

ACTO CONDICION - Efectos jurídicos / ACTO ADMINISTRATIVO - Presunción de legalidad

Los actos administrativos son válidos cuando han cumplido los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico, lo cual se traduce en que, en su expedición, la administración haya observado con rigor los elementos de competencia, objeto, forma, causa y finalidad. La conformidad del acto administrativo con el ordenamiento jurídico se materializa en la denominada presunción de legalidad, positivizada novedosamente en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011. De ahí que, no obstante el acto administrativo se presuma ajustado al ordenamiento jurídico, dicha presunción pueda ser controvertida ante el juez contencioso administrativo quien, a través de la sentencia, podrá declarar o no la nulidad del acto y, en consecuencia, desvirtuar dicha presunción demostrando la existencia de vicios en los elementos de validez del acto (falta de competencia, expedición irregular, falsa motivación, desviación de poder). De otro lado, la eficacia de los actos administrativos se relaciona con la producción de los efectos jurídicos para los cuales fueron expedidos, es decir, que resulten oponibles a sus destinatarios. En este sentido, será la publicidad de los mismos el requisito para que puedan surtir tales efectos (publicación, comunicación o notificación). En consecuencia, su inobservancia ya no se configura como una causal de nulidad del acto, tal y como acontece en relación con los elementos de validez, sino en la ineficacia del mismo. No obstante, existen tipos de actos en los cuales la producción de los efectos jurídicos correspondientes no depende sólo de su publicidad sino también del acaecimiento de una condición, la cual entre tanto no se cumpla, suscita que tales efectos queden en suspenso. De ahí que la creación de la situación jurídica particular solo se dé en el momento en que en que acaezca aquélla. El nombramiento constituye uno de aquéllos actos que ha sido llamado acto - condición. En este sentido, la posesión se instituye como la condición para que se concrete la situación jurídica particular dispuesta por el nombramiento.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 88

PRESUNCION DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Control judicial de los actos administrativos revocados / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Finalidad

En la medida en que los actos administrativos produzcan efectos, se trate de actos de carácter general o particular, podrán ser controlados por el juez contencioso administrativo aún en el evento en que hayan sido derogados o revocados con posterioridad a su expedición porque, precisamente, la revocatoria impide que el acto revocado se aplique hacia el futuro, empero, no desvirtúa la presunción de legalidad que sirvió de sustento para producir los efectos jurídicos que se dieron cuando el acto administrativo tuvo eficacia, comoquiera que esta labor es del resorte exclusivo del juez contencioso administrativo. Por lo anterior, un acto administrativo revocado que produjo efectos jurídicos en el tiempo y en el espacio es susceptible de control por la jurisdicción contencioso administrativa, quien finalmente decidirá si dicho acto revocado fue expedido en su momento observado los elementos de validez: competencia, objeto, forma, causa y finalidad. De esta manera, no podría configurarse la denominada sustracción de materia. Ahora bien, se debe resaltar que el denominado medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, se caracteriza principalmente porque puede ser ejercido por cualquier persona para solicitar la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente, a través de este medio de control, se podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas. La finalidad de la nulidad electoral entonces es la protección del ordenamiento jurídico en abstracto, es decir, la salvaguardia de la legalidad. Así las cosas, a través del contencioso electoral se procura el restablecimiento del ordenamiento jurídico conculcado con ocasión de la

expedición de un acto de elección o nombramiento incurso en las causales de nulidad previstas en los artículos 137 y 275 de la Ley 1437 de 2011. Teniendo en cuenta además la connotación especial de este medio de control, tampoco podría configurarse la denominada sustracción de materia en relación con los actos de nombramiento que hayan producido efectos jurídicos a pesar de haber sido efectivamente revocados por la administración, pues el pronunciamiento del juez contencioso administrativo sobre la legalidad del acto de elección o nombramiento redundaría en el interés general.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 139

LEY 1437 DE 2011 - Revocatoria directa de los actos administrativos de carácter particular y concreto / REVOCACION DIRECTA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS - Revocación de actos de carácter particular y concreto

La revocatoria directa ha sido entendida como una forma de extinción de los efectos de los actos administrativos. Esta institución se encuentra consagrada en el Capítulo IX del Título III de la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Específicamente, el artículo 93 de este compendio normativo establece que: "...Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley. 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él. 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona..." Sin duda alguna, esta figura constituye una de las manifestaciones del denominado principio de auto-tutela de la administración, el cual le otorga la prerrogativa de revisar sus propios actos. Sin embargo, esta potestad no se puede equiparar con la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, pues corresponden a diferentes tipos de control sobre los mismos y su competencia se encuentra radicada en distintas autoridades; ni con los recursos administrativos, en el sentido que no se instituye como un requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa. En relación con la oportunidad para revocar los actos administrativos establecida en el artículo 73 de la Ley 1437 de 2011, principalmente se pueden colegir los siguientes contenidos normativos respecto a esta figura: (i) La administración puede revocar sus actos administrativos, ya sea oficiosamente o a solicitud de parte, hasta la notificación del auto admisorio de la demanda, estableciéndose una competencia ratio temporis para tales efectos. Ello supone, en primer lugar, que el acto administrativo ha sido demandado y, adicionalmente, que la administración no sea quien lo haya demandado pues la regla se encuentra establecida es para los casos en que la administración ignore tal situación; (ii) La administración tiene un término de dos (2) meses para resolver las solicitudes de revocatoria directa, lo cual no impide que la administración se pronuncie sobre la revocatoria con posterioridad a este plazo pero, en todo caso, debe observar la limitante señalada en el numeral anterior; (iii) Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocatoria no procede recurso alguno teniendo en cuenta que esta institución no puede considerarse una nueva instancia dentro del procedimiento administrativo fijado en los Capítulos I, IV, VI, VII y VIII del Título III de la Ley 1437 de 2011 y; (iv) La denominada oferta de revocatoria directa constituye una excepción a la regla establecida en el numeral (i) porque, justamente, permite que la administración cumpliendo los requisitos señalados por la ley revoque los actos administrativos aún con posterioridad a la notificación del auto admisorio y hasta tanto se profiera sentencia de segunda instancia. En relación con la revocatoria de actos administrativos de carácter particular y concreto, establecida en el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, principalmente se pueden colegir los siguientes contenidos normativos respecto a esta figura: (i) Los actos administrativos de carácter particular y concreto no pueden ser revocados sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular; (ii) Contrario a lo que acontecía en la vigencia del Código Contencioso Administrativo anterior, no se establecieron

excepciones en relación con dicho consentimiento; (iii) Se incluyen en la obligación de contar con dicho consentimiento las otrora excepciones respecto de actos que resultaban de la aplicación del silencio administrativo positivo sobre los cuales se configuraran las causales generales de revocatoria y frente a los actos obtenidos por medios fraudulentos; (iv) De esta manera, si el titular niega el consentimiento en tratándose de actos contrarios a la Constitución o a la ley, surge un deber en cabeza de la administración de demandar su propio acto ante la jurisdicción contencioso administrativa; y (v) Si la administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo debe demandar sin acudir al procedimiento previo de conciliación, solicitando al juez su suspensión provisional. En comparación con la figura de la revocatoria directa consagrada en el Código Contencioso Administrativo Decreto Ley 01 de 1984, estas reglas evidencian la consagración de un garantismo en favor de los ciudadanos como una manifestación propia del Estado Constitucional de Derecho.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 97

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Director del hospital de San Vicente de Arauca / RECURSO DE APELACIÓN - Contra sentencia que negó las pretensiones de la demanda

Le corresponde a la Sala determinar si se configuró la sustracción de materia y la violación del debido proceso alegada por el apoderado del Departamento de Arauca en su escrito de impugnación, teniendo en cuenta que el acto acusado en el presente proceso electoral -Decreto 155 del 20 de abril de 2012-, fue revocado por medio del Decreto 084 del 10 de marzo de 2015. Lo anterior para establecer si hay lugar a revocar dicha providencia y en su lugar dictar sentencia inhibitoria. En relación con la razón de inconformidad por la supuesta configuración de la sustracción de materia, la Sala considera, en primer lugar, que el nombramiento del señor Jhoan Javier Giraldo Ballén como Director del Hospital San Vicente de Arauca realizado a través del Decreto 155 del 20 de abril de 2012, tuvo plenos efectos jurídicos durante cerca de tres años. En efecto, al tratarse de un acto-condición cuya eficacia dependía del acaecimiento de la posesión tal y como quedó establecido en el numeral uno del acápite razones jurídicas de esta decisión, del acervo probatorio se colige que transcurrieron dos años, diez meses y catorce días entre la fecha de la posesión (23 de abril de 2012) y la fecha de expedición del Decreto 084 de 2015 (10 de marzo de 2015) que revocó dicho nombramiento. Dichos efectos jurídicos tuvieron como fundamento la presunción de legalidad del acto administrativo revocado, sobre lo cual se requiere el pronunciamiento del juez contencioso administrativo para determinar si el acto fue expedido conforme con el ordenamiento jurídico y de este modo, llegado el caso, declarar su nulidad y restablecer la legalidad en abstracto. En cuanto a la razón de inconformidad sobre una presunta vulneración del debido proceso, la Sala reitera, en primer lugar, que artículo 95 de la Ley 1437 de 2011 establece una competencia temporal en cabeza de la administración y no una regla de competencia en cabeza de los jueces contencioso administrativos. Se insiste, en la procura del mantenimiento del ordenamiento jurídico en abstracto, el Tribunal Administrativo de Arauca podría continuar con el estudio de legalidad del Decreto 155 de 2012. De igual manera, resalta que en los procesos de nulidad electoral por tratarse de un medio de control de carácter público no procede el desistimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 280 de la Ley 1437 de 2011. Adicionalmente, cabe resaltar que, contrario a la conclusión del impugnante, el Tribunal Administrativo de Arauca no invadió la órbita competencial de la administración departamental, por la potísima razón que corresponden a dos ámbitos perfectamente separables, en uno se establece la competencia para revocar actos administrativos de conformidad con las reglas establecidas en el Capítulo IX del Título III de la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, el otro, corresponde a la razón de ser de la jurisdicción contencioso administrativa. Finalmente, tampoco le asiste razón al impugnante cuando señala que al operar la revocatoria por razones de

inconstitucionalidad e ilegalidad, los efectos jurídicos producidos por el Decreto 155 del 20 de abril de 2012 también desaparecieron, pues tal y como lo ha sostenido esta Corporación, la revocatoria directa tiene efectos hacia el futuro. En virtud de lo anterior, esta Sala confirmará la providencia proferida el 22 de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Arauca.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ROCIO ARAUJO OÑATE

Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00039-04

Actor: DEPARTAMENTO DE ARAUCA

Demandado: DIRECTOR DEL HOSPITAL DE SAN VICENTE DE ARAUCA

Naturaleza: Nulidad electoral segunda instancia - Recurso de apelación

OBJETO DE LA DECISION

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 22 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad electoral en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis de los hechos que fundamentaron la demanda¹

- El Hospital San Vicente de Arauca llevó a cabo el concurso de méritos para elegir al Director del Hospital San Vicente de Arauca, para lo cual celebró con la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP- el convenio interadministrativo N. 0001 de 2012.
- Dentro de las instrucciones para la inscripción y presentación de la documentación requerida para participar en el proceso, se señaló que la responsabilidad de la información era única y exclusiva del interesado, y en caso que no fuera real sería excluido del proceso y las pruebas presentadas no serían tenidas en cuenta. De igual manera, la experiencia

¹ Ver folios 9 – 19 del Cuaderno No.1

laboral que se exigió se debería acreditar mediante la presentación de constancias escritas con el cumplimiento de una serie de requisitos.

- Dicho proceso concluyó con la conformación de una terna por parte de la Junta Directiva del Hospital integrada en su orden de puntaje por los señores: 1. Jhoan Javier Giraldo Ballén (con 88.76 puntos), 2. Iván Darío Santaella Bedoya (con 87.87 puntos) y 3. Wilmer Albis Ponzón Medina (con 86.72 puntos), y remitida mediante oficio del 19 de abril de 2012 al Gobernador del Departamento de Arauca.
- Por medio de Decreto N. 155 del 20 de abril de 2012, el Gobernador de Arauca nombró en propiedad en el cargo de Director del Hospital San Vicente de Arauca E.S.E al señor Jhoan Javier Giraldo Ballén, aspirante que había obtenido el mayor puntaje, quien se posesionó efectivamente el 23 de abril de 2012, según consta en el acta de posesión N. 172 de 2012.
- El señor Jhoan Javier Giraldo Ballén presentó como experiencia laboral la siguiente documentación: **a)** Certificación expedida el 16 de enero de 2014 por el Director del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander por la prestación de servicios como contratista del 02 de julio de 2001 al 15 de enero de 2004, es decir, 916 días, resaltando además que el 02 de julio fue un día festivo; **b)** Certificación expedida por la Coordinadora de Recursos Humanos del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander por la prestación de servicios como contratista del 01 de abril al 30 de julio de 2002, del 01 de marzo al 30 de julio de 2003 y del 01 al 31 de julio de 2003 (sic), es decir, 305 días; **c)** Certificación expedida el 24 de febrero de 2012 por el Centro de Rehabilitación Cardioneuromuscular de Norte de Santander por la prestación de servicios bajo la modalidad de orden de servicios, desde el 01 de septiembre de 2004 hasta el 31 de julio de 2006, es decir, 693 días; **d)** Certificación expedida por el Hospital San Juan de Dios de Pamplona el 22 de febrero de 2002, por la prestación de servicios como contratista, desde octubre de 2004 a febrero de 2006, es decir, 516 días, aunque tal documento no indicó el día en que empezó el vínculo contractual; **e)** Certificación expedida por la Secretaría de Salud del Municipio de Cúcuta por la prestación de servicios como contratista entre el 01 de enero de 2000 al 30 de julio de 2001, es decir, 570 días, resaltando además que 01 de enero de 2000 fue festivo y correspondió a un sábado.
- Con fundamento en las respuestas a los derechos de petición presentados por el señor Iván Darío Santaella Bedoya ante las respectivas entidades, por medio de los cuales se solicitaron copias de los certificados aportados

por el señor Giraldo Ballén, así como el correspondiente tiempo de servicio prestado, el petionario consideró que los tiempos no coincidían porque los documentos entregados por el concursante eran falsos, así:

ENTIDADES	TIEMPO APORTADO POR GIRALDO BALLEN	TIEMPO REAL LABORADO
INSTITUTO DEPARTAMENTAL SALUD NORTE DE SANTANDER.	30 MESES 15 DIAS	20 MESES 15 DIAS
E.S.E. CENTRO REHABILITACION CARDIONEUROMUSCULAR NORTE SANTANDER.	23 MESES	17 MESES 26 DIAS
E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS PAMPLONA.	17 MESES	8 MESES 13 DÍAS
ALCALDIA SAN JOSE DE CUCUTA.	19 MESES	12 MESES

- Teniendo en cuenta las actuaciones desplegadas por el señor Giraldo Ballén, el 17 de agosto de 2012, el señor Iván Darío Santaella Bedoya presentó queja disciplinaria ante la Procuraduría Regional de Arauca.
- El señor Iván Darío Santaella Bedoya mediante escrito del 21 de agosto de 2012 solicitó, ante el despacho del Gobernador de Arauca, la revocatoria directa del Decreto N. 155 del 20 de abril de 2012.
- Frente a esta solicitud y de acuerdo con los artículos 93 y siguientes del CPACA, la Gobernación de Arauca consideró que la expedición del Decreto N. 155 del 20 de abril de 2012, se materializó porque el señor Jhoan Javier Giraldo Ballén utilizó medios ilegales y fraudulentos para acreditar su historia laboral dentro del concurso y así acceder finalmente al cargo de director del Hospital San Vicente de Arauca.

2. Pretensiones

A través del ejercicio del medio de control de nulidad establecido en el artículo 137 del CPACA, el Departamento de Arauca señaló como pretensiones las siguientes:

“...1. Que se declare la nulidad total del Decreto N. 155 del 20 de abril de 2012, expedido por el doctor Jose Facundo Castillo Cisneros, Gobernador

de Arauca, a través del cual se realizó el nombramiento de Jhoan Javier Giraldo Ballén, como Director del Hospital San Vicente de Arauca.

2. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del anterior acto administrativo departamental, solicito se declare extinguida la situación jurídica de índole particular y concreta, originada con la expedición del Decreto N. 155 del 20 de abril de 2012 y con la posesión de Jhoan Javier Giraldo Ballén, como Director del Hospital San Vicente de Arauca...”²

3. Normas violadas y concepto de violación

Con fundamento en lo establecido en el artículo 93 del CPACA, el accionante señaló las siguientes causales para que se decretara la nulidad del Decreto N. 155 del 2012:

- a) La violación de los artículos 207 y 305 numeral 1 de la Constitución Política
- b) El nombramiento se refiere a un cargo con amplia repercusión en la geografía, por ser el centro hospitalario de mayor importancia e interés dentro del departamento.
- c) Por medio de este nombramiento se causó un agravio injustificado
- d) La actuación del señor Jhoan Javier Giraldo Ballén desconoció dolosamente los artículos 34 y 35 numeral 12 de la Ley 734 de 2002 de la Ley 734 de 2002, pues por un lado era obligatorio acreditar los requisitos que se establecen para la posesión y desempeño del cargo y, adicionalmente, es prohibido proporcionar documentos ideológicamente falsos u omitir información que tenga incidencia para su vinculación. El artículo 48 numeral 56 de la mencionada ley, tipifica este tipo de conducta como una falta GRAVISIMA.
- e) Así mismo, tales conductas se encuentran tipificadas como delitos en los artículos 291 y 288 del Código Penal.
- f) Los artículos 1º y 5º de la Ley 190 de 1995 establecen la responsabilidad penal y disciplinaria del servidor por este tipo de conductas, así como la consecuente configuración de una inhabilidad.

² Ver folio 9 Cuaderno No.1

- g) El numeral 2 del artículo 6 del CPACA dispone como deberes de las personas: *“2. Obrar conforme al principio de buena fe, absteniéndose de emplear maniobras dilatorias en las actuaciones, y de efectuar o aportar, a sabiendas, declaraciones o documentos falsos o hacer afirmaciones temerarias, entre otras conductas.”*
- h) El artículo 4 de la Constitución Política establece el deber de los nacionales de acatar la Constitución y las leyes. Igualmente, el artículo 95 de la norma superior, reitera que todas las personas se encuentran obligadas al cumplimiento de la Constitución y las leyes.

Concluyó su concepto de violación señalando que: *“...Jhoan Javier Ballen Giraldo utilizó mecanismos ilegales y fraudulentos de índole documental, que le sirvieron para reforzar su falsa experiencia laboral, engañando a los realizadores del concurso de méritos y también engañando a la administración departamental para poder ser nombrado y posesionado en el cargo que ocupa hoy como director del Hospital San Vicente de Arauca...”*³

Como corolario de lo anterior, el accionante señaló en el acápite “FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES”, que la demanda ordinaria de nulidad encontraba su asidero en los artículos 137, 161 162, 163 y 164 del CPACA. De igual manera, manifestó que el numeral 6 del artículo 40 de la Constitución Política posibilitaba la interposición de acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley.

Finalmente, transcribió el último inciso del artículo 97 del CPACA cuyo tenor literal expresa lo siguiente: *“...Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional...”*⁴

4. Sobre la solicitud de suspensión provisional

Según lo señalado en el artículo 97 del CPACA, el accionante solicitó la suspensión provisional del Decreto 155 de 2012 en el mismo escrito de la demanda, remitiéndose a las pruebas aportadas en la misma.

Señaló que, al tratarse en el presente caso de una acción de lesividad, bastaba demostrar que existieron los actos fraudulentos, los cuales consistieron en presentar certificaciones laborales adulteradas o falsas.

³ Ver folio 21 del Cuaderno No.1

⁴ Ver folio 22 del Cuaderno No.1

II. ACTUACIONES PROCESALES RELEVANTES

1. Admisión de la demanda y pronunciamiento de la solicitud de suspensión provisional

El Tribunal Administrativo de Arauca mediante auto del 05 de octubre de 2012 admitió la demanda y ordenó correr el traslado correspondiente de la medida cautelar⁵.

El escrito de contestación de la demanda fue presentado el 23 de noviembre de 2012⁶ proponiendo las siguientes excepciones de mérito: (i) Presunción de buena fe, (ii) Presunción de legalidad del Decreto 155 de 2012 y, (iii) Caducidad de la acción.

El accionante, mediante escrito radicado el 20 de noviembre de 2012, reformó la demanda⁷, la cual fue admitida a través del auto del 07 de marzo de 2013⁸. Por su parte, el escrito de contestación de la reforma a la demanda fue presentado el 01 de abril de 2013⁹

Habiéndose allegado el escrito de oposición correspondiente¹⁰, el Magistrado Ponente mediante auto del 19 de octubre de 2012¹¹ resolvió suspender provisionalmente los efectos del Decreto N. 155 del 20 de abril de 2012, pues a partir de los documentos aportados se pudo observar que el señor Giraldo Ballén faltó a la verdad en su hoja de vida al momento de participar en el concurso para proveer el cargo de Director del Hospital de San Vicente de Arauca, cuando indicó el tiempo de servicio prestado al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y al Hospital San Juan de Dios.

Posteriormente, mediante escrito presentado el 24 de octubre de 2012¹² el señor Giraldo Ballén, a través de apoderado, interpuso recurso de súplica contra el auto que decretó la suspensión provisional, el cual fue declarado improcedente por la sala dual de decisión del Tribunal Administrativo de Arauca mediante auto del 19

⁵ Auto visible 340-341 del Cuaderno No.1

⁶ Visible a folios 358 y siguientes del Cuaderno No. 1

⁷ Visible a folios 347-349 del Cuaderno No. 1

⁸ Auto visible a folios 477-479 del Cuaderno No. 1

⁹ Visible a folios 483-487

¹⁰ Escrito visible 33-54 del Cuaderno No.2 Suspensión Provisional

¹¹ Auto visible a folios 58-73 del Cuaderno No.2 Suspensión Provisional

¹² Visible en los folios 77-112 del Cuaderno No.2 Suspensión Provisional

de noviembre de 2012¹³, pues según sus consideraciones el recurso procedente era el de apelación.

De igual manera, inconforme con la decisión el señor Giraldo Ballén interpuso acción de tutela contra el auto del 19 de octubre de 2012 que decretó la medida cautelar, solicitando su suspensión transitoria mientras se resolvía la súplica. La Sección Cuarta del Consejo de Estado al decidir la acción constitucional y, habiéndose percatado que el recurso de súplica interpuesto fue declarado improcedente, por medio de sentencia del 13 de diciembre de 2012, resolvió amparar los derechos fundamentales del señor Giraldo Ballén, dejó sin efectos la providencia del 19 de noviembre de 2012 y ordenó al Tribunal Administrativo de Arauca conceder el correspondiente recurso de apelación.

Atendiendo la orden del juez de tutela, el Tribunal Administrativo de Arauca mediante auto del 12 de junio de 2013 concedió en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 19 de octubre de 2012 que resolvió suspender el Decreto No. 155 de 2012, ante la Sección Primera del Consejo de Estado.

Estando el asunto pendiente de resolver el recurso de apelación, mediante auto del 02 de abril de 2014¹⁴, la Magistrada Ponente decidió remitir por competencia el asunto a la Sección Segunda de esta Corporación, por tratarse el acto acusado de un nombramiento de un empleado público, frente al cual se interpuso recurso de reposición por el apoderado del señor Giraldo Ballén¹⁵.

Por medio de auto del 15 de mayo de 2014, se resolvió este recurso modificándose en el sentido de remitir el expediente no a la Sección Segunda sino a la Sección Quinta del Consejo de Estado¹⁶.

Por otra parte, en la audiencia inicial celebrada el 12 de julio de 2013¹⁷ el Tribunal Administrativo de Arauca negó las excepciones propuestas de “habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde” y “caducidad de la acción”, considerando que el medio de control de nulidad era el procedente no encontrándose sujeto, además, a término para demandar. Inconforme con la decisión, el apoderado del señor Giraldo Ballén interpuso recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo ante la Sección Primera del Consejo de Estado. Argumentó que al ser el acto demandado un nombramiento, la naturaleza del asunto es de índole electoral, razón por la cual, el medio de control

¹³ Auto visible a folios 121-132 del Cuaderno No.2 Suspensión Provisional

¹⁴ Auto visible a folio 76 del Cuaderno Principal

¹⁵ Escrito visible a folios 77-79 del Cuaderno Principal

¹⁶ Auto visible a folios 90-96 del Cuaderno Principal

¹⁷ Visible a folios 497-504 del Cuaderno No. 1

de nulidad ejercido por la actora no es el adecuado, pues de conformidad con el artículo 139 del C.P.A.C.A. es el de nulidad electoral el pertinente para cuestionar la legalidad de los actos de nombramiento; además, para el momento en que se presentó la demanda, la acción se encontraba caducada.

Encontrándose entonces el proceso pendiente de resolver sobre la apelación: (i) del auto del 19 de octubre de 2012 que suspendió provisionalmente los efectos del Decreto 155 del 20 de abril de 2012; y (ii) de la decisión de negar las excepciones propuestas por el apoderado del señor Giraldo Ballén tomada en el curso de la audiencia inicial realizada el 12 de julio de 2013, el Despacho del Magistrado Alberto Yepes Barreiro mediante auto del 1 de julio de 2014¹⁸ decretó la nulidad de todo lo actuado inclusive desde el auto admisorio de la demanda. Ello en razón de considerar que el medio de control procedente en el caso subjudice correspondía al de nulidad y restablecimiento del derecho y no al de simple nulidad.

El demandante interpuso recurso de súplica contra el citado auto mediante escrito presentado el 8 de julio de 2014¹⁹, el cual fue resuelto a través de auto del 16 de octubre de 2014²⁰ confirmando la nulidad decretada pero considerando que el medio de control que debió tramitarse era el de nulidad electoral y no el de nulidad y restablecimiento del derecho. Dicho auto fue aclarado el 16 de diciembre de la misma anualidad señalando que la caducidad de la acción electoral debía contarse a partir de la fecha en la cual la ilegalidad alegada por el demandante quedó al descubierto²¹. Finalmente, por medio de auto del 09 de febrero de 2015²², se rechazó por extemporánea la solicitud de adición presentada por el coadyuvante de la parte demandante, ordenando el paso inmediato al ponente Conejero Alberto Yepes Barreiro quien, a través de auto del 19 de febrero de 2015²³ ordenó a la Secretaría la remisión del proceso al Tribunal Administrativo de Arauca.

Seguidamente, el Tribunal Administrativo de Arauca por medio de auto del 26 de febrero de 2015²⁴ resolvió estarse a lo resuelto por la Sección Quinta del Consejo de Estado que declaró la nulidad de todo el proceso, adecuándolo al medio de control de nulidad electoral y comunicando la solicitud de suspensión provisional del acto acusado al señor Giraldo Ballén y al agente del Ministerio Público.

¹⁸ Auto visible a folios 101-103 del Cuaderno No. 1

¹⁹ Auto visible a folios 118 – 135 del Cuaderno No. 1

²⁰ Auto visible a folios 17 - 193 del Cuaderno No. 1

²¹ Auto visible a folios 237 – 244 del Cuaderno No. 1

²² Auto visible a folios 270 - 272 del Cuaderno No. 1

²³ Auto visible a folios 285 del Cuaderno No. 1

²⁴ Auto visible a folios 3 - 7 del Cuaderno No. 2 Suspensión Provisional

Finalmente, mediante auto del 08 de abril de 2015²⁵, el Tribunal Administrativo de Arauca admitió la demanda y negó la solicitud de suspensión provisional del acto acusado. El a quo señaló que del acervo probatorio obrante no se desprende que la supuesta adulteración de documentos condujera a que el puntaje obtenido por el señor Giraldo Ballén fuera inferior al obtenido y por tanto no se podía colegir que no debía nombrársele en el citado cargo.

El demandante, mediante escrito radicado el 15 de abril de 2015²⁶, interpuso recurso de apelación contra el citado auto, el cual fue concedido en el efecto devolutivo por el Tribunal Administrativo de Arauca mediante auto del 27 de mayo de 2015²⁷. Sin embargo, la Sección Quinta del Consejo de Estado inadmitió por extemporáneo el recurso presentado a través del auto del 01 de julio de 2015²⁸.

Cabe resaltar que previo a la admisión de la demanda, el apoderado judicial del señor Giraldo Ballén, por medio de escrito presentado el 11 de marzo de 2015, informó al Tribunal Administrativo de Arauca que el Departamento de Arauca mediante Decreto 084 del 10 de marzo de 2015 revocó el Decreto 155 del 20 de abril de 2012²⁹. Así mismo, mediante escrito radicado el 16 de marzo de 2015, informó que dicho acto administrativo fue suspendido provisionalmente por el Juzgado Civil del Circuito de Arauca, a través del auto del 13 de marzo de 2015, dentro del trámite de la acción de tutela impetrada por el señor Giraldo Ballén contra este acto³⁰. Incluso, sobre este aspecto solicitó decretar medida cautelar de urgencia de conformidad con el artículo 234 del CPACA, con miras a lograr la suspensión del Decreto 084 del 10 de marzo de 2015³¹, solicitud respecto de la cual el Tribunal Administrativo de Arauca se abstuvo de dar trámite mediante auto del 13 de mayo de 2015³².

2. De la contestación de la demanda

Dentro del término de traslado correspondiente, el señor Jhoan Javier Giraldo Ballén, a través de apoderado, presentó escrito de contestación de la demanda³³ oponiéndose a cada una de las pretensiones de la misma. De igual forma, propuso como excepciones de mérito: (i) presunción de buena fe y (ii) presunción de legalidad del Decreto 155 de 2012.

²⁵ Auto visible a folios 126 – 136 del Cuaderno No. 2 Suspensión Provisional

²⁶ Escrito visible a folios 138 – 145 del Cuaderno No. 2 Suspensión Provisional

²⁷ Auto visible a folios 150 - 151 del Cuaderno No. 2 Suspensión Provisional

²⁸ Auto visible a folios 189 - 190 del Cuaderno de copias apelación medida cautelar

²⁹ Memorial visible a folio 291

³⁰ Memorial visible a folios 293 – 294 del Cuaderno No. 05

³¹ Memorial visible a folios 1 - 22 del Cuaderno No.3 Medida Cautelar

³² Auto visible a folios 67 - 69

³³ Escrito visible a folios 338 – 348 del Cuaderno No. 5

Respecto a la primera excepción de mérito, adujo que las irregularidades que configurarían la presunta falsedad correspondieron a circunstancias extraordinarias ajenas a la voluntad de su poderdante. El error sería entonces responsabilidad de las entidades respectivas y no del señor Giraldo Ballén.

En relación con la segunda excepción, se señaló que aun descontando el tiempo de servicio reprochado por el demandante, el señor Giraldo Ballén contaba con una experiencia laboral de 12 años en el sector de la salud al momento de presentarse al concurso. En todo caso, se superaron los 900 días establecidos por la tabla de criterios y valoración y calificación de estudios y experiencia adicional.

Así mismo en la misma fecha, en escrito separado³⁴, propuso la excepción previa de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales. Según el apoderado, las normas indicadas como violadas no fundamentaron la legalidad del acto acusado y el concepto de violación, a su vez, se fundamentó en elucubraciones vagas y abstractas, incumpliendo de este modo la exigencia del numeral 4 del artículo 162 del CPACA.

3. De las actuaciones procesales

3.1 Audiencia inicial

El Tribunal Administrativo de Arauca mediante auto del 27 de mayo de 2015³⁵ fijó como fecha para la realización de la audiencia inicial el 05 de junio de 2015.

De conformidad con lo anterior, en dicha fecha se adelantó la audiencia inicial³⁶ en el proceso de nulidad electoral según lo prescrito en el artículo 238 del CPACA, con presencia del señor Jhoan Javier Giraldo Ballén como tercero interesado y su apoderado. Luego se hizo presente el apoderado de la parte demandante y demandada. El agente del ministerio público no asistió aunque allegó solicitud de aplazamiento de la audiencia, frente a la cual no accedió el despacho.

Procedió el a quo a realizar el correspondiente saneamiento del proceso. Señaló que del análisis del expediente no observó que existiera irregularidad alguna o vicio en el proceso que deba ser subsanado. Los asistentes no presentaron ninguna objeción al respecto.

³⁴ Escrito visible a folios 335 – 337 del Cuaderno No. 5

³⁵ Auto visible a folios 150 - 151 del Cuaderno No. 2 Suspensión Provisional

³⁶ Visible a folios 359 – 362 del Cuaderno Principal

De igual manera, a partir de los hechos relevantes probados y demostrados en el proceso, el despacho señaló que la controversia giraba en torno a determinar si: *“...Se encuentra viciado de nulidad el acto administrativo proferido por el Gobernador del Departamento de Arauca mediante el cual se nombró a Jhoan Javier Giraldo Ballén en el cargo de Director del Hospital San Vicente de Arauca, por haber éste presentado documentos falsos en el concurso de méritos y de comprobarse la falsedad de dichos documentos, habrá de dilucidarse igualmente, si ello conllevaría a que Jhoan Javier Giraldo Ballén no tuviera que ser nombrado debido a que afectara negativamente su puntaje en la lista de elegibles, de manera que no quedara primero en la misma...”*³⁷

Las partes estuvieron conformes con la fijación del litigio. Sin embargo, el apoderado del tercero interesado insistió en la solicitud de medida cautelar para suspender el Decreto 084 del 10 de marzo de 2015 que revocó el acto acusado, petición que fue negada por el despacho y confirmada luego de la interposición del respectivo recurso de reposición.

En ese momento de la audiencia, el apoderado del tercero interesado solicitó se resolviera la excepción previa propuesta en la contestación de la demanda. Esta solicitud fue negada por el despacho, pues el artículo 283 del CPACA es claro en señalar que en la audiencia inicial sólo se provee sobre el saneamiento del proceso, la fijación del litigio y el decreto de pruebas.

Seguidamente, en materia de pruebas, el despacho decretó como pruebas los documentos aportados por las partes en sus escritos correspondientes. Respecto de la prueba documental solicitada por la parte demandante no se decretó la relacionada con la decisión de la Procuraduría Regional de Arauca, así como la queja, pues ya obraban en el expediente.

Respecto de las solicitadas por el tercero interesado, se decretaron las pruebas solicitadas por ser pertinentes, conducentes y eficaces. Así mismo, se decretó oficiosamente allegar todo el proceso contentivo del concurso de méritos llevado a cabo por el Hospital San Vicente de Arauca en convenio con la ESAP, para proveer el cargo de director.

Sobre la solicitud de la parte demandante de allegar el expediente disciplinario que se adelantaba contra Jhoan Javier Giraldo Ballén, el despacho la negó por no ser la oportunidad procesal correspondiente.

³⁷ Folio 360 del Cuaderno Principal

Al finalizar esta audiencia se fijó el 01 de julio de 2015 para la celebración de la audiencia de pruebas.

3.2 Audiencia de pruebas

En la fecha programada se llevó a cabo la audiencia de pruebas establecida en el artículo 285 del CPACA³⁸, con la presencia del apoderado de la parte demandante y demandada, del señor Jhoan Javier Giraldo Ballén en calidad de tercero interesado y de su apoderado y del agente del Ministerio Público.

Se ordenó incorporar al expediente las pruebas solicitadas y de oficio decretadas en la audiencia inicial y se puso en conocimiento de las partes para que ejercieran su derecho de contradicción y defensa. Las partes no hicieron manifestaciones al respecto.

Por su parte el agente del Ministerio Público solicitó anexar una documentación en 23 folios la cual no fue tomada en cuenta por ser extemporánea de acuerdo con lo establecido en el artículo 212 del CPACA.

Finalmente, se fijó el 14 de julio de 2015 como fecha para la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

3.3 Audiencia de alegatos y de juzgamiento

En la fecha programada se realizó la correspondiente audiencia de alegaciones y juzgamiento establecida en el artículo 286 del CPACA³⁹, con la presencia del apoderado de la parte demandante y demandada, del señor Jhoan Javier Giraldo Ballén en calidad de tercero interesado y de su apoderado y del agente del Ministerio Público.

En esta instancia el apoderado de la parte demandante y demandada propuso incidente de nulidad con fundamento en la falta de jurisdicción y competencia del Tribunal Administrativo de Arauca, pues adujo que no podía haber dictado auto admisorio al haberse revocado el acto demandado a través del Decreto 084 del 10 de marzo de 2015.

El acto administrativo demandado dejó de existir en la vida jurídica presentándose una sustracción de materia. Según el apoderado, esta actuación violó el debido

³⁸ Visible a folios 387 – 389 del Cuaderno Principal

³⁹ Visible a folios 415 - 416 del Cuaderno Principal

proceso y se configuró como una causal de nulidad, por lo que debería declararse la nulidad incluso desde el auto admisorio y proceder a archivar el proceso.

De igual manera, solicitó como pruebas se certificara que cursa una acción de nulidad contra el Decreto 084 del 10 de marzo de 2015 en ese mismo Tribunal Administrativo en el que actúa como demandante el señor Giraldo Ballén y demandado el Departamento de Arauca. De igual manera, se solicitara al Juzgado Civil del Circuito de Arauca que certificara acerca de las decisiones que se habían tomado respecto al Decreto 084 de 2015 en el trámite de la acción de tutela 2015-0029.

Teniendo en cuenta lo anterior, se corrió traslado de este incidente a los asistentes, se decretaron las pruebas solicitadas por el apoderado del demandante y se fijó el 4 de agosto de 2015 como fecha para la práctica de las anteriores pruebas, decidir el incidente de nulidad propuesto y, si es del caso, proseguir con la audiencia de alegatos y juzgamiento.

En dicha fecha, se continuó con la audiencia de alegatos y juzgamiento⁴⁰, con la presencia del apoderado de la parte demandante y demandada, del señor Jhoan Javier Giraldo Ballén en calidad de tercero interesado y de su apoderado y del agente del Ministerio Público.

Inicialmente, se indicó que las pruebas practicadas ya obraban en el expediente y se pusieron en conocimiento de las partes para que ejercieran su derecho a la contradicción y a la defensa, frente a lo cual no hubo objeciones.

En cuanto a la nulidad formulada por el demandante, se resolvió no decretarla. En primer lugar, sostuvo el a quo que no existió violación alguna del artículo 29 de la Constitución Política, pues no se expuso ninguna irregularidad en relación con la obtención de pruebas u otra que se vislumbrara al respecto. Adicionalmente, adujo que no existía falta de jurisdicción y de competencia. En este sentido, no le asistía razón al incidentista en cuanto a la existencia de sustracción de materia porque en la fecha en que se admitió la demanda, es decir, el 08 de abril de 2015, el Decreto 084 del 10 de marzo de 2015 que revocó el acto acusado en el presente litigio se encontraba suspendido provisionalmente como consecuencia de una medida cautelar dictada en un proceso de tutela por el Juzgado Civil del Circuito de Arauca.

⁴⁰ Visible a folios 450- 452 del Cuaderno Principal

Así mismo, consideró el a quo que aun en el caso de aceptar el argumento de la inexistencia del acto administrativo, el Tribunal Administrativo tendría la jurisdicción y la competencia teniendo en cuenta que tratándose de asuntos en los cuales se cuestiona la validez de actos de contenido electoral, el Consejo de Estado ha sostenido que no procede la sustracción de materia como quiera que el fin de la nulidad electoral es restablecer el orden jurídico y la legalidad objetiva, lo cual sólo se logra realizando el control de legalidad durante el tiempo que produjo efectos jurídicos el acto demandado.

Decidida la nulidad solicitada por la parte demandante, se continuó con el trámite de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, dando traslado a las partes y al Ministerio Público del término de 10 días para que presentaran por escrito los respectivos alegatos de conclusión.

3.4 Alegatos de conclusión

3.4.1 Tercero interesado

El señor Jhoan Javier Giraldo Ballén mediante apoderado judicial presentó el respectivo escrito⁴¹ señalando que a partir del material probatorio recaudado se pudo establecer que las pretensiones de la demanda no tenían vocación de prosperidad, en consideración a que los supuestos de hecho no fueron probados.

El primer punto del litigio, es decir, la falsedad de las certificaciones que acreditaban la experiencia laboral del señor Giraldo Ballén para ocupar el cargo de Director del Hospital no se acreditó, por lo que no tenía sentido estudiar la legalidad del acto acusado.

Resaltó que no fue desvirtuada por ningún medio probatorio la autenticidad que gozan las certificaciones expedidas. Por el contrario, dicha autenticidad fue reafirmada por los funcionarios que elaboraron los documentos reprochados.

3.4.2 Demandante y demandado

El Departamento de Arauca por medio de apoderado presentó el correspondiente escrito⁴², reiterando lo manifestado en el libelo de la demanda. Sostuvo que se pudo demostrar a partir del material probatorio, conducente y útil que el señor Giraldo Ballén faltó a la verdad en su hoja de vida alterando la realidad al momento de participar en el concurso para proveer el cargo de Director del

⁴¹ Escrito visible a folios 454 - 455 del Cuaderno Principal

⁴² Escrito visible a folios 456 - 462 del Cuaderno Principal

Hospital, al señalar que el tiempo de servicio prestado en el Instituto Departamento de Salud de Norte de Santander y el Hospital San Juan de Dios, en el primer caso en un mes y en el segundo en seis meses y trece días. Dicho actuar vició de ilegalidad el Decreto 155 de 2012.

Adicionalmente, insistió en la solicitud de nulidad invocando la causal de falta de competencia y reiterando la sustentación del incidente presentado en la audiencia de alegatos y juzgamiento, la cual se fundamentó en la sustracción de materia debido a la desaparición del acto administrativo demandado con ocasión de la revocatoria realizada a través del Decreto 084 de 2015.

3.4.3 El Ministerio Público

Por su parte, el agente del Ministerio Público presentó el 20 de agosto de 2015 el concepto No. 044⁴³. En este escrito, señaló que al haberse revocado el Decreto 155 de 2012 a través del Decreto 084 de 2015, con anterioridad al pronunciamiento de admisión y notificación de la demanda por parte del Tribunal Administrativo de Arauca, desaparecieron los supuestos de hecho y de derecho que motivaron la acción y, en aplicación de la figura de la sustracción de materia según la jurisprudencia del Consejo de Estado, el órgano judicial no podía pronunciarse al respecto.

4. Sentencia de primera instancia

Mediante providencia del 22 de octubre de 2015, el Tribunal Administrativo de Arauca resolvió:

“...Primero: Rechazar de plano las nulidades propuestas por la parte actora, según lo expuesto.

Segundo: Se declara no probada la excepción de inepta demanda por inadecuada expresión de las normas violadas y el concepto de vulneración.

*Tercero: Niéguese las pretensiones de la demanda, conforme a las consideraciones expuestas, dentro del marco de control de legalidad expresado...”*⁴⁴

El a quo fundamentó su decisión, en primer lugar, señalando que el despacho sustanciador ya se había pronunciado respecto a la solicitud de nulidad en la audiencia de alegaciones y juzgamiento, por lo que la rechazó de plano

⁴³ Escrito visible a folios 463 - 469 del Cuaderno Principal

⁴⁴ Folio 499 del Cuaderno Principal

considerándola como una conducta dilatoria de la parte demandante. Resaltó que el estudio de legalidad se circunscribía entonces a la vigencia del acto acusado que posteriormente fue revocado.

En cuanto a la no prosperidad de la excepción de ineptitud de la demanda por inadecuada expresión de las normas violadas y el concepto de vulneración, observó que en la misma se expusieron los motivos por los cuales se violaron las normas invocadas con la expedición del acto acusado, por lo que con los argumentos formulados se podía fallar de fondo, cumpliéndose de esta manera con el requisito formal.

Finalmente, resolviendo el problema jurídico fijado en la audiencia inicial, el Tribunal Administrativo de Arauca concluyó lo siguiente:

“...De las pruebas recaudadas, en concordancia con la fijación del litigio, se demostró que no coinciden las certificaciones de tiempo de servicios aportadas por el señor Giraldo Ballén, específicamente en el Instituto Seccional de Salud de Cucuta, encontrándose que éste no prestó servicios en el Instituto por 30 meses y 15 días, sino por 29 meses y 15 días y en la ESE Hospital San Juan de Dios de Pamplona, no laboró 16 meses, sino 10 meses y 13 días.

Por consiguiente, existe una diferencia de 6 meses y 17 días entre lo aportado como experiencia para optar por el cargo de Director del Hospital en comparación con las certificaciones anexas con posterioridad.

Ahora bien, considera la Corporación, que independientemente la comprobación de la alteración de las constancias de trabajo presentadas por el señor Johan Javier Giraldo Ballén, debe de dilucidarse de acuerdo con los precedentes transcritos, si dicha irregularidad afecta la decisión plasmada en el acto administrativo acusado, comprobándose que la terna para el nombramiento de Director del Hospital San Vicente de Arauca no debía ser encabezada por el señor Giraldo Ballén, sino por otro concursante...”⁴⁵

Sin embargo, respecto de la incidencia de la irregularidad en la decisión materializada en el acto acusado, coligió lo siguiente:

“...para la Sala es claro, de conformidad con lo demostrado, que los cuestionamientos realizados por la parte actora frente a la experiencia que se aduce alteró el señor Jhoan Javier Giraldo Ballén, en nada afectan lo que se

⁴⁵ Folio 497 y 498 del Cuaderno Principal

decidió en el acto administrativo acusado, ya que en todo caso descontando los días de experiencia deprecadas, no se modifican los resultados del concursante en cuanto al ítem de experiencia, en virtud a que éste sobrepasaba con creces el máximo exigido.

Se concluye entonces, que la irregularidad endilgada al señor Giraldo Ballén no tiene el peso suficiente para variar la decisión de la administración, por lo que, no se puede considerar como una irregularidad sustancial que invalide el acto, lo cual genera que, con las pruebas aportadas, no se logró desvirtuar por la parte actora la presunción de legalidad que cobija al acto acusado, lo que conlleva a negar las pretensiones de la demanda...’’⁴⁶

5. De la impugnación

El Departamento de Arauca, a través de apoderado judicial, presentó recurso de apelación contra la sentencia del 22 de octubre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, dentro del proceso de nulidad electoral 2012-00039⁴⁷.

Como primera medida, el impugnante considera que con ocasión de la revocatoria del Decreto 155 del 20 de abril de 2012 por parte de la administración departamental de Arauca, el Tribunal Administrativo de Arauca carecía de competencia funcional para dirimir el asunto sometido a su consideración a través del proceso de nulidad electoral. Se presentó la sustracción de materia, la falta de jurisdicción, así como la falta de competencia y lo que procedía era un fallo inhibitorio y no un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

Adicionalmente, considera que el Tribunal Administrativo de Arauca al tramitar el proceso de nulidad electoral luego de la revocatoria del acto objeto del mismo, desconoció los procedimientos administrativos de revocatoria adoptados por la administración departamental, violando de esta manera el debido proceso.

El recurrente explica que el Departamento de Arauca, al percatarse de irregularidades en los documentos allegados durante el respectivo proceso de selección por el señor Jhoan Javier Giraldo Ballén, presentó inicialmente demanda de nulidad electoral contra el Decreto 155 del 20 de abril de 2012, a través del cual dicha entidad territorial nombró al señor Giraldo Ballén como Director del Hospital de San Vicente de Arauca. No obstante lo anterior, la administración departamental por medio del Decreto 084 del 10 de marzo de 2015, previo

⁴⁶ Folio 499 del Cuaderno Principal

⁴⁷ Escrito visible a folios 503 – 518 del Cuaderno Principal

procedimiento administrativo comunicado al interesado para que ejerciera su derecho de defensa, revocó el Decreto 155 del 20 de abril de 2012 alegando su inconstitucionalidad e ilegalidad.

Aduce el impugnante que, de conformidad con el artículo 95 de la Ley 1437 de 2011, el Departamento de Arauca tenía la competencia de revocar el acto mencionado teniendo en cuenta que en tal fecha no se le había notificado el auto admisorio de la demanda, el cual fue proferido por el Tribunal Administrativo de Arauca sólo hasta el 8 de abril de 2015. Llega a afirmar incluso que por falta de decisión inicial del Tribunal Administrativo de Arauca, el Departamento de Arauca procedió a revocar el acto objeto de la acción impetrada.

De igual forma, señala que el señor Jhoan Javier Giraldo Ballén presentó demanda contra el Decreto 084 del 10 de marzo de 2015 ante el Tribunal Administrativo de Arauca, a través del medio de control de nulidad, proceso en el cual también se profirió auto que admitió la demanda el 18 de junio de 2015 (Exp. 2015-028).

Así las cosas, el acto administrativo demandado conforma una unidad de materia con el acto que lo revoca, pues el primero quedó sin piso jurídico por la expedición del segundo. De esta manera, los derechos inicialmente reconocidos por el acto de nombramiento desaparecen con el acto revocatorio cual es el que finalmente debe ser objeto de control judicial, porque sólo con su declaratoria de nulidad se podrían restablecer los derechos afectados. Según el demandante, no pueden coexistir entonces dos demandas sobre actos distintos pero referidos a la misma materia. Uno que otorga derechos y otro que lo revoca.

Aduce el recurrente que no sólo se violaron los derechos procesales del Departamento de Arauca al no analizar el Tribunal las circunstancias que indicaban su falta de competencia o un completo desinterés jurídico en la demanda, como si se tratara de un desistimiento tácito, sino que además se invadieron sus competencias de proferir y derogar actos administrativos. De este modo, el Tribunal sustituyó las funciones naturales de la administración. Tal y como lo sostuvo expresamente el recurrente: *“...la discusión se basa en cuanto que existen dos competencias, la del Tribunal Administrativo en su trabajo judicial y la de la administración en su labor administrativa...”*

En síntesis, al haber desaparecido el acto administrativo objeto del proceso electoral se configuró la sustracción de materia, la falta de jurisdicción y la falta de competencia. Adicionalmente, sostiene el impugnante que los efectos de la

revocatoria por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad deben considerarse retroactivos, según lo ha manifestado la doctrina y la jurisprudencia.

En suma, se advierte que el impugnante circunscribe su inconformidad en el hecho que el Tribunal Administrativo de Arauca haya fallado de fondo.

6. De la admisión del recurso de apelación

Este despacho por medio de auto del 02 de diciembre de 2015⁴⁸, admitió el recurso de apelación interpuesto por el Departamento de Arauca contra la sentencia proferida el 22 de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Arauca y ordenó a la Secretaría de la Sección poner el recurso de apelación a disposición de la parte demandada y de los terceros interesados, por tres (3) días, vencidos los cuales dispondrían de un término igual para presentar sus alegatos de conclusión. Así mismo, se dispuso que vencido dicho término se entregara el expediente al agente del Ministerio Público para que rindiera concepto dentro de los cinco (5) días siguientes.

Según lo manifestado por el Secretario de la Sección Quinta en informe del 21 de enero de 2016⁴⁹, las partes guardaron silencio durante el respectivo término de traslado y el agente del Ministerio Público rindió el correspondiente concepto.

7. Concepto del Ministerio Público

Mediante escrito radicado el 20 de enero de 2016⁵⁰, el Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado rindió el concepto correspondiente.

El agente del Ministerio Público resalta la diferencia que existe entre los conceptos de existencia, validez y eficacia de los actos administrativos, concluyendo que en el presente caso no cabe duda alguna que el acto acusado existió y produjo los efectos jurídicos en el tiempo de su vigencia. Por esta razón, independientemente haya sido revocado con posterioridad, no impide que la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronuncie sobre su legalidad.

Resalta además que la figura de la sustracción de materia se presenta frente actos que no produjeron efectos jurídicos, es decir, que no fueron eficaces.

⁴⁸ Auto visible a folios 529-530 del Cuaderno Principal

⁴⁹ Visible a folios 503 – 518 del Cuaderno Principal

⁵⁰ Escrito visible a folios 546 – 557 del Cuaderno Principal

Por lo anterior, el agente del Ministerio Público solicitó confirmar la sentencia impugnada.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer del recurso de apelación presentado por el Departamento de Arauca, a través de apoderado judicial, contra la sentencia del 22 de octubre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, está fijada en los artículos 150, 152 numeral 9º y 243 del C.P.A.C.A; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 de 2003 expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

2. Acto demandado

Se trata del Decreto 155 del 20 de abril de 2012 por medio del cual el Gobernador de Arauca nombró en propiedad al señor Jhoan Javier Giraldo Ballén en el cargo de Director del Hospital San Vicente de Arauca E.S.E⁵¹.

3. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala determinar si se configuró la sustracción de materia y la violación del debido proceso alegada por el apoderado del Departamento de Arauca en su escrito de impugnación, teniendo en cuenta que el acto acusado en el presente proceso electoral -Decreto 155 del 20 de abril de 2012-, fue revocado por medio del Decreto 084 del 10 de marzo de 2015. Lo anterior para establecer si hay lugar a revocar dicha providencia y en su lugar dictar sentencia inhibitoria.

Para resolver este problema jurídico, se analizarán los siguientes aspectos: i) Los efectos jurídicos de los denominados actos - condición; (ii) El control judicial de los actos administrativos revocados; (iii) Algunas precisiones sobre la revocatoria directa de los actos administrativos de carácter particular y concreto a la luz de la Ley 1437 de 2011 y, finalmente; (iv) El estudio del caso concreto

4. Razones jurídicas de la decisión

4.1 Los efectos jurídicos de los denominados actos - condición

Los actos administrativos son válidos cuando han cumplido los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico, lo cual se traduce en que, en su

⁵¹ Visible a folio 558 del Cuaderno Principal

expedición, la administración haya observado con rigor los elementos de competencia, objeto, forma, causa y finalidad.

La conformidad del acto administrativo con el ordenamiento jurídico se materializa en la denominada presunción de legalidad, positivizada novedosamente en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011⁵². De ahí que, no obstante el acto administrativo se presuma ajustado al ordenamiento jurídico, dicha presunción pueda ser controvertida ante el juez contencioso administrativo quien, a través de la sentencia, podrá declarar o no la nulidad del acto y, en consecuencia, desvirtuar dicha presunción demostrando la existencia de vicios en los elementos de validez del acto (falta de competencia, expedición irregular, falsa motivación, desviación de poder)

De otro lado, la eficacia de los actos administrativos se relaciona con la producción de los efectos jurídicos para los cuales fueron expedidos, es decir, que resulten oponibles a sus destinatarios⁵³. En este sentido, será la publicidad de los mismos el requisito para que puedan surtirse tales efectos (publicación, comunicación o notificación)⁵⁴. En consecuencia, su inobservancia ya no se configura como una causal de nulidad del acto, tal y como acontece en relación con los elementos de validez, sino en la ineficacia del mismo.

No obstante, existen tipos de actos en los cuales la producción de los efectos jurídicos correspondientes no depende sólo de su publicidad sino también del acaecimiento de una condición, la cual entre tanto no se cumpla, suscita que tales efectos queden en suspenso. De ahí que la creación de la situación jurídica particular solo se dé en el momento en que en que acaezca aquélla.

El nombramiento constituye uno de aquéllos actos que ha sido llamado acto - condición. En este sentido, la posesión se instituye como la condición para que se concrete la situación jurídica particular dispuesta por el nombramiento⁵⁵.

4.2 El control judicial de los actos administrativos revocados

⁵² LEY 1437 DE 2011. ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

⁵³ "...La eficacia, no es más que un consecuencia del acto administrativo válido que lo hace apto y capaz de producir los efectos para los cuales se le dio vía jurídica..." SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y validez. Universidad Externado de Colombia. 1994. Página 235

⁵⁴ Ver Corte Constitucional, Sentencia C-957 del 1º de diciembre de 1999, M.P: Álvaro Tafur Galvis

⁵⁵ Ver Corte Constitucional, Sentencia T – 457 del 14 de julio de 1992, M.P: Ciro Angarita Barón; Corte Constitucional, Sentencia T-003 del 11 de mayo de 1992, M.P: José Gregorio Hernández Galindo.

En la medida en que los actos administrativos produzcan efectos, se trate de actos de carácter general o particular, podrán ser controlados por el juez contencioso administrativo aún en el evento en que hayan sido derogados o revocados con posterioridad a su expedición porque, precisamente, la revocatoria impide que el acto revocado se aplique hacia el futuro, empero, no desvirtúa la presunción de legalidad que sirvió de sustento para producir los efectos jurídicos que se dieron cuando el acto administrativo tuvo eficacia, comoquiera que esta labor es del resorte exclusivo del juez contencioso administrativo⁵⁶.

Por lo anterior, un acto administrativo revocado que produjo efectos jurídicos en el tiempo y en el espacio es susceptible de control por la jurisdicción contencioso administrativa, quien finalmente decidirá si dicho acto revocado fue expedido en su momento observado los elementos de validez: competencia, objeto, forma, causa y finalidad. De esta manera, no podría configurarse la denominada sustracción de materia.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación:

*“....Para la Sala tampoco esta excepción debe prosperar, ya que, conforme lo ha precisado esta Corporación en diversos pronunciamientos, para reiterar la tesis expuesta en la providencia de 14 de enero de 1.991 (Expediente núm. S-157, Consejero ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla), la derogatoria expresa o tácita de una norma no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, **que se extienden también a los actos de contenido particular, efectos que sólo se terminan con el pronunciamiento definitivo del juez; y mientras ello no ocurra tal norma conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara. Es decir, que la derogatoria no restablece per se el orden jurídico que se estima contrariado sino que sólo afecta la vigencia de la norma. Entonces, es por los efectos que dicha norma hubiera podido producir mientras estuvo vigente que no puede considerarse que hay sustracción de materia y, por lo mismo, que debe hacerse un pronunciamiento de fondo...**”⁵⁷*

⁵⁶ LEY 1437 DE 2011. ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. **Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 18 de febrero de 1999, C.P: Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Radicación número 4912

Ahora bien, se debe resaltar que el denominado medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011⁵⁸, se caracteriza principalmente porque puede ser ejercido por cualquier persona para solicitar la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente, a través de este medio de control, se podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

La finalidad de la nulidad electoral entonces es la protección del ordenamiento jurídico en abstracto, es decir, la salvaguardia de la legalidad. Así las cosas, a través del contencioso electoral se procura el restablecimiento del ordenamiento jurídico conculcado con ocasión de la expedición de un acto de elección o nombramiento incurso en las causales de nulidad previstas en los artículos 137⁵⁹ y 275 de la Ley 1437 de 2011⁶⁰.

⁵⁸ Ley 1437 de 2011. Artículo 139. Nulidad electoral. Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas. En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección. En todo caso, las decisiones de naturaleza electoral no serán susceptibles de ser controvertidas mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la Ley 472 de 1998.

⁵⁹ LEY 1437 DE 2011. ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. **Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.**(...)

⁶⁰ LEY 1437 DE 2011. ARTÍCULO 275. CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código **y, además, cuando:**

1. Se haya ejercido cualquier tipo de violencia sobre los nominadores, los electores o las autoridades electorales.
2. Se hayan destruido los documentos, elementos o el material electoral, así como cuando se haya ejercido cualquier tipo de violencia o sabotaje contra estos o contra los sistemas de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones.
3. Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales.
4. Los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer.
5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad.
6. Los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges, compañeros permanentes o parientes de los candidatos hasta en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil.
7. Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción.
8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política

Teniendo en cuenta además la connotación especial de este medio de control, tampoco podría configurarse la denominada sustracción de materia en relación con los actos de nombramiento que hayan producido efectos jurídicos a pesar de haber sido efectivamente revocados por la administración, pues el pronunciamiento del juez contencioso administrativo sobre la legalidad del acto de elección o nombramiento redundaría en el interés general.

Sobre este particular aspecto, la Sección ha señalado lo siguiente:

“...la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez del acto, de suerte que la pérdida de efectos del acto administrativo no trae aparejado el juicio de validez del mismo.

Ese criterio opera no solamente para los actos de contenido general, pues en nada difiere que los efectos del acto sean de contenido particular, para el caso, de naturaleza electoral. Esa acción electoral es de carácter público y general, en tanto que cualquier persona puede interponerla, sin necesidad de abogado, con cualquiera de las finalidades mencionadas.

La naturaleza popular de la acción electoral contrasta con el acto objeto de control, que si bien como acto que da acceso a la función pública reviste también un interés público, es un acto particular mirado desde la óptica de los derechos que genera para el que es designado.

Mediante el ejercicio de la acción electoral el demandante persigue preservar la legalidad en abstracto, esto es, defender el ordenamiento jurídico como único propósito.

Pero aún en aquellos eventos en que la naturaleza del acto es estrictamente particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que en los eventos en que el acto ha dejado de producir efectos, no impide el juicio de legalidad del mismo (...)

Entonces, aunque para el momento en el que se dicta esta sentencia el acto demandado perdió sus efectos, procede la Sala a juzgar la legalidad del mismo durante el lapso en el que tuvo vigencia y produjo efectos...”⁶¹

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 15 de julio de 2010, C.P: Susana Buitrago Valencia, Radicación número: 11001-03-28-000-2009-00009-00

4.3 Algunas precisiones sobre la revocatoria directa de los actos administrativos de carácter particular y concreto a la luz de la Ley 1437 de 2011

La revocatoria directa ha sido entendida como una forma de extinción de los efectos de los actos administrativos⁶². Esta institución se encuentra consagrada en el Capítulo IX del Título III de la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Específicamente, el artículo 93 de este compendio normativo establece que:

“...Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

- 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.*
- 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.*
- 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona...”*

Sin duda alguna, esta figura constituye una de las manifestaciones del denominado principio de auto-tutela de la administración, el cual le otorga la prerrogativa de revisar sus propios actos. Sin embargo, esta potestad no se puede equiparar con la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, pues corresponden a diferentes tipos de control sobre los mismos y su competencia se encuentra radicada en distintas autoridades; ni con los recursos administrativos, en el sentido que no se instituye como un requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa⁶³.

En el presente caso, bien vale la pena analizar además el alcance de otras disposiciones de esta institución que se encuentran establecidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En relación con la oportunidad para revocar los actos administrativos establecida en el artículo 73 de la Ley 1437 de 2011⁶⁴, principalmente se pueden colegir los

⁶² Corte Constitucional, Sentencia T-152 del 12 de marzo de 2009, M.P: Cristina Pardo

⁶³ Ley 1437 de 2011. Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos: (...) 2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren otorgados (...)

⁶⁴ Ley 1437 de 2011. Artículo 95. Oportunidad. La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda. Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud. Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso.

siguientes contenidos normativos respecto a esta figura: (i) La administración puede revocar sus actos administrativos, ya sea oficiosamente o a solicitud de parte, hasta la notificación del auto admisorio de la demanda, estableciéndose una competencia *ratio temporis* para tales efectos. Ello supone, en primer lugar, que el acto administrativo ha sido demandado y, adicionalmente, que la administración no sea quien lo haya demandado pues la regla se encuentra establecida es para los casos en que la administración ignore tal situación⁶⁵; (ii) La administración tiene un término de dos (2) meses para resolver las solicitudes de revocatoria directa, lo cual no impide que la administración se pronuncie sobre la revocatoria con posterioridad a este plazo pero, en todo caso, debe observar la limitante señalada en el numeral anterior⁶⁶; (iii) Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocatoria no procede recurso alguno teniendo en cuenta que esta institución no puede considerarse una nueva instancia dentro del procedimiento administrativo fijado en los Capítulos I, IV, VI, VII y VII del Título III de la Ley 1437 de 2011 y; (iv) La denominada oferta de revocatoria directa constituye una excepción a la regla establecida en el numeral (i) porque, justamente, permite que la administración

PARÁGRAFO. No obstante, en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.

Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria...”

⁶⁵ “...No obstante, bajo la norma anterior se daba la paradoja o el absurdo de que, producida la revocatoria sin que la administración supiera que el acto revocado estaba demandado y que había auto admisorio de la demanda, aquella quedaba afectada de nulidad por haber perdido competencia para producirla, precisamente por el solo hecho de existir ese auto hasta entonces desconocido⁸, situación que, por fortuna, corrige con acierto la nueva codificación, a cuyo amparo el acto revocatorio así proferido conserva su validez, pues ésta se afecta ahora, como es lo lógico, cuando el acto se produce notificado el auto admisorio, es decir, cuando la administración ya sabe de la existencia del pleito y, por ende, tiene certeza de su pérdida de competencia para la expedición de aquél...” ZAMBRANO BARRERA, Carlos Alberto. La revocatoria directa del acto administrativo. En Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado – Banco de la República. Página 80

⁶⁶ “...No obstante, surge la inquietud de si la administración puede, vencido ese plazo de dos meses, pronunciarse en torno a la solicitud de revocatoria entonces pendiente de decidir, ante lo cual una lectura rápida de la norma sugeriría que no; sin embargo, no pareciera ser lógico impedirle a la administración pronunciarse por fuera de dicho término, máxime que, según el artículo 96 del nuevo estatuto de procedimiento administrativo, tal solicitud no da lugar a la aplicación del silencio administrativo.

Además, ningún sentido tendría que, de no mediar solicitud de revocatoria, la limitante fuera la ausencia de notificación del auto admisorio de la demanda, el cual, de haberse demandado, podría proferirse con posterioridad al vencimiento de aquel plazo de dos meses y que, en caso de existir tal petición, éste fuera diferente.

Tal vez el señalamiento del término de dos meses para decidir lo que pretende es proteger al administrado de la eventual desidia o morosidad de la administración para pronunciarse sobre las peticiones de los particulares, pero es claro que, si de ser garantistas se trata, resulta mucho más conveniente para aquél permitir que en algún momento, así sea tarde, se dé alguna respuesta a su solicitud, pues de esa manera se privilegia el derecho fundamental de petición...” ZAMBRANO BARRERA, Carlos Alberto. Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Revocatoria directa del Acto administrativo. En Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Páginas 81 y 82. Disponible en : <http://190.24.134.67/pce/publicaciones/Libro%20InstitucionesDerAdm/6REVOCATORIA.pdf>

cumpliendo los requisitos señalados por la ley revoque los actos administrativos aún con posterioridad a la notificación del auto admisorio y hasta tanto se profiera sentencia de segunda instancia.

En relación con la revocatoria de actos administrativos de carácter particular y concreto, establecida en el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011⁶⁷, principalmente se pueden colegir los siguientes contenidos normativos respecto a esta figura: (i) Los actos administrativos de carácter particular y concreto no pueden ser revocados sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular; (ii) Contrario a lo que acontecía en la vigencia del Código Contencioso Administrativo anterior, no se establecieron excepciones en relación con dicho consentimiento; (iii) Se incluyen en la obligación de contar con dicho consentimiento las otrora excepciones respecto de actos que resultaban de la aplicación del silencio administrativo positivo sobre los cuales se configuraran las causales generales de revocatoria y frente a los actos obtenidos por medios fraudulentos; (iv) De esta manera, si el titular niega el consentimiento en tratándose de actos contrarios a la Constitución o a la ley, surge un deber en cabeza de la administración de demandar su propio acto ante la jurisdicción contencioso administrativa; y (v) Si la administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo debe demandar sin acudir al procedimiento previo de conciliación, solicitando al juez su suspensión provisional.

En comparación con la figura de la revocatoria directa consagrada en el Código Contencioso Administrativo Decreto Ley 01 de 1984, estas reglas evidencian la consagración de un garantismo en favor de los ciudadanos como una manifestación propia del Estado Constitucional de Derecho.

4.4 Estudio del caso en particular

Para efectos metodológicos en el estudio del caso concreto, la Sala procederá a realizar el siguiente examen: (i) Las razones de inconformidad del impugnante; (ii) lo probado en el proceso y, finalmente; (iii) el análisis de las razones de inconformidad del impugnante.

⁶⁷ Ley 1437 de 2011. ARTÍCULO 97. REVOCACIÓN DE ACTOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

PARÁGRAFO. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa...”

4.4.1 Las razones de inconformidad del impugnante

Como primera medida, el impugnante considera que con ocasión de la revocatoria del Decreto 155 del 20 de abril de 2012 por parte de la administración departamental de Arauca, el Tribunal Administrativo de Arauca carecía de competencia funcional para dirimir el asunto sometido a su consideración a través del proceso de nulidad electoral. **Se presentó una sustracción de materia, una falta de jurisdicción, así como una falta de competencia y lo que procedía era un fallo inhibitorio y no un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda.**

Adicionalmente, considera que el Tribunal Administrativo de Arauca al tramitar el proceso de nulidad electoral luego de la revocatoria del acto objeto del mismo, desconoció los procedimientos administrativos de revocatoria adoptados por la administración departamental, **violando de esta manera el debido proceso.**

Los argumentos que sustentan las razones de inconformidad del impugnante se encuentran descritos detalladamente en el numeral 5ª del acápite II de esta providencia.

4.4.2 Lo probado en el proceso

En el expediente obra copia auténtica del **Decreto 155 del 20 de abril de 2012**, por medio del cual se efectuó el nombramiento en propiedad del señor Jhoan Javier Giraldo Ballén como Director del Hospital San Vicente de Arauca E.S.E⁶⁸. De igual forma, obra copia auténtica del **Acta de Posesión No. 172 del 23 de abril de 2012** del señor Giraldo Ballén en el mencionado cargo⁶⁹.

En el proceso también se encuentra acreditado que el Departamento de Arauca, a través de apoderado, **el 4 de octubre de 2012 presentó demanda de nulidad contra el Decreto 155 del 20 de abril de 2012** señalando que *“...Jhoan Javier Ballen Giraldo utilizó mecanismos ilegales y fraudulentos de índole documental, que le sirvieron para reforzar su falsa experiencia laboral, engañando a los realizadores del concurso de méritos y también engañando a la administración departamental para poder ser nombrado y posesionado en el cargo que ocupa hoy como director del Hospital San Vicente de Arauca...”*⁷⁰

⁶⁸ Ver folios 133-134 del Cuaderno No. 1

⁶⁹ Ver folio 135 del Cuaderno No. 1

⁷⁰ Ver folio 21 del Cuaderno No.1

Como corolario de lo anterior, el accionante señaló en el acápite “FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES”, que la demanda ordinaria de nulidad encontraba su asidero en los artículos 137, 161 162, 163 y 164 del CPACA. De igual manera, manifestó que el numeral 6 del artículo 40 de la Constitución Política posibilitaba la interposición de acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley. Finalmente, en este acápite transcribió el último inciso del artículo 97 del CPACA cuyo tenor literal expresa lo siguiente: “...*Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional...*”⁷¹

De igual manera, en el acápite del libelo demandatorio “REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD” señaló expresamente que: “...*Como quiera que la expedición de ese acto administrativo ocurriera por la actuación fraudulenta e ilegal proveniente de JHOAN JAVIER GIRLADO BALLÉN, no se requiere acudir al procedimiento previo de conciliación, conforme lo dispone el artículo 97 del CPACA. A su vez, el artículo 161 de esa normatividad, numeral 1º inciso segundo establece perentoriamente: “Cuando la administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación...*”⁷²

Adicionalmente, en el acápite “MEDIDA CAUTELAR” precisó que: “...*según lo señalado en el artículo 97 del CPACA, inciso final, se procederá en este capítulo a solicitar la suspensión provisional del decreto 155 de 2012...*”⁷³

De otro lado, se encuentra acreditado que la administración departamental por medio del **Decreto 084 del 10 de marzo de 2015** revocó el **Decreto 155 del 20 de abril de 2012**⁷⁴. Al respecto, también se encuentra demostrado que mediante providencia **del 13 de marzo de 2015**⁷⁵, el Juzgado Civil del Circuito de Arauca suspendió los efectos del acto revocatorio dentro del proceso de tutela tramitado por ese despacho e impetrado por el señor Giraldo Ballén, el cual culminó con la protección del amparo de los derechos fundamentales invocados a través de la sentencia **del 24 de marzo de 2015**⁷⁶. No obstante, esta última providencia fue declarada nula por el Tribunal Superior del Distrito Judicial por medio de sentencia **del 08 de mayo de 2015** y, con posterioridad, el Juzgado Civil del Circuito

⁷¹ Ver folio 22 del Cuaderno No.1

⁷² Ver folios 24-25 del Cuaderno No.1

⁷³ Ver folios 25-27 del Cuaderno No.1

⁷⁴ Ver acto administrativo de revocatoria en folios 17 – 22 del cuaderno No. 3 Medida Cautelar

⁷⁵ Ver notificación del auto del 13 de marzo de 2015 folios 294-295 del Cuaderno No.5

⁷⁶ Según certificación que obra a folio 424 del Cuaderno No.5

acatando tal orden profirió una nueva sentencia el **22 de mayo de 2015** a través de la cual finalmente se negó el amparo solicitado.

Encontrándose vigente entonces el **Decreto 084 del 10 de marzo de 2015**, la administración departamental por medio de **Decreto 377 del 25 de mayo de 2015** encargó como Directora del Hospital San Vicente de Arauca a la señora Maribel Cantor Chávez⁷⁷.

Igualmente, reposa en el expediente el auto del **08 de abril de 2015**⁷⁸ por medio del cual el Tribunal Administrativo de Arauca admitió la demanda y negó la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

Así mismo, obra certificación del señor Magistrado Guillermo Cabrera Ramos del Tribunal Administrativo de Arauca en la cual informa que en su despacho se adelanta proceso de nulidad con número de radicación No. 81001-2339-000-2015-00028-00, siendo demandante el señor Jhoan Javier Giraldo Ballén contra el Departamento de Arauca⁷⁹. (El Decreto 084 del 10 de marzo de 2015 se demandó a través de este medio de control)

4.4.3 Análisis de las razones de inconformidad del impugnante

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, la Sala abordará el estudio de las razones de inconformidad señaladas en la impugnación.

En relación con la razón de inconformidad por la supuesta configuración de la sustracción de materia, la Sala considera, **en primer lugar**, que el nombramiento del señor Jhoan Javier Giraldo Ballén como Director del Hospital San Vicente de Arauca realizado a través del Decreto 155 del 20 de abril de 2012, tuvo plenos efectos jurídicos durante cerca de tres años. En efecto, al tratarse de un acto-condición cuya eficacia dependía del acaecimiento de la posesión tal y como quedó establecido en el numeral uno del acápite razones jurídicas de esta decisión, del acervo probatorio se colige que transcurrieron dos años, diez meses y catorce días entre la fecha de la posesión (23 de abril de 2012) y la fecha de expedición del Decreto 084 de 2015 (10 de marzo de 2015) que revocó dicho nombramiento.

Siguiendo el pronunciamiento jurisprudencial de esta Corporación citado en el segundo punto del acápite que desarrolla las razones jurídicas de la presente decisión⁸⁰, esta circunstancia sería suficiente para desestimar la primera

⁷⁷ Ver folios 382-384 del Cuaderno No.5

⁷⁸ Auto visible a folios 126 – 136 del Cuaderno No. 2 Suspensión Provisional

⁷⁹ Ver folio 444 del Cuaderno No.5

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 18 de febrero de 1999, C.P: Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Radicación número 4912

inconformidad señalada por el impugnante. En este sentido, los actos administrativos de carácter general o particular son susceptibles de ser controlados por la jurisdicción contencioso administrativa **en la medida en que hayan producido efectos en el tiempo y en el espacio**, aun cuando sean derogados o revocados con posterioridad.

Dichos efectos jurídicos tuvieron como fundamento la presunción de legalidad del acto administrativo revocado, sobre lo cual se requiere el pronunciamiento del juez contencioso administrativo para determinar si el acto fue expedido conforme con el ordenamiento jurídico y de este modo, llegado el caso, declarar su nulidad y restablecer la legalidad en abstracto.

Esta consideración resulta ser más contundente, cuando además se tiene en cuenta la connotación especial del medio de control nulidad electoral, a través del cual se procura el restablecimiento del ordenamiento jurídico conculcado, con ocasión de la expedición de un acto de elección o nombramiento incurso en las causales de nulidad previstas en los artículos 137 y 275 de la Ley 1437 de 2011, tal y como lo ha manifestado esta Sección con anterioridad⁸¹ y, expresamente, lo señaló el a quo en la audiencia de alegatos y juzgamiento al resolver el incidente de nulidad promovido por el apoderado del Departamento de Arauca⁸².

Por lo anterior, tampoco le asiste razón al impugnante cuando señala que el acto revocatorio es el que debe ser objeto de control judicial porque sólo con su declaratoria de nulidad se podrían restablecer los derechos afectados. Independientemente del restablecimiento de los derechos conculcados, lo cierto es que el juez contencioso administrativo debe buscar el mantenimiento de la legalidad en abstracto que puede resultar comprometida por el acto administrativo revocado en el evento en que éste haya producido efectos en el mundo jurídico.

Por esta razón, tampoco le asiste razón al impugnante cuando señala que no pueden coexistir dos demandas sobre actos distintos pero referidos a la misma materia, pues debe tenerse en cuenta que sus efectos son completamente disímiles. Frente al Decreto 155 de 2012 el afectado sería la propia administración departamental y respecto al Decreto 084 de 2015 el afectado sería el señor Jhoan Javier Giraldo Ballén.

En segundo lugar, la Sala considera necesario pronunciarse sobre algunos argumentos señalados por el impugnante en relación con la competencia que

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 15 de julio de 2010, C.P: Susana Buitrago Valencia, Radicación número: 11001-03-28-000-2009-00009-00

⁸² Ver folios 450-452 del Cuaderno Principal

detentaba la administración departamental para revocar el Decreto 155 del 20 de abril de 2012, cuando había demandado previamente este acto ante la jurisdicción contencioso administrativa. Ello en cuanto constituye la razón fundamental para colegir la presunta configuración de la sustracción de materia.

Al respecto, llama la atención de la Sala que inicialmente la administración departamental el 4 de octubre de 2012 demandó el Decreto 155 del 20 de abril de 2012, aplicando el último inciso del artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, es decir, reconociendo que al considerar que el acto administrativo había sido obtenido por medios ilegales y fraudulentos lo que procedía, según las nuevas disposiciones introducidas por este compendio normativo, **era la demanda contra su propio acto y no la revocatoria directa del mismo**, toda vez que al no existir la otrora llamada excepción a esta regla, consagrada en el Código Contencioso Administrativo, ésta constituía la regla expresa aplicable para estos casos.

En el libelo demandatorio, el ahora impugnante, señaló que al tratarse de un acto de contenido particular y concreto lo procedente era demandarlo sin agotar el requisito de la conciliación y, adicionalmente, solicitando la medida cautelar de suspensión provisional, tal y como efectivamente lo hizo. En una palabra, **la administración departamental de Arauca reconoció su incompetencia para revocar directamente el Decreto 155 del 20 de abril de 2012, desde el 4 de octubre de 2012 que fue la fecha en que el Departamento de Arauca demandó su propio acto y en la cual también perdió dicha competencia.**

Sin embargo, la administración departamental por medio del **Decreto 084 del 10 de marzo de 2015** revocó el **Decreto 155 del 20 de abril de 2012**, arguyendo que el mencionado artículo 95 de la Ley 1437 de 2011 le otorgaba tal competencia porque a la fecha no se había notificado el auto admisorio de la demanda en el proceso de nulidad electoral, empero, el entendimiento de la regla establecida en el mencionado artículo 95 ejusdem en cuanto a la oportunidad para revocar un acto administrativo, tal y como se señaló en el numeral tercero del acápite razones jurídicas de esta decisión, supone que el acto administrativo haya sido sometido al control de la jurisdicción contencioso administrativa y, adicionalmente, que la administración no sea quien lo haya demandado pues la regla se encuentra establecida es para los casos en que la administración ignore tal situación⁸³.

⁸³ "...No obstante, bajo la norma anterior se daba la paradoja o el absurdo de que, producida la revocatoria sin que la administración supiera que el acto revocado estaba demandado y que había auto admisorio de la demanda, aquella quedaba afectada de nulidad por haber perdido competencia para producirla, precisamente por el solo hecho de existir ese auto hasta entonces desconocido, situación que, por fortuna, corrige con acierto la nueva codificación, a cuyo amparo el acto revocatorio así proferido conserva su validez, pues ésta se afecta ahora, como es lo lógico, cuando el acto se produce notificado el auto admisorio, es decir, cuando la administración ya sabe de la existencia del pleito y, por ende, tiene certeza de su pérdida de competencia para la expedición de aquél..." ZAMBRANO BARRERA, Carlos Alberto. La revocatoria directa del acto

De ahí que la competencia ratio temporis para revocar los actos administrativos se extienda hasta la notificación del auto admisorio de la demanda, es decir, hasta que la administración tenga conocimiento de tal situación, ergo, en estricto sentido si fue la administración quien demandó su propio acto no podría pretender aplicar esta regla, presentándose una evidente circunstancia de incompetencia.

Erróneamente, a partir de esta norma el impugnante advierte una incompetencia en cabeza del juez contencioso administrativo, como si la regla establecida por el artículo 95 de la Ley 1437 de 2011, indicara que una vez revocado el acto administrativo por parte de la administración el juez contencioso administrativo perdiera su competencia para controlarlo. Se reitera, esta norma establece una competencia temporal para la administración y no una regla de competencia en cabeza de los jueces contencioso administrativos.

Otorgarle validez al argumento sostenido por el impugnante soslayaría abiertamente los pilares de un Estado Constitucional de Derecho, sobre los cuales se sustenta el sometimiento de todas las autoridades estatales al ordenamiento jurídico como principal garantía de las libertades individuales.

Dentro del nuevo paradigma de constitucionalización del Derecho Administrativo incorporado por la Ley 1437 de 2011, ya no sólo los jueces administrativos o constitucionales se instituyen como los garantes de los derechos y libertades de las personas sino que también comprende a la propia administración, tal y como lo consagra expresamente el artículo 1º de dicho compendio normativo⁸⁴.

En este orden de ideas, resulta evidente que el Decreto 084 del 10 de marzo de 2015 mediante el cual se revocó el Decreto 155 del 20 de abril de 2012 se expidió desconociendo las reglas establecidas para la revocatoria directa de los actos administrativos en especial, aquéllas consagradas en los artículos 95 y 97 de la Ley 1437 de 2011, de acuerdo con las consideraciones arriba señaladas.

Resulta palmario que el Decreto 084 del 10 de marzo de 2015 se profirió en abierta contravención con normas superiores en las que debía regirse, por lo cual la Sala, encuentra que el Gobernador de Arauca expidió la revocatoria del Decreto

administrativo. En Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado – Banco de la República. Página 80

⁸⁴ Ley 1437 de 2011. ARTÍCULO 1o. FINALIDAD DE LA PARTE PRIMERA. **Las normas de esta Parte Primera tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas**, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.

155 del 20 de abril de 2012 sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular, tal y como lo exige el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, a sabiendas, inclusive, que obraba sin competencia dado que el propio Departamento de Arauca había demandado dicho acto el 4 de octubre de 2012.

En cuanto a la razón de inconformidad sobre una presunta vulneración del debido proceso, la Sala reitera, **en primer lugar**, que artículo 95 de la Ley 1437 de 2011 establece una competencia temporal en cabeza de la administración y no una regla de competencia en cabeza de los jueces contencioso administrativos. Se insiste, en la procura del mantenimiento del ordenamiento jurídico en abstracto, el Tribunal Administrativo de Arauca podría continuar con el estudio de legalidad del Decreto 155 de 2012.

De igual manera, resalta que en los procesos de nulidad electoral por tratarse de un medio de control de carácter público no procede el desistimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 280 de la Ley 1437 de 2011⁸⁵.

Adicionalmente, cabe resaltar que, contrario a la conclusión del impugnante, el Tribunal Administrativo de Arauca no invadió la órbita competencial de la administración departamental, por la potísima razón que corresponden a dos ámbitos perfectamente separables, en uno se establece la competencia para revocar actos administrativos de conformidad con las reglas establecidas en el Capítulo IX del Título III de la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, el otro, corresponde a la razón de ser de la jurisdicción contencioso administrativa⁸⁶.

⁸⁵ Ley 1437 de 2011. ARTÍCULO 280. PROHIBICIÓN DEL DESISTIMIENTO. En los procesos electorales no habrá lugar al desistimiento de la demanda.

⁸⁶ Ley 1437 de 2011. ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.
2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.
3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.
4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.
5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno.
6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.
7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.

PARÁGRAFO. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en

Finalmente, tampoco le asiste razón al impugnante cuando señala que al operar la revocatoria por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad, los efectos jurídicos producidos por el Decreto 155 del 20 de abril de 2012 también desaparecieron, pues tal y como lo ha sostenido esta Corporación⁸⁷, la revocatoria directa tiene efectos hacia el futuro.

En virtud de lo anterior, esta Sala confirmará la providencia proferida el 22 de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Arauca.

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida el 22 de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Arauca.

SEGUNDO.- DEVUELVA el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ
Presidente

ROCIO ARAÚJO OÑATE
Consejero

las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.

⁸⁷ Tal como lo sostiene, en forma mayoritaria, la doctrina y la jurisprudencia, la revocatoria directa de un acto administrativo no puede proyectar sus efectos de manera retroactiva, esto es, hacia el pasado, *ex tunc*, en primer lugar, porque el acto revocatorio, o a través del cual se revoca, tiene el carácter constitutivo de nuevas situaciones jurídicas, lo que implica que sus efectos se producen a partir de su existencia, esto es, hacia el futuro y, en segundo lugar, porque en virtud del principio de legalidad no hay duda de que el acto administrativo ha cumplido sus efectos, a lo que se suma su ejecutividad y ejecutoriedad, entendidas éstas como la eficacia que el acto comporta de cara a su cumplimiento, así como la capacidad que tiene la administración para hacerlo cumplir sin necesidad de la intervención de autoridad distinta. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 15 de agosto de 2013, C.P: Gerardo Arenas Monsalve, Radicación número 25000-23-25-000-2006-00464-01(2166-07)

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero

ACLARACION DE VOTO
Consejero: ALBERTO YEPES BARREIRO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sección, me permito exponer las razones por las cuales aclaro el voto respecto de la parte motiva de la providencia de segunda instancia proferida en el proceso de la referencia, en la cual se decidió confirmar en todas sus partes la sentencia que negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral interpuesta contra el Decreto 155 de 20 de abril de 2015, por medio del cual el Gobernador de Arauca realizó el nombramiento de Jhoan Javier Giraldo Ballén como Director del Hospital de San Vicente de Arauca.

Al decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, como se definió en la formulación del problema jurídico realizada a folios 25 y 26 de la providencia, la Sala debía ocuparse de *“(…) determinar si se configuró la sustracción de materia y la violación del debido proceso alegada por el apoderado del Departamento de Arauca en su escrito de impugnación, teniendo en cuenta que el acto acusado en el presente proceso electoral -Decreto 155 del 20 de abril de 2012-, fue revocado por medio del Decreto 084 del 10 de marzo de 2015. Lo anterior para establecer si hay lugar a revocar dicha providencia y en su lugar dictar sentencia inhibitoria.”*

Este problema jurídico fue formulado con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo de primera instancia debido a que el acto enjuiciado fue revocado por el Gobernador de Arauca, es decir la misma autoridad que lo expidió, antes de que se proferiera el auto admisorio de la demanda. Como consecuencia de esta revocatoria, en el recurso de apelación se sostuvo que la jurisdicción de lo contencioso administrativo había perdido competencia para pronunciarse sobre la legalidad del acto demandado.

Si bien comparto en su mayoría las consideraciones expuestas en la parte motiva de la providencia objeto de esta aclaración, de acuerdo con las cuales se concluyó

que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conserva la competencia para pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos revocados por la Administración, debo manifestar mi desacuerdo respecto de las siguientes afirmaciones contenidas en las páginas 40 y 41 del fallo:

“En este orden de ideas, resulta evidente que el Decreto 084 del 10 de marzo de 2015 mediante el cual se revocó el Decreto 155 del 20 de abril de 2012 se expidió desconociendo las reglas establecidas para la revocatoria directa de los actos administrativos en especial, aquéllas consagradas en los artículos 95 y 97 de la Ley 1437 de 2011, de acuerdo con las consideraciones arriba señaladas.

Resulta palmario que el Decreto 084 del 10 de marzo de 2015 se profirió en abierta contravención con normas superiores en las que debía regirse, por lo cual la Sala, encuentra que el Gobernador de Arauca expidió la revocatoria del Decreto 155 del 20 de abril de 2012 sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular, tal y como lo exige el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, a sabiendas, inclusive, que obraba sin competencia dado que el propio Departamento de Arauca había demandado dicho acto el 4 de octubre de 2012.”

Los motivos por los cuales considero que estas afirmaciones son impertinentes son las siguientes:

En primer lugar, el juicio de legalidad del Decreto 084 de 10 de marzo de 2015, por medio del cual el Gobernador de Arauca revocó el acto demandado en el presente proceso de nulidad electoral, escapa del objeto de la presente *litis*.

En efecto, la Sala se debió circunscribir a estudiar la legalidad del acto de nombramiento demandado sin que fuera necesario emitir juicio alguno sobre la legalidad del acto que lo revocó, máxime si se tiene en cuenta que el Decreto 084 de 10 de marzo de 2015 ya fue demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por lo tanto, cualquier pronunciamiento sobre su legalidad debe ser realizado por su juez natural y no en el marco del presente proceso de nulidad electoral.

En segundo lugar, con sumo respeto, destaco que la Sala carecía de cualquier elemento de juicio para concluir que *“el Decreto 084 del 10 de marzo de 2015 se profirió en abierta contravención con normas superiores en las que debía regirse, por lo cual la Sala, encuentra que el Gobernador de Arauca expidió la revocatoria del Decreto 155 del 20 de abril de 2012 sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular, tal y como lo exige el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, a sabiendas, inclusive, que obraba sin competencia dado que el propio Departamento de Arauca había demandado dicho acto el 4 de octubre de 2012”.*

En el presente proceso se desconoce si el acto de nombramiento enjuiciado fue revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular del derecho, o si éste fue revocado sin dicho consentimiento bajo alguna excepción establecida en la ley, razón por la cual la Sala no podía concluir que el Decreto 084 de 10 de marzo de 2015 es ilegal.

Finalmente, debo destacar que las anteriores consideraciones sobre la aparente ilegalidad del Decreto 084 de 10 de marzo de 2015 no dejan de ser *obiter dicta*, dado que éstas resultaban superfluas para efectos de que la Sala pudiera confirmar la sentencia apelada de primera instancia y escapan del problema jurídico planteado en el fallo objeto de esta aclaración.

En los términos anteriores dejo plasmadas las razones por las cuales aclaro la decisión aprobada por la mayoría de la Sala.

Fecha ut supra,

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero