TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA
SALA DE DECISIÓN

Magistrado: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Proceso	: 81001 2339 000 2016 00045 00
Acción	: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante	: Jhoan Javier Giraldo Ballén
Demandado	: Hospital San Vicente de Arauca ESE
Providencia	: Sentencia de primera instancia

Decide de fondo el Tribunal Administrativo de Arauca el proceso mediante sentencia, luego de adelantado todo el trámite de primera instancia.

ANTECEDENTES

1. La demanda

Jhoan Javier Giraldo Ballén instauró demanda contra el Hospital San Vicente de Arauca ESE (fl. 1-182), en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Dentro de los **hechos** que se presentan, expone que fue nombrado Director del Hospital San Vicente de Arauca mediante Decreto 155 de 2012 proferido por el Gobernador de Arauca por el periodo 2012-2016, al ocupar el primer lugar en el concurso de méritos para el cargo. Que dentro de la acción de nulidad 81001-2333-003-2012-00039-00 se expidió medida cautelar que suspendió el citado decreto, la cual quedó sin efectos ante las decisiones del Consejo de Estado del 1 de julio y 16 de octubre de 2014 que declararon la nulidad de todo lo actuado en ese proceso y el Gobernador de Arauca lo reintegró al cargo el 31 de marzo de 2015 con el Decreto 133 de ese año.

Agrega que no obstante, el Gobernador revocó el Decreto 155 de 2012 mediante el No. 084 de 2015, el cual a su vez se dejó sin efecto por el No. 133 de 2015, cobrando nuevamente vigencia a juicio del Gobernador, con el Decreto 377 de ese año; y en consecuencia, se encuentra sin vinculación con la demandada, y la entidad le negó el reconocimiento de salarios y prestaciones sociales.

En las **pretensiones** solicita que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio TDR-100. 17-0 del 24 de septiembre de 2015, mediante el cual se niega el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales y los demás emolumentos e indemnizaciones a que haya lugar; y como restablecimiento del derecho, que se ordene el

reconocimiento, liquidación y pago de todos los salarios y prestaciones sociales legales causadas desde el 19 de octubre de 2012 hasta el 31 de marzo de 2015 y las demás prestaciones que por ley tenga derecho, así como al pago de los intereses y la sanción moratoria, entre otras.

Plantea como **normas violadas,** la Constitución Política (Preámbulo y los arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 40, 53, 90, 122, 123, 124, 125, 209, 228 y 229); Decretos 139 de 1996, 800 de 2008, 3135 de 1968 (arts. 1, 5, 6 y 8), 1848 de 1969, 3130 de 1968 (arts. 3 y 5), 1959 de 1973 y 1042 de 1978; las Leyes 100 de 1993 (art. 192), 1122 de 2007 (art. 28) y 1437 de 2011 (art. 1, 3 y 10); y como **concepto de la violación** sostiene que se configuran las causales de nulidad por falsa motivación, desviación de las atribuciones de la autoridad que profirió el acto administrativo y violación de las normas en que debía fundarse.

Respecto de la falsa motivación, manifiesta que la decisión del Hospital San Vicente de Arauca de negarle los derechos reclamados se apoya en la falta de una orden judicial, lo que no es más que un paralogismo para sacralizar sus derechos laborales en contra de lo manifestado por el Consejo de Estado que ha forjado una línea jurisprudencial cuando un trabajador es retirado por una medida cautelar y luego es levantada, al sostener que el empleador es el primer obligado a reconocer los salarios y prestaciones sociales dejados de recibir en el tiempo que permaneció cesante.

Expresa en cuanto a la desviación de las atribuciones de la autoridad que profirió el acto administrativo, que se incurre en ella al desconocer de manera caprichosa y arbitraria el imperativo normativo que expone y los derechos que le asisten; sobre la violación de las normas en que debió fundarse, afirma que es palmario su derecho de percibir los salarios y prestaciones sociales causados mientras su relación estuvo suspendida, y al ser ciertos e indiscutibles "*no son susceptibles de conciliación y/o transacción, de manera que, resulta un despropósito el desconocimiento infundado de estos derechos, a los cuales, están llamadas, las Autoridades Administrativas, en primer orden, a garantizarlos y protegerlos*".[1]

2. La contestación de la demanda

El Hospital San Vicente de Arauca contestó la demanda (fl. 196-231); acepta como ciertos algunos hechos, de otro sostiene que es cierto en forma parcial, y frente al 7 y 9 manifiesta que son apreciaciones subjetivas del demandante; se opone a las pretensiones porque la respuesta que se demanda se emitió conforme a la situación fáctica

[1] Las transcripciones que se incluyen en esta sentencia, asi están escritas en el texto del que se tomaron; por lo tanto, los errores, imprecisiones y resaltados son del original, y con este aviso general, no se hará la advertencia específica cada vez que se amerite un (sic), para evitar su inútil y prolífica repetición; no obstante, se advierte que de algunas citas se suprimen notas de pie de página, por lo cual o no aparecen todas las del texto o las que aparecen no siempre tienen el mismo número que registra la sentencia o el documento original que se transcribe.

presentada, observando la normatividad vigente, las providencias judiciales que en modo alguno dispusieron condena a su cargo, y se efectuaron de acuerdo a las facultades del Director de la entidad.

Señala que las normas invocadas en la demanda no han sido objeto de quebrantamiento alguno con la expedición del acto administrativo demandado, el cual se ajusta a la situación fáctica y de derecho; plantea excepciones previas y como de fondo las de "*legalidad del acto acusado*" e "*Indebida escogencla del medio de control*".

3. Trámite procesal surtido

3.1. Las partes: La demandante está integrada por Jhoan Javier Giraldo Ballén; y la demandada por el Hospital San Vicente de Arauca ESE.

3.2. La demanda fue radicada (fl. 13), se admitió (fl. 185), y efectuadas las notificaciones y surtido el traslado (fl. 186-195), el Hospital contestó (fl. 196-231); se dio traslado de las excepciones (fl. 232) y el demandante no se pronunció (fl. 236); se citó a audiencia inicial (fl. 237) y se dio traslado de dos cesiones de derechos litigiosos (fl. 237, 244); se celebró la audiencia inicial (fl. 250-252), se decidieron las excepciones previas (fl. 250) y se profirió auto de pruebas (fl. 252); se surtió la etapa probatoria (fls. 255-277) con celebración de la Audiencia de pruebas (fl. 282-283) y una vez concluida, se ordenó correr traslado para alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público (fl. 282-envés, 283). La recusación que se presentó (fl. 285-324) fue negada por la Sala (fl. 325-336, 345-348).

4. Alegatos de conclusión

4.1. La parte demandante se pronunció (fl. 285-590); manifiesta que logró probar que fue nombrado como Director del Hospital San Vicente de Arauca, que también se surtió un proceso de nulidad simple, luego convertido en nulidad electoral, en el que se ordenó la suspensión de los efectos del Decreto de su nombramiento; que el Consejo de Estado declaró la nulidad de lo actuado, con lo que la suspensión había quedado sin efecto; que el Departamento de Arauca lo reintegró mediante Decretos 132 y 133 del 31 de marzo de 2015, luego le fueron favorables las decisiones en el proceso electoral, y se dan los presupuestos jurisprudenciales para que se le reconozca lo dejado de percibir durante el tiempo de la vigencia de la medida cautelar.

Expresa que se configuran los vicios de nulidad del acto administrativo demandado, no se requiere orden judicial para el reconocimiento de sus derechos laborales por la protección especial que tienen, y su desconocimiento configura la falsa motivación, y la desviación de las atribuciones de la autoridad que lo expidió.

4.2. La cesionaria de derechos litigiosos, Judith Consuelo González,

expresó (fl. 291) que de acuerdo con las circunstancias fácticas de la demanda, hay lugar al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales durante el término en que permanecieron suspendidos los efectos del decreto de nombramiento del demandante, dado que levantada la medida cautelar, se retrotrae su situación como si ella no hubiera existido y mantiene la relación laboral y surge la sanción moratoria.

4.3. La parte demandada guardó silencio (fl. 297).

5. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no lo emitió en este proceso (fl. 297).

CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la primera instancia, procede la Sala a decidir de fondo el presente proceso judicial.

1. El problema jurídico

Consiste en: ¿Es ilegal el acto administrativo contenido en el oficio TDR-100.17-0 del 24 de septiembre de 2015, por el cual se negó el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales y otros derechos a los que el demandante considera que tiene derecho? Si la respuesta es afirmativa, ¿Tiene derecho el demandante a que se le ordene al Hospital San Vicente de Arauca que efectúe el reconocimiento, liquidación y pago de prestaciones sociales y demás emolumentos y conceptos que reclama?

2. Análisis de aspectos procedimentales

2.1. Sentencia de fondo. El proceso cumple con el cometido encargado a la Administración de Justicia de dirimir la disputa puesta a su consideración[2].

2.2. Sobre las excepciones de fondo. Las propuestas. La demandada propuso la de "*Indebida escogencia del medio de control*", que fue resuelta de manera negativa en la audiencia inicial; y en cuanto a la de "*legalidad del acto acusado*", no se tiene como excepción propiamente dicha, pues no constituye un hecho que se oponga a las pretensiones; es un aspecto sustancial de derecho y argumento de defensa, por cuanto precisamente, es tema objeto del debate judicial; por lo tanto, conforme

---

[2] Significa que se controló en forma exitosa la legalidad procesal en todos sus aspectos, como jurisdicción, competencia, otros presupuestos procesales, y sin nulidades u otros trámites por decidir.

con lo que se expondrá en estas Consideraciones, se tendrá la respuesta al planteamiento efectuado. Y sobre **excepciones de oficio**, no se encuentra probada alguna para declarar (Artículo 187, CPACA)[3].

2.3. Las cesiones de derechos que le hizo el demandante a Carlos Alberto García Parales (fl. 233-235, 237-239, 250-envés) y a Judith Consuelo González (fl. 240-242, 244-248, 250-envés) no fueron eficaces para sustituirlo en el proceso, toda vez que la demandada no las aceptó en forma expresa (Inciso tercero, artículo 68, CGP).

3. Principales pruebas

Del acervo probatorio allegado y valorado, se destacan las siguientes:

a. Acto administrativo demandado: Oficio TDR-100.17-0, del 24 de septiembre de 2015 (fl. 181-182).

b. Petición de Jhoan Javier Giraldo Ballén el 7 de septiembre de 2015, al Hospital San Vicente de Arauca (fl. 174-180).

c. Decreto 155 de 2012, "*Por medio del cual se efectúa un nombramiento en propiedad*" (fl. 209-210, 301-305).

d. Acta de Posesión 172 de 2012 de Johan Javier Giraldo Ballén como Director del Hospital San Vicente de Arauca ESE (fl. 211, 408).

e. Decreto 420 de 2012, "*Por medio del cual se efectúa un encargo en cumplimiento de un decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, que ordena suspender provisionalmente los efectos del Decreto número 155 del 20 de abril de 2012 expedido por el Gobernador del Departamento de Arauca*" (fl. 212-213).

f. Piezas procesales del expediente 81-001-23-33-003-2012-00039-00 a 04, demandante Departamento de Arauca, contra el Decreto 155 de 2012 (fls. 22-87, 98-167 y CDs 277-280).

g. Decreto 084 de 2015 de la Gobernación de Arauca, "*Por medio del cual se Revoca de manera directa el Decreto 155 del 20 de abril de 2012*" (fl. 16-21, 214-219).

---

[3] CPACA hace referencia al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normativa que reemplazó al C.C.A, lo que a su vez, corresponde al Código Contencioso Administrativo, vigente hasta el 2 de julio de 2012 pero que se aplica en los procesos iniciados antes de esa fecha. Cuando se escriba C. Po, se hace alusión a la Constitución Política de Colombia; C.P.C es el Código de Procedimiento Civil; CGP es el Código General del Proceso; al mencionar C.C, es Código Civil, CST es Código Sustantivo del Trabajo, C. Co. es Código de Comercio y E. T. Estatuto Tributario. C. P. es Código Penal y CPP se refiere al Código de Procedimiento Penal. M. P. es el Magistrado Ponente en sentencias que se citan; de otra parte, "fl" indica el número de folio o página en donde se encuentra la prueba invocada, "c" se refiere a la carpeta o cuaderno que la contiene, y "a" es Anexo. Al indicar *a quo*, se trata de la primera instancia, y *ad quem*, es la segunda.

h. Decreto 133 de 2015, "*Por medio del cual se da cumplimiento a un fallo de tutela proferido por el Juez Civil del Circuito de Arauca*" (fl. 168, 220).

i. Decreto 134 de 2015 "*Por medio del cual se da cumplimiento a un fallo de tutela proferido por el Juez Primero Penal del Circuito de Arauca*" (fl. 169-170, 221-222).

j. Decreto 377 de 2015, "*Por medio del cual se hace un encargo de Director del Hospital San Vicente de Arauca ESE*" (fl. 171-173, 223-225).

k. Decreto 086 de 2016, "*Por medio del cual se da cumplimiento a la medida provisional adoptada por la Sala Unitaria del Tribunal Administrativo de Arauca, dentro de la Acción de simple nulidad instaurada por el dr. Jhoan Javier Giraldo Ballén*" (fl. 226-228).

l. Decreto 370 de 2016, "*Por medio del cual se efectúa un encargo del Director del Hospital San Vicente de Arauca ESE*" (fl. 229-231).

4. Caso concreto

4.1. El demandante reclama que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio TDR-100.17-0 del 24 de septiembre de 2015, mediante el cual se le negó el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales y otros derechos que reclama, y como consecuencia de esa declaratoria, que se le cancelen.

Tales derechos se exigen por el lapso en el que Jhoan Javier Giraldo Ballén estuvo separado del cargo de Director del Hospital San Vicente de Arauca, producto de la medida cautelar de suspensión provisional que adoptó el Tribunal Administrativo de Arauca en el proceso 810012333003 20120003900, donde el Departamento de Arauca demandó su propio acto, el Decreto 155 de 2012, con el que lo había designado en dicho empleo.

4.2. Las causales de nulidad. De las que establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 137, el demandante invoca las siguientes:

- Falsa motivación.

- Desviación de las atribuciones de la autoridad que profirió el oficio.

- Violación de las normas en que debió fundarse.

4.3. En cuanto a la falsa motivación, el Consejo de Estado (M. P. Gabriel Valbuena Hernández, 6 de septiembre de 2018, rad. 05001-23-31-000-2003-02262-01, 2809-13; M. P. Rafael Francisco Suárez Vargas, 10 de

octubre de 2018, rad. 11001-03-25-000-2012-00036-00, 0143-12; M. P. Carmelo Perdomo Cuéter, 31 de octubre de 2018, rad. 25000-23-42-000-2015-00753-01, 3786-16, entre otras) se ha referido a esta figura jurídica, y de sus providencias, como las citadas, se establece el siguiente esquema general:

- Es el vicio de nulidad que afecta el elemento causal de la decisión, relacionado con los antecedentes de hecho o de derecho que se aducen en respaldo de su expedición.

- Ocurre cuando:

i) Los fundamentos de hecho no existen, son contrarios a la realidad bien sea por error o por razones engañosas o simuladas, o se les da un alcance que no tienen, o no guardan correspondencia con la decisión

ii) Los fundamentos de derecho no existen, o están distorsionados, o se dan de manera engañosa, fingida, simulada, o falta de veracidad, o con un alcance que no tienen o es distinto o contrario; también, cuando se considera como no existente una norma jurídica que, en realidad, existe, o se le aplica a un caso que aquella no contempla.

- No implica que para la ocurrencia de la causal se necesite la intención dolosa de falsear los motivos, pues basta la errónea motivación, la equivocación involuntaria, sin intención de encubrir o aparentar nada.

- Quien la endilga tiene la carga de demostrar la causal.

El demandante considera que ante el hecho de negar el pago de los derechos reclamados con el argumento que no había orden judicial que lo ordenara, se incurre en falsa motivación porque no se necesita de ese pronunciamiento expreso, dado que "*el reconocimiento de estos emolumentos opera por la protección misma que gozan de conformidad con lo estipulado por el artículo 53 de la C.N*" (fl. 4-7).

De lo anterior se desprende que el cargo de nulidad se enmarca dentro de otra causal, distinta a la de falsa motivación.

En efecto, al cuestionar la demanda la posible violación del artículo 53 de la C. Po, la causal aplicable es la que establece el artículo 137 del CPACA, referida a que la nulidad "*Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse*".

Se hace notar que dicha causal también fue planteada por el demandante en el proceso, y precisamente, la respalda en el mismo artículo constitucional con que sustenta la presente, al tiempo que las sentencias que cita en su favor para la falsa motivación, se adoptaron sobre tal disposición Superior; de ahí que un pronunciamiento de fondo se hará más adelante, en el acápite correspondiente.

No obstante y frente a la motivación del oficio, se encuentra que es cierto el hecho que aduce el Hospital en cuanto a que no existía, o al menos no se probó en este expediente, orden judicial que le impusiera la obligación de pagarle a Giraldo Ballén los derechos laborales por el lapso en el que estuvo suspendido del cargo. Ninguna de las providencias proferidas, como las tres de la Sección Quinta del Consejo de Estado que declararon la nulidad del proceso del medio de control electoral, ni las dos del Tribunal Administrativo de Arauca que lo continuaron, ni las dos en acción de tutela, se pronunciaron sobre ese asunto.

Además, debe tenerse en cuenta el contexto que se presentaba entonces frente a la situación laboral de Giraldo Ballén, pues ante la nulidad del proceso 2012-00039 que incluía la medida cautelar de suspensión provisional del Decreto 155 de 2012 (fl. 114-151), no era el Hospital San Vicente de Arauca el llamado a decidir sobre su reintegro, sino el Gobernador de Arauca, nominador del cargo, quien no adoptó medida alguna sobre el particular, sino que expidió el Decreto 084 de 2015 por el que revocaba aquel acto administrativo (fl. 214-219).

Y ante dos sentencias de primera instancia en acción de tutela, el Gobernador dejó sin efecto el acto de revocatoria (fl. 220) y reintegró al hoy demandante el 31 de marzo de 2015 (fl. 221-222), pero la primera de ellas perdió vigencia por providencia de segunda instancia (fl. 224), ante lo cual se encargó a otra persona de la Dirección de la ESE el 25 de mayo de 2015 (fl. 223-225), razón que explica el por qué Giraldo Ballén tampoco ocupaba el cargo en septiembre de ese año, mes en el que radicó la petición de reclamo y se expidió el oficio que demanda (fl. 174-182). Y también era cierto que a esta fecha, 24 de septiembre de 2015, continuaba aún el proceso de nulidad electoral 2012-00039 en su primera instancia (fl. 22-86), con lo que para el momento de expedición del acto administrativo impugnado, no había definición alguna que impusiera el pago de los derechos, tal como en el mismo se consignó.

De manera que frente al argumento expreso que planteó el demandante en el primer cargo de nulidad contra el acto administrativo que cuestiona, como de las razones que contiene la decisión en su respaldo, se establece que no se probó la existencia de la causal de falsa motivación.

4.4. En el segundo reproche contra el oficio demandado, se endilga la causal de nulidad de desviación de las atribuciones de la autoridad que profirió el oficio.

El Consejo de Estado (M.P. César Palomino Cortés, 26 de abril de 2018, rad. 05001233100020000364001, 0577-12 y M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 20 de septiembre de 2018, rad. 2500023250002010 0073901, 4541-13, entre otras) se ha pronunciado sobre esta causal de nulidad; en la última de las sentencias citadas, consagra que *"La jurisprudencia y la doctrina clasifican las diferentes manifestaciones de la desviación de*

poder, generalmente en dos grandes grupos: aquellos casos en que i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público–venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionarlo; y, ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías".

También precisa nuestra Alta Corte (M. P. William Hernández Gómez, 15 de noviembre de 2018, rad. 05001233300020130175401, 4450-16) que

"[…] A su turno, la desviación de poder ha sido definida por la jurisprudencia de esta Corporación como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse.

"De igual forma, ha advertido esta Sala que la demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del iter desviatorio para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar. […]".

De manera que cuando se actúa con desviación de poder, se trata de disfrazar con aparente legalidad y en uso real de competencia, la finalidad de una decisión que obedece a otras razones que se ocultan; esta circunstancia hace que sea de las causales de ilegalidad más difíciles de probar, por lo cual se acepta que se acredite aún con indicios, pero ello no releva al demandante de su deber de demostrarla.

Giraldo Ballén considera que el Hospital San Vicente de Arauca incurrió en esta causal, al desconocer de manera caprichosa y arbitraria el imperativo normativo que expone y los derechos que le asisten de recibir los salarios y prestaciones sociales durante el lapso de suspensión.

Como se observa, el cuestionamiento no se dirige a demostrar que la decisión impugnada tuvo una finalidad torcida, u oculta objetivos distintos a las exigencias de una buena y sana administración, o fue en venganza

personal, o con motivación política, o para favorecer a un tercero diferente a la ESE o a la propia servidora pública suscribiente, o de una intención particular o arbitraria de la Directora Encargada, o con un fin opuesto a los intereses públicos, o por una causa adversa al cumplimiento de sus atribuciones, o por un propósito ajeno al objeto social del Hospital San Vicente de Arauca.

En efecto, en el concepto de la violación del escrito de demanda no se indica alguna circunstancia específica que pueda constituir o enmarcarse en alguno los elementos de la figura jurídica de desviación de poder, pues solo señala que con la decisión que impugna en vía judicial, la entidad vulneró normas constitucionales y del CPACA que en su criterio, la obligaban a reconocerle sus derechos en vía administrativa (fl. 7-8); así mismo, ninguno de los hechos se refiere a esta causal (fl. 2-3) y en los alegatos de conclusión, apenas la reitera ante el desconocimiento de sus obligaciones (fl. 289). Significa que ni en la *causa petendi*, ni en los fundamentos jurídicos, el demandante precisó con qué situación particular y concreta se pudo presentar una desviación de poder para negarle el reconocimiento y pago de los derechos que reclama.

Y era su obligación plantear verdaderas circunstancias con las que el Hospital actuó incurso en desviación de poder, pues ello hubiera permitido analizar si al menos por indicios, se podía encontrar prueba de esta causal de ilegalidad.

De otra parte, en el expediente no aparece algún hecho que pueda mostrar que la decisión de no acoger la petición de reconocimiento y pago de los derechos pedidos se debió a una desviación de poder, ni se aportó testimonio o documento u otra prueba que insinúe siquiera que haya obedecido a algún tipo de discriminación negativa, o a intereses o beneficios particulares.

Se establece entonces, que no existe prueba de relación directa, íntima, idónea, de causa a efecto, entre alguna finalidad oscura o torcida en contra del hoy demandante, con el acto administrativo impugnado, no se acredita algún hecho con nexo causal para que se produjera la decisión desfavorable disfrazando la legalidad del acto administrativo, ni se adujo algún vicio del elemento subjetivo que lo propiciara.

Por lo tanto, el demandante no probó la existencia de la causal de ilegalidad de desviación de poder que aduce, por lo que no prospera este cargo de la demanda.

4.5. La tercera causal de ilegalidad que se le endilga al Oficio TDR-100.17-0 del 24 de septiembre de 2015, es la de violación de las normas en que debió fundarse.

4.5.1. Sobre esta figura jurídica, el Consejo de Estado (M. P. Rafael Francisco Suárez Vargas, 20 de septiembre de 2018, rad. 11001-03-25-

000-2012-00355-00, 1356-12) establece que "*Así, de conformidad con dicha clasificación, «cuando el vicio está afectando al acto se refiere a una irregularidad en el elemento objetivo, es decir, en el contenido del acto, la causal apropiada para ejercer la acción de nulidad será la genérica o violación de norma superior (…) de lo anterior resulta claro que la violación de norma superior como causal de nulidad se presenta cuando el acto administrativo adolece de un vicio consistente en la infracción de la norma o normas a que debía estar sujeto, siempre y cuando ese vicio no corresponda atacarlo por una de las otras causales de nulidad*".

4.5.2. El demandante sustenta este cargo en la vulneración del artículo 53 de la Constitución Política, en cuanto considera que le asiste el derecho de percibir los salarios y prestaciones sociales causados mientras su relación laboral permaneció suspendida y que la Administración debe garantizarlos y protegerlos (fl. 8), lo cual se analizará y decidirá. En contrario, no se tiene como fundamento de esta causal a la Ley 244 de 1995 que cita Giraldo Ballén (fl. 8), pues el escrito de demanda la alude pero para señalar una posible consecuencia de la negativa del Hospital San Vicente de Arauca de reconocerle y pagarle los derechos que le reclamó, lo que no constituye circunstancia que intervenga en la ilegalidad del acto administrativo.

El artículo 53 de la Constitución Política establece:

> "El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:
>
> Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.
>
> El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.
>
> Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.
>
> La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores".

4.5.3. En el expediente se probó:

- 20 de abril de 2012: Jhoan Javier Giraldo Ballén fue designado Director del Hospital San Vicente de Arauca por el Decreto 155 de ese año y se posesionó del cargo tres días después (fl. 209-211, 301-305, 408); el nombramiento lo hizo el Gobernador de Arauca, quien es el nominador.

- 19 de octubre de 2012: Cuando se encontraba en ejercicio de sus funciones, una autoridad judicial, el Tribunal Administrativo de Arauca, en el proceso inicialmente de nulidad 2012-00039 declaró la suspensión provisional del Decreto 155 de 2012 (fl. 98-113), lo que se ejecutó con el Decreto 420 de 2012 por el que se designó a una encargada y produjo el retiro temporal de Giraldo Ballén (fl. 212-213).

- 1 de julio, 16 de octubre y 11 de diciembre de 2014: El Consejo de Estado anuló todo el trámite del posterior proceso de nulidad electoral 2012-00039; sin embargo, no se pronunció de manera expresa sobre la vigencia de la medida cautelar, es decir, no efectuó en forma taxativa su levantamiento o cancelación (fl. 114-151).

- 10 de marzo de 2015: Con el Decreto 084 de ese año, el Gobernador de Arauca revocó de manera directa el Decreto 155 de 2012 (fl. 16-21, 214-219).

- 31 de marzo de 2015: Como consecuencia de una orden de tutela, se expidió por parte del Gobernador de Arauca el Decreto 133 de 2015, para dejar sin efectos el Decreto 084 de 2015 (fl. 168, 220).

- 31 de marzo de 2015: En cumplimiento de otra sentencia de tutela, el Gobernador de Arauca profirió el Decreto 134 de ese año, ordenando el reintegro de Giraldo Ballén al cargo de Director del Hospital San Vicente de Arauca (fl. 169-170, 221-222).

- 25 de mayo de 2015: Como quiera que en segunda instancia se anuló la decisión de tutela que había dejado sin efecto el Decreto 084 de 2015, el Gobernador de Arauca expidió el Decreto 377 de 2015, "*Por medio del cual se hace un encargo de Director del Hospital San Vicente de Arauca ESE*" (fl. 171-173, 223-225), lo que significó de nuevo, el retiro de Giraldo Ballén del cargo.

- 7 de septiembre de 2015: Petición de Jhoan Javier Giraldo Ballén al Hospital San Vicente de Arauca, reclamando los derechos laborales durante el tiempo transcurrido desde la suspensión judicial de su nombramiento hasta el reintegro por orden de tutela; esto es, entre el 19 de octubre de 2012 y el 30 de marzo de 2015 (fl. 174-180).

- 24 de septiembre de 2015: Se expide el acto administrativo demandado, el Oficio TDR-100.17-0, en el que se niega el reconocimiento y pago de los derechos laborales pedidos por Giraldo Ballén (fl. 181-182).

De manera coetánea frente al Decreto 084 de 2015 y con posterioridad a las fechas que se acaban de relacionar, surgen otros actos administrativos y procesos ordinarios y de acción de tutela que involucran al Departamento de Arauca y a Giraldo Ballén sobre el mismo tema que

controvierten desde 2012, pero que no hacen parte de la disputa sobre los derechos laborales que aquí se reclaman, los del lapso de suspensión.

- 22 de octubre de 2015 y el 18 de febrero de 2016: La Jurisdicción Contencioso Administrativa profiere las sentencias de primera y de segunda instancia dentro del proceso especial electoral 2012-00039, en las que niega la nulidad del Decreto 155 de 2012 (fl. 22-86).

4.5.4. Con lo anterior y como quiera que no se endilga la violación de otra norma jurídica, para decidir si el artículo 53 de la Constitución Política le impone al Hospital San Vicente de Arauca la obligación de pagarle al demandante los derechos laborales que reclama, se debe tener en cuenta:

- La ESE no fue la demandante en el proceso 2012-00039 –Lo hizo el Gobernador de Arauca-, ni se le vinculó al mismo.

- La suspensión del acto de nombramiento de Giraldo Ballén fue una orden judicial.

- El nominador del cargo de Director es el Gobernador de Arauca, autoridad que lo hace en representación del Departamento de Arauca y no del Hospital San Vicente de Arauca. Y en esa condición lo designó, demandó su propio acto, le revocó el nombramiento, lo reintegró y luego volvió a ordenar su desvinculación.

En ninguna de esas decisiones del Gobernador de Arauca, como tampoco en los procesos ordinarios y de tutela, intervino o se vinculó a la ESE.

- La entidad que le pagaba los salarios y prestaciones sociales a Giraldo Ballén cuando ejerció sus labores de Director, fue el Hospital San Vicente de Arauca.

- Si bien en el proceso 2012-00039 se anuló su trámite desde el auto admisorio de la demanda, ni el Tribunal Administrativo de Arauca, ni el Consejo de Estado, ni los Jueces de tutela, ni los actos administrativos de reintegro o de desvinculación, se pronunciaron sobre la vigencia de la medida cautelar, ni le impusieron al Hospital San Vicente de Arauca la obligación de pagar los derechos que aquí se discuten.

- Antes de terminar el proceso 2012-00039, Giraldo Ballén le reclamó los salarios y prestaciones sociales del tiempo de suspensión de su nombramiento al Hospital San Vicente de Arauca.

- Antes de terminar el proceso 2012-00039, la ESE expidió el acto administrativo cuya nulidad se pide.

- Al concluir el proceso 2012-00039, se negó la nulidad del Decreto 155 de 2012 y no hubo pronunciamiento sobre derechos laborales.

4.5.5. En nuestro Derecho no se ha expedido una norma jurídica que regule el tema en disputa para el caso concreto; esto es, que ante una orden judicial de suspensión provisional de un acto administrativo de elección o de nombramiento que luego pierda vigencia, defina si el servidor público reintegrado al cargo tiene derecho a los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir en ese lapso, y en caso de tenerlo, cuál sería la entidad o dependencia que debe pagarlos.

4.5.6. Caso distinto se presenta cuando la suspensión de un servidor público que luego es absuelto se produce por providencia en un proceso disciplinario, pues el asunto tiene solución normativa: La entidad empleadora debe pagar los derechos por el lapso de desvinculación temporal, sin importar que otra dependencia estatal fue la que adoptó la decisión cautelar.

En efecto, la Ley 734 de 2002 prescribe en el artículo 158: "*REINTEGRO DEL SUSPENDIDO. Quien hubiere sido suspendido provisionalmente será reintegrado a su cargo o función y tendrá derecho al reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante el período de suspensión, cuando la investigación termine con fallo absolutorio, o decisión de archivo o de terminación del proceso, o cuando expire el término de suspensión sin que se hubiere proferido fallo de primera o única instancia*".

Esta situación se ha hecho extensiva por la similitud del tema, al campo penal, y así se aplica la misma solución si luego de la medida cautelar por orden judicial, hay absolución u otra decisión favorable en el proceso.

Cuando se trata de servidores públicos judiciales, la prescripción la establece para los dos asuntos, penal y disciplinario, el artículo 147 de la Ley 270 de 1996.

El Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ratifica que en esos casos, se reitera, de proceso penal o disciplinario, la entidad empleadora es la obligada a pagar tales derechos, si bien agrega que esta puede repetir en contra de la autoridad judicial que ordenó la suspensión si luego se absuelve al servidor público.

Nuestra Alta Corte se respalda en el principio de favorabilidad del artículo 53 de la Constitución Política, y consagra que en esas situaciones de suspensión, la relación laboral no termina sino que surge una condición resolutoria, la cual al desaparecer tiene efectos retroactivos que otorga el derecho a percibir los emolumentos económicos aunque no se haya prestado el servicio.

Con tales criterios, se destacan las siguientes providencias de la Sección Segunda: M. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, 25 de enero de 2007, rad. 05001-23-31-000-1998-00883-01, 1618-03; M. P. Alfonso Vargas Rincón,

22 de marzo de 2012, rad. 25000232500020030543 9-01, 0090-09; M. P. Gerardo Arenas Monsalve, 24 de enero de 2013, rad. 25000-23-25-000-2008-00658-01, 0391-2010; M. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 12 de mayo de 2014, rad. 13001-23-31-000-2009-00309-01, 1879-12.

Por su parte la Sección Tercera, comparte y se apoya en el criterio expuesto, y resuelve que frente a los salarios dejados de percibir durante el lapso de suspensión por decisión penal o disciplinaria en cuyos procesos luego el servidor público es absuelto, la obligada es la entidad empleadora y que el medio de control para reclamarlos es el de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto se trata de asuntos laborales administrativos. Dentro de las sentencias proferidas, se tiene: M. P. Hernán Andrade Rincón, 9 de abril de 2014, rad. 25000-23-26-000-2000-01186-02, 28962; M. P. Marta Nubia Velásquez Rico, 6 de julio de 2017, rad. 41001-23-31-000-2005-11779-01, 48773; y con ponencia de la misma Magistrada, 23 de octubre de 2017, rad. 15001-23-31-000-2005-03247-01, 53945.

4.5.7. La falta de norma jurídica expresa sobre el tema no impide adoptar una decisión de fondo en el sentido que corresponda.

No obstante, se requiere precisar que en el proceso electoral 2012-00039 no se hizo levantamiento o cancelación expresa de la suspensión del Decreto 155 de 2012; tampoco se cumplió con la exigencia que obligaba a que *"En el momento en que la medida judicial se levante, decisión que la autoridad judicial debe comunicar a la respectiva autoridad administrativa, cesan los efectos de la suspensión"* (M. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, 25 de enero de 2007, rad. 050012331000-1998-00883-01, 1618-03), máxime cuando a la ESE no se le vinculó al mismo.

Ante lo anterior, se debe tener en cuenta que con la providencia que anuló el proceso, se cobijó *"todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda, inclusive"* (fl. 142), lo cual incluía el que la adoptó, tal como lo corroboró el *a quo* al señalar que *"se invalidaron todas las actuaciones procesales existentes en el plenarlo, incluido el auto que decretó la medida cautelar de suspensión provisional"* (fl. 166); estas decisiones se le notificaron y fueron conocidas de inmediato por el Gobernador de Arauca, en su calidad de parte, y al mismo tiempo, como nominador del Director del Hospital San Vicente de Arauca, por lo que no se requería de trámite adicional alguno.

También se resalta que si bien el reclamo del hoy demandante y la expedición del acto administrativo demandado ocurrieron (fl. 174-182) antes de terminarse el proceso 2012-00039 (fl. 22-86), lo que podría significar una extemporaneidad por defecto, no es menos cierto que desde que se radicó la demanda en este expediente ya se conocían las providencias de primera y segunda instancia y se anexaron a aquella, con lo que las partes se pudieron pronunciar sobre el contenido de las sentencias. De ahí que no sería dable obviar una decisión de fondo,

cuando se tienen los fundamentos fácticos y jurídicos necesarios para resolver y se aportaron en las oportunidades procesales del CPACA.

4.5.8. Si bien, como ya se registró en acápite precedente, no hay norma jurídica que obligue a una entidad estatal en casos como el presente, a pagarle a su servidor público los derechos laborales durante el lapso de suspensión del acto administrativo de elección o de nombramiento, o que la exonere de tal deber, se tiene en cuenta que la Constitución Política, además de someter a los Jueces al imperio de la Ley, les impone como criterio auxiliar a la hora de decidir, a la jurisprudencia.

El Consejo de Estado ya decidió un caso similar, cuando en una acción electoral, la Alta Corte suspendió el acto que declaró la elección de un servidor público y luego se negaron las pretensiones de la demanda. En sentencia con M. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, 26 de julio de 2012, rad. 15001233100020050083501, 0118-12, consagró:

> "Así las cosas, siendo el restablecimiento del derecho de carácter laboral, la Entidad a la cual estaba vinculado el actor es la que debe asumir tal carga, como consecuencia de que por la orden judicial de levantamiento de la suspensión de la medida cautelar se retrotrae la situación al estado anterior, como si el funcionario jamás hubiera sido separado del servicio, lo que explica la obligación de pagarle los salarios y prestaciones dejados de percibir en el tiempo que operó la medida; otra cosa es que el nominador pueda repetir contra la Rama Judicial en obedecimiento de cuyo mandato se profirió el acto de suspensión, tal y como lo indicó el A-quo.
>
> Por consiguiente, en aplicación del principio fundamental consagrado en el Artículo 53 de la Constitución Política, en armonía con el derecho a la igualdad y la responsabilidad del Estado, le corresponde al Departamento de Boyacá pagar las acreencias adeudadas al actor.
>
> En consecuencia, al desvirtuarse la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, procede su nulidad y por ende el restablecimiento del derecho, debiéndose revocar la decisión del Tribunal que negó las súplicas de la demanda, y en su lugar, condenar al ente territorial accionado, al pago de los salarios, primas y cesantías dejadas de percibir por el actor, durante el tiempo que estuvo vigente la medida de suspensión provisional del acto acusado, esto es, entre el 12 de junio de 2001 al 1 de agosto de 2002".

De manera que se cumple en este caso concreto la misma situación que resolvió el Consejo de Estado en la sentencia transcrita y refleja la línea jurisprudencial de las Secciones Segunda y Tercera expuesta atrás, esto es, la suspensión del acto de nombramiento de Giraldo Ballén (fl. 98-113) que luego pierde vigencia (fl. 114-151), ante lo cual se le reintegra al cargo (fl. 221-222), y en el proceso 2012-00039 se profieren providencias de primera y segunda instancia en las que se niega la nulidad del Decreto 155 de 2012 (fl. 22-86).

En consecuencia, se establece que al negar el Hospital San Vicente de Arauca, como entidad empleadora de Giraldo Ballén al momento de su desvinculación temporal por la medida cautelar que se ordenó en vía judicial y a cuyo cargo se reintegró después, los conceptos que se le

reclaman, se vulnera la protección que sobre el derecho fundamental y mínimo en materia laboral a percibir el pago de salarios y prestaciones determina el artículo 53 de la Constitución Política, con lo que se prueba la causal de nulidad de violación de norma superior.

Por lo tanto, prospera este cargo de la demanda y se anulará el acto administrativo cuestionado.

4.6. El restablecimiento del derecho

4.6.1. Ante la nulidad del acto administrativo demandado, el Hospital San Vicente de Arauca deberá pagarle a Jhoan Javier Giraldo Ballén, salarios y prestaciones sociales en las condiciones que a continuación se establecen:

i). La liquidación de los derechos que se otorgan solo cubrirá el periodo del 19 de octubre de 2012 al 30 de marzo de 2015.

ii). Se le pagará el valor de los sueldos mensuales, teniendo en cuenta el fijado para quien ocupara el cargo de Director de la ESE en cada momento del lapso que se fijó.

iii). Se incluirán las mismas prestaciones sociales con las que se le liquidó en los otros lapsos en que Giraldo Ballén laboró para la ESE, con las excepciones que se mencionan adelante.

iiii). No se incluirán las vacaciones, prima de vacaciones o indemnización de vacaciones, ya que son un descanso remunerado para quien laboró durante determinados periodos, y el hoy demandante no lo hizo en el tiempo de la suspensión.

v). En cuanto a pensión, el Hospital San Vicente de Arauca le deberá girar en forma directa al Fondo o Administradora de pensiones al que se encuentra o estaba afiliado Giraldo Ballén, la diferencia que se establezca entre (i) lo que cotizó durante el periodo de suspensión como independiente, o contratista o empleado u otra modalidad y (ii) el valor del sueldo del Gerente de la ESE en cada mes de liquidación. Los aportes se harán única y exclusivamente en lo que le correspondería a la entidad como cuota parte, nada más. Se tiene en cuenta para ello, que el nuevo giro beneficia de manera directa al afiliado, pues incrementa el valor de sus aportes y promedios para el monto de la mesada pensional.

vi). Se niegan las pretensiones referidas a Salud y ARL, ya en cuanto al reintegro de lo pagado, ya del giro de las diferencias a las entidades prestadoras de los servicios, toda vez que fueron sobre servicios ya prestados y cumplidos, si se aportó y se utilizaron, y la entrega de nuevos dineros a la EPS y a la Administradora no le representan a su afiliado ningún beneficio en alguna atención que requiera.

vii). No se acoge la petición respecto de aportes a Caja de Compensación, pues este concepto no tiene la naturaleza jurídica de prestación social, y no es una carga prestacional del empleador, sino que se trata de un aporte parafiscal, y es un concepto diferente al de subsidio familiar que sí es una de aquellas (Artículo 1, Ley 21 de 1982), pero que para obtenerlo se requiere de varios requisitos, como cuantía salarial, acreditar ser padre o madre, con hijos de determinada edad y ciertas condiciones, entre otros. Estos criterios que se venían exponiendo en el Tribunal Administrativo de Arauca desde 2013 (Entre otros, exp. 2012-00196, 4 de noviembre de 2016, exp. 2016-00114 y 2016-00118, 14 de diciembre de 2017, las tres con M. P. Luis Norberto Cermeño), coinciden ahora con la postura del Consejo de Estado (M. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 26 de octubre de 2017, rad. 81001233300020130011801, 0973-16), que al modificar una sentencia de primera instancia decidió excluir "*los aportes a la Caja de Compensación Familiar, en tanto que el mismo no constituye una prestación social sino un aporte parafiscal*".

viii). El pago de intereses moratorios se niega, "*comoquiera que el reconocimiento de los salarios y las prestaciones sociales se realizó de forma indexada. Por ello, según lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación, el reconocimiento de ambos conceptos implicaría un doble pago por la misma causa*" (M. P. Alfonso Vargas Rincón, 24 de octubre de 2012, rad. 08001-23-31-000-2009-00679-01, 1869-11).

ix). No hay lugar a imponer valor alguno por sanción moratoria, toda vez que la obligación que se radica en cabeza de la ESE, se efectúa mediante esta sentencia, la cual deberá ser cumplida en los términos del artículo 192 del CPACA.

x). Cada una de las sumas mensuales por el individual concepto de sueldo y de prestación social y diferencia por pensión a que se condena a la demandada en la presente providencia y que deben ser reconocidas y pagadas al demandante, serán liquidadas y actualizadas utilizando la fórmula que se aplica en la Jurisdicción Contencioso Administrativa[4]. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará de manera separada mes por mes.

xi). Descuentos que se ordenan. La Corte Constitucional a través de Sentencias de Unificación, establece que por regla general cuando un servidor público es reintegrado al cargo, procede cancelarle los salarios y las prestaciones sociales que no percibió durante su desvinculación, pero distingue que en casos de provisionalidad o de libre nombramiento y remoción, los pagos se limitarán entre seis y 24 meses, restricción que no se aplica cuando la persona está en carrera administrativa. También

---

[4] La fórmula es Va (valor a pagar) = Rh (valor histórico) * If (IPC certificado por el Dane para el mes de la fecha de ejecutoria de la presente sentencia) / Ii (IPC certificado por el DANE para el mes en el cual se hizo exigible el pago, es decir, el de cada mes que se va a pagar). Así:
Va = Rh (El de cada valor mensual por cada concepto) * Índice final
Índice inicial

ordena que al beneficiario se le descuenten todos los ingresos que obtuvo por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, en el tiempo de retiro.

Al respecto, en la sentencia SU-354 de 2017 consagró que *"La esencia del restablecimiento del derecho ordenado en favor del señor Augusto Ramírez Zuluaga es retrotraer las cosas a su estado inicial, luego de hacer cesar los efectos jurídicos del acto administrativo que lesionó sus derechos. La condena de la cual será beneficiario está dirigida a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando y a pagarle los salarios y las prestaciones dejados de percibir, creando una ficción jurídica de que nunca fue retirado del servicio.*

"Siendo así, el señor Ramírez Zuluaga no puede recibir las sumas que se ordenan a título de restablecimiento del derecho y además los salarios y prestaciones de los cargos que ejerció en la Fiscalía y en la Defensoría, u otros que hubiere recibido ya sea del sector público o del privado, durante el mismo periodo, pues la esencia del restablecimiento del derecho es retrotraer las cosas a su estado inicial, luego de hacer cesar los efectos jurídicos del acto administrativo que lesionó los derechos del ciudadano.

"Esto significa que el señor Augusto Ramírez Zuluaga es beneficiario del reintegro sin solución de continuidad, pero con el pago de los salarios y prestaciones ***efectivamente*** *dejados de percibir, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, indemnizando de ese modo el daño realmente causado".*

Y reiteró al concluir las consideraciones y ordenar en el numeral cuarto, que *"En consecuencia, dispondrá que solo deben pagarse al demandante los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir, descontando todo lo que durante el periodo de desvlnculaclón haya percibido como retribución por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente".*

También se comparte con la Corte Constitucional el criterio que de no ordenarse los descuentos se haría un restablecimiento del derecho excesivo en los términos de los artículos 1 y 25 de la Constitución Política, ya que con base en esas disposiciones no es posible presumir que la persona permaneció cesante durante todo el tiempo que demoró la Justicia en resolver el conflicto jurídico. Tampoco en realidad constituye una manera de satisfacer el derecho a la remuneración cuya vulneración se alega, entender y establecer una presunción general sobre la incapacidad de las personas para atender sus propias necesidades, y sobre esta base edificar el alcance de las obligaciones del Estado, pues termina por anular al individuo mismo y por imponer obstáculos y barreras para el ejercicio de la autonomía individual.

De ahí que frente a la hipótesis de resultar desvinculada del puesto de trabajo aún por un acto viciado de nulidad, en la medida de sus posibilidades, la persona debe asumir la carga y responsabilidad de su propio sostenimiento y subsistencia económica, y le corresponde actuar de buena fe y procurar la auto-provisión de recursos y la generación de sus ingresos. Restablecer en exceso puede dar lugar a un enriquecimiento sin justa causa.

Se acoge de igual forma en este caso, el criterio jurisprudencial de no limitar el pago de derechos al lapso entre los seis y los 24 meses, toda vez que Giraldo Ballén no estaba nombrado en provisionalidad; y si bien su cargo es de libre nombramiento y remoción, surge de un concurso de méritos para un periodo de cuatro años, plazo dentro del cual se encuentra el que aquí lo favorece.

La Sala aplicará este precedente jurisprudencial, y establece que de la liquidación que se efectúe para pagarle al demandante los derechos que aquí se ordenan, se le debe descontar todo lo que durante el periodo de desvinculación haya percibido o causado Giraldo Ballén como retribución por cualquier concepto, sea laboral o contrato, orden de prestación de servicios, público o privado, dependiente o independiente.

Al momento de radicar la solicitud de pago de la sentencia, Giraldo Ballén deberá informarle al Hospital San Vicente de Arauca el valor total detallado de tales ingresos recibidos y los también causados; y la entidad deberá verificar los datos que se le entreguen u obtenerlos por sus propios medios. De igual forma, la ESE revisará si con posterioridad al 31 de marzo de 2015, se ordenó y sufragó internamente o por vía administrativa u otro medio, algún valor en favor del hoy demandante por el tiempo de suspensión.

4.6.2. Prescripción. En este tipo de proceso sobre derechos laborales administrativos, la prescripción extintiva de los mismos (Artículo 41, Decreto 3135 de 1968; artículo 102, Decreto 1848 de 1969; artículo 488, CST; Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2010; artículo 12 del convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT-, ratificado por Colombia mediante la Ley 54 de 1962) tiene ocurrencia cuando se reclama luego de tres años de haberse causado, con excepción de prestaciones periódicas, frente a las cuales no se pierde el derecho por el paso del tiempo, pero sí el recibo de mesadas o diferencias por reliquidación.

El derecho de reclamar surgió a partir del 31 de marzo de 2015, cuando el hoy demandante se reintegró al cargo de Director y cesó la suspensión del acto de nombramiento (fl. 221-222), y como quiera que la demanda se radicó el 22 de abril de 2016 (fl. 12, 183), se hizo en tiempo, por lo que no tuvo ocurrencia la figura extintiva de derechos.

4.7. Por lo tanto, y ante el problema jurídico planteado, se responde que es ilegal el oficio TDR-100.17-0 del 24 de septiembre de 2015 del Hospital San Vicente de Arauca.

5. Costas

No se produce condena en costas por el trámite de la presente instancia, ya que conforme con el artículo 188 del CPACA, la obligación de condenar a la parte vencida no lo es en forma inexorable u objetiva, y desde el punto de vista de apreciación subjetiva, no se encuentra conducta reprochable de alguna de las partes en el proceso para aplicarlas, como acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, que si fuera el caso, sí operaría la remisión a los artículos 365 y 366 del CGP, como lo ha indicado el Consejo de Estado (Entre otras sentencias, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 19 de enero de 2017, rad. 76001-2333-000-2013-00015-01; y M. P. Carmelo Perdomo Cuéter, 17 de febrero de 2017, exp. 81001 2333000 2013 00116 01).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. DECLARAR la nulidad del oficio TDR-100.17-0 del 24 de septiembre de 2015 del Hospital San Vicente de Arauca, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de derechos laborales y demás emolumentos que le reclamó Jhoan Javier Giraldo Ballén.

SEGUNDO. CONDENAR al Hospital San Vicente de Arauca, como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, a pagarle a Jhoan Javier Giraldo Ballén por el periodo del 19 de octubre de 2012 al 30 de marzo de 2015, el valor de los sueldos mensuales, teniendo en cuenta el fijado para quien ocupara el cargo de Director de la ESE en cada momento del lapso que se fijó y las mismas prestaciones sociales con las que se le liquidó en los otros lapsos en que el hoy demandante laboró para la ESE, con las excepciones y en las condiciones que se establecen de manera precisa en el numeral 4.6.1 de las Consideraciones.

TERCERO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO. DECLARAR que no hay condena en costas.

QUINTO. DAR cumplimiento a lo dispuesto en esta sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 192 del CPACA, expedir las

copias correspondientes con las exigencias del artículo 114 del Código General del Proceso y con las constancias requeridas en tales normas jurídicas; y emitir por Secretaría las comunicaciones de rigor.

SEXTO. ORDENAR que por Secretaría se liquiden los gastos del proceso y si lo hubiere, devolver al demandante el saldo respectivo.

SÉPTIMO. ORDENAR que en firme la presente decisión, se archive el expediente, previas las anotaciones de rigor.

La presente providencia fue aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado

YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada