



**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
LISTADO DE ESTADOS**

MAGISTRADO PONENTE Dr. ÁLVARO MONTENEGRO CALVACHY

ESTADOS 11 DE OCTUBRE DE 2021 – SISTEMA ORAL

RADICACIÓN	MEDIO DE CONTROL	PARTES	CLASES DE PROVIDENCIA/ AUTO	FECHA DEL AUTO
52 001 23 33 000 2021 - 0091 00	ACCIÓN POPULAR	CENTRALES ELÉCTRICAS DE NARIÑO S.A. y OPEN SYSTEMS COLOMBIA S.A.S. VS MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y OTROS	PROVIDENCIA QUE RESUELVE MANIFESTACIÓN DE IMPEDIMENTO	ocho (8) de octubre de dos mil veintiuno (2021)
52001-23-33-002-2021-00240-00 52001-23-33-006-2021-00203-00	NULIDAD ELECTORAL - ACUMULADO	GINNA STEPHANNY REVELO CERÓN y DAVID RICARDO RACERO MAYORCA VS PEDRO PABLO DELGADO ROMO - DEFENSORÍA DEL PUEBLO	PROVIDENCIA QUE RESUELVE EXEPCIONES	ocho (8) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 201 DEL C.P.A.C.A. SE NOTIFICAN ESTAS PROVIDENCIAS


OMAR BOLAÑOS ORDOÑEZ
 Secretario Tribunal Administrativo de Nariño

En las páginas subsiguientes se encuentran las providencias notificadas por estados el día de hoy.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
SALA PRIMERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: **ÁLVARO MONTENEGRO CALVACHY**

San Juan de Pasto, ocho (8) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

MEDIO DE CONTROL: ACCIÓN POPULAR
RADICACIÓN: 52 001 23 33 000 2021 - 0091 00
DEMANDANTE: JORGE IVÁN MENDOZA
DEMANDADOS: CENTRALES ELÉCTRICAS DE NARIÑO S.A. y OPEN SYSTEMS COLOMBIA S.A.S.
VINCULADOS: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y OTROS

PROVIDENCIA QUE RESUELVE MANIFESTACIÓN DE IMPEDIMENTO

I. ANTECEDENTES

1. El actor popular formula la presente acción constitucional, con miras a la defensa del patrimonio público, la moralidad administrativa y la libre competencia económica, consagrados en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998¹, presuntamente vulnerados por las entidades demandadas y vinculadas, con ocasión del contrato celebrado en los términos de la solicitud pública de oferta OPS — 001 – 2019, para la implementación integral de un sistema de información comercial para la prestación del servicio domiciliario de energía eléctrica a usuarios atendidos por CENTRALES ELÉCTRICAS DE NARIÑO S.A. E.S.P.

2. Mediante auto de fecha 06 de septiembre de 2021, se convocó a audiencia especial de pacto de cumplimiento en el presente asunto, en virtud de lo establecido en el artículo 27 Ibidem; misma que se declaró fallida.

3. En la citada audiencia, la señora Procuradora 156 Judicial II para Asuntos Administrativos delegada ante esta Corporación, doctora Ayda Helena Rodríguez Estrada, se declaró impedida para seguir conociendo e interviniendo en el presente asunto, con fundamento en lo establecido en el artículo 141 del C.G.P., aplicable a los Agentes del Ministerio Público, en virtud de lo señalado en el artículo 45 Ibidem.

4. No existiendo causal de nulidad que invalide total o parcialmente la actuación procesal surtida, se entra a decidir el impedimento formulado por la señora Agente del Ministerio Público, previo las siguientes:

¹ ARTICULO 40. DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

5. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 133 y 134 del CPACA, la Sala es competente para conocer y decidir sobre el impedimento formulado por la señora Agente del Ministerio público que actúa ante ésta Corporación.

2. IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES DE LOS AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO

6. La Constitución Política (Preámbulo, arts. 1, 2, 13, 29, 230), la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (artículo 5), el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (artículos 130 al 134) y Código General del Proceso (artículos 140 al 147)— en armonía con la Convención Interamericana de Derechos Humanos² (artículo 8 numeral 1) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos³ (artículo 14), ha previsto las figuras de la recusación (que es formulada por alguna de las partes) y del impedimento (declarado por el mismo Juez o Agente del Ministerio Público), con las cuales se busca apartar a un operador judicial —o al Procurador Delegado— de la intervención en un proceso, en consideración a que su relación con los hechos o con las partes del litigio representan un obstáculo al ya aludido principio de imparcialidad⁴.

7. Ahora bien, atendiendo a que no puede ser cualquier circunstancia la que genere la censura del Juez, tanto el sistema normativo como la jurisprudencia han determinado que las causales de impedimento y recusación son taxativas y de interpretación restrictiva, excluyendo así la analogía y la responsabilidad objetiva; así mismo, el Consejo de Estado⁵ ha precisado que el principio de imparcialidad tiene una doble dimensión:

«i) **Objetiva**: consistente en que en la actuación intervenga el juez y/o uno de sus parientes en cierto grado determinado por la ley. En tal sentido, es suficiente que el impedido afirme la existencia del parentesco o la calidad de juez para que se configure la causal;

ii) **Subjetiva**: relacionado con el hecho de que el juez o sus parientes, tengan interés calificado en las resultas del proceso. Este interés se presenta en variadas situaciones que deben identificarse en cada caso concreto, y tienen como común denominador que los sujetos de quienes se predica la causal puedan resultar afectados o favorecidos con la decisión.

² Aprobada mediante la Ley 16 de 1972

³ Aprobado a través de la Ley 74 de 1968

⁴ La Corte Constitucional al explicar el concepto de imparcialidad sostuvo: “Sobre la imparcialidad, ha señalado que esta ‘se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial’” (Sentencia C-496 de 2016).

⁵ De manera reciente, el Consejo de Estado ha reiterado ese criterio en el auto del 8 de mayo de 2018, proferido por la Sala Especial de decisión de Pérdida de Investidura N° 26; radicado N° 11001 03 15 000 2018 00317 00; M.P. Hernando Sánchez.

AUTO QUE RESUELVE MANIFESTACIÓN DE IMPEDIMENTO
JORGE IVÁN MENDOZA VS. CEDENAR S.A. Y OTROS
RADICACIÓN N°. 2021 – 0091

Ahora, como en reiteradas oportunidades lo ha indicado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, las causales de recusación e impedimento, por ser taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al juez y, como tal, están debidamente delimitadas por el legislador, sin que puedan extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien la decide no es discrecional⁶.

*Asimismo, esta Corporación ha señalado que no basta con invocar la causal, sino que deben expresarse las razones por las cuales se considera que el juez o magistrado se encuentra en el supuesto de hecho descrito “[...] con indicación de su alcance y contenido, capaz de alterar su **capacidad objetiva y subjetiva para decidir**, pues por tratarse de un estado interno de ánimo que otro funcionario habrá que valorar, sólo puede ser conocido a través de lo expresado por el sujeto que lo vivencia; sin esto, o con un enunciado genérico o abstracto, se presenta una valoración insuficiente, que puede llevar al rechazo de la recusación (...)”.* (Cursiva fuera del texto original)

8. Vale resaltar que en lo concerniente a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el artículo 133 del C.P.A.C.A prevé que a los Agentes del Ministerio Público que intervienen ante ella, le son aplicables las causales de recusación y de impedimento previstas en ese Código —y en el C.G.P— para los Magistrados del Consejo de Estado, Magistrados de los Tribunales y Jueces Administrativos, al tiempo que en el artículo siguiente, el 134 *Ibíd*em establece la oportunidad y trámite en los siguientes términos:

9. «El agente del Ministerio Público, en quien concurra algún motivo de impedimento, deberá declararse impedido expresando la causal y los hechos en que se fundamente, mediante escrito dirigido al juez, sala, sección o subsección que esté conociendo del asunto para que decida si se acepta o no el impedimento. En caso positivo, se dispondrá su reemplazo por quien le siga en orden numérico atendiendo a su especialidad. Si se tratare de agente único se solicitará a la Procuraduría General de la Nación, la designación del funcionario que lo reemplace.

10. Ahora, la causal invocada por la señora Procuradora 156 delegada ante esta Corporación, establece como razón o motivo de impedimento, lo siguiente:

“Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo.”

11. El trámite procesal exigido para que se analice el caso propuesto se cumplió, toda vez que se propuso por escrito, expresando la causal y los hechos en que se fundamenta, y fue dirigido a la Sala que está conociendo del asunto.

12. La causal que invocó la señora Agente del Ministerio Público fue la consagrada en el ordinal 12 del artículo 141 del Código General del Proceso (C.G.P).

13. El artículo 130 del C.P.A.C.A consagra como causales de recusación e impedimento para los Magistrados y Jueces Administrativos, extensivas a los Agentes del Ministerio Público, «los casos señalados en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil y, además, en los siguientes eventos: (...)».

14. Aduce la señora Procuradora Judicial, que se configura la causal referenciada, en tanto a que las pretensiones formuladas dentro del proceso de la

⁶ Sala Plena, ver entre otros, auto del 23 de septiembre de 2003; Radicado N° 110010315000200301060 01; MP. Jesús María Lemos Bustamante.

AUTO QUE RESUELVE MANIFESTACIÓN DE IMPEDIMENTO
JORGE IVÁN MENDOZA VS. CEDENAR S.A. Y OTROS
RADICACIÓN N°. 2021 – 0091

referencia versan sobre la protección de los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público, la moralidad administrativa y la libre competencia, en torno al contrato celebrado entre CENTRALES ELÉCTRICAS DE NARIÑO – CEDENAR S.A. E.S.P. y OPEN SYSTEMS COLOMBIA, tema sobre el cual en virtud de la Agencia Especial 092 le fue impartida la tarea de revisar el desarrollo del proceso precontractual que adelantó CEDENAR.

15. Así pues, tal como se manifestó en la audiencia de pacto de cumplimiento, para el desarrollo de dicha Agencia, se revisó el expediente administrativo que daba cuenta del proceso contractual OPS 001-2019, cuyo objeto era la *“implementación integral de información comercial para la prestación del servicio público domiciliario de energía a los usuarios atendidos por CENTRALES ELÉCTRICAS DE NARIÑO S.A.S. E.S.P.”*, que concluyó con la adjudicación del contrato a OPENS SYSTEM COLOMBIA S.A.S. y en virtud de ella se emitieron sendos informes que fueron remitidos al Delegado para la Conciliación Administrativa a fin de que se tomen las medidas que correspondan.

16. Referenciado lo anterior, teniendo en cuenta el criterio de taxatividad y el de interpretación restrictiva de las normas jurídicas que contienen preceptos limitantes o sancionatorios, como el que aquí se plantea, se encuentra que la causal invocada es aplicable, pues existe identidad entre la materia analizada previamente por la funcionaria y el caso objeto de estudio y que actualmente se encuentra en trámite.

17. Por lo tanto, se establece que, en efecto, la señora Agente del Ministerio Público está incurso en el hecho restrictivo, pues analizó previamente las inculpaciones a las fases contractual y post contractual de la OPS 001-2019, y además emitió conceptos o informes al respecto.

18. En consecuencia de lo expuesto la Sala encuentra acreditada la causal de impedimento que se propuso.

19. En virtud de lo anterior y de lo establecido en el artículo 134 de la Ley 1437 de 2011, se dispondrá el reemplazo respectivo, por quien le siga en orden numérico atendiendo a su especialidad.

D E C I S I O N

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO**, Sala Primera de Decisión.

R E S U E L V E

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento planteado por la señora **PROCURADORA 156 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS DELEGADA ANTE ESTA CORPORACIÓN**, doctora **AIDA HELENA RODRÍGUEZ ESTRADA** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DISPONER el reemplazo de la señora **PROCURADORA 156 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS DELEGADA ANTE ESTA CORPORACIÓN** por quien le sigue en orden numérico según su especialidad, que corresponde al doctor **DIEGO FERNANDO BURBANO** quien funge como **PROCURADOR 35 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS DELEGADO** igualmente ante esta Corporación.

AUTO QUE RESUELVE MANIFESTACIÓN DE IMPEDIMENTO
JORGE IVÁN MENDOZA VS. CEDENAR S.A. Y OTROS
RADICACIÓN N°. 2021 – 0091

TERCERO: ORDENAR que por Secretaría del Tribunal se oficie de manera inmediata al señor **PROCURADOR 35 JUDICIAL PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS DELEGADO ANTE ESTA CORPORACIÓN** para que ejerza sus funciones de Ministerio Público en el presente asunto.

CUARTO: ORDENAR que una vez se reciba la respuesta del señor Procurador 35 Judicial ante esta Corporación, se pase la información al Despacho del señor Magistrado Ponente, para efectos de continuar con el trámite normal del proceso en la etapa que corresponda.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Providencia estudiada y aprobada en Sala de Decisión virtual de la fecha



BEATRIZ ISABEL MELODELGADO PABÓN
Magistrada



EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS
Magistrado



ÁLVARO MONTENEGRO CALVACHY
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: **ÁLVARO MONTENEGRO CALVACHY**

San Juan de Pasto, ocho (08) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL - ACUMULADO
RADICACIONES:	52001-23-33-002-2021-00240-00 52001-23-33-006-2021-00203-00
DEMANDANTES:	GINNA STEPHANNY REVELO CERÓN y DAVID RICARDO RACERO MAYORCA
DEMANDADOS:	PEDRO PABLO DELGADO ROMO - DEFENSORÍA DEL PUEBLO

PROVIDENCIA QUE RESUELVE EXEPCIONES

Vista nota secretarial del 07 de octubre de 2021, pasa el expediente al despacho informando:

1). Secretaría General del Tribunal Administrativo de Nariño, realizó notificación por estados electrónicos y por envío a los correos electrónicos de las partes, auto que obedece decisión de Sala Plena del Tribunal Administrativo de Nariño, el día 29 de septiembre de 2021. Por consiguiente, dicha providencia se encuentra ejecutoriada a partir del día 06 de octubre de 2021 a las 04:00 p.m.¹

2. Ahora bien, vencido el término de traslado de la demanda, procede el despacho a ordenar el respectivo reconocimiento de contestación y personería adjetiva del apoderado judicial del señor Pedro Pablo Delgado Romo y apoderado judicial de la Defensoría del Pueblo; y de conformidad con el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, por medio del cual se modificó el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, se hace necesario resolver antes de la fijación de la fecha y hora para la realización de audiencia inicial, lo relativo a las excepciones previas que la parte demandada ha propuesto dentro del presente asunto.

3. Bajo el anterior calificativo, procede el Despacho, si a ello hubiere lugar, a resolver sobre las excepciones formuladas por:

a). El señor **PEDRO PABLO DELGADO ROMO**, de la cual solicitó sea declarada la siguiente excepción:

1). Inexistencia de configuración de causal de nulidad que tenga la fuerza de nulitar el acto demandado.

b). La **DEFENSORÍA DEL PUEBLO**, solicitó sea declaradas las siguientes excepciones:

¹ Folio Digital 50

- 1). Indebida escogencia del medio de control
- 2). No existe violación al principio de prevalencia de la carrera administrativa.
- 3). Inexistencia de violación al principio de supremacía de la Constitución.

4. En este sentido, es pertinente manifestar que, de las excepciones propuestas, se corrió traslado a la parte demandante, el señor David Ricardo Racero Mayorca y a la señora Ginna Stephanny Revelo Cerón, de conformidad con la información suministrada dentro del proceso acumulado, y en este sentido, no se refirieron a las excepciones propuestas por el señor Pedro Pablo Delgado Romo y la Defensoría del Pueblo, en sus condiciones de parte demandada; sin embargo, la Sala considera que, dentro de las excepciones presentadas, solo se introdujo como previas la figura de: (i). Indebida escogencia del medio de control; y sobre la figura de: (i). Inexistencia de configuración de causal de nulidad que tenga la fuerza de nulificar el acto demandado; (ii). No existe violación al principio de prevalencia de la carrera administrativa; y la (iii). Inexistencia de violación al principio de supremacía de la Constitución, al ser calificadas como excepciones de mérito, considera el Despacho, que las mismas dependen del pronunciamiento de fondo en cuanto a las pretensiones, cuyo debate será objeto de la Litis y se decidirá al momento de proferir sentencia.

5. Aunado a lo anterior, procede el Despacho, en resolver la citada excepción previa formulada por la **DEFENSORÍA DEL PUEBLO**, con base en los calificativos:

1). Indebida escogencia del medio de control

6. La Defensoría del Pueblo, fundó dentro de la citada excepción previa, los siguientes argumentos:

“El Consejo de Estado ha definido las excepciones previas como aquellas destinadas a sanear el proceso con el fin de mejorar el trámite de la Litis o terminarla cuando ello no fuese posible, evitando posibles nulidades y sentencias inhibitorias.”²

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no reguló cuáles excepciones eran previas, por lo que de conformidad con el artículo 306 de la aludida codificación es menester acudir al artículo 100 del Código General del Proceso-, en el que se determinó de manera taxativa cuales medios de oposición que constituían este tipo de excepción, encontrando, entre ellas, las de Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales y la de habersele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde. Adecuando dichos contenidos a la jurisdicción contenciosa administrativa esta excepción previa se ha denominado indebida escogencia del medio de control.

Ahora bien, es de resaltar que el artículo 171 del CPACA establece la obligación del juez de admitir la demanda y darle el trámite que le corresponda, aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada. En este sentido en esta breve y respetuosa disertación el suscrito en mi calidad de apoderado judicial de la entidad accionada demostraré que el acto administrativo atacado es de aquellos que ordena la provisión de una vacante definitiva mediante nombramiento provisional contra el cual solamente procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que en el caso que nos convoca generaría una falta de legitimidad por activa pues el accionante no es un empleado público de carrera administrativa inscrito en el régimen especial de la Defensoría del Pueblo; y

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicación No. 41001-23-33-000-2015-00926-01(58225), sentencia del 30 de agosto de 2018, C.P. Ramiro Pazos Guerrero

por ende el medio de control de nulidad electoral no es el adecuado para solicitar la nulidad del acto administrativo.

En este sentido el argumento del accionante se circunscribe a considerar que la Resolución atacada por este medio, debe ser declarada nula por la supuesta violación del artículo 125 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 24 de la Ley 909 de 2004. El primer contenido normativo se refiere a la regla general que los empleos públicos son de carrera administrativa y el segundo al derecho de encargo de los empleados de carrera administrativa en las entidades a las que le son aplicables los contenidos de la Ley 909 de 2004.

Aunque no hay ninguna duda que la regulación de la provisión de vacantes definitivas mediante la figura del encargo contenida en la Ley 909 de 2004 no es aplicable al régimen de carrera especial de la Defensoría del Pueblo, pues la Ley 201 de 1995 artículo 138 es la norma especial que regula este asunto; en este punto de la argumentación es mi interés demostrar que sí el concepto de la violación versa sobre el supuesto desconocimiento al derecho preferencial de encargo al ordenarse un nombramiento provisional la solicitud de nulidad debe ser impetrada por el empleado público a quien supuestamente se le vulneró dicha prerrogativa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y bajo ninguna premisa a través del medio de control de nulidad electoral.

Sobre el particular la Sección Quinta del Consejo de Estado en reciente pronunciamiento mediante auto del 22 de abril de 2021 proferido en el trámite de un medio de control de nulidad electoral en un decreto de nombramiento de encargo del cargo, a saber el Decreto 412010200012 del 3 de enero de 2020 proferido por el Alcalde Municipal de Cali, determinó que la nulidad electoral no es el medio de control adecuado para determinar si en un nombramiento se aplicó en debida forma los contenidos normativos del artículo 24 de la Ley 909 de 2004. En este sentido el auto referido señaló que al ser el nombramiento en encargo una actuación encaminada a proveer una vacante temporal o definitiva, igual característica predicable a los nombramientos en provisionalidad, cualquier discusión sobre su aplicación no puede ser ventilada a través del medio de control de nulidad electoral y que la competencia de estos asuntos debe recaer en la Sección Segunda encargada de los asuntos laborales y que como es de público conocimiento, no tiene dentro de sus competencias resolver medios de control de nulidad electoral.

(...)

*Es de resaltar que esta decisión de la Sección Quinta implica un cambio en la tesis consistente en que los actos administrativos de provisión de vacantes temporales o definitivos como el nombramiento en encargo sí eran susceptibles de ser demandados por el medio de control de nulidad electoral; a contrario sensum de los actos administrativos que ordenaban un encargo de funciones. Sobre el particular la Sección Quinta del Consejo de Estado y las diferencias entre el acto administrativo del nombramiento en encargo del empleo público o un encargo de funciones ha señalado: “Para evidenciar la distinción de encargo como provisión del cargo y de encargo como situación administrativa, la Sección ha establecido: “no en todas las ocasiones los encargos deben ser comprendidos como una forma de proveer los empleos públicos, pues, no en pocas ocasiones, se encargan las funciones pero no el cargo, eventos en los cuales dicha situación administrativa no puede ser equiparada a un nombramiento. En otros términos, **el encargo del cargo** implica un reemplazo del titular del mismo, mientras que en el contexto **del encargo de funciones** éste continúa ocupándolo, a pesar de que por alguna situación administrativa no puede desempeñar el catálogo de funciones asignado a su empleo.” Ahora bien, es de señalar que el “encargo del cargo” es la verdadera situación que constituye un encargo en el sentido estricto del concepto y, por*

consiguiente, es una forma de provisión de un empleo. Por su parte, el denominado “encargo de funciones” es en realidad una delegación de estas y, no supone la provisión de un empleo.”³ Con relación a la procedencia de la nulidad electoral dependiendo si nos encontrábamos ante un encargo del empleo público o uno de funciones la Sección Quinta señalaba: **“Cuando se trata de un encargo del cargo, dicho acto se asemeja a un nombramiento, mientras que, si es un encargo de funciones se constituye en una situación administrativa laboral que escapa del conocimiento del juez electoral.”**⁴ (subrayas y negritas por fuera de texto) Esta situación administrativa laboral del encargo de funciones se encuentra regulada en el artículo 2.2.5.5.52 del Decreto 1083 de 2015 en los siguientes términos: **“Cuando la situación administrativa en la que se encuentre el empleado público no genere vacancia temporal, pero implique separación transitoria del ejercicio de sus funciones o de algunas de ellas, el jefe del organismo podrá asignar el desempeño de éstas a otro empleado que desempeñe un cargo de la misma naturaleza.”** (subrayas y negritas por fuera de texto)

Sus señorías para que no quede ninguna duda que el auto de la Sección Quinta calificado el 22 de abril de 2021 recayó sobre un acto administrativo que ordenó proveer una vacante mediante nombramiento en encargo y no sobre uno que dictaminara el encargo de funciones del empleo público, aporé como material probatorio copia del Decreto 412010200012 del 3 de enero de 2020 proferido por el Alcalde Municipal de Cali, donde de su lectura se puede concluir sin ninguna dificultad que el nominador efectuó un nombramiento mediante encargo en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 que reza: “Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.”; lo que configura un encargo del cargo pues:

1. Tal y como se determinó en los considerandos del acto administrativo el cargo se encontraba en vacante definitiva por la renuncia de su anterior titular;⁵ figura incompatible con el encargo de funciones pues el mismo es predicable cuando el titular del empleo público lo continúa ocupando, a pesar de que por alguna situación administrativa no puede desempeñar el catálogo de funciones asignado.

2. El encargado tenía derecho al sueldo del cargo de Gerente General de las Empresas Municipales de EMCALI E.I.C.E. E.S.P., toda vez que no existía titular del mismo que recibiera la remuneración,⁶ es decir el acto administrativo proveyó una vacante definitiva; figura incompatible con el encargo de funciones pues el mismo es predicable cuando el titular del empleo público lo continúa ocupando, a pesar de que por alguna situación administrativa no puede desempeñar el catálogo de funciones asignado.

En este sentido la novedosa posición contenida en el auto del 22 de abril de 2021 proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado conlleva a que no solamente los actos administrativos de encargo de funciones no sean susceptibles

³ Consejo de Estado, Sección Quinta, radicación No. 25000-23-41-000-2018-00165-02, sentencia del 16 de mayo de 2019, C.P. Alberto Yepes Barreiro

⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, radicación No. 11001-03-28-000-2018-00111-00, sentencia del 13 de junio de 2019, C.P. Rocío Araujo Oñate.

⁵ Decreto 412010200012 del 3 de enero de 2020 proferido por el Alcalde Municipal de Cali “Que mediante decreto No. 4112.010.20.0739 del 24 de diciembre de 2019, se aceptó la renuncia del servidor público Gustavo Adolfo Jaramillo Velásquez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 94.446.081, al empleo denominado Gerente General de las Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E E.S.P, a partir de la finalización del día treinta y uno (31) de diciembre de 2019.”

⁶ Decreto 412010200012 del 3 de enero de 2020 proferido por el Alcalde Municipal de Cali “ARTÍCULO SEGUNDO: El encargado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el cargo de Gerente General de las Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E E.S.P, toda vez que no exista titular para el mismo que reciba la remuneración, en lugar de la remuneración correspondiente al cargo que ocupa en propiedad.”

de ser atacados mediante el medio de control de nulidad electoral; sino también que la nulidad electoral no sea el medio de control adecuado cuando se provea una vacante temporal o definitiva en un empleo público, a saber, el nombramiento en encargo o en provisionalidad, pues dichas manifestaciones de la voluntad no serían consideradas actos de nombramiento y elección, provenientes del ejercicio de la función electoral o administrativa, sino asuntos laborales. Reza el auto referido: **“Dicho de otra manera, no estamos frente a un nombramiento que se haya materializado en ejercicio de la función administrativa de que están dotados algunos funcionarios nominadores del Estado, sino ante otra forma de provisión cuya habilitación nace de las vacancias definitivas o temporales del cargo que se presentan en la administración pública, situación administrativa que no es posible equiparar a un nombramiento. En este sentido, lo aquí discutido dista abiertamente de ser un debate relacionado con un acto de elección o designación, frente al cual se pretenda verificar las calidades y requisitos que debió cumplir la persona que resultó electa o nombrada para el cargo público, que corresponde al aspecto subjetivo del contencioso electoral; tampoco se pone en tela de juicio si en el marco de un procedimiento de designación se produjeron irregularidades en las diferentes etapas o fases que eventualmente podrían afectar el acto definitivo.”**⁷ Sus señorías sí no pueden ser demandados por el medio de control de nulidad electoral los actos administrativos mediante los cuales **se proveen vacantes temporales o definitivas**, es de Perogrullo que se hace referencia a los que ordenan un encargo del cargo y no a un encargo de funciones pues como lo ha señalado el Consejo de Estado y el artículo 2.2.5.5.52 del Decreto 1083 de 2015, el encargo de funciones únicamente es procedente **cuando no hay vacante** pues el titular continua ocupando el cargo, a pesar de que por alguna situación administrativa no puede desempeñar el catálogo de funciones asignado.

En virtud de lo anteriormente expuesto y con el ánimo de evitar una nulidad procesal, solicito respetuosamente que a la demanda del accionante se le dé el trámite que corresponda, a saber el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y como ello conllevará a la falta de legitimidad por activa, pues el accionante no es un empleado público inscrito en el registro de carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo y además la subsecuente falta de competencia de esta Corporación, que en virtud de lo preceptuado en el artículo 168 del CPACA se ordene remitir el expediente al competente a la mayor brevedad posible.”

2). EL CASO EN CONCRETO

7. Para resolver la excepción propuesta, es pertinente señalar que respecto del medio de control que se decide en primera instancia, en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, se prescribe:

“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.

(...). (Negrilla y subrayado fuera del texto

⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, radicación No. 76001-23-33-000-2020-00127-01, auto del 22 de abril de 2021, C.P. Luis Alberto Álvarez Parra.

8. Conforme al contenido del artículo 275 de la misma normatividad, son causales de anulación electoral, las siguientes:

“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:

(...).

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.”.

En el artículo 137 al que hace referencia la norma anterior, se prescribe:

“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.

(...). PARÁGRAFO. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.”.

9. Según lo dispone el numeral 12 del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011,⁸ compete a los Tribunales Administrativos, en única instancia, conocer del proceso de:

*“Nulidad contra el acto de elección de los empleados públicos del orden nacional de los niveles asesor, **profesional**, técnico y asistencial o el equivalente a cualquiera de estos niveles efectuado por las **autoridades del orden nacional**...”*

La competencia por razón del territorio corresponde al tribunal del lugar donde el nombrado preste o deba prestar los servicios. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

10. En el presente caso, al discutirse la legalidad del nombramiento del señor PEDRO PABLO DELGADO ROMO, es necesario precisar que dicho cargo es del nivel **Profesional Administrativo** y de Gestión, Código 2020, Grado 19, y su designación es efectuada por el Defensor del Pueblo como ente autónomo; es decir, esta Judicatura resulta ser competente para conocer en única instancia del asunto de la referencia.

11. Por ende, es claro que quien demanda se encuentra habilitado para ello por activa, que los demandados, Defensoría del Pueblo y el señor PEDRO PABLO DELGADO ROMO están legitimados en la causa por pasiva, toda vez que se debate la legalidad de la Resolución n° 544 del 21 de abril de 2021, por la cual el señor Defensor del Pueblo realizó un nombramiento en provisionalidad, en el cargo de Profesional Administrativo y de gestión, Código 2020, Grado 19, perteneciente al Nivel Profesional a favor del señor Delgado Romo, con lo cual vulneró el derecho de funcionarios de carrera a quienes se podía encargar para su desempeño, porque cumplen los requisitos para ello, en contravía de la normatividad legal.

⁸ Sobre esta figura debe dejarse de presente, su aplicación previa modificación del artículo 27 de la Ley 2080 de 2021, que, sobre la figura de competencia, aplicando el artículo 86 ibídem, entraran a regir a partir del 25 de enero de 2022

12. En este caso, la ilicitud que se depreca declarar se fundamenta en que, según las normas que se mencionaron en la demanda, se debía encargar a los empleados inscritos en carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo, que cumplen con los requisitos para desempeñar el cargo de Profesional Administrativo y de gestión, Código 2020, Grado 19, por lo cual tienen mejor derecho que el señor PEDRO PABLO DELGADO ROMO.

13. Bajo el anterior calificativo, lo que considera la parte demandante, es que se ha vulnerado ostensiblemente el artículo 125 de la Constitución Política y del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, en lo relacionado con el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y el derecho de los empleados de carrera a ser encargados cuando acrediten los requisitos para su ejercicio, por cuanto, la Defensoría del Pueblo, ha omitido y violado, de manera abierta y tajante, normas de carácter constitucional que deben irradiar todo el actuar de la administración pública.

14. De ahí que a fin de determinar si el acto administrativo acusado en el presente asunto ostenta la calidad de un acto de nombramiento, y aplicación del medio de control pertinente, es oportuno resaltar uno de los pronunciamientos del H. Consejo de Estado en el siguiente sentido:⁹

“(…)

“Ahora bien, según los artículos 23 y 24 de la Ley 909 de 2004, dependiendo de si el cargo es de libre nombramiento y remoción o de carrera, el nombramiento será: (i) ordinario; (ii) en periodo de prueba, (iii) en propiedad; (iv) en provisionalidad o (v) encargo.”¹²

Las anteriores son modalidades en las que puede realizarse un nombramiento, sin que, por supuesto el uso de una u otra cambie la naturaleza del acto, es decir, tanto una designación ordinaria, como una en provisionalidad se entienden como actos a través de los cuales se proveen los empleos públicos, lo que sucede es que, según el caso, el nombramiento tendrá connotaciones y consecuencias distintas.

Ahora bien, debe tenerse especial cuidado con la modalidad de encargo, pues si bien esta es una forma de provisión de los empleos- acto de nombramiento-, también puede constituirse como una situación administrativa.”

15. En consecuencia, con relación a la diferencia de cuando la modalidad de encargo constituye una situación administrativa, respecto de la modalidad que se comporta como un nombramiento, se tiene que la modalidad de encargo puede darse de dos formas, un encargo de funciones y un encargo del cargo.

16. El encargo de funciones, se constituye una situación administrativa, toda vez que, este acto no es un nombramiento ya que el titular de ese cargo continúa ocupando su empleo a pesar de que por alguna situación administrativa no pueda desempeñar las funciones asignadas. A contrario sensu, el encargo del cargo si constituye un nombramiento cuando se presenta un reemplazo del titular del cargo, por ende, se constituye en una provisión de empleo; a diferencia del encargo de funciones que comporta una delegación de las mismas.

⁹ Consejo de Estado – Sección Quinta, C.P.: Alberto Yepes Barreiro, providencia del 30 de agosto de 2018, Rad.: 70001-23-41-000-2018-00165-01 Actor: Aleyda Murrillo Granados.

17. Teniendo en cuenta lo expuesto, es posible afirmar que el acto del cual se pretende su nulidad, se denomina como un acto administrativo que nombra en provisionalidad al señor PEDRO PABLO DELGADO ROMO, bajo la modalidad de encargo del cargo de profesional administrativo y de gestión, Código 2020, Grado 19, perteneciente al nivel profesional, adscrito a la Defensoría del Pueblo Regional de Nariño, y expedida por el Defensor del Pueblo, con ocasión de una vacante definitiva. Por ende, al ser un acto de nombramiento, debe tramitarse bajo el medio de nulidad electoral, y no como lo pretende la entidad demandada, Defensoría del Pueblo, en endilgar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y posterior configuración de falta de legitimidad por activa, para acreditar la subsecuente falta de competencia de esta Corporación.

18. De este modo, teniendo en cuenta que la norma – Artículo 139 de la Ley 1437 de 2011 - no condiciona la capacidad para demandar al cumplimiento de calidades personales de quien promueve la demanda de nulidad electoral y, por el contrario, prevé que cualquier persona, natural o jurídica, puede presentarla, el demandante está legitimado por activa para incoar el medio de control en esta instancia.

19. En definitiva, el asunto que ocupa al Despacho, se reconoce como causal de nulidad del acto demandado la general descrita en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 relacionadas con infracción a las normas en que debía fundarse y se vislumbra que se alega una falta motivación, relacionada esta con la expedición irregular del acto - Resolución n° 544 del 21 de abril de 2021, por la cual el señor Defensor del Pueblo realizó un nombramiento en provisionalidad, en el cargo de Profesional Administrativo y de gestión, Código 2020, Grado 19, sin que se observen cuestionamientos adicionales o contrapuestos; por lo que el Despacho encuentra debidamente formuladas las pretensiones de la demanda, y la debida escogencia del medio de control de nulidad electoral, como efectivamente fuere implementado desde el estudio de admisión de la demanda, y en este sentido la excepción propuesta por la DEFENSORIA DEL PUEBLO no está llamada a prosperar.

20. Determinadas las anteriores precisiones, procederá el despacho en declarar NO probada la excepción previa denominada: **“Indebida escogencia del medio de control”**, y en vista que las demás excepciones fueron calificadas como excepciones de mérito, las mismas dependen del pronunciamiento de fondo en cuanto a las pretensiones, cuyo debate será objeto la Litis y se decidirá al momento de proferir sentencia.

DECISION

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO**, Sala Unitaria de Decisión.

RESUELVE

PRIMERO: Dar por contestada la demanda en el proceso electoral acumulado, instaurados por el señor **DAVID RICARDO RACERO MAYORCA** y la señora **GINNA STEPHANNY REVELO CERÓN**, contra el señor **PEDRO PABLO DELGADO ROMO** y la **DEFENSORÍA DEL PUEBLO**.

SEGUNDO: DECLARAR NO probada la excepción previa formulada por la **DEFENSORÍA DEL PUEBLO “INDEBIDA ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL”**, de conformidad con la parte motiva de esta providencia

TERCERO: SIN LUGAR a pronunciarse sobre las excepciones denominadas como: (i) Inexistencia de configuración de causal de nulidad que tenga la fuerza de nulitar el acto demandado; (ii). No existe violación al principio de prevalencia de la Carrera administrativa.; y (iii). Inexistencia de violación al principio de supremacía de la Constitución, formulada por el apoderado judicial del señor **PEDRO PABLO DELGADO ROMO** y apoderado judicial de la **DEFENSORÍA DEL PUEBLO**, por cuanto las mismas al ser formuladas como excepciones de mérito, las mismas dependen del pronunciamiento de fondo en cuanto a las pretensiones, cuyo debate será objeto la Litis y se decidirá al momento de proferir sentencia.

CUARTO: RECONOCER personería adjetiva al señor abogado **FERNANDO MARTINEZ UREÑA** identificado con C.C. No. 16.838.648 de Jamundí, portador de la T.P. n°. 157.810 del C. S. de la J., como apoderado judicial del señor **PEDRO PABLO DELGADO ROMO**, en los términos y para los efectos del poder conferido en legal forma.

QUINTO: RECONOCER personería adjetiva al señor abogado **JIMENO FEDERICO ROJAS PERDOMO** identificado con C.C. No. 7.732.149 de Neiva, portador de la T.P. n°. 227.337 del C. S. de la J., como apoderado judicial de la **DEFENSORÍA DEL PUEBLO**, en los términos y para los efectos del poder conferido en legal forma.

SEXTO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, se fijará fecha y hora para la realización de la audiencia inicial del medio de control de nulidad electoral, en aplicación del artículo 283 del C.P.A.C.A.

Por secretaría líbrense las notificaciones a los correos electrónicos correspondientes.

COPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Providencia estudiada y aprobada en Sala Unitaria de Decisión virtual
de la fecha



ÁLVARO MONTENEGRO CALVACHY
Magistrado