

Radicación: 81001-3333-002-2012-00134-01
Magistrado Ponente: Alejandro Londoño Jaramillo

36

República de Colombia



**Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca
Sala de Decisión – Oral-**

Arauca, Arauca cuatro (04) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 81001-3333-002-2012-00134-01
Demandante: Miguel Ángel Jiménez Escobar
Demandado: Escuela de la Administración Pública ESAP y Hospital del Sarare
Magistrado Ponente: Alejandro Londoño Jaramillo

VALORACIONES PREVIAS

Vencido el traslado de la medida cautelar (fl.16) solicitada por la parte actora, las partes se pronunciaron de la siguiente forma:

Hospital del Sarare E.S.E

Expresa que resulta improcedente la solicitud de medida cautelar en el sub examine, toda vez que, en la demanda ya se había solicitado una medida cautelar con los mismos fines, a la cual no se accedió por el Juez de primera instancia por cuanto no se estructuraron los requisitos necesarios para decretarla.

El hecho de que el demandante hubiese obtenido el puntaje más alto no significa que ostenta la titularidad del derecho a ser nombrado gerente, en razón a que solo cuenta con una expectativa de llegar a ser designado como tal, dado que si en un único concurso no se logra conformar la terna, el concurso deberá volver a celebrarse. Al respecto cita sentencia del Consejo de Estado del 20 de febrero de 2014.

Escuela Superior de la Administración Pública –ESAP-

Manifiesta que o se encuentra adelantando convocatoria para el concurso de méritos público y abierto para la conformación de la lista de candidatos para la elección del Director de la ESE Hospital del Sarare del municipio de Saravena (A), por lo cual no es procedente que la ESAP suspenda el acto administrativo del 23 de septiembre de 2014, toda vez que dicho acto no fue expedido por ella.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA PARA LA DECISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

De la lectura de los arts. 229, 230, 232, 233 y 234 del CPACA, surge con meridiana claridad la competencia para que las medidas cautelares sean resueltas por el Juez o el Magistrado Ponente, en caso de Órganos Colegiados.

No obstante, el art. 125 de la misma codificación, indica que la decisión a que refiere el núm. 2 del art. 243 ibídem debe ser tomada por la respectiva sala, sección o subsección, cuando se trate de órganos colegiados.

Como puede observarse, surge una antinomia de las anteriores preceptos legales, en torno a la competencia de resolver las medidas cautelares. No obstante dicha contradicción, el Consejo de Estado, en la Sala Unitaria con auto del 14 de mayo de 2014, M.P Mauricio Fajardo Gómez, Radicado: 110010326000201400035 00 (50.222), dio solución a ella con base en los criterios para la solución de antinomias jurídicas consagrados en los numerales 1 y 2 del artículo 5 de la Ley 57 de 1887, indicando grosso modo que a pesar de las previsiones generales contenidas en el artículo 125 de la Ley 1437, están llamadas a prevalecer las disposiciones especiales que gobiernan el trámite y la resolución de tales medidas cautelares contenidas en los arts. 230 y siguientes de la misma normativa, normas que aunque se encuentran en una misma codificación además de ser especiales por razón de la materia también resultan posteriores.

Dicho lo anterior, el despacho acoge tal criterio de interpretación y bajo ese entendido, también considera que la decisión aquí a adoptar, es tomada por el Ponente.

ASPECTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La Ley 1437 de 2011 regula el tema de medidas cautelares en el Capítulo XI, su objeto, según el art. 229, es proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

El art. 230 ibídem, consagra una tipología de medidas cautelares susceptibles de adoptar por parte del Juez de conocimiento; en ese sentido podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. Así mismo, en el mismo precepto, se señala como medidas cautelares para adoptar, las siguientes:

"(...) 2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el juez o magistrado ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el juez o magistrado ponente indicará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

(...)"

Respecto de los requisitos para decretarlas, se ocupó el legislador en el art. 231 del CPACA, al disponer que cuando se pretenda la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, se decretara siempre y cuando se advierta que el acto administrativo infringe disposiciones legales invocadas en la demanda o en la propia solicitud de la medida, previo análisis del acto demandado y su confrontación con aquellas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud cautelar, sin que sea necesario advertir una violación manifiesta. Adicional a esto, si se pretende también el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, deberá probarse siquiera sumariamente la existencia de los mismos.

Resáltese igualmente, que si la medida cautelar pretende medidas diferentes a la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, deberán acreditarse los demás requisitos fijados en el art. 231 ibídem.

En lo que toca a la oportunidad para solicitar medidas cautelares, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–, el art. 233 preceptúa que las mismas podrán solicitarse desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso, lo que implica que en segunda instancia también pueden ser solicitadas¹. Igualmente, prevé la posibilidad de solicitarla nuevamente cuando haya sido negada, siempre y cuando se hayan presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto.

CASO CONCRETO

Debe decirse en primer término que la parte actora durante el trámite de primera instancia del presente proceso, solicitó la siguiente medida cautelar:

(...) se ordene a la Junta Directiva de la E.S.E Hospital del Sarare, suspender cualquier acto administrativo y/o proceso de convocatoria para surtir el cargo de Director de la entidad para el periodo comprendido entre el año 2012-2016, especialmente la INVITACIÓN PÚBLICA N° 070 – 2012 PROCESO DE CONTRATACION DIRECTA, del 27 de septiembre de 2012 (...)"

A su vez el fundamento para solicitarla, grosso modo fue el siguiente: "(...) Lo anterior debido a que si se adelanta un proceso de convocatoria y el cargo es ocupado, no sería efectiva la actual demanda de restablecimiento del derecho, pues de no lograrse un restablecimiento si el cargo ha sido provisto por otra persona que haya concursado y ganado la nueva convocatoria se estarían enfrentando dos derechos adquiridos, entre mi cliente y el nuevo gerente para la época del Hospital del Sarare, vigencia 2012-2016. (...)"

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil catorce (2014) Proceso: 110010326000201400035 00 (50.222). Actor: Martín Bermúdez Muñoz.

Radicación: 810012333-002-2012-00134-00
Magistrado Ponente: Alejandro Londoño Jaramillo

Valga señalar, que la ad quo, decidió negar la anterior medida cautelar mediante auto del 26 de noviembre de 2012 (fl. 90-96 y 116-121)

En esta instancia, la medida cautelar pretendida por el actor es la suspensión por parte de la ESE Hospital del Sarare, de cualquier acto administrativo y/o proceso de convocatoria para surtir el cargo de Director de dicha entidad para el periodo 2012-2016 y especialmente la invitación pública del 23 de septiembre de 2014, cuyo objeto es invitar a todos los profesionales interesados en participar en el concurso de méritos para proveer el cargo de Gerente de la ESE Hospital del Sarare de Saravena, A.

La anterior solicitud la fundamenta en que si se continúa adelantando la convocatoria para proveer el cargo aludido y este es ocupado por un tercero ajeno al proceso, se presentaría una confrontación de dos derechos adquiridos, entre el accionante y el nuevo Gerente para el periodo 2012-2016.

Como puede observarse, la medida cautelar solicitada en primera instancia tiene el mismo objeto que la deprecada en este momento, así como son iguales las razones en que las fundamenta; la diferencia en esta oportunidad radica en que, específicamente la parte actora solicita que se suspenda la invitación pública del 23 de septiembre de 2014, es decir, una nueva convocatoria realizada por la ESE demandada, durante el trámite del proceso en esta instancia.

En ese contexto, a pesar que *a priori* podría decirse que no hay lugar a resolver la medida cautelar solicitada por la parte actora, como quiera que ya fue decidida en primera instancia; el hecho de que se haya abierto por parte de la ESE demandada otra invitación pública durante el trámite en esta instancia para suplir el cargo de Gerente de la misma, mediante concurso de méritos, hace que se vuelva a estudiar, en razón a que puede darle la connotación de un hecho sobreviniente; lo cual, en virtud del art. 233 del CPACA, habilita la posibilidad de volver a solicitar la medida cautelar.

Bajo el anterior contexto y partiendo de la argumentación del actor para solicitar la medida cautelar, la cual radica en la existencia de un derecho adquirido² de aquel de ser nombrado Gerente del Hospital del Sarare de Saravena (A), al haber ganado con el mayor puntaje, el primer concurso de méritos para proveer dicho cargo, no tiene vocación de prosperidad, habida consideración de que el demandante no es titular del derecho adquirido aludido y segundo, que adelantar una nueva convocatoria para proveer el cargo de Gerente de la ESE no constituye una conducta en si misma ilegal.

Esto por cuanto, como puede observarse en el proceso, el actor en efecto, ganó un primer concurso adelantado por la ESAP en el mes de febrero del año 2012 (fl. 55). Sin embargo el mismo se declaró desierto³ por cuanto, no

² Los derechos adquiridos, han sido definidos como aquellos que se consolidan cuando se han cumplido todos los presupuestos normativos exigidos bajo el imperio de una ley, para que se predique el nacimiento de un derecho subjetivo. Configurado el derecho bajo las condiciones fijadas por una norma, su titular puede exigirlo plenamente, porque se entiende jurídicamente garantizado e incorporado al patrimonio de esa persona. (Corte Constitucional, sentencia C-663/07, M.P. Manuel Jose Cepeda)

³ Ver fl. 52 y vto.

se pudo conformar la terna exigida por la ley y el acto de convocatoria pública del concurso (fl. 43-52), para elegir al Gerente de la ESE.

Conviene decir también que a finales del mismo año se convocó nuevamente a concurso para la elección del cargo aludido, en el cual tampoco se logró conformar la terna; sin embargo, se incluyó en esta última lista, al demandante por haber ganado el anterior concurso, y de esta forma, quedó compuesta dicha terna (fl.483-484).

Finalmente de esa lista se nombró a quien obtuvo el mayor puntaje –Cesar Humberto Londoño Salgado- No obstante, su elección fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante sentencia del 20 de febrero de 2014 (488-518). En virtud a ello, el Hospital del Sarare ESE convocó nuevamente a concurso público para proveer el cargo de Gerente (fl. 8-14 C. Medida C. 2da inst.).

Teniendo en cuenta el anterior recuento factico, no puede argumentarse la existencia de un derecho adquirido derivado de un proceso de selección cuando el mismo ha sido declarado desierto, esto por cuanto, la declaratoria de desierto no es una culminación exitosa del mismo, dado que ésta opera cuando no es posible cumplir con la respectiva selección – principio fundamental de la escogencia de personal por méritos- y en virtud a esa imposibilidad, surge para la Administración la competencia para volver a iniciar el proceso de selección. De manera pues, que frente a la declaratoria de desierto de los aludidos procesos, no puede sostenerse la obtención de un derecho, a lo sumo, lo que surgen durante la aprobación de sus etapas, son meras expectativas de ganar el concurso, las cuales por lo general, no son objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, en lo que respecta a la apertura del proceso de selección para proveer el cargo de Gerente de la ESE demandada, se concluye que de acuerdo a la Ley 1438 de 2011, art. 72⁴, en concordancia con el Decreto 2993 del mismo año dicho cargo debe ser provisto mediante concurso de méritos.

⁴ **Artículo 72. Elección y evaluación de Directores o Gerentes de Hospitales.** La Junta Directiva de la Empresa Social del Estado del orden territorial deberá aprobar el plan de gestión para ser ejecutado por el Director o Gerente de la entidad, durante el período para el cual ha sido designado y respecto del cual dicho funcionario deberá ser evaluado. Dicho plan contendrá, entre otros aspectos, las metas de gestión y resultados relacionados con la viabilidad financiera, la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios, y las metas y compromisos incluidos en convenios suscritos con la Nación o con la entidad territorial si los hubiere, y el reporte de información a la Superintendencia Nacional de Salud y al Ministerio de la Protección Social. El plan de gestión deberá ajustarse a las condiciones y metodología que defina el Ministerio de la Protección Social. La evaluación insatisfactoria de dichos planes será causal de retiro del servicio del Director o Gerente para lo cual se deberá adelantar el proceso que establezca en la presente ley. **En caso de que el cargo de Director o Gerente de una Empresa Social del Estado esté vacante a más tardar dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes se iniciará un proceso de concurso público para su elección.**

La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del proceso de elección. El resto de la terna operará como un listado de elegibles, para que en el caso de no poder designarse el candidato con mayor puntuación, se continuará con el segundo y de no ser posible la designación de este, con el tercero. {negrillas del Despacho}

53573
31

Radicación: 810012333-002-2012-00134-00
Magistrado Ponente: Alejandro Londoño Jaramillo

En ese contexto, atendiendo a que el cargo se encuentra vacante con ocasión de la sentencia del consejo de Estado de febrero de este año, que anulo la elección de quien se encontraba desempeñando dicho cargo, la conducta que se imponía a seguir por parte de la ESE, era proveer dicho empleo mediante concurso público -en el cual el actor podía concursar si era de su interés- y tal es la conducta que se ve, aconteció en el sub examine.

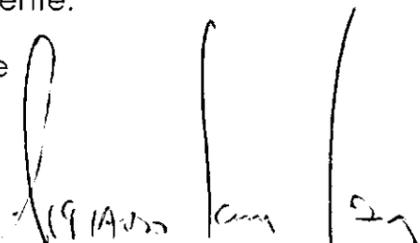
Por los anteriores motivos, y atendiendo a que el demandante no expone más argumentos que puedan llevar a otra conclusión diferente a la anterior expuesta, y tampoco invoca otras normas que considere violadas con la actuación administrativa llevada a cabo por la ESE demandada, el despacho negará la medida cautelar invocada por la parte actora, esto es, no se ordenara suspender la actuación administrativa llevada a cabo por la ESE Hospital del Sarare de Saravena (A) para la provisión del cargo de Gerente de la ESE, ni tampoco los efectos del acto administrativo expedido por ésta, el 23 de septiembre de 2014, cuyo objeto es invitar a todos los profesionales interesados en participar en el concurso de méritos para proveer dicho empleo.

Por lo anteriormente expuesto, el despacho negará la medida cautelar solicitada por el actor

DECISIÓN

Primero: Negar la medida cautelar solicitada por la parte actora, por lo considerado anteriormente.

Notifíquese y Cúmplase


ALEJANDRO LONDOÑO JARAMILLO
MAGISTRADO