



Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

Arauca, Arauca, lunes, cuatro (04) de abril de dos mil dieciséis (2016)

MAGISTRADO PONENTE EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS

REF: ACCION : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
 RADICACION No. : 810012339000-2015-00028-00
 DEMANDANTE : JHOAN JAVIER GIRALDO BALLEEN
 DEMANDADO : DEPARTAMENTO DE ARAUCA

**AUTO
INTERLOCUTORIO**

I. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Corresponde a la Sala Unitaria decidir sobre la solicitud de suspensión de los efectos del Decreto 370 del 31 de marzo de 2016, expedido por el Gobernador del Departamento de Arauca, por medio del cual encarga a una persona como Director del HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA, solicitud que la presenta el señor JHON JAVIER GIRALDO BALLEEN, en escrito radicado el 1 de abril de 2016.

Considera el peticionario, demandante en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, que se reproduce el acto administrativo suspendido con medida cautelar anterior, en cuanto no se preservan los derechos laborales del actor y se incumple el alcance de la providencia que dictó la medida cautelares, la que fue objeto de aclaración el 31 de marzo de la presente anualidad.

PARA DECIDIR, SE CONSIDERA

El concepto de medidas cautelares cambió sustancialmente con la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en tanto modificó las competencias y los márgenes que tiene el juez para dictar la medida y demás situaciones que impidan mayores perjuicios y riesgos a las partes en conflicto.

En relación con las advertencias a las entidades públicas a las que les está prohibido reproducir los actos administrativos suspendidos en sus efectos, el alcance de la medida se extiende a la protección de los derechos

fundamentales que fueren vulnerados por la nueva conducta de la administración hasta cuando se profiera sentencia que defina finalmente la controversia.

El Consejo de Estado, respecto a estos alcances ha dicho:

“Es decir, con el CPACA desapareció el calificativo de “manifiesta” que caracterizaba a la infracción normativa que hacía procedente la suspensión provisional mientras rigió el CCA. En su lugar, el juez actualmente emprende un análisis del acto demandado, a partir de su confrontación con las normas invocadas por el actor como violadas y las pruebas aportadas por el mismo para sustentar su solicitud, lo que a juicio de la Sala puede involucrar, por un lado, la integración de principios y valores constitucionales identificables con el caso concreto y, por otro, la consulta de la jurisprudencia que se ha ocupado de la constitucionalidad de las normas invocadas o que ha sentado lineamientos sobre la interpretación que debe dárseles.

De modo que el CPACA le otorga al juez administrativo un papel más dinámico en el decreto de esta medida cautelar, y lo releva de cualquier responsabilidad derivada que lo puede llevar incluso de efectuar un juicio del legalidad del acto administrativo (...)”¹

De consiguiente se puede incluso acudir a los principios y valores para despachar la solicitud de la medida cautelar.

Ahora bien, el artículo 237 del CPACA indica que ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto, hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.

A su vez, sobre el procedimiento en caso de reproducción del acto suspendido, el artículo 238 de la misma obra dispone que bastara solicitar la suspensión de los efectos del nuevo acto, acompañado copia del mismo.

En cuanto a los términos que tiene el juzgador para decidir la petición, la norma prescribe que se decidirá inmediatamente, cualquiera que sea el estado del proceso y en la sentencia definitiva se resolverá si se declara o no la nulidad de ambos, es decir, el primero, objeto de la medida cautelar inicial y el último que lo reproduce de algún modo.

En el presente caso, la solicitud la hizo el apoderado del señor JHOAN JAVIER GIRALDO BALLEEN, el día 31 de marzo de 2016, acompañando la copia del Decreto 370 de 2016, el que nombró a un encargado en calidad de Director del HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA.

¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCION QUINTA, AUTO DEL 17 DE JULIO DE 2014, MAGISTRADO PONENTE ALBERTO YEPES BARREIRO

En el sub judice se vislumbran las siguientes circunstancias:

Por una parte el Decreto 084 de 2015 que revocó el nombramiento del Director del HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA, se encuentra suspendido por esta jurisdicción, lo cual trajo como consecuencia que el Decreto 155 de 2012, que había nombrado como Director de esa Entidad al señor JOAHN GIRALDO BALLEEN, volviera a tener vigencia jurídica plena y, por lo mismo, se reconocieron los derechos laborales que le asisten al citado señor, por la lógica derivación jurídica de la medida cautelar.

Con el transcurso del tiempo el periodo institucional del Director vencía el 31 de marzo de 2016, como en efecto ocurrió, procediendo el nominador a designar a otra persona para que desempeñe el cargo en calidad de encargado, se supone, mientras culmina el proceso de selección que exige la ley.

Sin embargo, este Tribunal en una aclaración de los alcances del fallo que decretó la medida cautelar, sostuvo que dados los derechos laborales del señor GIRALDO BALLEEN, los procedimientos que ha establecido la ley para el nombramiento del sucesor y el principio de oportunidad de que goza, a fin de ser evaluado y de ser postulado a la reelección, era perfectamente adecuado que siguiera en el cargo hasta tanto se cumplan a cabalidad los requisitos previos al concurso, y ante todo por el hecho de que por una situación ajena a su voluntad no le fue posible ocupar el empleo dentro del año anterior, circunstancia sine qua non, para que el Plan de Gestión se evaluado y calificado.

Bajo el principio de flexibilidad, la ponderación de los valores entre el derecho al trabajo y el procedimiento administrativo de escogencia del sucesor, el comentado principio de oportunidad se convierte en una regla de corrección en la controversia jurídica, por lo que es necesario interpretar que la medida de suspensión provisional del Decreto O84 abarca los términos, plazos, condiciones y requisitos exigidos por la ley para proceder a su reemplazo, siendo absolutamente contrario el encargo que se ha efectuado, sin que el anterior Director tenga la opción de estar dentro del proceso de evaluación y calificación y expectativa de continuar, por lo que solamente y en la medida que estos presupuestos se hayan cumplido cesan los efectos del Decreto 155 de 2012 y el nominador puede proceder a nombrar, y, aún más, sumado al hecho de haberse declarado mediante Sentencia Ejecutoriada la legalidad del Decreto de nombramiento 155 de 2012, por el Honorable Consejo de Estado, cuyo documento reposa en el expediente, en donde se ratifica la decisión de primera instancia proferida por este Tribunal.

Veamos cual es el procedimiento que indica que el señor GIRALDO BALLEEN debe continuar en su cargo, que la medida cautelar todavía le favorece y que el Decreto 155 de 2012 se encuentra vigente, todo según aparece en el Decreto 357 de 2008, las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, con la aclaración de términos de evaluación que introdujo el Decreto 052 de 2016.

- El periodo de los Directores de las Empresas Sociales del Estado, prestadoras de servicios de salud es de cuatro años.

- Antes de proceder a llamar a concurso, con anterioridad a la terminación del periodo, a fin de evitar la desorganización administrativa, se debe evaluar y calificar el Plan de Gestión del Director el que corre por el año fiscal anterior.
- La evaluación y la calificación está sujeto al recurso de reposición, en caso que el interesado no esté de acuerdo y, desde luego, sometido al control jurisdiccional. Para este año 2016 la evaluación se hará a partir del 15 de enero de 2016.
- La Junta Directiva, puede solicitar al nominador la reelección del Director, derecho de postulación que tiene el titular y que se convierte en una expectativa cierta por el desempeño de sus funciones.
- El nominador, si así lo considera puede proceder a nombrarlo o rechazar la petición y ordenar la realización del concurso de méritos. Esto quiere decir que sin los anteriores procedimientos el concurso estaría viciado de nulidad.

Lo anterior serían los requisitos previos para llevar a cabo el concurso, sin que ellos deban obviarse o desconocerse, so pena o pretexto de alegar el libre nombramiento y remoción del cargo, situación que en su justa proporción no se aplica en este caso debido a que el procedimiento es absolutamente reglado como puede observarse.

La ley, tal como se indica, también ha dispuesto que mucho antes del vencimiento del periodo del Director se inicie y culmine este procedimiento administrativo, que conlleva hacer realidad al debido proceso administrativo sustancial, por lo que no se puede considerar una mera etapa formal; se repite proceso administrativo de evaluación, calificación, reelección y concurso, para así sí, concurrir a la terminación del periodo con el nuevo Director o el reelecto, según el caso.

Por otro lado, la medida cautelar decretada en este proceso produjo el cumplimiento, con todas las garantías administrativas y laborales, que contiene el Decreto 155 de 2012; alcance que, desde luego, tienen que ver directamente con el cumplimiento de las formas, los procedimientos y la decisión final de nombrar al nuevo Director en propiedad durante el periodo institucional siguiente.

El Decreto 370 de 2016, expedido por señor Gobernador del Departamento de Arauca, desconoce en su totalidad la normatividad en comento, ante todo los principios y la ponderación de los valores constitucionales, habida cuenta que desplaza los términos de manera inadecuada y las consecuencias jurídicas que trae consigo la medida cautelar decretada, pues, al nombrar a una persona desconociendo la vigencia del Decreto 155 de 2016, por razón de la medida de suspensión del Decreto 084, se considera una conducta más de la reproducción del Decreto suspendido, en tanto alegando el vencimiento del periodo del señor GIRALDO BALLEEN procede a encargar, sin ninguna necesidad, a un encargado, desligando la continuidad del servicio, desconociendo los derechos laborales amparados con la medida cautelar y descartando los procedimientos administrativos que le indican que la persona

que debe reemplazar al citado señor GIRALDO debe surgir del proceso de concurso, previa la evaluación y calificación del removido.

Estas razones son suficientes para suspender el Decreto 370 de 2016 y, en su lugar, ordenar el reintegro del señor JHOAN JAVIER GIRALDO BALLEEN al cargo de Director del HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA, mientras esté vigente el Decreto 155 de 2012, se lo haya evaluado y calificado, se surtan los procesos de reelección y, por último se lleve a cabo el proceso de concurso. Basta con recordar al nominador que por el solo hecho del vencimiento del periodo del Director no es una causal legal para proceder a encargar por razón de las facultades discrecionales, en tanto los derechos del titular todavía estén vigentes, produzcan efectos y se hubiesen rechazado los antecedentes legales previos.

I. DECISION

En mérito de lo anterior, la Sala Unitaria del *Tribunal Administrativo de Arauca*,

RESUELVE

PRIMERO: SUSPENDER de manera inmediata los efectos del Decreto 370 del 31 de marzo de 2016, por medio del cual se “*efectúa un encargo del Director del Hospital San Vicente de Arauca E.S.E.*”, preservando los derechos laborales del demandante, en atención al Decreto 155 de 2012 sobre el cual esta jurisdicción en forma definitiva se pronunció sobre su legalidad, anteriormente en Sentencia respectiva.

En consecuencia, conforme a los fundamentos de esta providencia se ordena la RESTITUCION, sin condicionamiento alguno del señor JHOAN JAVIER GIRALDO BALLEEN al cargo de Director de HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA, hasta tanto, en primer lugar, esté vigente el Decreto 155 de 2012, se mantenga la medida de suspensión provisional del Decreto 084 de 2015 y se lleven a cabo los procedimientos legales para designar su reemplazo, conforme lo dispuesto en las consideraciones anteriores, las que se convierten en la razón de la decisión.

SEGUNDO: ADVERTIR al señor Gobernador del Departamento de Arauca, de la responsabilidad y las sanciones que el no acatamiento de la anterior medida determinan los artículos 240 y 241 del CPACA.

TERCERO: COMUNICAR la anterior medida al señor Gobernador del Departamento de Arauca, para que proceda en consecuencia y sin dilaciones de ninguna naturaleza.

COMUNIQUESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

04/11/16
R



EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS
Magistrado