como son: (i) extender el período de los gerentes de las ESE de tres a cuatro años, de acuerdo con lo previsto por el Acto Legislativo 02 de 2002 en relación con los alcaldes y gobernadores; (ii) institucionalizar el período de los gerentes de las ESE; (iii) establecer disposiciones transitorias, para facilitar el cambio del régimen previsto por el artículo 192 de la Ley 100 de 1993 al nuevo sistema y (iv) indicó que no era procedente la reelección por más de un periodo.

La anterior base normativa, fue estudiada por la Corte Constitucional en sentencia **C-777 de 2010**, en la que analizó si la expresión “o *previo concurso de méritos*” contenida en el inciso segundo del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 por el hecho de prohibir la reelección indefinida de los Gerentes de las ESE cuando mediaba un concurso público de méritos vulneraba el derecho fundamental de acceder a un cargo público en

condiciones de igualdad. Al respecto, concluyó la constitucionalidad de la expresión, toda vez que tal fórmula se encontraba dentro del amplio margen de configuración del Legislador que, por un lado, permitía al buen gestor volver a asumir el cargo y, por otro, contemplaba la posibilidad de que otras personas pudieran acceder a cargos públicos mediante concurso abierto. Además, sostuvo que existía la posibilidad de que la reelección indefinida se prestara para corrupción administrativa, sin que existiera evidencia que demostrara que tal práctica garantizaba determinados índices de eficiencia, eficacia y moralidad pública.

Teniendo en cuenta lo anterior, la parte actora con la radicación de la demanda, allegó el Decreto No. 538 del 28 de marzo de 2012, por el cual se nombró a la señora Diana Victoria Muñoz Muñoz como Gerente del Hospital Departamental San Antonio de Pitalito por el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2012 hasta el 31 de marzo de 2016, al superar el concurso de méritos y estar en el primer puesto de la terna prestada por la Junta Directiva.

Igualmente, anexó el Decreto Departamental No. 232 del 5 de febrero de 2016, por el cual la Gobernadora (e) del Huila resolvió reelegir a la señora Diana Victoria Muñoz Muñoz como Gerente conforme la recomendación de la Junta Directiva, para el periodo establecido desde el 1 de abril de 2016 hasta el 31 de marzo de 2020.

Por ultimo, arrimó el acto administrativo acusado, esto es el Decreto No. 0109 del 30 de marzo de 2020, el actual Gobernador del Huila nombró nuevamente a la señora Diana Victoria Muñoz Muñoz como Gerente del Hospital San Antonio de Pitalito, por cumplir con requisitos para desempeñar el cargo, a partir del 1º de abril de 2020.

Conforme a dichos antecedentes, a primera vista se puede señalar que la actuación del Gobernador del Huila con la expedición del Decreto No. 0109 del 30 de marzo de 2020, desconoció el precepto establecido en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, no obstante, dicha base normativa sufrió una

modificación con la expedición de la Ley 1787 de 2016, que en su artículo 20 señaló:

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

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

Conforme a esta nueva base normativa, se tiene que el Legislador eliminó el concurso de méritos para nombrar a los Gerentes y estableció una figura de libre nombramiento y remoción sui generis, pues la desvinculación del servicio se determina por las causales allí establecidas.

Respecto a la reelección del Gerente, guardó silencio, es decir que la norma ya no contuvo la prohibición de ser reelegido indefinidamente, en este punto, precisa la Sala que la medida provisional no estaría llamada a prosperar, toda vez que el cargo se basa en el contenido de la Ley 1122 de 2007, la cual fue modificada por la Ley 1787 de 2016, que reguló de forma distinta lo atinente a la elección de los Gerentes de las ESE, esta última norma que no limitó la reelección de tal funcionario.

Sin embargo, este cambio normativo que se expuso, que deberá ser analizada por la Sala, una vez agotado el procedimiento inscrito en la Ley 1437 de 2011 y con la participación de los demandados, para determinar, si era procedente o no nombrar a la señora Diana Victoria Muñoz Muñoz como Gerente del Hospital San Antonio de Pitalito, pese a ocupar el cargo en dos periodos anteriores.

En consecuencia, la Sala

RESUELVE

1.- DENEGAR la suspensión del Decreto No. 0109 del 30 de marzo de 2020, por el actual Gobernador del Huila nombró a la señora Diana Victoria Muñoz Muñoz como Gerente del Hospital San Antonio de Pitalito, a partir del 1º de abril de 2020.

2. - ADMITIR la presente demanda de Nulidad Electoral presentada por José Luis Díaz Pinzón, contra el Departamento del Huila y el Gerente del Hospital San Antonio de Pitalito, la señora Diana Victoria Muñoz Muñoz

3. NOTIFICAR personalmente esta providencia a la señora Diana Victoria Muñoz Muñoz.

4.- NOTIFICAR personalmente esta providencia al Departamento del Huila, acudiendo al mecanismo establecido en el numeral 2º del artículo 277 del C.P.A.C.A., mediante mensaje dirigido al buzón para notificaciones judiciales de dicha entidad.

5.- **NOTIFICAR** personalmente al Agente del Ministerio Público, según lo dispone el numeral tercero del artículo 277 del C.P.A.C.A.

6.- **NOTIFICAR** por estado al demandante.

7.- **INFÓRMESE** a la comunidad la existencia de este proceso de conformidad con el numeral 5° del artículo 277 del C.P.A.C.A.

6.- En concordancia con lo descrito en el Decreto Legislativo 806 de 2020 por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, se requiere a las partes para que, en el término de cinco (5) contados a partir de la notificación por estado de la presente providencia, informen vía mensaje de datos al correo electrónico sectriadmhui@cendoj.ramajudicial.gov.co , los correos electrónicos de cada uno en donde podrán ser notificados, además recibirán comunicaciones, requerimientos y demás, y podrán ser convocados a través de la plataforma teams a las audiencias virtuales que se lleven a cabo dentro del presente trámite.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS

Magistrada



GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA

Magistrado



JOSÉ MILLER LUGO BARRERO

Magistrado