

Honorables Magistrados
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
E.S.D.

ASUNTO: CORRECCIÓN DEMANDA (Causales objetivas)
Artículo 276 C.P.A.C.A.¹

REFERENCIA: AUTO DEL 18 DE ENERO DE 2017
Inadmisión de la Demanda Electoral

Medio de Control: NULIDAD ELECTORAL 27 09 2016
ARTICULO 139 DE LA LEY 1437 DE 2011
Contra Decreto 151 del 16 de agosto de 2016

Magistrado: Hernando Ayala Peñaranda

Radicado: 54 001 23 33 000 2016 01412 00

Demandante: LILIANA JUDITH TÁMARA RIVERA
C.C. 60.385.558 de Cúcuta

Demandados: **MUNICIPIO DE VILLA ROSARIO, NORTE DE SANTANDER**
Representado legalmente por PEPE RUIZ PAREDES
O por quien haga sus veces

EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO
HOSPITAL JORGE CRISTO SAHIUM VILLA DEL ROSARIO
Representado legalmente por ERIKA APARICIO LEÓN
O por quien haga sus veces

ERIKA APARICIO LEÓN
C.C. 63.497.333 de Bucaramanga, Santander
Quien fue nombrada y posesionada como Gerente de la
E.S.E. HOSPITAL JORGE CRISTO SAHIUM VILLA DEL
ROSARIO

¹ LEY 1437 DE 2011, ARTÍCULO 276. "TRÁMITE DE LA DEMANDA. Recibida la demanda deberá ser repartida a más tardar el día siguiente hábil y se decidirá sobre su admisión dentro de los tres (3) días siguientes.

El auto admisorio de la demanda no es susceptible de recursos y quedará en firme al día siguiente al de la notificación por estado al demandante.

Si la demanda no reúne los requisitos formales mediante auto no susceptible de recurso se concederá al demandante tres (3) días para que los subsane. En caso de no hacerlo se rechazará.

Contra el auto que rechace la demanda procede el recurso de súplica ante el resto de los Magistrados o de reposición ante el juez administrativo en los procesos de única instancia y el de apelación en los de primera, los cuales deberán presentarse debidamente sustentados dentro de los dos (2) días siguientes al de la notificación de la decisión." Negrilla fuera de texto

160

RF 300
17/1

161

LILIANA JUDITH TÁMARA RIVERA, mujer, mayor de edad, enfermera de profesión, persona natural, identificada con cédula de ciudadanía número 60.385.558 expedida en Cúcuta, Norte de Santander, vecina de esta ciudad, residente en la Avenida 4E N° 3-26, barrio La Ceiba, acudo ante su despacho en armonía con el Auto del 18 de enero de 2017, para presentar CORRECCIÓN a la demanda de la referencia, en los siguientes términos:

▪ **AUTO DEL 12 DE ENERO DE 2017**

Al respecto, tener por fundada la recusación interpuesta en el acápite “VII. RECUSACIÓN CONTRA DETERMINADOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER” del medio de control de nulidad electoral presentado el 02 de noviembre de 2016, radicado 54 001 23 33 000 2016 01412 00, contra los Magistrados Carlos Mario Peña Díaz y Édgar Enrique Bernal Jáuregui, y su consecuente separación del conocimiento del presente proceso; caso contrario la recusación interpuesta contra el Magistrado HERNANDO AYALA PEÑARANDA, que se da por infundada.

▪ **AUTO DEL 18 DE ENERO DE 2017**

Al respecto, dado que su despacho en éste auto manifiesta inconformidad con las PRETENSIONES del medio de control de nulidad electoral presentado el 02 de noviembre de 2016 *-el que se anunció como “SEGUNDA DEMANDA (Causales Objetivas)” y que en atención a lo ordenado en Auto del 16 de noviembre de 2016 le asignaron un nuevo radicado que corresponde al número 54-001-23-33-000-2016-01412-00-*, se tienen por admitidos los asuntos debatidos en los acápites “I. HECHOS”, “II. PROCEDIMIENTO Y COMPETENCIA”, “III. FUNDAMENTOS DE DERECHO”, “IV. OPORTUNIDAD”, “V. PARTE DEMANDANTE”, “VI. PARTE DEMANDADA”, “X. PRUEBAS”, “XI. ANEXOS” y “XII. NOTIFICACIONES Y/O COMUNICACIONES”.

Inconformidad que nos lleva a entender que lo expuesto en los respectivos acápites “VIII. ACTOS POSTERIORES” y “IX. PRETENSIONES”, no ha sido admitido, por tanto, es susceptible de continuar tal debate así:

162

Si bien el Consejo de Estado indica que por regla general los actos previos o de trámite no pueden ser objeto del contencioso electoral², más cierto es que la misma corporación posteriormente afirma, respecto de los actos de trámite, que “el contenido de esos documentos electorales sí se puede cuestionar como parte de los argumentos que dan pie a anular el acto que proclama a los elegidos”³.

Por tanto, adjunto a lo expuesto originariamente en el acápite VIII, permítanme

I. CUESTIONAR

A. EL PROCEDIMIENTO PARA PROVEER EL CARGO DE GERENTE DE LA E.S.E.

En caso de desconocer su despacho que LILIANA JUDITH TÁMARA RIVERA fue designada gerente dentro de las reglas del concurso mediante Decreto 111 del 09 de junio de 2016, tendríamos entonces que el Decreto 151 de 2016 es el acto definitivo, bajo el entendido que el “concurso de méritos” que adelantó la Universidad de Pamplona hace parte integral del “proceso de selección” que surtió la E.S.E. Hospital Jorge Cristo Sahium de Villa Rosario para proveer el cargo de Gerente, en los que las últimas fases del proceso como las últimas etapas del concurso se complementan en el procedimiento, así:

² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA, en sentencia del 20 de febrero de 2012, Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00099-00: “Por regla general los actos previos o de trámite no pueden ser objeto del contencioso electoral, ya que ese planteamiento concuerda con lo establecido en los artículos 49 y 50 del C.C.A., en tanto disponen en su orden que “No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, ...”, y que “Son actos definitivos, [los] que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; ...” (Negrillas de la Sala Plena). De igual forma coincide el planteamiento con lo prescrito en el artículo 229 ibidem, según el cual para obtener la nulidad de una elección “...deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara, y no los cómputos o escrutinios intermedios, aunque el vicio de nulidad afecte a estos.”.

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA, en sentencia del 04 de agosto de 2014, Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00060-00: “El primer punto que dio lugar a la inadmisión de la demanda consistió en que el capítulo de pretensiones hacía caso omiso a lo dispuesto en los artículos 139 y 288 del CPACA, en virtud a que se impugnaba la validez de actos que no pueden someterse a control de legalidad por ser actos previos o de trámite. El escrito de subsanación ignoró por completo este requerimiento en atención a que el capítulo de pretensiones otra vez incorpora como actos acusados los formularios E-24 y las actas de escrutinio de las comisiones escrutadoras de los municipios referidos. Por tanto, la demanda se rechazará en cuanto a la pretensión 2ª, no sin antes precisar que el contenido de esos documentos electorales sí se puede cuestionar como parte de los argumentos que dan pie a anular el acto que proclama a los elegidos, pero no como una pretensión autónoma de nulidad.”

PASOS	Primero	Segundo	Tercero	Cuarto	Quinto
ACTO	Oficio IS-0146 del 10 de junio de 2016	EI JUEZ DE TUTELA NO ORDENÓ reunir la Junta Directiva de la ESE para lo de su competencia	EI JUEZ DE TUTELA NO ORDENÓ reunir la Junta Directiva de la ESE para lo de su competencia	Decreto 151 del 16 de agosto de 2016 El juez de tutela ordenó la expedición de éste acto desconociendo que la ley dispone previamente la reunión de la Junta Directiva de la ESE para lo de su competencia	Acta de Posesión del 29 de agosto de 2016
NORMATIVIDAD APLICABLE	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 6 de la Resolución 165 de 2008 DAFP⁴ 	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 28 (Inc. 1) Ley 1122 de 2007⁵ • Artículo 1° del Decreto 800 de 2008⁶ • Artículo 4° del Decreto 800 de 2008⁷ modificado por el artículo 12 del Decreto 2993 de 2011 • Artículo 78 (Inc. 2) Ley 1438 de 2011 • Artículo 8.1 Convocatoria 001 de 2016⁸ • Artículo 8.2 Convocatoria 001 de 2016⁹ 	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 4° del Decreto 800 de 2008 modificado por el artículo 12 del Decreto 2993 de 2011 • Artículo 78 (Inc. 2) Ley 1438 de 2011 • Artículo 8.1 Convocatoria 001 del 1° de abril de 2016 	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 28 (Inc. 1) Ley 1122 de 2007 • Artículo 4° del Decreto 800 de 2008 modificado por el artículo 12 del Decreto 2993 de 2011 • Artículo 78 (Inc. 2) Ley 1438 de 2011 • Artículo 8.2 Convocatoria 001 del 1° de abril de 2016 	

⁴ RESOLUCIÓN 165 DE 2008 DAFP, ARTÍCULO 6: "Valoración de las pruebas. Las pruebas se valorarán en una escala de 0 a 100 puntos, cuyos resultados se ponderarán de acuerdo con el peso que se le haya asignado a cada prueba dentro del proceso. La lista de candidatas para entregar a la Junta Directiva se elaborará en orden alfabético con quienes hayan obtenido un puntaje ponderado igual o superior a setenta (70) puntos, la cual deberá ser informada en medios de comunicación masiva.

De la lista a que se refiere el inciso anterior, la Junta Directiva, mediante el mecanismo que ella determine, conformará la terna para la designación del Gerente o Director de la respectiva empresa social del Estado."

⁵ LEY 1122 DE 2007, ARTÍCULO 28: "DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente."

⁶ DECRETO 800 DE 2008, ARTÍCULO 1: "Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial conformarán la terna de candidatos de que trata el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, para la designación del Gerente o Director de dichas entidades, con las personas que sean escogidas mediante concurso de méritos público y abierto, adelantado de conformidad con lo establecido en el presente decreto."

⁷ DECRETO 800 DE 2008, ARTÍCULO 4: "La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario, siguientes a la finalización del proceso de elección. El resto de la terna operará como un listado de elegibles, para que, en el caso de no poder designarse el candidato con mayor puntuación, se continúe con el segundo y de no ser posible la designación de este, con el tercero".

⁸ CONVOCATORIA 001 DE 2016, ARTÍCULO 8.1: "La JUNTA DIRECTIVA conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado, constituyéndose la respectiva lista de elegibles, y la comunicará al Jefe de la Entidad Territorial en su condición de nominador."

⁹ CDNVDCATORIA 001 DE 2016, ARTÍCULO 8.2: "Con los resultados del proceso descrito y una vez conformada la terna en estricto orden de mérito, la Junta Directiva de la ESE HOSPITAL JDRGE CRISTO SAHIUM, la comunicará al señor Alcalde quien deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje, dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del proceso de elección".

164

Continuación...

PASOS	Primero	Segundo	Tercero	Cuarto	Quinto
CONTENIDO	Comunicar de manera oficial -el listado definitivo de los concursantes que obtuvieron un puntaje ponderado igual o superior al 70%-, a la JUNTA DIRECTIVA DE LA ESE, dando por TERMINADO el respectivo concurso de méritos	Conformar una tema en estricto orden de mérito, con los concursantes que hayan obtenido las tres (03) mejores calificaciones en el concurso público y abierto adelantado por la Universidad de Pamplona. Una vez conformada la tema se le comunicará al señor Alcalde Municipal de Villa Rosario	Conformar la lista de elegibles (corresponde a los dos últimos miembros de la tema)	Designar en el cargo de gerente de la E.S.E. Hospital Jorge Cristo Sahium de Villa Rosario a quien haya alcanzado el más alto puntaje y por ende hubiere ocupado el primer lugar en la terna	Posesionar a quien hubiere sido designado Gerente de la ESE para el periodo 2016-2020
RESPONSABLE	Operador Logístico (Universidad de Pamplona)	Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Jorge Cristo Sahium de Villa Rosario	Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Jorge Cristo Sahium de Villa Rosario	Jefe de la Entidad Territorial (Alcalde Municipal de Villa Rosario)	Jefe de la Entidad Territorial (Alcalde Municipal de Villa Rosario)
CARÁCTER DEL ACTO	ACTO PREVIO	ACTO PREVIO	ACTO PREVIO	ACTO DEFINITIVO	ACTO POSTERIOR
ESTRUCTURA DEL PROCESO	FASE 7: PUBLICACIÓN DE RESULTADOS	FASE 9: ELECCIÓN DE TERNA	FASE 8: CONFORMACIÓN DE LA LISTA DE ELEGIBLES	FASE 10: NOMBRAMIENTO DE GERENTE ❖ <i>En ésta fase culmina el proceso de selección</i>	
CRONOGRAMA (ETAPAS DEL CONCURSO)	ETAPA 14: Publicación de resultados en orden alfabético con quienes obtuvieron un puntaje ponderado igual o superior al 70% ❖ <i>En ésta etapa culmina la vinculación de la Universidad de Pamplona</i>	ETAPA 15 (ÚLTIMA ETAPA): Reunión de la Junta Directiva de la ESE HOSPITAL JORGE CRISTO SAHIUM para conformación de la Tema (lista de elegibles) con los tres mejores resultados. ❖ <i>En ésta etapa culmina el Concurso de Méritos</i>			

165

B. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS

El Consejo de Estado clasifica los actos de la administración, así:

"Actos de trámite y actos definitivos:

*El C.P.A.C.A., como también lo hacía el C.C.A., **clasifica los actos de la Administración entre actos de trámite y actos definitivos**, distinción que se adopta, entre otras razones, para precisarle a los asociados en cuál de ellos es que las entidades públicas o los particulares en ejercicio de funciones públicas vierten la voluntad generadora de derechos o efectos jurídicos.*

Los actos de trámite, previos o preparatorios, se identifican por su relación de medio a fin con el acto definitivo. Son los que emplea la Administración para dar impulso a la actuación administrativa y así agotar las diferentes fases o etapas establecidas para concluir determinados trámites.

Además, dichos actos se caracterizan porque, en principio, no son pasibles de recursos. Así lo establece actualmente el artículo 75 del C.P.A.C.A., al establecer que "No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.". Por tanto, en su contra no se pueden formular recursos de reposición, apelación o queja, aunque como lo dice la norma anterior, excepcionalmente el ordenamiento jurídico puede contemplar la procedencia de tales recursos contra actos de trámite.

Los actos definitivos, por su parte, se identifican porque, por ejemplo, con ellos la Administración se manifiesta en el sentido de determinar si hay lugar a reconocer un derecho o no, o si por el contrario el derecho ya no debe estar en cabeza de alguna persona, o si debe permanecer esa titularidad, pero con algunas modificaciones. Es decir, que el acto definitivo lo es porque finiquita una actuación administrativa o porque la Administración, en ejercicio de sus competencias, se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos, su contenido, alcance o eficacia, o como lo prescribe el artículo 43 del C.P.A.C.A., "Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación."¹⁰

Negrillas fuera de texto

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO, en sentencia del 11 de diciembre de 2013, Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00056-00

166

De tal manera que los actos relacionados en el anterior acápite en nuestro caso se clasifican así:

1. Actos previos:

- 1) Oficio IS-0146 del 10 06 2016 para comunicar el listado definitivo de los resultados.
- 2) Acta de Reunión de la Junta Directiva para:
 - a) Conformar terna
 - b) Constituir la “lista de elegibles”
 - c) Y, comunicar al alcalde

2. Acto definitivo:

Decreto 151 del 16 de agosto de 2016

3. Acto posterior:

Acta de posesión del 29 de agosto de 2016

Pero dado que tal acto definitivo, dicese el acto de nombramiento, es consecuencia de un fallo judicial de tutela que ordenó en forma directa al Alcalde nombrar a ERIKA APARICIO LEÓN como Gerente de la E.S.E., el mismo es irregular como quiera que el juez constitucional desconoció de plano el mandato legal y reglamentario ya relacionado, que exige que previo al acto definitivo se reúna la Junta Directiva de la E.S.E. para lo de su competencia y de ello se levante como acto previo un ACTA DE REUNIÓN, la cual debió expedirse con antelación al Decreto 151 de 2016; y, por tanto, si no existe el acto previo en cuestión, sencillamente no se conformó la terna y por ende no se formalizó legalmente a quien debió ocupar el primer lugar en la misma, lo que hace irregular el decreto por el cual se nombró a APARICIO LEÓN como gerente de la E.S.E.

Así mismo, es de observar que el Consejo de Estado, Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero DARÍO QUIÑONES PINILLA, el 25 de enero de dos mil dos (2002), Radicación número: 11001-03-28-000-2001-0035-01(2561), se pronunció así:

167

“CONSIDERACIONES

Cuestión previa

En este proceso se pretende la declaración de nulidad del Acta General de elección de la Señora Cecilia Reyes de León como miembro de la Junta Directiva del Consejo Nacional de Televisión, del 3 de marzo de 2001 y del acto de legalización y posesión número 812 del 6 de marzo de 2001.

*Según criterio del apoderado del demandado, el presente estudio debe circunscribirse al acto de elección de la señora Reyes de León como miembro de la Junta Directiva del Consejo Nacional de Televisión, en tanto que el acta de posesión no es un acto administrativo definitivo. **A primera vista podría considerarse que ese argumento es válido, puesto que, en virtud de lo preceptuado en el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo, para obtener la nulidad de una elección debe demandarse el acto por medio del cual ésta se declara y no los actos previos a la elección, de lo cual se deduce que tampoco se puede demandar los posteriores.***

*Sin embargo, de manera específica para los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, el artículo 1º, inciso segundo, de la Ley 335 de 1996 que subrogó el artículo 6º de la Ley 182 de 1995, dispuso que “el acto administrativo de legalización y posesión lo hará el Presidente de la República”. Es decir que, en virtud de esa norma, una vez efectuada la elección del correspondiente miembro de la Comisión Nacional de Televisión, el Presidente de la República debe expedir el acto de legalización y dar posesión al elegido. De modo que, en principio, cuando se pretende la nulidad de la elección de un miembro de la Comisión Nacional de Televisión se debe demandar el acto de elección o designación emitido por los autorizados constitucional y legalmente para ello y el acto administrativo de legalización emitido por el Presidente de la República. **Pero si, como ocurre en este caso, no se expide de manera expresa ese acto de legalización, se entiende que implícitamente este se encuentra contenido en el acta de posesión del elegido, pues sólo en cuanto se entiende legalizada la elección, el señor Presidente de la República podía darle posesión, y, por tanto, esa acta también debe demandarse.** En este sentido se ha pronunciado la Sala en sentencia del 6 de junio de 2000, expedientes 2287 y 2297 acumulados. Por consiguiente, esa decisión ahora se reitera.”* Negrillas fuera de texto

Postura jurisprudencial que dada la similitud de los supuestos fácticos y jurídicos con nuestro caso es de forzosa aplicación. Por tanto, si su despacho encontrara, contrario a nuestra demanda, que el Decreto

168

151 de 2016 fue expedido regularmente, se entendería que implícitamente dicha “ACTA DE REUNIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA E.S.E.” se encuentra contenida en el ACTO DE POSESIÓN de ERIKA APARICIO LEÓN como Gerente de la E.S.E. Hospital Jorge Cristo Sahium, pues sólo en cuanto se entiende legalizada la conformación de la terna y la constitución de la lista de elegibles, el señor Presidente de la Junta Directiva de la E.S.E., dicese el Alcalde Municipal de Villa Rosario, podía haberle nombrado y posesionado. Fundamento por el cual se acudió desde este momento procesal a solicitar al despacho a su cargo que dejara sin efectos éste acto posterior al acto definitivo en sí, pues si bien el artículo 139 del CPACA no lo señala como un acto pasible de demanda electoral, tampoco prohíbe que se eleve tal solicitud.

Las normas legales y reglamentarias precitadas en el acápite I.A, que de manera específica -para los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado- disponen en forma reiterada que el acto administrativo de legalización lo hará el Presidente de la Junta Directiva de la E.S.E., y en consecuencia así mismo el de posesión. Es decir que, en virtud de tal conjunto de normas, para el correcto cumplimiento de las leyes preexistentes al fallo judicial, el juez de tutela debió ordenar no al alcalde sino a la Junta Directiva de la E.S.E. que conforme al oficio IS-0146 del 10 de junio de 2016 se reuniera para lo de su competencia (conformación de la terna, constitución de la lista de elegibles y comunicarlas al alcalde), y que consecuentemente, el jefe de la Entidad Territorial, en nuestro caso el Alcalde Municipal de Villa Rosario, expidiera acorde a la ley el acto de nombramiento que sin duda alguna debía corresponder a quien ocupara el primer lugar en la terna así comunicada. Lo que en nuestro caso no sucedió por cuanto el juez de tutela desconoció tal procedimiento legal y reglamentario invadiendo sin fundamento alguno la órbita del contencioso administrativo.

C. ¿ACTO DE TRÁMITE o ACTO DEFINITIVO?

Oficio IS-0146 del 10 06 2016

En todo caso, toda regla general tiene su excepción y en el que nos ocupa, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO, en sentencia del 11 de diciembre de 2013, Radicación número:

169

11001-03-28-000-2013-00056-00, luego de definir que son actos de trámite y definitivos y establecer sus diferencias, reseñó:

“Actos de trámite y actos definitivos: (...)”

Contrario a lo que sucede con los actos de trámite, los definitivos sí son pasibles de los recursos de reposición, apelación y queja, pues así lo consagra el artículo 74 del C.P.A.C.A. Y lo más relevante, pueden enjuiciarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ya que la voluntad allí plasmada puede ser objeto de control a fin de examinar si se incurrió en alguna de las causales de nulidad contempladas en el artículo 137 ibidem, y en cuanto a los actos electorales identificados en el artículo 139 ejusdem, si se configuró alguna de las causales establecidas en el artículo 275 de la misma obra, todo ello por supuesto orientado por el principio de la justicia rogada para no incurrir en revisiones oficiosas a la legalidad de los actos de la Administración.

*No obstante, la anterior clasificación, el artículo 43 del C.P.A.C.A., que a su manera reprodujo el artículo 50 del C.C.A., contempla la existencia de ciertos actos que, **si bien en principio corresponden a actos de trámite, terminan catalogándose como actos definitivos porque “deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar la actuación.”** Ello se traduce en que los actos previos que adquieren la connotación de definitivos, por impedir la continuidad de la actuación, son susceptibles de control jurisdiccional, lo que a su vez significa que una misma actuación administrativa puede dar lugar a que se someta a juicio el acto final con el que culmina la actuación, así como aquellos actos previos que se tornan definitivos para algunos de los interesados o partícipes de la actuación, como efectivamente lo son las decisiones administrativas que excluyen del proceso a ciertos aspirantes, participantes o candidatos.*

Con todo, lo relevante del debate es establecer la naturaleza jurídica que en el plano electoral ostentan tanto el acto con el que culmina la actuación (elección o nombramiento), como los actos previos que impiden a algunos participantes continuar en el proceso de selección o nombramiento, puesto que absolver ese interrogante determinará si el juicio de legalidad puede surtirse conjuntamente o si por el contrario debe hacerse en proceso separado.” Negrillas fuera de texto

Asunto que aplica respecto del “Oficio IS-0146 del 10 de junio de 2016”, acto que, si bien fue expedido previamente al Decreto 151 del 16 de agosto de 2016, al observar el contenido del mismo se encuentra que se trata de un acto de trámite que hace imposible la continuación de la actuación administrativa respecto de LILIANA

170

JUDITH TÁMARA RIVERA y por tanto tiene la virtualidad de convertirse en definitivo.¹¹

Del análisis del acto contenido en el oficio de marras expedido por la Gerente de Concursos de Méritos E.S.E. de la Universidad de Pamplona, Dra. María Victoria Bautista Bochagá, se concluye que tal oficio implícitamente desconoció la existencia del listado definitivo comunicado a la E.S.E. Hospital Jorge Cristo Sahium de Villa Rosario el 03 de junio de 2016 dentro de las reglas en el plazo perentorio y preclusivo establecido para tal fin dentro del cronograma del respectivo concurso de méritos, por tanto, indujo a error al juez de tutela al acoger éste las pretensiones de ERIKA APARICIO LEÓN y ser designada en el cargo que LILIANA JUDITH TÁMARA RIVERA obtuvo mediante Decreto 111 de 2016, periodo 2016-2020.

Vale la pena distinguir entonces la existencia en nuestro caso de un único proceso de selección del cual surgieron finalmente dos actos de nombramiento como Gerente de la E.S.E. Hospital Jorge Cristo Sahium de Villa Rosario, periodo 2016-2020:

- El primero acto, el Decreto 111 del 09 de junio de 2016 expedido dentro de las reglas del concurso, de conformidad al listado definitivo comunicado por la Universidad de Pamplona a las 23:13 del día 03 de junio de 2016 tal como estaba programado en el cronograma establecido para el efecto en la Convocatoria 001 del 1º de abril de 2016; y
- El segundo acto, el Decreto 151 del 16 de agosto de 2016, expedido por fuera de las reglas del concurso, de conformidad al listado que irregularmente comunicó la Universidad de Pamplona mediante el oficio IS-0146 el 10 de junio de 2016.

De tal manera que con el segundo acto se declaró la insubsistencia tácita de LILIANA JUDITH TÁMARA RIVERA como Gerente de la E.S.E. Hospital Jorge Cristo Sahium de Villa Rosario, periodo 2016-2020, como quiera que al momento de expedirse el oficio de marras ya me había posesionado y me encontraba ejerciendo como tal.

¹¹ CONSEJO OE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO, en sentencia del 20 de noviembre de 2013, Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00023-01

171

De tal suerte, que el oficio IS-0146 del 10 de junio de 2016 se constituyó en la finalización tanto de mi ejercicio como gerente de la E.S.E. como de mi exclusión del primer puesto en la terna al haber sido reconocida posteriormente otra persona como quien obtuvo, aunque irregularmente, el mejor puntaje del concurso de méritos; y ello dado que en el oficio de marras la Universidad de Pamplona le otorgó un nuevo y mejor puntaje a ERIKA APARICIO LEÓN, 87.64%, superior al de todas las concursantes que obtuvimos más del 70% del puntaje ponderado en el concurso. Se materializó entonces con tal puntaje la imposibilidad para haber continuado en el primer lugar de la terna y seguir ejerciendo el cargo de Gerente de la E.S.E.

Por ello, el oficio IS-0146 del 10 de junio de 2016, acto preparatorio o de trámite mutó en definitivo pues para LILIANA JUDITH TÁMARA RIVERA la decisión contenida en tal oficio es negativa en el sentido que no cumple el requisito sine que non de ser “quien obtuvo el mejor mérito” para que surta el efecto jurídico de ser ubicada en el primer lugar de la respectiva terna y por ende en ser designada consecuentemente gerente de la E.S.E.; significa que la Universidad de Pamplona con la comunicación del oficio de marras puso al menos para TÁMARA RIVERA, fin a la actuación administrativa, pues en adelante dicho acto le impidió continuar con el mejor puntaje en el proceso de selección para proveer el cargo de Gerente de la E.S.E. que en últimas tuvo lugar nuevamente el 16 de agosto de 2016.

Por ende, el carácter definitivo ya aclarado del oficio IS-0146 del 10 de junio de 2016 expedido por la Universidad de Pamplona, “hace que sea enjuiciable y trae consigo la necesidad de que se demande, cuando como en el presente caso, se le endilgan toda una serie de irregularidades que siendo ciertas afectan su validez y quiebran la presunción de legalidad que le cobija”¹².

D. ¿ACTO ELECTORAL O ACTO DE CONTENIDO ELECTORAL?
Oficio IS-0146 del 10 06 2016

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO, en sentencia del 11 de diciembre de 2013, Radicación número: 11001-

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO, en sentencia del 23 de octubre de 2013, Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00031-01

03-28-000-2013-00056-00, define las diferencias del acto de contenido electoral respecto del acto electoral, así:

“Actos electorales y los actos de contenido electoral:

(...)

Ahora, en cuanto a los actos de contenido electoral que, por supuesto no son los que se emplean para hacer un nombramiento, una elección o un llamamiento, y que no tienen una definición positiva, se dirá que su caracterización está por el lado de su relación con los actos electorales, como ya tuvo oportunidad de decirlo la Sección Quinta:

“Por el contrario, los actos de contenido electoral, que por obvias razones no pueden equipararse a los actos electorales, sí se pueden identificar por su estrecha relación con uno de estos actos, es decir que el acto viene a ser de contenido electoral, no porque con el mismo se asuma una decisión administrativa de elección o de nombramiento, sino porque la decisión administrativa afecte de alguna manera a un acto de esa estirpe, bien porque lo revoque, modifique o sujete a alguna condición que antes no tenía, es decir que el acto llega a ser de contenido electoral porque jurídicamente tiene alguna incidencia en uno que sí tiene naturaleza electoral. (...)^{13,14}

Negrillas fuera de texto

Diferencias conceptuales que permiten concluir que el oficio IS-0146 del 10 de junio de 2016 es un acto de contenido electoral.

E. MEDIO DE CONTROL

Oficio IS-0146 del 10 06 2016

El Consejo de Estado en sentencia del 11 de diciembre de 2013, Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00056-00, señala para cada acto, previo o definitivo, un medio de control distinto, así:

¹³ Sobre el particular puede consultarse, entre otras, la sentencia dictada por esta Sección el 14 de septiembre de 2007, dentro del proceso de nulidad electoral No.1101032800020070018-00, adelantado por el señor Alberto Pico Arenas contra el Ministerio de Comunicaciones, donde se declaró la nulidad del numeral 3 del artículo 10 del Decreto 2244 del 1º de julio de 2005 “*Por el cual se reglamenta el procedimiento de elección del miembro de Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión de que trata el literal d) del artículo 1º de la Ley 335 de 1996*”, dictado por el Presidente de la República.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 9 de octubre de 2008. Exp. No. 1001-03-28-000-2008-00008-00. C.P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón.

173

“Medio de control para juzgar actos electorales y actos de contenido electoral:

El C.P.A.C.A., que en ello concuerda con el derogado C.C.A., establece que los actos electorales se juzgan a través del medio de control de nulidad electoral -antes acción electoral-. Así, **cuando se pretenda la nulidad de un acto de elección por voto popular o por cuerpos electorales, de un nombramiento o de un llamamiento, la acción adecuada es la consagrada en el artículo 139 y desarrollada en los artículos 275 y s.s. del C.P.A.C.A.**

En cambio, **para el juzgamiento de los actos de contenido electoral**, el Reglamento interno del Consejo de Estado o Acuerdo 58 de 16 de septiembre de 1999 (Mod. Acuerdo 55/03), dispuso en su artículo 13 que fuera la Sección Quinta quien asumiera el conocimiento de dichos procesos, para lo cual **el interesado puede optar entre la acción de simple nulidad y la acción de nulidad con restablecimiento del derecho.**

La sentencia de 9 de octubre de 2008, ya citada, igualmente precisó que para el control de legalidad de los actos electorales debía acudir al procedimiento especial, en tanto que **para los actos de contenido electoral se debía emplear el procedimiento ordinario.** Al efecto se dijo:

“Ahora, el procedimiento a seguir para el conocimiento de las demandas de nulidad contra actos electorales y contra actos de contenido electoral no es el mismo. Así, el proceso electoral regulado en el Capítulo IV del Título XXVI (Arts. 223 a 251) del Código Contencioso Administrativo, tiene por objeto la nulidad de las elecciones o nombramientos, como así lo enseñan, entre otros, los artículos 229 y 233 *ibidem*, donde se dice, en el primero, que “deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara”, y en el segundo, que “Si se trata de nombrado o elegido...”. Es decir, el proceso electoral está previsto para conocer de las demandas de nulidad contra actos de elección o de nombramiento, contra típicos actos electorales.

Como quiera que allí no fueron incluidos los actos de contenido electoral, considera la Sala que su conocimiento por parte de esta jurisdicción debe ser a través del procedimiento ordinario previsto en el Título XXIV (Arts. 206 a 211) del Código Contencioso Administrativo, de modo que las demandas de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos que no sean de elección o de nombramiento, pero que sí tengan alguna

174

relación jurídica con los mismos, tal como se precisó arriba, deben conocerse vía procedimiento ordinario.”

Negrillas fuera de texto

F. CONCLUSIÓN

Después de estas precisiones, se concluye:

1. ACTA DE POSESIÓN DEL 29 DE AGOSTO DE 2016

Siendo éste un acto posterior a la expedición del Decreto 151 del 16 de agosto de 2016 no es un acto definitivo, por tanto, respecto de la segunda pretensión (consecuencial), que al texto dice:

“SEGUNDA. *DEJAR SIN EFECTOS el Acta de Posesión de fecha 29 de agosto de 2016, mediante la cual la odontóloga ERIKA APARICIO LEÓN, identificada con la cédula de ciudadanía número 60.385.558 expedida en Bucaramanga, Santander, se posesionó como Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Jorge Cristo Sahium Villa del Rosario, periodo 2016-2020.”*

Razón le asiste al despacho en señalar que el enjuiciamiento de tal pretensión, no es propia del medio de control impetrado.

2. OFICIO IS-0146 DEL 10 DE JUNIO DE 2016

Siendo éste un acto de trámite o previo a la expedición del Decreto 151 del 16 de agosto de 2016 no es un acto definitivo, por tanto, respecto de la tercera pretensión (consecuencial), que al texto dice:

“TERCERA. *DEJAR SIN EFECTOS el Oficio IS-0146 calendado el 10 de junio de 2016 expedido por la Universidad de Pamplona y subsiguientes, mediante los cuales comunica oficialmente a la E.S.E. Hospital Jorge Cristo Sahium de Villa Rosario, la “PUBLICACIÓN DE RESULTADOS EN ORDEN ALFABÉTICO CON QUIENES OBTUVIERON UN PUNTAJE PONDERADO IGUAL O SUPERIOR AL 70%” en el que admite como*

175

concurante a ERIKA APARICIO LEÓN, identificada con la cédula de ciudadanía número 60.385.558 expedida en Bucaramanga, Santander, y le reconoce el mejor mérito del respectivo concurso.”

Razón le asiste al despacho en señalar que el enjuiciamiento de tal pretensión, no es propia del medio de control impetrado.

II. CORRECCIONES DE LA DEMANDA

De conformidad con el Auto del 18 de enero de 2017:

1. Se mantuvieron incólumes los acápites I al VI y X al XII de la presente demanda.
2. Se dieron por aceptadas las respuestas dadas a las recusaciones señaladas en el acápite VII de la presente demanda.
3. Se cuestionaron:
 - El acto posterior señalado en el acápite VIII de la presente demanda; y
 - Los actos previos señalados en la segunda y tercera pretensiones primigenias, las cuales han sido modificadas.
4. En consecuencia, en los términos expuestos en el presente memorial se corrige el acápite IX de la demanda en curso, el cual quedará así:

“IX. PRETENSIONES

PRETENSIÓN PRINCIPAL

PRIMERA. DECLARAR LA NULIDAD del Decreto N° 151 DEL 16 DE AGOSTO DE 2016 “Por medio del cual se da cumplimiento al fallo de la tutela radicada bajo el número 54-001-33-33-002-2016-00112-01”, expedido por el Alcalde Municipal de Villa Rosario, Norte de Santander, con el cual se procedió por ORDEN JUDICIAL a designar a la odontóloga ERIKA APARICIO LEÓN, como gerente de la E.S.E. Hospital Jorge Cristo Sahium de Villa del Rosario, periodo 2016-2020.

176

PRETENSIÓN CONSECUCIONAL

SEGUNDA. COMUNICAR al Alcalde Municipal de Villa Rosario para que conforme a su condición de nominador proceda a lo de su competencia.”

De Uds.,


LILIANA JUDITH TAMARA RIVERA
C.C. N° 60.385.558 de Cúcuta