

República de Colombia



Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca
Sala de Decisión – Oral-

Arauca, Arauca, veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015).

Expediente No: 81001-2333-003-2015-00044-00
Medio de Control: NULIDAD ELECTORAL
Demandante: JHOAN JAVIER GIRALDO BALLEEN
Demandado: DEPARTAMENTO DE ARAUCA.
Terceros: MARIBEL CANTOR CHAVEZ Y BIBIANA
CASTELLANOS.
M. Ponente: ALEJANDRO LONDOÑO JARAMILLO

ASUNTO.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 275 y siguientes del CPACA, se procede a resolver sobre la admisión de la demanda electoral de la referencia, así como la solicitud de suspensión provisional presentada por la parte actora.

ANTECEDENTES

La parte demandante presentó demanda de nulidad de los Decretos Nos. 377, 390 y 412 de 2015, expedidos por el Gobernador del Departamento de Arauca, en dicho escrito se solicitó la suspensión provisional de los actos acusados. (fl. 16 C. No. 02).

FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS ACTOS ACUSADOS.¹

Indica que con la expedición de los actos demandados se vulnera directamente los artículos 125 y 209 de la Constitución Política, dado que en tratándose de nombramiento de Directores de Empresas Sociales del Estado, pese a ser un cargo de libre nombramiento y remoción, el legislador en razón de la autorización dada por el art. 125 *ibidem* y la Ley 909 de 2004, sometió su provisión a un concurso público de meritocracia.

Al respecto en la sentencia C- 181 de 2010, la Corte Constitucional precisó que el concurso que se obtenga en él tiene efectos vinculantes y obligatorios para el nominador de designar y posesionar al que ocupa el primer lugar, de manera que su desconocimiento conlleva a la violación de los derechos fundamentales del igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos.

La Corte Constitucional ha sido enfática en indicar que la protección de los derechos de quien ocupó el primer lugar en un concurso no se limita sólo a su nombramiento y posesión, sino también a la garantía de su estabilidad laboral, de manera que solo por causas excepcionales y contempladas en la Ley sea retirado del servicio.

Al respecto el Consejo de Estado indicó que de conformidad con el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, el Director de Hospital Público es de periodo institucional y solo puede ser

¹ Fls. 6 al 16 del cuaderno No. 01

retirado por las razones establecidas en el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, cuando haya sido elegido por el Jefe de la entidad territorial de terna enviada por la Junta Directiva del Hospital constituido como Empresa Social del Estado.

Indica que con la expedición de los Decretos acusados se desconoce de manera abierta y desobligante la vigencia y eficacia del Decreto No. 155 de 2012, por medio del cual se nombró en propiedad al señor Jhoan Giraldo Ballen, es decir, viene en contra de sus propios actos y defrauda con esa actuación la confianza legítima del demandante frente a la estabilidad en su cargo, generándose a su vez en la sociedad inseguridad jurídica frente a los concursos de meritocracia, ya que hasta el momento no se ha presentado ninguna de las causales previstas en la ley para su remoción, ni mucho menos pesa sobre ese acto orden legal o judicial que haya conllevado a su retiro del ordenamiento jurídico o le haya suspendido sus efectos, para que el demandante en estos momentos se encuentre por fuera de la Dirección del Hospital San Vicente de Arauca, circunstancia como puede evidenciarse obedece al capricho del Gobernador del Departamento que retira de la dirección del Hospital al señor Giraldo Ballén hasta que no se decida sobre la legalidad de los Decretos No. 155 de 2012 y 084 de 2015, como si la sola existencia de los procesos donde se discute la legalidad de estos decretos fuera causa legal para ese propósito.

Expone que existe falsa motivación por error de derecho en lo relacionado con el retiro del demandante, la cual radica en que no es cierto lo argumentado en el Decreto No. 377 de 2015, en lo referente a que el Decreto 155 de 2012 que dio origen al nombramiento del señor Jhoan Javier Giraldo Ballén, se encuentra revocado desde el 10 de marzo de 2015, ya que debe hacerse claridad que el decreto de revocatoria directa No. 084 de 2015 fue expulsada del ordenamiento jurídico a través del Decreto No. 133 de 2015, en cumplimiento de orden judicial por tutela proferida por un Juez de la República, luego es imposible desde cualquier óptica que se observe la ejecución de un acto (Decreto No. 084), inexistente en el ordenamiento jurídico que a la luz de la Ley perdió toda vigencia y eficacia, independientemente de que en esta oportunidad a través de un nuevo fallo se haya declarado la improcedencia de la protección constitucional invocada, que en un principio dio lugar a la expedición del acto administrativo que dejó sin efectos la revocatoria directa, pues ese acto produjo todos los efectos en su momento y en nada incide la nueva decisión de tutela sobre la validez del mismo, ya que lo que opera es el decaimiento por desaparecer los fundamentos de hecho y de derecho, es decir por haberse declarado nulo el fallo de tutela que sirvió de causa para la expedición del mismo, pero no por ello significa que ese decreto haya desaparecido del ordenamiento jurídico, dado que esta circunstancia no afecta su vigencia, sino su eficacia en razón a que el decaimiento produce efectos ex nunc (hacia el futuro), quedando incólume los efectos que haya producido durante su vigencia y ejecutabilidad.

Concluye afirmando que el hecho que en esta oportunidad el Juez Constitucional no haya concedido el amparo de los derechos fundamentales, no significa que el Decreto No. 133 de 2015 no haya producido efectos, de manera que solo pueden desaparecer los mismos, mediante orden judicial del Juez contencioso administrativo, ya que nada dijo el Juez de tutela sobre la suerte del mismo, de modo que la interpretación del Departamento de pretender darle vigencia al Decreto No. 084 de revocatoria a través del Decreto 377 resulta a todas luces equivocada y por ende constituye falsa motivación por error de derecho, debido a que desconoce el supuesto normativo del numeral 2 del artículo 91 del CPACA, amén que dicho acto administrativo ya agotó sus efectos.

Por otra parte, arguye que existió desviación de las atribuciones del Gobernador en la expedición de los decretos demandados, ya que se tuvo como propósito con la expedición de los actos acusados la satisfacción de intereses clientelistas, desviando sus funciones como nominador, las cuales se ven representadas en las siguientes circunstancias: (i) la renuencia sistemática para reintegrar al actor a las funciones como Director del Hospital, una vez se levantó la medida cautelar que pesaba contra su decreto de nombramiento, lo cual lo conllevó a instaurar una acción de tutela que ordenó el 10 de marzo su reintegro a

ese cargo. (ii) El afán exagerado en que incurrió con la expedición del Decreto de revocatoria directa No. 084 de 2015, con la finalidad de contrarrestar el fallo de tutela mencionada, con una ostensible violación al debido proceso. (iii) A su vez los Decreto no podía ser expedido por el Gobernador, dado que él se encontraba en una causal de impedimento, como bien lo hizo cuando se declaró impedido por solicitud que se le hiciera ante la Procuraduría Regional de Arauca. (iv) La advertencia que se hizo en el sentido que lo que se quería era nombrar a dedo en esa Dirección Hospitalaria a la Dra. Bibiana Castellanos.

TRASLADO DEL ESCRITO DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL.

Previo a la admisión de la demanda y para garantizar el derecho de contradicción, como es la filosofía del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el despacho corrió traslado de la solicitud de suspensión al Departamento de Arauca, a las señoras Maribel Cantor Chávez y Bibiana Castellanos y al Agente del Ministerio Público², quienes se pronunciaron de la siguiente forma:

BIBIANA CASTELLANOS.³

En lo que respecta a la violación de los artículos 125 y 129 de la Constitución con la expedición de los Decreto Nos. 390 y 412 de 2015, expone que no se entiende en que forma se vulneró la norma en comento con la expedición de los decretos de nombramiento, pues estos decretos son ajenos a la revocatoria directa que operó con anterioridad a sus encargos y de la lectura de los mismos, se desprende que de ningún punto de vista definen algún situación jurídica respecto de Johan Javier Giraldo, ya que el 390 se expide para encargarla como Directora del Hospital ante la necesidad de suplir ese cargo, pues el que fungió como Director renunció, siendo imperativo hacer la respectiva designación, figura indispensable para el normal desarrollo de la entidad, más aun cuando la memorialista cumplía los requisitos legales establecidos para ejercer el puesto, el Decreto No. 412, se expide en cumplimiento de orden del Juez constitucional mediante fallo de tutela de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Administrativo de Arauca mediante el cual suspendió provisionalmente el Decreto No. 390 hasta tanto no se notificará en debida forma el Decreto No. 377 de 2015 y se hiciera nuevamente el encargo, pues con la medida de suspensión quedó nuevamente el Hospital sin representante legal.

Expresa que con la expedición de los Decretos Nos. 390 y 412 de 2015, no se vulneró el artículo 209 de la Constitución Política, por el contrario se satisfizo el interés general, pues como ya se dijo, se expidió el primer decreto porque la persona que fungía como encargada de la dirección renunció a dicho nombramiento, lo que hacía necesario el nombramiento de un director y, en lo referente al Decreto No. 412 de 2015, el mismo se expide en cumplimiento de orden de un juez constitucional, cabe recordar que en segunda instancia el Tribunal Administrativo de Arauca revocó la sentencia de primera instancia, considerando que no se había violado el debido proceso, quedando sin efecto la suspensión que pesaba sobre el Decreto No. 390 de 2015.

Expone que con la expedición de los decretos Nos. 390 y 412 de 2015, no se trasgredió el inciso 1 del artículo 192 de la Ley 100 de 1993, pues los mismos no definieron ninguna circunstancia jurídica para el señor Johan Javier Giraldo, ahora bien en cuanto a los argumentos referentes al decaimiento del acto administrativo, se tiene que en cumplimiento del primer fallo de tutela proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Arauca del 24 de marzo de 2015, el Departamento profirió el Decreto No. 133 de 2015, mediante el cual se dejó sin efectos el Decreto No. 084, dicha decisión (el fallo de tutela de primera instancia) fue declarada nula por el Tribunal Superior de Arauca mediante providencia del 24 de marzo de 2015 y como consecuencia se levantó la medida de suspensión que pesaba sobre el Decreto No. 133 de 2015, de igual forma, en la primera no se tutelaron los derechos

² Folios 19 y 20 C. No. 02

³ Folios 27 al 34 C. No. 02

fundamentales invocados, de tal forma que el sustento fáctico y jurídico que dio origen al Decreto No. 133 de 2015 desapareció, operando el decaimiento de éste, quedando vigente el Decreto 084, ante dicho decaimiento resultaba inminente la necesidad del Departamento de hacer la designación de un Director encargado del Hospital.

Aduce que queda claro que el acto administrativo No. 084 de 2015, en la actualidad se encuentra vigente y el mismo produce efectos jurídicos, ya que lo que operó fue el decaimiento del Decreto No. 133 de 2015, el cual está vigente, pero no produce efecto jurídico alguno.

En lo que se refiere a los intereses personales, mezquinos o clientelistas para nombrarla en el cargo de Directora del Hospital, no tienen sustento, ya que reúne los requisitos y el perfil para el desempeño del puesto, de igual forma el origen del Decreto No. 412 surge por mandato de un Juez constitucional y no por el capricho o el interés personal como lo establece el accionante, ya que solo basta verificar los considerandos de los Decreto Nos. 390 y 412 de 2015, para observar los motivos de hecho y derecho que dieron lugar a los respectivos encargos, quedando desvirtuado de plano las afirmaciones temerarias que aduce el actor.

MARIBEL CANTOR CHAVEZ⁴

En lo que respecta a la violación de los artículos 125 y 129 de la Constitución, con la expedición del Decreto No. 377 de 2015, expone que no se entiende de que forma se vulneró la norma en comento con la expedición de los decretos de nombramiento, pues este decreto es ajeno a la revocatoria directa que operó con anterioridad a su encargo y de la lectura del mismo se desprende que de ningún punto de vista definen algún situación jurídica respecto de Johan Javier Giraldo, ya que se expide para encargarla como Directora del Hospital ante la necesidad de suplir ese cargo, pues el cargo estaba libre siendo imperativo hacer la respectiva designación, figura indispensable para el normal desarrollo de la entidad, más aun cuando cumplía los requisitos legales establecidos para ejercer el cargo, situación que no riñe con los considerandos del decreto en mención pues en él se hace una clara explicación frente al fenómeno ocurrido ante la extinción de la medida cautelar que había dejado sin efectos el Decreto No. 084, el cual recobró su vigor por esta situación, considerando que desde ningún punto de vista podrá tomarse como una revocatoria del decreto administrativo los considerandos del mismo.

Expresa que con la expedición del Decreto No. 377 de 2015, no se vulneró el artículo 209 de la Constitución Política, por el contrario se dio cumplimiento de la función administrativa, la cual en todo momento debe satisfacer y suplir los intereses generales, como es el caso de prestar los servicios de salud a la comunidad araucana, por lo que se hizo necesario la designación de un director encargado del mismo, para que fungiera como representante legal y permitiera que el Hospital diera continuidad en la prestación de sus servicios.

Aduce que con la expedición del decreto No. 377 de 2015, no se vulneró el inciso 1 del artículo 192 de la Ley 100 de 1993, pues el mismo no definió ninguna circunstancia jurídica para el señor Johan Javier Giraldo.

Indica que el accionante hace una interpretación errada del Decreto No. 377 de 2015, ya que este acto no revocó el Decreto No. 155 de 2012, ahora bien en cuanto a los argumentos referentes al decaimiento del acto administrativo, se tiene que en cumplimiento del primer fallo de tutela proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Arauca del 24 de marzo de 2015, el Departamento profirió el Decreto No. 133 de 2015, mediante el cual se dejó sin efectos el Decreto No. 084, dicha decisión (el fallo de tutela de primera instancia) fue declarada nula por el Tribunal Superior de Arauca, mediante providencia del 24 de marzo

⁴ Fls. 35 al 43 C. No. 02

de 2015 y como consecuencia se levantó la medida de suspensión que pesaba sobre el Decreto No. 133 de 2015, de igual forma, en la primera no se tutelaron los derechos fundamentales invocados, de tal forma que el sustento fáctico y jurídico que dio origen al Decreto No. 133 de 2015 desapareció, operando el decaimiento de éste, quedando vigente el Decreto 084, ante dicho decaimiento resultaba inminente la necesidad del Departamento de hacer la designación de un Director encargado del Hospital

En lo que se refiere a los intereses personales, mezquinos o clientelistas para nombrarla en el cargo de Directora del Hospital, no tienen sustento, ya que reúne los requisitos y el perfil para el desempeño del cargo, siendo el único móvil de su designación la carencia que tenía el hospital de director para la época de los hechos, por lo que no puede tomarse como fundamento legal para la suspensión del acto, las afirmaciones que de manera irresponsable y a la ligera realizó el accionante, sin que se prueba indicio o prueba siquiera sumaria de lo que se endilga.

DEPARTAMENTO DE ARAUCA.⁵

En lo referente a la violación directa de la Constitución y la Ley, desconocimiento del principio de mérito, confianza legítima y seguridad jurídica, se puede observar de la lectura de los actos reprochados que éstos no son en propiedad, pues todas son designaciones en encargo y el fundamento para la expedición a excepción del Decreto No. 390 de 2015, que se profirió en virtud de renuncia designada en encargo, derivan del cumplimiento de órdenes judiciales en virtud de acciones de tutela en primera instancia y posterior revocatoria de los fallos por parte de la segunda instancia en aras de no dejar acéfala la dirección y designar a una persona que ejerciera su representación legal y su administración. Con lo cual puede afirmarse que en modo alguno se desconocen los principios alegados como vulnerados, pues además de las pruebas aportadas lo que puede determinarse es que no existe para la expedición de los decretos de encargo un móvil diferente al que sirve de fundamento fáctico y jurídico.

De otro lado es del resaltarse que el retiro del señor Giraldo Ballén se produjo con la expedición del Decreto No. 084 de 2015, mediante el cual se revoca de manera directa el Decreto No. 155 de 2012, emitido por el Gobernador del Departamento en ejercicio de sus facultades conferidas en el art. 5 de la Ley 190 de 1995, sobre el cual además cursa demanda de nulidad impetrada por el mismo actor electoral, no obstante a la fecha goza de la presunción de legalidad en la medida en que no ha sido suspendida, ni anulada por la jurisdicción competente.

Frente a la falsa motivación por error de derecho, resalta que efectivamente el Decreto No. 133 de 2015, se profirió en virtud de una orden judicial emitida por un juez constitucional, que posteriormente fue anulada por el Tribunal de segunda instancia, culminando dicho trámite con la negativa al amparo constitucional impetrado, desapareciendo con ello los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a su expedición, por lo cual fue necesaria la expedición del Decreto No. 377 de 2015, mediante el cual se designa en encargo a una funcionaria de planta como Directora de la ESE a fin de cubrir la vacancia temporal presentada, en virtud de la necesidad de revocar los actos administrativos que con fundamento en dicho fallo, posteriormente declarado nulo, se habían proferido.

En lo atinente a la desviación de atribuciones propias del Gobernador en la expedición de los decretos demandados, expresa que no existe prueba de los intereses personales, mezquinos y clientelistas en los que fundamenta su petición, toda vez que no son ciertos y por esos no se pueden probar.

⁵ Fls. 44 al 56 C. No. 02

Por último, no se aportaron las respectivas constancias de publicación de los actos acusados, lo cual impide contabilizar el término para interponer el medio de control y la solicitud de medida cautelar, como se determinó en el auto del 11 de los corrientes.

MINISTERIO PÚBLICO

Guardó silencio, según constancia secretarial obrante a folio 60 del Cuaderno No. 02.

CONSIDERACIONES.

De acuerdo con los anteriores antecedentes, la Sala de Decisión resolverá sobre la admisión de la presente demanda electoral, así como la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

COMPETENCIA.

Corresponde a las Salas de Decisión de los Tribunales decidir sobre la suspensión provisional de los actos demandados en los procesos en que se decide sobre el medio de control de nulidad electoral, tal como se desprende de la interpretación armónica de los artículos 125, 243 y 277 del CPACA. Se resalta lo expresado en el numeral 6 del artículo 277 *ibidem*, que se fija la competencia para decidir la suspensión provisional de los actos demandados dentro de los procesos electores de los órganos colegiados, en las Salas de Decisión o en la Sección correspondiente, veamos:

ARTÍCULO 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. (Negrillas y Subrayas fuera del texto original).

ADMISION DE LA DEMANDA.

Para dichos efectos, se analizara la demanda a la luz de las normas que rigen el proceso electoral, para determinar si se debe proceder a su admisión, al respecto la Sección Quinta del Consejo de Estado⁶, en consonancia con la Ley ha dicho que en materia electoral, la demanda debe reunir las exigencias previstas en los artículos 162, 163, 164 y 166 del CPACA, relacionadas con la designación de las partes, expresión clara y precisa de lo que se pretende con los respectivos fundamentos de derecho, señalamiento de las normas violadas y el concepto de su violación, los hechos y omisiones determinados, clasificados y numerados, la petición de pruebas y el lugar de dirección y notificación de las partes, así como acompañarla con la copia del acto acusado. Además la presentación del medio de control se debe dar dentro del plazo previsto en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del mismo Código que establece:

“La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

⁶ Providencia del 01 de julio de 2014, Consejera Ponente LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, radicación 110010328000201400051-00, Actor Iván Medina Ninco, demandado: Ana María Rincón Herrera.

a) Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1o del artículo 65 de este Código.”

En el presente evento la demanda cumple los requisitos exigidos en los artículos 162 y 163 ibídem comoquiera que: (i) están identificadas las partes; (ii) el objeto de la pretensión es preciso y claro; (iii) los fundamentos fácticos se presentaron en forma separada, y determinada; (iv) en acápite independiente se indicaron las normas presuntamente violadas, así como los argumentos del concepto de su violación y; (v) se acompañaron copias hábiles de los actos acusados Decreto No. 377 de 2015 (fls 20 al 22), Decreto No. 390 de 2015 (fls. 25 y 26) y el Decreto No. 412 de 2015 (fls. 27 y 28)

En lo que tiene que ver con el cumplimiento del plazo para la presentación de la demanda, se debe tener en cuenta que la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha expresado que el término de caducidad de la acción electoral cuando se demandan actos de nombramiento se contabiliza a partir de la publicación de dicho acto, tal como lo señala el literal a), numeral 2) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, veamos lo expresado por la Alta Corporación:

Con ocasión de la expedición de la Ley 1437 de 2011, “Por medio de la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, se zanjó la discusión que se presentaba en el marco del Código Contencioso Administrativo respecto del extremo temporal inicial desde el que debía contarse el término de caducidad de la nulidad electoral.

En efecto, el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del C.P.A.C.A. prevé lo siguiente:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

a) Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1o del artículo 65 de este Código.

En las elecciones o nombramientos que requieren confirmación, el término para demandar se contará a partir del día siguiente a la confirmación; (...)” (subraya la Sala).

De la norma transcrita se tiene que, actualmente, la caducidad de la acción electoral se caracteriza porque:

1. Tiene un término de treinta (30) días; y

2. Dicho término se cuenta desde momentos distintos, dependiendo de los siguientes escenarios:

2.1. Si la elección se declara en audiencia pública el término se cuenta a partir del día siguiente al de su declaratoria;

2.2. En los casos en que la elección o nombramiento requiera de confirmación, el término se cuenta a partir del día siguiente de la expedición de dicho acto; y

2.3. En los demás casos de elección y nombramientos, es decir, por regla general, el término de caducidad se cuenta a partir del día siguiente al de la publicación del acto, efectuada en la forma prevista en el inciso lo del artículo 65 del C.P.A.C.A., es decir, "(...) en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso."

Nótese que el legislador, con ocasión de la nueva normativa contenciosa administrativa, logró solucionar la discrepancia de criterios entre la Corte Constitucional y esta Corporación derivada de la sentencia C-646 de 2000.

En efecto, al establecer la Ley 1437 de 2011 que "deberán publicarse... los actos de elección distintos a los de voto popular"⁷ quedó claro que, en relación con los actos de elección que deben publicarse, "los demás casos de elección" a que se refiere el artículo 164 numeral 2 literal a, para efectos de la caducidad el término de treinta días para demandar se contará "a partir del día siguiente al de su publicación".⁸

De acuerdo con lo anterior, el apoderado de la parte actora manifiesta bajo la gravedad del juramento que el Departamento de Arauca no expidió certificación sobre la publicación de los actos administrativos demandados, además afirmó que en la página web del Departamento no aparece en las gacetas electrónicas los actos administrativos acusados, para lo cual se anexó petición realizada al Departamento de Arauca para que se aportaran las constancias de publicación respectivas (fls. 132 al 135)⁹, por otra parte el Departamento de Arauca anexa diligencias de notificación y comunicación de los actos acusados, sin anexar constancia de publicación de los mismos (fls. 136 al 162)¹⁰, en este orden de ideas es claro para la Corporación que los actos acusados no han sido publicados como lo exige nuestra normativa en el artículo 65 del CPACA y como consecuencia no ha iniciado a contar el término de caducidad del medio de control impetrado por el demandante, ya que es clara la jurisprudencia y la Ley, en determinar que el término de caducidad del medio de control de nulidad electoral comienza a contarse, cuando se demandan actos de nombramiento, a partir de la publicación de los mismos en la Gaceta Oficial o Diario Oficial, según sea el caso.

Ahora bien, de todo lo anterior se observa por la Sala que la demanda presentada se ajusta a las exigencias legales señaladas líneas atrás, por lo cual, se admitirá frente a la solicitud de nulidad de los Decretos Nos. 377 del 25 de mayo de 2015, 390 del 2 de junio de 2015 y 412 del 17 de junio de 2015, que son los actos administrativos definitivos susceptibles de ser demandados en nulidad electoral, de conformidad con el artículo 139 del C.P.A.C.A.

GENERALIDADES SOBRE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS ACTOS DEMANDADOS.

Sobre la suspensión provisional de los actos administrativos en vigencia de la Ley 1437 de 2011, ha expresado la Sección Quinta del Consejo de Estado lo siguiente:

2. Suspensión Provisional

La fuerza ejecutiva y ejecutoria que tienen los actos administrativos una vez quedan en firme como prerrogativa y pilar fundamental de la actuación pública, determinan su impostergable cumplimiento así sean demandados judicialmente; pero al mismo tiempo y como contrapartida y garantía de los administrados¹¹ implica que éstos puedan solicitar ante el juez la suspensión de sus efectos mientras se tramita el correspondiente proceso donde se cuestiona su legalidad.

⁷ Parágrafo del artículo 65.

⁸ Providencia del 19 de marzo de 2015, de la Sección Quinta del Consejo de Estado, Consejero Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro, Radicación: 11001-03-28-000-2014-00133-00, Actor: Carlos Mario Isaza Serrano, Demandado: Edgardo José Maya Villazón.

⁹ Lo anterior en virtud de la inadmisión de la demanda realizada por auto del 10 de agosto de este año. (fls. 128 y 129 Cuaderno No. 01)

¹⁰ *ibidem*

¹¹ González Rodríguez, Miguel, "Derecho Procesal Administrativo", Ed. Jurídicas Wilches, Bogotá 1989.

La herramienta fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en 1913 con la Ley 130 y perfilada posteriormente con las leyes 80 de 1935 y 167 de 1941 y el Decreto 01 de 1984. Sin embargo, constitucionalmente sólo fue consagrada hasta 1945 con el Acto Legislativo 01 en su artículo 193.

Con el cambio constitucional en el año 1991 es el artículo 238 el que establece la posibilidad de aplicar la suspensión como medida provisoria frente a la efectividad de los actos administrativos, disposición desarrollada ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011- (arts. 229 y siguientes).

*El Estado de derecho supone por antonomasia el acatamiento de las normas jurídicas tanto por parte de la administración como de los particulares y nuestra tradición jurídica nos reconduce al cumplimiento de estas reglas jurídicas a través de la coherencia y congruencia normativa que implica, dentro del sistema jerárquico y piramidal, la no contradicción entre unas y otras y en caso de presentarse tal fenómeno, la posibilidad de desactivar, definitiva o **transitoriamente**, la disposición transgresora en garantía del principio de legalidad. Pues es precisamente esa posibilidad de dejar sin efecto temporal la norma, el objeto de la denominada "suspensión provisional".*

Hoy en día el artículo 229 del C.P.A.C.A. consagra la medida en comento exigiendo una "petición de parte debidamente sustentada", y el 231 impone como requisito la "(...) 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".

Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que se encuentre en término para accionar- o en la misma demanda, pero en todo caso que sea 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 concepto de violación y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo C.P.A.C.A., el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento^{12, 13}

Se resalta del aparte transcrito, que bajo la nueva normativa procesal para efectos de la suspensión provisional de los actos acusados, se debe analizar, por el operador judicial, la trasgresión existente, por la confrontación del acto acusado con las normas superiores, teniendo en cuenta las pruebas allegadas con la demanda.

En ese mismo sentido, se expresó por la Sección Quinta, lo siguiente:

La medida de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo como medida cautelar que es, de conformidad con el artículo 229 del CPACA, exige "petición de parte debidamente sustentada", y según el 231 del mismo estatuto, 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".

¹² Artículo 229 inciso segundo del C.P.A.C.A.

¹³ Providencia del 11 de diciembre de 2014, Sección Quinta del Consejo de Estado, Consejera Ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00125-00, Actor: GERARDO ANTONIO ARIAS MOLANO, Demandada: SECRETARIO DE LA COMISIÓN SEXTA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL SENADO - Jorge Eliécer Laverde Vargas

Esta última norma precisa que: 1º) La medida cautelar se debe solicitar con la demanda o en todo caso antes de que se decida sobre su admisión, es decir, no es oficiosa, sino que debe estar fundada en el mismo concepto de la violación expresado en la demanda, o en lo que el demandante sustente en escrito separado. 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, surge¹⁴, es decir, aparece presente, 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.

Por lo tanto, establecer si es viable decretar la medida de suspensión pretendida, implica analizar el acto acusado frente al contenido de la norma señalada como infringida, y en los casos en que así se pida, estudiar las pruebas aportadas, a fin de concluir si surge su contradicción.¹⁵

Se resalta, que la medida cautelar debe ser solicitada por el demandante, por consiguiente no es oficiosa, sino que debe estar fundada en el mismo concepto de la violación expresado en la demanda, o en lo que el demandante sustente en escrito separado.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala pasará a constatar si en el presente caso se deben suspender provisionalmente los actos acusados, para lo cual, se realizará una confrontación entre dichos actos con las disposiciones señaladas como infringidas en la demanda, valorando las pruebas que obran en expediente.

CASO EN CONCRETO.

De acuerdo con lo anterior, se debe determinar por la Corporación, si es del caso suspender provisionalmente los actos acusados.

HECHOS PROBADOS EN EL EXPEDIENTE

Para resolver lo anterior, es del caso analizar el contenido de las pruebas arrimadas al expediente, para desentrañar si se debe decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los actos acusados, para lo cual, se tratará de dilucidar de manera cronológica las situaciones administrativas y judiciales sucedidas para tener claridad de lo acontecido, conforme los medios probatorios anexos.

Se anexó el Decreto No. 155 del 20 de abril de 2002, "*POR MEDIO DEL CUAL SE EFECTUA UN NOMBRAMIENTO EN PROPIEDAD*", en dicho decreto consta el nombramiento realizado a Jhoan Javier Giraldo Ballén, fruto de proceso abierto de selección de Director del Hospital San Vicente de Arauca, se vislumbra del acto que el mencionado proceso fue realizado por la ESAP y que se remitió por la Junta Directiva del Hospital al Gobernador, la terna de las personas que sacaron el mayor puntaje (fls. 29 y 30), de igual manera, se aportó el acta de posesión de Jhoan Javier Giraldo Ballén del 23 de abril de ese año en el cargo de Director del Hospital San Vicente de Arauca (fl. 31).

Se anexó providencia del 19 de octubre de 2012 del Tribunal Administrativo de Arauca, proceso No. 81001233100320120003900, dentro del medio de control de nulidad adelantado por el Departamento de Arauca en contra de Jhoan Javier Giraldo Ballén, en el cual se suspendieron provisionalmente los efectos del Decreto No. 155 del 2012 (fls. 44 al 59).

¹⁴ Según la Real Academia de la Lengua Española el término "surgir" - (del latín surgere)- significa aparecer, manifestarse, brotar. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=surja>

¹⁵ Providencia del 12 de febrero de 2015, de la Sección Quinta del Consejo de Estado, Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA, Radicado número: 11001-03-28-000-2014-00087-00, Radicado interno: 2014-0087, Actor: Humberto de Jesús Longas Londoño, Demandados: Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras

Está demostrado, con copia de escrito del 20 de febrero de 2015, que el apoderado del señor Jhoan Javier Giraldo Ballén presentó ante el Gobernador del Departamento, escrito en el cual manifiesta que éste está impedido para adelantar el trámite de revocatoria directa de su nombramiento iniciado por la Resolución No. 4208 de 2014, ya que sean formulado denuncias por distintos delitos, lo que genera que exista enemistad grave y como consecuencia se afecte la imparcialidad y objetividad para tomar una decisión de fondo (fls. 62 y 63 C. No. 01), por decisión del 27 de febrero de ese año se aceptó el impedimento manifestado, en razón a que con anterioridad el Gobernador había presentado denuncia penal en contra del señor Giraldo Ballén (fl. 64 y 65 C. No. 01) y la Procuradora Regional de Arauca designó el Secretario de Infraestructura del Departamento Alejandro Sarmiento Gutiérrez, para que decidiera el trámite administrativo de revocatoria directa (fl. 66 C. No. 01), se anexó decisión por medio de la cual se avocó el conocimiento del procedimiento administrativo por parte del Secretario de Infraestructura Departamental (fls. 69 y 70 C. No. 01) y la comunicación de dicha actuación al apoderado del señor Giraldo Ballén (fls. 67 y 68 C. No. 01).

Se aportó el Decreto No. 084 del 10 de marzo de 2015, "*Por medio del cual se Revoca de manera directa el Decreto 155 del 20 de abril de 2012*", en dicho acto se consagra la revocatoria del nombramiento del señor Johan Javier Giraldo Ballén en el cargo de Director del Hospital San Vicente de Arauca, con fundamento en el artículo 5 de la Ley 190 de 1995 (fls.32 al 37 C. No. 01).

Esta anexo el Oficio No. 818 del 10 de marzo de 2015 del Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca, dentro de la tutela con radicado 81001310400120150001000, donde actúa como accionante Jhoan Javier Giraldo Ballén en contra del Departamento de Arauca, por medio del cual se informa al señor Giraldo Ballén, que se le ampararon los derechos fundamentales y se ordenó al Gobernador del Departamento que en el término de 48 horas se proceda a reintegrarlo como Director del Hospital San Vicente de Arauca (fls. 71 y 72 C. No. 01).

Se aportó sentencia del 24 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Arauca dentro de la Tutela interpuesta por el señor Jhoan Javier Giraldo Ballén en contra del Departamento de Arauca, radicación No. 2015-00029, en la cual se ampararon los derechos fundamentales del actor y se ordenó al Gobernador del Departamento que en un término improrrogable de 48 horas, se dejara sin efectos el Decreto No. 084 de 2015, mientras la jurisdicción contenciosa se pronuncia sobre la demanda de nulidad contra la Resolución No. 155 de 2012 (fls. 74 al 89 C. No. 01).

Por medio de los Decretos Nos. 133 y 134 del 31 de marzo de 2015, se da cumplimiento a fallos de tutela proferidos por el Juez Civil del Circuito de Arauca y el Juez Primero Penal del Circuito de Arauca, en dichos actos se da cumplimiento a las decisiones judiciales, para lo cual, se deja sin efectos el Decreto No. 084 de 2015 y se ordena reintegrar al señor Johan Javier Giraldo Ballén en el cargo de Director del Hospital San Vicente de Arauca (fl. 39 al 41 C. No. 01).

Obra providencia del 8 de mayo de 2015 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Giraldo Ballén en contra del Departamento de Arauca, radicación No. 81001310300120150002901, con ponencia de Matilde Lemos Sanmartín, en la cual se declara la nulidad del fallo proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Arauca, ordenándose devolver las diligencias al Juez de primera instancia para que se proceda a vincular a terceros interesados en las resultados del proceso (fls. 91 al 103 C. No. 01)

Se encuentra aportada solicitud de medida cautelar presentada el 12 de mayo de 2015, dentro del proceso de Nulidad Electoral con radicación 81001233300320120003900, donde

es demandante el Departamento de Arauca y demandado Jhoan Javier Giraldo Ballén (fls. 104 al 110 C. No. 01).

Se anexo el Decreto No. 377 del 25 de mayo de 2015, "*POR MEDIO DEL CUAL SE HACE UN ENCARGO DE DIRECTOR DEL HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA ESE*", el cual se fundamenta en la necesidad de encargar a la señora Maribel Cantor Chávez del cargo de Directora del Hospital San Vicente de Arauca, en virtud a que es necesario proveer a alguien en dicho empleo, ya que se encuentra acéfalo, lo anterior mientras se decide sobre la legalidad de los Decretos Nos. 155 de 2012 y 084 de 2015 (fls. 20 al 22 C. No. 01).

Se encuentra en el expediente el Decreto No. 390 de 02 de junio de 2015, "*POR MEDIO DEL CUAL SE ACEPTA UNA RENUNCIA Y SE EFECTUA UN ENCARGO DE DIRECTOR DEL HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA E.S.E.*", dicho acto se motiva en el hecho que la señora Maribel Cantor Chávez renunció al cargo de Directora del Hospital San Vicente de Arauca E.S.E. y por lo tanto, se expresa que: "*el inciso tercero del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, prevé en materia de encargos, que los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.*", en ese entendido se nombró como Directora del Hospital a Bibiana Castellanos, quien ocupaba el cargo de Subdirectora Administrativa del ente hospitalario (fls. 25 y 26)

Por otra parte, en el Decreto No. 412 del 17 de junio de 2015, "*POR MEDIO SE DA CUMPLIMIENTO A UN FALLO DE TUTELA Y SE EFECTÚA UN ENCARGO*", se aduce que en cumplimiento de una orden judicial se hace necesario efectuar un encargo de Director del Hospital San Vicente de Arauca, hasta tanto se efectuó la debida notificación de la decisión contenida en el Decreto No. 377 de 2015, lo anterior con fundamento en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 (fls. 27 y 28).

Esta anexa providencia de tutela del 22 de julio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, dentro del proceso con radicación 81001233300220150026001, donde es accionante Jhoan Javier Giraldo Ballén en contra del Departamento de Arauca, en la cual se conoció la segunda instancia de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Oral del Circuito de Arauca, en la cual se revocó el fallo de primera instancia rechazándose por improcedente el amparo interpuesto (fls. 112 al 125).

Después de enlistarse los medios probatorios anexos, se analizara si dichos documentos tienen la fuerza suficiente para suspender provisional los actos administrativos acusados. Para dichos efectos se analizaran los argumentos que expone el actor conforme al material probatorio aportado.

Vulneración de los artículos 125 y 209 de la Constitución Política, que establecen condiciones de mérito para nombrar a los Directores de Empresas Sociales del Estado.

Aduce el demandante que se deben suspender los efectos de los actos acusados, ya que se vulneraron los artículos 125 y 209 de la Constitución Política, en virtud a que el nombramiento de los Directores de las Empresas Sociales del Estado debe ser realizado por concurso público de méritos, por lo que, en dicho cargo se debe nombrar a quien ocupa el primer lugar en ese concurso, dicha garantía le confiere estabilidad en el puesto.

En el mismo sentido, expone que con la expedición de los actos acusados, se desconoce de manera abierta la vigencia y eficacia del Decreto No. 155 de 2012, por medio del cual se nombró en propiedad al señor Jhoan Giraldo Ballen en el cargo de Director del Hospital San Vicente de Arauca, es decir, el Departamento viene en contra de sus propios actos y defrauda con esa actuación la confianza legítima del demandante frente a la estabilidad en su cargo, generándose a su vez en la sociedad inseguridad jurídica frente a los concursos de

meritocracia, ya que hasta el momento no se ha presentado ninguna de las causales previstas en la ley para su remoción, ni mucho menos pesa sobre ese acto orden legal o judicial que haya conllevado a su retiro del ordenamiento jurídico o le haya suspendido sus efectos.

Ahora bien, se debe señalar que los actos acusados, como se dijo en la relación de hechos probados, son actos administrativos de nombramiento por encargo de la Dirección del Hospital San Vicente de Arauca, tienen como motivación para su expedición: (i) El Decreto No. 377 del 25 de mayo de 2015, la necesidad de encargar Director mientras se resuelve sobre la legalidad de los Decretos No. 155 de 2012 y 084 de 2015. (ii) El Decreto No. 390 del 02 de junio de 2015, la renuncia presentada por la Directora del Hospital y la necesidad de suplir dicho cargo. (iii) El Decreto No. 412 de 2015, el cumplimiento de una acción de tutela que ordenó notificar el Decreto No. 377 de 2015.

Es común de dichos actos administrativos, que se sustenta el nombramiento realizado por encargo en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, disposición que prevé que los empleos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia definitiva, sean provistos a través de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción que cumplan con los requisitos y perfiles del cargo.

Por lo anterior, se debe determinar si deben suspenderse los efectos de actos administrativos acusados, al realizarse en ellos la provisión del cargo de Director del Hospital San Vicente de Arauca por encargo, con fundamento en el artículo 24 de la Ley 909 *ibidem*, desconociendo el listado de elegibles que se elaboró para proveer dicho empleo.

Al respecto, el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 establece la forma como deben ser nombrados los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, veamos:

“ARTÍCULO 28. 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.

(...)

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.

(...)/resaltado fuera de texto/

La Corte Constitucional en el estudio de constitucionalidad de dicha disposición jurídica la declaró exequible de manera condicionada, expresando lo siguiente:

En el mismo sentido, en concordancia con la jurisprudencia constitucional, la Sala estima que la decisión de no nombrar a la persona que obtiene el primer lugar en el concurso de méritos conlleva la vulneración de sus derechos a la igualdad y al debido proceso, pues al tiempo que supone un trato discriminatorio que no se funda en razones objetivas de calificación, significa la aplicación de las reglas del concurso sobre bases desconocidas para el concursante, quien prevalido de la confianza legítima de ser nombrado bajo la condición de obtener el primer puntaje, puede ser despojado del derecho por motivos ajenos a las reglas de la contienda.

De acuerdo con lo anterior, a juicio de la Corporación, la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente”, contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, desconoce el principio constitucional del mérito como criterio rector del acceso a la función pública, los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de quienes obtienen el primer lugar en los respectivos concurso, así como el principio de la buena fe.

Sin embargo, habida cuenta de que la configuración semántica de la expresión demandada puede ser interpretada de una manera distinta a la adoptada en sus decretos reglamentarios y acorde a la Constitución, la Corte proferirá una sentencia interpretativa y declarará la exequibilidad de la expresión bajo el entendido de que (i) la terna a la que se refiere el inciso primero del artículo 28 de la Ley 1122 de 2001 (sic) deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones, (ii) el nominador de cada empresa social del estado deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje, y (iii) el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero.¹⁶ /resaltado fuera de texto/

En virtud a la exequibilidad condicionada señalada por la Corte Constitucional, es claro que el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 debe ser interpretado con fuerza obligatoria por los operadores jurídicos bajo los parámetros indicados, esto es, que la terna conformada para el nombramiento de Gerente de la Empresa Social del Estado debe ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones, debe designarse en el cargo de Gerente a quien alcance el puntaje más alto y, es de destacarse que, el resto de la terna operará como listado de elegibles, bajo el entendido que cuando no sea posible nombrar al candidato mejor calificado, deberá nombrarse al segundo y en su defecto al tercero.

Sobre este último punto, se resalta que desde el momento en que se posesionó la persona que obtuvo el mayor puntaje en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado, pierde vigencia la terna elegida por concurso para aquel entonces. En razón a que desde ese momento empezó éste a ejercer su periodo institucional; y en consecuencia, lo que opera en este caso es una vacancia absoluta del cargo.

Al respecto la Corte Constitucional¹⁷, expresó que de acuerdo con los diferentes pronunciamientos del tribunal constitucional, desarrollados, entre otras, mediante las sentencias C-957 de 2007, C-181 de 2010 y C-777 de 2010, los cargos de gerentes de las ESE, son de naturaleza especial, en razón a que pese a ser clasificados como de libre nombramiento y remoción, se proveen mediante concurso de méritos y cuentan con un periodo institucionalizado de 4 años, en el que, ante una vacancia absoluta, solo es procedente su aprovisionamiento, dependiendo del periodo restante, mediante un nuevo concurso cuando quedan más de 12 meses o por nombramiento directo del nominador cuando el término restante es inferior.

Ahora bien, para la Corte¹⁸, distinto sería que, por ejemplo, se hubiese presentado alguna de las situaciones extraordinarias que impiden la posesión en el cargo de gerente, a quien obtiene el mayor puntaje, y no puede acceder al mismo; ya que en ese caso, sí se hubiera tenido que recurrir a quien había ocupado el segundo lugar en el concurso de méritos.

Lo anterior de acuerdo con lo previsto en la sentencia C-181 de 2010, en la cual se declaró la exequibilidad condicionada del inciso primero del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, cuando indicó en la parte final del condicionamiento que “*el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato*

¹⁶ Sentencia C-181 de 2010, Magistrado Ponente: Dr. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

¹⁷ Sentencia T-784/13 Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

¹⁸ *ibidem*

que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero". /subrayado fuera del texto original/

En el caso en concreto, se demostró que a través del Decreto No. 155 de del 20 de abril de 2002, se nombró al demandante en el cargo de Director del Hospital San Vicente de Arauca, previa la realización de un concurso público, posesionándose de dicho cargo el 23 de abril siguiente (fls. 29 al 31 C. No. 01). Por otra parte, se anexó el Decreto No. 084 del 10 de marzo de 2015, por medio del cual se revocó el citado Decreto 155 (fls.32 al 37 C. No. 01).

Dentro del expediente, obra Oficio del Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca, dentro de acción de tutela donde se deja sin efectos el Decreto No. 084, ordenándose reintegrar como Director del Hospital San Vicente de Arauca al actor (fls. 71 y 72), así mismo, se aportó sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Arauca dentro de otra acción de la misma naturaleza interpuesta por el señor Jhoan Javier Giraldo Ballén en la cual se ordena al Gobernador del Departamento que en un término improrrogable de 48 horas, se dejara sin efectos el Decreto No. 084 de 2015 mientras la jurisdicción contenciosa se pronuncia sobre la demanda de nulidad contra el Decreto No. 155 de 2012 (fls. 74 al 89).

Se probó que por medio de los Decretos Nos. 133 y 134 del 31 de marzo de 2015, se da cumplimiento a fallos de tutela proferidos, dejando sin efectos el Decreto No. 084 de 2015 y reintegrando al señor Johan Javier Giraldo Ballén en el cargo de Director del Hospital San Vicente de Arauca (fl. 39 al 41).

Se aportó providencia del 8 de mayo de 2015, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, dentro de la acción de tutela rituada en el Juzgado Civil del Circuito de Arauca con ponencia de Matilde Lemos Sanmartín, en la cual se declara la nulidad del fallo proferido en ese despacho, ordenándose devolver las diligencias al Juez de primera instancia para que se proceda a vincular a terceros interesados en las resultas del proceso (fls. 91 al 103)

Del anterior fundamento normativo, conforme con las interpretaciones hechas por la jurisprudencia y de acuerdo con el material probatorio aportado, no encuentra la Sala elementos suficientes para suspender los efectos de los actos acusados, en punto que no es posible en este momento determinar la vigencia del Decreto No. 084 de 2015 que revocó el nombramiento del accionante, ya que frente a él, ha habido varios pronunciamientos judiciales, dentro de acciones constitucionales y ordinarias que no se conocen en su integridad y que no dan certeza a la Corporación que se pueda derrotar la presunción de legalidad de los actos acusados de manera preliminar, como se solicitó.

Al respecto, se resalta que en el hecho 12 de la demanda (fl. 04), se narra que dentro de la acción de tutela del Juzgado Civil del Circuito de Arauca se profirió una nueva decisión, y que existe demanda de nulidad simple contra el Decreto No. 084 de 2012, sin que dichos expedientes en su integridad hayan sido anexados al presente proceso, lo cual impide, por insuficiencia probatoria, suspender los efectos de los actos acusados, en el mismo sentido, también se prueba de la existencia de otros procesos judiciales, los cuales no fueron aportados al plenario.

En este orden de ideas, al no tenerse certeza sobre la vigencia del Decreto No. 084 de 2015 que revocó el nombramiento del actor, no es posible determinar si existe una vacancia absoluta del cargo de Director del Hospital San Vicente de Arauca y de contera por no tenerse prueba de esa situación fáctica, es imposible determinar en este momento si debe respetarse el nombramiento anterior del accionante, o si debía nombrarse en dicho cargo a los restantes integrantes de la lista de elegibles o, por el contrario, si fue legal nombrar de manera discrecional a otros servidores públicos por encargo, como se realizó.

Son las anteriores consideraciones suficientes para considerar que por estos motivos no es posible suspender provisionalmente los actos acusados.

Vigencia del Decreto No. 155 de 2012, que nombró al accionante en el cargo de Director del Hospital San Vicente de Arauca.

Frente a este motivo de inconformidad, expone el demandante que no es cierto que el Decreto 155 de 2012 que dio origen al nombramiento del señor Jhoan Javier Giraldo Ballén se encuentra revocado desde el 10 de marzo de 2015, ya que debe hacerse claridad que el decreto de revocatoria directa No. 084 de 2015, fue expulsada del ordenamiento jurídico a través del Decreto No. 133 de 2015, en cumplimiento de orden judicial por tutela proferida por un Juez de la República, luego es imposible desde cualquier óptica que se observe la ejecución de un acto (Decreto No. 084), inexistente en el ordenamiento jurídico que a la luz de la Ley perdió toda vigencia y eficacia.

Frente a este punto, se deben tener en cuenta los mismos argumentos que se expusieron en el acápite anterior, ya que no es posible determinar, con el acopio probatorio existente, la vigencia del Decreto No. 084 de 2015, además el mismo demandante aduce la existencia de proceso judicial en contra del Decreto No. 155 de ese mismo año, y aunque dicho proceso es conocido por la Corporación, sus actuaciones no se pueden reputar conocidas por las partes, sin que se aporte copia de ellas al expediente.

Por lo tanto, al no poderse determinar de manera fehaciente y eficaz la vigencia de los Decreto Nos. 155 y 84 de 2015, no es posible determinar la procedencia de la suspensión provisional de los actos acusados, por estos aspectos.

Desviación de poder para la satisfacción de intereses clientelistas

Aduce el actor que existió desviación de las atribuciones del Gobernador en la expedición de los decretos demandados, ya que se tuvo como propósito con la expedición de los actos acusados la satisfacción de intereses clientelistas, desviando sus funciones como nominador, las cuales se ven representadas en las siguientes circunstancias: (i) la renuencia sistemática para reintegrar al actor a las funciones como Director del Hospital una vez se levantó la medida cautelar que pesaba contra su decreto de nombramiento, lo cual lo conllevó a instaurar una acción de tutela que ordenó el 10 de marzo su reintegro a ese cargo. (ii) El afán exagerado en que incurrió con la expedición del Decreto de revocatoria directa No. 084 de 2015, con la finalidad de contrarrestar el fallo de tutela mencionada, con una ostensible violación al debido proceso. (iii) A su vez los Decretos no podía ser expedido por el Gobernador, dado que él se encontraba en una causal de impedimento, como bien lo hizo cuando se declaró impedido por solicitud que se le hiciera ante la Procuraduría Regional de Arauca. (iv) La advertencia que se hizo en el sentido que lo que se quería era nombrar a dedo en esa Dirección Hospitalaria a la Dra. Bibiana Castellanos.

Al respecto, *prima facie* en este momento no encuentra la Corporación prueba fehaciente donde pueda concluirse que existió desviación de poder con la expedición de los actos acusados, ya que no se verifica el actuar desviado del demandado en su actuar, teniendo en cuenta que los motivos para sustentar los intereses clientelistas manifestados son fundamentos de otros actos administrativos y del posible incumplimiento de actuaciones judiciales, situaciones que no se demuestran tengan una relación íntima y necesaria con los nombramientos realizados a través de los actos cuestionados.

Además, se observa que el impedimento manifestado y aceptado por el Gobernador del Departamento José facundo Castillo Cisneros, hace relación a actuaciones administrativas en las cuales sea parte el señor Jhoan Javier Giraldo Ballén (fls. 62 al 68), lo cual no opera en el presente caso, ya que los actos acusados constituyen decisiones administrativas en las cuales se nombraron como Directoras del Hospital San Vicente de Arauca a personas

distintas del mencionado señor Giraldo Ballén, esto es, a las señoras Maribel Cantor Chávez y Bibiana Castellanos.

Por lo anterior, tampoco por estos hechos puede suspenderse los efectos de los actos acusados.

En mérito de lo expuesto se

RESUELVE

PRIMERO.- Admitir la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad electoral presentó el señor Jhoan Javier Giraldo Ballen en contra del Departamento de Arauca, con el objeto de obtener la anulación de los actos administrativos Nos. 377, 390 y 412 de 2015 expedidos por el Departamento de Arauca.

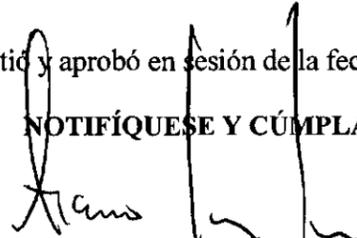
En consecuencia, en aplicación del artículo 277 del C.P.A.C.A., se dispone:

1. Notificar personalmente esta providencia a las señoras Maribel Cantor Chávez y Bibiana Castellanos. De no ser posible la notificación dentro del término señalado en el literal a) del numeral 1° del artículo 277 del CPACA, deberá proceder en la forma subsidiaria prevista en los literales b) y c) de la disposición en cita.
2. Notificar personalmente esta providencia al Gobernador del Departamento, en su carácter de autoridad que expidió el acto demandado. Para tal efecto se acudirá al mecanismo establecido en el numeral 2° del artículo 277 del C.P.A.C.A., mediante mensaje dirigido al buzón para notificaciones judiciales.
3. Notificar personalmente al Agente del Ministerio Público.
4. Notificar por estado al demandante.
5. Infórmese a la comunidad la existencia de este proceso de conformidad con el numeral 5° del artículo 277 del C.P.A.C.A.

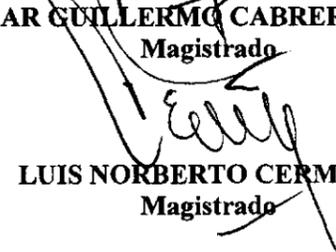
SEGUNDO.- Negar la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, por lo expuesto en la parte motiva.

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ALEJANDRO LONDOÑO JARAMILLO
Magistrado


EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS
Magistrado


LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado