



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-004-2016-00014-01
DEMANDANTE: DILSO ORTEGA GUZMÁN y OTROS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE MORROA – CONCEJO MUNICIPAL (RESOLUCIÓN N° 010 DE DICIEMBRE 30 DE 2015)
M. DE CONTROL: SIMPLE NULIDAD

Procede la Sala Segunda de Decisión Oral, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Municipio de Morroa), contra el auto de 18 de febrero de 2016, a través del cual, se decreta como medida cautelar de urgencia, la suspensión provisional de la Resolución N° 010 de 30 de diciembre de 2015, "*POR MEDIO DEL CUAL SE CONVOCA Y SE MODIFICA EL CONCURSO PÚBLICO ABIERTO Y DE MÉRITOS PARA PROVEER EL CARGO DE PERSONERO DEL MUNICIPIO DE MORROA DEPARTAMENTO DE SUCRE PARA EL PERIODO INSTITUCIONAL 2016-2020*".

1.- ANTECEDENTES

DILSO ORTEGA GUZMÁN y OTROS, a través de apoderada judicial, presentaron demanda en ejercicio del medio de nulidad, contra la **RESOLUCIÓN N° 010 DE DICIEMBRE 30 DE 2015**, proferida por el Presidente del Concejo Municipal de Morroa – Sucre, solicitando la nulidad de dicha decisión administrativa y en consecuencia, iniciar, nuevamente, el proceso tendiente a desarrollar el concurso de mérito, para proveer el cargo de Personero del municipio de Morroa, Departamento de Sucre, periodo institucional 2016-2020.

La demanda, fue presentada el 27 de enero de 2016¹, correspondiendo por reparto su conocimiento al Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, Despacho que una vez surtido los tramites de rigor, mediante auto de fecha 18 de febrero de 2016², resuelve una solicitud de medida cautelar, consistente en suspensión provisional del acto administrativo demandado, procediéndose en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECRETESE, como medida cautelar de urgencia, la suspensión provisional de la Resolución N° 010 de 30 de diciembre de 2015, “POR MEDIO DEL CUAL SE CONVOCA Y SE MODIFICA EL CONCURSO PÚBLICO ABIERTO Y DE MÉRITOS PARA PROVEER EL CARGO DE PERSONERO DEL MUNICIPIO DE MORROA DEPARTAMENTO DE SUCRE PARA EL PERIODO INSTITUCIONAL 2016-2020”, proferido por el Presidente del Concejo municipal de Morroa, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído. Mientras se decide el presente proceso, suspéndase el concurso público abierto y de méritos para proveer el Cargo de Personero del municipio de Morroa, convocado en ella”.

Como argumento de su decisión, el juez A quo advierte, que acompasando las directrices de orden normativo, con el caso en concreto, efectivamente, el acto acusado, que convoca para el concurso público de méritos para proveer el cargo de Personero del municipio de Morroa, fue suscrito, únicamente, por el Presidente de la corporación de la época, donde es menester, que dicha decisión, se adopte por el conjunto de los miembros de la Mesa Directiva.

Inconforme con la anterior decisión judicial, la parte demandada, interpone recurso de apelación³, señalando, **(i)** que en el caso de marras, no se dispuso notificación alguna, sobre el traslado de la medida cautelar, a efectos de pronunciarse en los términos del Art. 233 de la Ley 1437 de 2011, lo que conlleva a una falta de ejercicio, de su derecho de defensa y contradicción, a lo que aúna, que tampoco se

¹ Folio 4 del expediente de primera instancia/9 de segunda.

² Folio 20 vto. a 24 del expediente.

³ Folios 26-27; 34-35; 38-40.

notificó a la Agencia de Defensa Jurídica para el Estado y al agente del Ministerio Público.

Sostuvo el recurrente, que tuvo conocimiento de la medida cautelar, por la entrega de oficios, por parte de un concejal de la Corporación municipal, antes de ser notificado por el juzgado, por lo que reitera, que al Municipio de Morroa, nunca se le notificó, ni se le dio traslado de la solicitud de medida previa rogada por el demandante, para que ejerciera su derecho de contradicción.

Agregó, **(ii)** el desconocimiento del juez *A quo*, sobre el contexto de la problemática, toda vez que adopta una decisión de urgencia, sin un soporte probatorio coherente, en el que se evidencia el acaecimiento de un perjuicio irremediable, a partir de tan solo meras afirmaciones de los demandantes, siendo un deber del operador judicial, el ponderar los intereses en riesgo, pues, el acto administrativo demandado, se suscribió por el Presidente del Concejo Municipal de Morroa, por delegación de su mesa directiva, es decir, con sujeción al principio de legalidad.

Definido lo anterior y con miras a resolver el medio de impugnación deprecado, el cual es procedente, conforme las indicaciones del Art. 236, 243 Núm. 2 y 244 Núm. 2 del CPACA; la Sala, procede a tomar la decisión que en derecho corresponde.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Distinción entre recurso de apelación y solicitud de nulidad.

El recurso de apelación, se conceptúa, como *“el recurso concedido a un litigante que ha sufrido agravio **por la sentencia del juez inferior**”*⁴,

⁴ Evidentemente al concepto, hay que agregarle que también son apelables los autos, como lo indica el autor que recoge el concepto citado, nota que sigue.

para reclamar de ella y obtener su revocación por el Juez Superior"⁵, es decir, como la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción, frente al contenido de la providencia recurrida, en concreto, más no, frente al trámite que se le ha aplicado al proceso, pese a que el mismo, haya permitido el surgimiento de la decisión, cuya alzada se tramita.

Esta distinción es importante, para no confundir, la solicitud de una nulidad o irregularidad procesal con lo que debe ser, el recurso de apelación de una providencia; en tanto, aquella, se dirige a que se considere por el Juez de conocimiento, un control de legalidad para *"corregir o sanear los vicios constitutivos de nulidades"* (art. 132 del C. G. del P.), mientras que la apelación, lo que busca es contraponerse al contenido mismo de la decisión, requiriendo una decisión de fondo.

Siendo así, cuando en escrito de alzada, se mencionan irregularidades en el trámite de una actuación procesal, como en este caso, no cabe duda, que lo pretendido no es más, que la declaración de una nulidad, entendida en el asunto, como no haberse surtido el trámite correspondiente a una medida cautelar ordinaria.

Aceptada tal consideración, esto es, que cuando se alega la revocatoria de una medida cautelar, por no haberse atendido el trámite correspondiente, en este caso, no haberse corrido traslado al municipio de Morroa, ni al Ministerio Público, resulta evidente, que la temática trata de una irregularidad, más no del contenido mismo de la decisión tomada, de ahí que lo pronunciado en el argumento, para esta Sala, debe verse como contentivo de una solicitud, mal elaborada, de nulidad.

Y se afirma que es mal elevada, en tanto, el tenor del art. 135 del C. G. del P., exige para el efecto, que entre otras cosas, se deberá expresar

⁵ COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. 4ª Edición. EN: ESCOBAR VÉLEZ, Edgar Guillermo. Los recursos en el código general del proceso. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín: 2015. P. 60.

la causal invocada, lo cual no hace el recurrente, pues, erróneamente, lo consignó como sustento de su recurso de apelación. De ahí que desde ya, se afirma, que su pedimento no debe ser atendido⁶.

2.2. De las medidas cautelares en el CPACA

Las medidas cautelares, desde un sentir material, son entendidas como *“aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera, el ordenamiento protege, preventivamente, a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada”*⁷.

Con la implementación, de la Ley 1437 de 2011, el instituto en mención, sufre un vuelco total, de orden formal y sustancial, de cara a la concretización de una *tutela judicial efectiva*, precisando el Honorable Consejo de Estado, en Auto de Sala Plena de 17 de marzo de 2015⁸, lo siguiente:

“Con la nueva normativa, prevista en el Capítulo XI del Título V “Demanda y proceso contencioso administrativo”, se fijó un régimen plural de medidas cautelares aplicable a los procesos declarativos y a los que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos de que conoce esta jurisdicción. Al respecto, el artículo 229 contempla que:

“En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la

⁶ Ni siquiera puede considerarse de oficio, pues, el trámite aplicado a la petición de medida cautelar, es conteste con el CPACA.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C- 379 de 2004.

⁸ Expediente con radicación **11001-03-15-000-2014-03799-00**. C. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

PARÁGRAFO. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.”.

De este enunciado se extrae que, contrario a lo que ocurría en vigencia del Código Contencioso Administrativo, las medidas cautelares proceden antes de que se notifique el auto admisorio y en cualquier etapa del proceso, y que su fin consiste en proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, a través de un pronunciamiento que no implica prejuzgamiento.

Conforme al artículo 230 ibídem, las medidas cautelares pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, debiendo tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Dentro de este último criterio, en el numeral 3º, se estipuló la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, garantía concordante con lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política (...)

Al amparo de dicha propuesta, se estableció una regla clara de confrontación de legalidad cuando se demandara la nulidad de un acto, compilando bajo un solo inciso los requisitos necesarios para el decreto de la medida cuanto quiera que se solicitara un restablecimiento de derechos subjetivos. No obstante, en la ponencia para segundo debate a la Cámara, que reposa en la Gaceta No. 951 de 23 de noviembre de 2010, se dejó en claro que era necesario separar los requisitos exigidos legalmente para la medida de suspensión provisional de los necesarios para las demás medidas (...)

Con el objeto de lograr la eficacia de la medida de suspensión provisional, tal como se manifestó en la ponencia para segundo debate ante la Cámara de Representantes, se concluye que el inciso primero del artículo 231 exige como requisito fundamental para resolver esta cautela un análisis inicial de legalidad. Agregando, que en los casos en los que se reclama el restablecimiento del derecho y la

indemnización de perjuicios, se acredite por lo menos sumariamente la existencia de estos.

En las demás medidas contempladas en el artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, distintas de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, se deberán atender para su análisis los criterios de *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, la ponderación de intereses, y será el Juez en su análisis y valoración de la situación propia de cada caso quien establezca los pesos argumentativos de los mismos en la decisión que adopte.

Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, es notorio para la Sala que la nueva disposición, sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de una tutela judicial efectiva, el ámbito de competencia que tiene el juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional.

Una interpretación del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo teniendo en cuenta solamente la variación literal del enunciado normativo, pudo haber generado en los inicios de su aplicación la idea de que la existencia de una manifiesta infracción, a la que hacía referencia el artículo 152 del anterior Código, fue reemplazada por el surgimiento en el análisis judicial de una oposición entre el acto y las normas superiores, sin que ello comportara una diferencia material en el contenido normativo de ambas disposiciones. Sin embargo, estudiados los antecedentes de la disposición debe arribarse a una conclusión diferente, dado que, se insiste, la medida cautelar en el nuevo escenario judicial de esta Jurisdicción obedece y reclama la tutela judicial efectiva".

Así mismo, con miras a garantizar, en un mayor escenario, el adagio de que "el tiempo necesario para tener razón, no debe causar daño a quien tiene razón"⁹, el legislador colombiano, en el Art. 234 de la Ley

⁹ Chinchilla Marín, Carmen. "Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en España", www.tribunalcontenciosoax.gob.mx/libros/descargas/medidascautelarias/4.pdf, pág. 1. Citado en providencia 2014-003799, antes referida.

1437 de 2011¹⁰, dispuso la configuración de las medidas cautelares de urgencia, las cuales “pretenden la adopción de una medida provisional de manera inmediata, en donde dada la situación de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado, se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y puede ordenarse la medida, inclusive, de manera previa a la notificación del auto admisorio de la demanda (conforme al artículo 229 del Código); en otras palabras, esta disposición constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves violaciones de derechos humanos, dado el apremio con que se adopta dicha medida cautelar, dejando de ser accesoria y subordinada al proceso contencioso administrativo principal adquiriendo unas características y contornos particulares y diferenciados, pues ella en si misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un recurso judicial sui generis de urgencia para la protección de los derechos de los asociados. Es en estos términos, como una medida autónoma garante de los Derechos Humanos, que se debe interpretar y aplicar, en adelante por parte de los Jueces Administrativos, la tutela cautelar de urgencia”¹¹.

¹⁰ **Artículo 234. Medidas cautelares de urgencia.** Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta”.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Auto de 19 de marzo de 2014. Expediente con radicación interna 50219. C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. También se puede consultar. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Subsección B. Proveído de 13 de mayo de 2014. Expediente con radicación interna 1131-14. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, donde se sostuvo: “Sobre la medida cautelar de urgencia se ocupa el artículo 234 ibídem, al disponer que desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para adoptarla, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo 233. Por ende la medida deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente. La adopción de las medidas cautelares reguladas en el CPACA, a diferencia de lo que estaba previsto en los artículos 154 y 155 del CCA, se hace por el Juez o Magistrado en providencia motivada y separada del auto admisorio de la demanda, en aquellos eventos en los que la solicitud se presenta con la demanda. El auto que decreta una medida cautelar, según el artículo 236 del CPACA, será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso. La medida cautelar puede ser levantada, a solicitud del demandado o afectado previa caución a satisfacción del Juez o Magistrado

A su vez, el Alto Tribunal de lo contencioso administrativo, refiere que la valoración judicial, con miras a la declaratoria de una medida cautelar de urgencia, debe sopesar los bienes jurídicos que pueden estar en colisión, valiéndose el operador judicial, de un juicio ponderado, que le permita establecer una regla jurídica aplicable, con la cual, se dé solución a una problemática en específico, manifestándose los siguiente:

“En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación¹², en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos¹³ (pasos a y b) y, luego de ello, se procede a c) que ordena analizar si se encuentra justificado que la satisfacción de uno de los principios afecte al otro; aplicando las consideraciones vertidas en iii) en la materia que se está tratando, hay que decir que ello implica valorar si está justificada la adopción de la medida cautelar para la protección de un derecho en circunstancias de amenaza, en desmedro de la administración.” (Citas del texto)

Ponente, y modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte (art. 235 ibídem)”.

¹² La ley de ponderación, siguiendo a Alexy, quiere decir que “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales (Epílogo). 2º edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [Trad. Carlos Bernal Pulido] 2008, p. 529.

¹³ A través de una escala tríadica de leve, medio o intenso.

Apreciaciones que aterrizadas, a la medida cautelar de la suspensión provisional de actos administrativos, ameritan el acatamiento de unos preceptos, erigidos sobre la especial naturaleza del instituto tantas veces mencionado, aduciendo la jurisprudencia contenciosa administrativa, al respecto:

“Esto significa que la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada sobre los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del periculum in mora y del fumus boni iuris, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.

Ahora bien, para arribar a la conclusión de que la norma demandada atenta contra el orden jurídico debe el juez necesariamente hacer un proceso de interpretación de la ley y materializarlo en una debida y suficiente motivación, sin romper las fronteras que implica la medida cautelar para incursionar en la decisión de fondo.

(...) se deducen como requisitos para la procedencia de dicha medida cautelar que i) sea solicitada por el demandante, ii) procede cuando existe una violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho debe acreditarse, de manera sumaria los perjuicios que se alegan como causados por los actores.

Ahora bien, bajo los supuestos legales referidos y para determinar sobre la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados se procederá a efectuar el respectivo análisis de cada uno de los cargos invocados por el actor, para así determinar si en el presente asunto se vislumbra una infracción evidente u ostensible de las normas superiores cuya transgresión se alega”¹⁴.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 30 de noviembre de 2015. Ref.: Expediente núm. 2015-00377-00. Medio de control: nulidad. Actor: TOMÁS JAVIER OÑATE ACOSTA.

Ahora bien, la medida cautelar, solo puede emitirse dentro del medio de control adecuado, definido conforme las pretensiones perseguidas por el demandante.

2.3. IMPROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD SIMPLE, PARA ATACAR ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO ELECTORAL

Sea lo primero advertir, que para este Tribunal, el medio de control escogido por el actor de nulidad simple, no es el adecuado, dado que teniendo en cuenta el contenido del acto que se pretende demandar, los hechos y pretensiones de la demanda expuestas para el asunto, el mismo es claramente electoral, dictado dentro de procedimiento de elección, distinta a los de voto popular, para lo cual, las normas procesales consagran un medio de control especial, como es el de NULIDAD ELECTORAL, consagrado en el capítulo III de los Procesos Electores, artículo 139 del C.P.A.C.A.

Es importante resaltar, que si bien es cierto, el medio de control de nulidad simple y el de nulidad electoral, poseen características similares, como por ejemplo su legitimación en la causa por activa en cualquier persona y el hecho de que a través de ellos, se defiende el orden de legalidad en abstracto, resulta claro, que la nulidad electoral, posee su contenido especial, trámite, requisitos de procedibilidad y término para su ejercicio oportuno, diferentes, por lo que no pueden confundirse al detentar entidad y ámbito de aplicación propios.

En este sentido, la jurisprudencia contenciosa, ilustra tal posición, en providencia, que no obstante, hacer alusión a la normativa procesal anterior -la nueva solo cambia en aspectos temporales- resulta relevante para el caso:

“Una reflexión a fondo del tema demuestra con evidencia que tanto el contencioso electoral como el de simple nulidad únicamente comparten dos características, una es la naturaleza pública de ambos, esto es, el hecho de que los

dos procesos sean pasibles de ejercicio ciudadano directo de acceso a la justicia y la segunda hace referencia a que estos mecanismos judiciales persiguen preservar el ordenamiento jurídico en abstracto. Sin embargo, la declaratoria de nulidad del acto electoral, además de hacer prevalecer la legalidad objetiva en abstracto, produce incidencia en concreto frente al afectado quien, como consecuencia de tal nulidad, es excluido de la función pública. Asimismo, a diferencia del acto que se demanda en nulidad simple, el acto administrativo contentivo de una elección o de un nombramiento -único acto pasible de ser demandado a través del contencioso electoral-es de carácter eminentemente particular y su posibilidad de sometimiento a control judicial está sujeto a término de caducidad. (20 días). Este límite para ejercitar su control judicial existe a fin de otorgar certeza y seguridad jurídica tanto al elegido o nombrado y a la gestión pública que desarrolla, como a los electores que lo designaron, pues atentaría contra estos valores que un acto administrativo de tanta incidencia para la democracia y para el mantenimiento de la institucionalidad del país pudiera permanecer siempre abierto a estar sub judice. Por último, en la acción de simple nulidad la parte demandada es la autoridad que produjo el acto; en la acción electoral el demandado es el elegido, la autoridad que produjo el acto solo es un interesado en las resultas. Entonces, de esta comparación, se impone concluir que, en realidad, no son totalmente identificables ambas clases de controversias, la de simple nulidad y la de nulidad electoral. Por tal razón, no resulta del todo acertado aseverar que el proceso electoral es una especie del género "contencioso de nulidad simple", pues, como se vio, el primero tiene una identidad propia y sui generis y, por ende, no participa en un todo de la naturaleza del juicio de simple nulidad."¹⁵

Dada las particularidades del presente caso, considera la Sala oportuno recordar, lo relacionado con la diferencia existente, entre los actos de contenido electoral y los actos electorales, siendo que esta jurisdicción ha entendido los primeros, como aquellos que contienen alguna incidencia, en uno de naturaleza electoral y a estos últimos,

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. C. P.: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Auto del 15 de abril 2011. Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00121-00. Actor: RAMIRO BASILI COLMENARES SAYAGO Y OTROS. Demandado: REPRESENTANTES A LA CÁMARA POR BOGOTÁ.

como “aquellos que declaran una elección o realizan un nombramiento o designación”¹⁶.

Sobre el particular, se ha considerado además, que:

*“Los actos electorales corresponden a aquellas decisiones administrativas por medio de las cuales se declara una elección o se hace un nombramiento o designación, según se infiere del régimen general de competencias establecido en el Código Contencioso Administrativo. 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. Con todo, el acto de contenido electoral no se agota en la anterior clasificación, pues bajo la premisa de que esa naturaleza se la confiere su proximidad jurídica con un acto de elección o de nombramiento, también resulta válido afirmar que dentro de ese catálogo se incluyen los actos administrativos de carácter general por medio de los cuales la administración pública regula o reglamenta un proceso de elección o de nombramiento”.*¹⁷

En consecuencia, se ha reiterado que el acto electoral, es aquel “por medio del cual la Administración declara una elección o hace un nombramiento o una designación (actos de elección popular, los de elección por corporaciones electorales, los actos de nombramiento de cualquier autoridad pública y los de llamamiento para suplir vacantes en las Corporaciones públicas)”¹⁸, para efectos de concluir que, la legalidad de estos, se cuestiona a través del medio de control de

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 27 de mayo de 2015, Rad. No. 110010324000200500017 01, M. P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 9 de octubre de 2008, Rad. No. 2008-00008-00, M. P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón

¹⁸ Ídem.

nulidad electoral, que contempla el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, norma que reza:

“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.”

Ahora bien, el acto administrativo, es aquella decisión que emana de las autoridades y que tiene como fin, producir efectos jurídicos, por tanto, para que una decisión de esta naturaleza, pueda ser objeto de reproche ante el juez contencioso, se requiere que la misma tenga la cualidad de ser definitiva y ostentar firmeza.

La definición de actos definitivos, a su vez, se encuentra en el artículo 43 del CPACA, así: *“ARTÍCULO 43. ACTOS DEFINITIVOS. Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”*.

Sobre el tópico en mención, el tratadista Luis Enrique Berrocal Guerrero, manifestó¹⁹:

¹⁹ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo – Quinta Edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. Ltda., 2009. p. 377.

“La decisión que pone fin a una actuación administrativa distinta de la que se inicia por petición en interés general, sea que lo haga en sentido positivo o negativo, tratándose de las iniciadas en ejercicio del derecho de petición en interés particular o resolviendo la cuestión planteada en el cumplimiento de un deber legal u oficiosamente por la Administración, constituye un acto administrativo de carácter i) particular, sea cual fuere el número de interesados o afectados; ii) reglado en virtud de que su formación debe seguir una regulación más o menos rígorosa, más cuando se trata de la acción sancionatoria del Estado, lo que determina las circunstancias de hecho y de derecho, en las cuales están la de tiempo (oportunidad), modo, lugar, etc., en que debe ser expedida; y **iii) respecto del procedimiento administrativo viene a ser el acto principal o definitivo, o sea, el que pone fin a la actuación administrativa, llamado, por ello, definitivo, como se anotó al inicio del tema**”. (Negrilla de la Sala)

Por su parte, la jurisprudencia no ha sido ajena al tema, señalando:

“Si bien es cierto que el Código Contencioso Administrativo Colombiano no contiene una definición sobre acto administrativo, la doctrina ha intentado definirlo expresando que se entiende como tal la manifestación de la voluntad de la administración, que en cumplimiento de funciones administrativas, esta (Sic) encaminada a producir efectos jurídicos²⁰. En efecto, el citado autor sostiene sobre el acto administrativo que: “La declaración debe provenir del ejercicio de la función administrativa, realizado por la administración o por quien haga sus veces lo que nos indica que el ejercicio de otras funciones legislativas o judiciales, así estén atribuidas a órganos que por naturaleza sean administrativos, no serán actos administrativos, y lo contrario, si la función administrativa es desarrollada por cualquier de los otros órganos del poder público (sic), tal y como ya lo hemos expuesto, producirán por excepción actos administrativos. Esto nos confirma nuevamente la tesis ecléctica propuesta, tratándose de criterios determinantes del acto administrativo. La declaración de la voluntad debe provocar alteraciones jurídicas en el mundo exterior, modificando y extinguiendo las existentes o creando nuevas situaciones de relevancia dentro ante el derecho y como efecto directo de su carácter decisorio. Si una declaración no reúne los elementos conceptúeles expuestos, no podemos calificarla de acto administrativo.” Ahora, la Sección

²⁰ SANTOFIMIO, Jaime Orlando, Acto administrativo: Procedimiento, eficacia y validez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Externado de Colombia, Serie G. Estudios Doctrinales, Num. 110. Segunda Edición 1994.

Primera²¹ de esta Corporación ha clasificado los actos administrativos en actos definitivos o actos de trámite.

En este sentido ha sostenido que solo los actos administrativos definitivos que producen efectos jurídicos son enjuiciables por esta jurisdicción, en consecuencia, como los actos de trámite, en principio, no producen efectos jurídicos, escapan de la jurisdicción contencioso administrativa. En este sentido, se sostuvo en la referenciada sentencia lo siguiente: "El acto administrativo debe contener una declaración; es su característica esencial la de exteriorizar una decisión de la Administración que cree, modifique o extinga una situación jurídica en relación con el administrado. Queda, por lo tanto, tal noción reservada a las decisiones que por sí mismas generan efectos jurídicos para los terceros, resultando, en consecuencia, excluidos los actos que, no obstante producir efectos, incluso directos en el ámbito interno de la administración, carecen de tales consecuencias en el ámbito externo de ésta. Dentro del trámite de la actuación administrativa, obviamente, se producen decisiones en relación con la adopción de diferentes etapas: probatoria, de alegaciones, de impugnación, etc. decisiones éstas que no tienen la virtualidad de definir la actuación en sí misma considerada sino que son de impulso procesal y, por ello, se les conoce con la denominación de actos de mero trámite que, por principio, no son demandables a no ser que con su expedición se impida al administrado continuar la actuación, tal como lo dispone la parte final del artículo 50 del C.C.A. Si pudiera, como lo solicita la parte actora, darse calificativo de acto administrativo a cada una de las decisiones que expide la administración en aras de impulsar el trámite administrativo, se llegaría a la conclusión equivocada de que dentro del ejercicio de la acción contenciosa se estudiara la legalidad de diferentes decisiones correspondientes a las diversas etapas de la actuación como sería el caso del auto mediante el cual se decide abrir diligencias previas; de cada auto que ordene oír en versión a los posibles involucrados en la investigación administrativa o disciplinaria; de los autos que ordenan la incorporación de diversos medios probatorios; del auto mediante el cual se califican las diligencias preliminares; del auto que ordena la apertura de formal investigación sea ésta de carácter disciplinario, fiscal, etc., olvidando que ninguno de los mencionados define de fondo la actuación administrativa." En concordancia con lo expuesto, el último inciso del artículo 50 del C.C.A. dispone: "Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando

²¹ Sentencia de 3 de febrero de 2000. Expediente núm. 5652. C. P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero.

hagan imposible continuarla” Como se aprecia del estudio del caso concreto y de la citada jurisprudencia, la distinción entre actos administrativos definitivos y de trámite, ha alcanzado particular relevancia, de carácter práctico, en consideración a su impugnación, toda vez que resulta que, los primeros pueden ser siempre cuestionados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mientras que los segundos, generalmente, no son enjuiciable por asta (sic) jurisdicción.”²²

Así las cosas, queda lo suficientemente explicado que los actos administrativos que pueden ser objeto de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de los diferentes medios de control existentes para ello (nulidad, nulidad y restablecimiento y nulidad electoral) son aquellos que tienen la entidad suficiente para producir efectos jurídicos, respecto de la situación particular y concreta del administrado, decisiones que por lo general, pertenecen a la categoría de actos administrativos definitivos.

Ahora bien, en lo que atañe al caso presente, esto es, a la naturaleza del acto administrativo que convoca a concurso público, es necesario recordar que esta jurisdicción, ha sido reiterativa al considerar que los actos emitidos en el transcurso de una convocatoria, son de trámite, puesto que sólo se considera como definitivo, el acto de elección, siendo este, el que pone fin a la actuación administrativa, por tener la virtud de producir efectos jurídicos²³.

Al respecto, el Consejo de Estado ha considerado:

“Si bien la convocatoria tiene la naturaleza de un acto de trámite que no es directamente demandable, lo cierto es que

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera C. P.: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Sentencia del 17 de febrero de 2011. Radicación número: 25000-23-24-000-2009-00080-01. Actor: ADUANAS AVIA LTDA SIA. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

²³ La Sala debe resaltar, no obstante, que en ocasiones el Consejo de Estado ha realizado examen de legalidad sobre el acto mediante el cual se profirió lista de admitidos y no admitidos en un concurso de méritos, en atención a que con ello, se impidió continuar en el desarrollo de la convocatoria, sin que ello implique, una modificación de la naturaleza del acto, es decir, que aun con ello se trató de un acto de trámite. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 1 de septiembre de 2014, Exp. No. 2271-10, M. P. Dr. Luís Rafael Vergara Quintero.

las convocatorias que el actor califica de irregulares necesariamente debieron culminar con la elección o el nombramiento de los docentes que harán parte de la planta de personal de la Universidad, actos éstos últimos sí enjuiciables ante la jurisdicción contencioso administrativa.”²⁴

En un caso análogo, cuando el Consejo de Estado analizó el acto mediante el cual, se definió la terna para la elección del Contralor General de la República, señaló el alto tribunal que *“la integración de la terna corresponde entonces a una etapa anterior a la de la elección final, en donde el acto administrativo por medio del cual se terna no es sino un mero acto de trámite, que cumple la función de encaminar e impulsar el procedimiento a efectos de concretar una decisión final”²⁵.*

Así pues, es claro el criterio que sobre el particular ha reiterado la máxima corporación de lo Contencioso Administrativo, esto es, que dentro de un proceso de elección o selección, solo constituye acto definitivo, el que materializa la escogencia de quien superó las etapas previas.

Discurrido lo anterior, en el **caso concreto**, para la Sala, la Resolución N° 010 de 30 de diciembre de 2015 *“POR MEDIO DEL CUAL SE CONVOCA Y SE MODIFICA EL CONCURSO PÚBLICO ABIERTO Y DE MÉRITOS PARA PROVEER EL CARGO DE PERSONERO DEL MUNICIPIO DE MORROA, DEPARTAMENTO DE SUCRE PARA EL PERIODO INSTITUCIONAL 2016-2020”*, constituye acto de trámite, no susceptible de control jurisdiccional, por lo que de contera, no procede imponer medida cautelar alguna, por ende, la impuesta deba ser revocada.

Luego entonces y en resumen, (i) frente a la solicitud irregular de nulidad, la misma no debe ser atendida, por no reunirse los requisitos propios de la misma y (ii) ha de revocarse la medida cautelar impuesta,

²⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 19 de febrero de 2004, Rad. No. 25000-23-25-000- 2003-0721-02(ACU), C. P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 6 de agosto de 2014, Rad. No. 11001-03-28-000- 2014-00071-00 (S), C. P. Dr. Alberto Yépez Barreiro.

toda vez que recae sobre un acto administrativo, no susceptible de control jurisdiccional.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre,

3.- RESUELVE

PRIMERO: Sin lugar a considerar la solicitud de nulidad, formulada por el apelante, entre los argumentos de su escrito de alzada, conforme lo anotado.

SEGUNDO: REVOCAR el auto de 18 de febrero de 2016, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de este proveído. En consecuencia, se levanta la medida cautelar impuesta, sobre la Resolución N° 010 de 30 de diciembre de 2015, *"POR MEDIO DEL CUAL SE CONVOCA Y SE MODIFICA EL CONCURSO PÚBLICO ABIERTO Y DE MÉRITOS PARA PROVEER EL CARGO DE PERSONERO DEL MUNICIPIO DE MORROA, DEPARTAMENTO DE SUCRE PARA EL PERIODO INSTITUCIONAL 2016-2020"*

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0072/2016

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ