



## Sentencia 0667 de 2003 Consejo de Estado

EXPEDIENTE AC-9111 RODRIGO PEREZ

PROCESO ELECTORAL - Integración del litis consorcio necesario / LITIS CONSORCIO NECESARIO - Integración en proceso electoral / ACCIÓN ELECTORAL - Relación jurídico procesal sólo se traba con la persona nombrada o elegida por junta, consejo o entidad colegiada / NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA - Proceso electoral. Relación jurídico procesal sólo se traba con la persona nombrada o elegida por junta, consejo o entidad colegiada

En el alegato de conclusión del demandado se dijo que existe una nulidad procesal insaneable porque no se integró el litis consorcio necesario, en tanto que la demanda se dirigió contra el funcionario electo y dejó de lado a quien expidió el acto acusado y a quienes participaron en su conformación. Tal y como lo ha advertido esta Sala, en la acción de nulidad de carácter electoral la relación jurídico procesal sólo se traba con la persona nombrada o elegida por junta, consejo o entidad colegiada, puesto que el artículo 233 del Código Contencioso Administrativo es claro en señalar que el auto admisorio de la demanda se notificará personalmente solamente al Ministerio Público y al “nombrado o elegido por junta, consejo o entidad colegiada”. Luego, la autoridad que expidió el acto administrativo acusado no es sujeto pasivo de la acción de nulidad electoral. No significa lo anterior que la autoridad que expidió el acto acusado no pueda exponer las razones por las que considera que su decisión está conforme al ordenamiento jurídico o, incluso, que lo contradice, comoquiera que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 235 del Código Contencioso Administrativo, esa entidad puede intervenir como tercero para pedir que se la tenga como parte para prohiar u oponerse a las pretensiones de la demanda. Así las cosas, el argumento del demandado debe desestimarse.

NOTA DE RELATORÍA: Sentencias 2716 de 7 de diciembre de 2001; 2909 de 19 de junio de 2002; 2754 de 14 de marzo de 2002.

CADUCIDAD - Término de caducidad de la acción electoral debe contarse en los días hábiles para la Rama Judicial. Proceso electoral / ACCIÓN ELECTORAL - Conteo del término de caducidad. Rama Judicial / TERMINO - Conteo en acción electoral. Término de caducidad. Marco legal

El demandado considera que operó la caducidad de la acción por cuanto se presentó por fuera del término de veinte días que establece la ley. Para llegar a esa conclusión dijo que el Hospital San Bernardo de Filadelfia labora en una jornada ordinaria que incluye los sábados, por lo que para contar el término de caducidad debe incluirse ese día. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 136, numeral 12, del Código Contencioso Administrativo, tal y como fue modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, “la acción electoral caducará en veinte (20) días, contados a partir del siguiente a aquel en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata.” Y, de acuerdo con el artículo 267 de esa misma codificación, en los aspectos no regulados por ese código, debe acudirse al Código de Procedimiento Civil. A su turno, se tiene que el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil dispone que “En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho. Los términos de meses y de años se contarán conforme al calendario”. En este mismo sentido, el artículo 62 del Código de Régimen Político Municipal preceptúa que “en los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacancia, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacancia, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil”. Lo expuesto muestra con claridad que el término de caducidad objeto de estudio no se predica de la entidad, corporación o empresa para la que se efectúa la elección, sino de la oficina judicial en donde debe presentarse la demanda en ejercicio de la acción electoral. Así pues, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia reiterada de esta Sala, el término de 20 días de caducidad de la acción electoral debe contarse en los días hábiles para la Rama Judicial. Ahora, el Decreto número 047 de 2002, acto administrativo que contiene la elección impugnada, fue expedido el 21 de mayo de 2002. Entonces, la acción electoral debía presentarse dentro de los 20 días hábiles siguientes a esa fecha de expedición, esto es, hasta el 20 de junio de 2002. Y, tal y como lo indica el sello de la Oficina Judicial de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Manizales, la demanda fue presentada personalmente por el demandante el 18 de junio de ese año. Luego, se concluye que la acción electoral no caducó, por lo que no prospera el argumento del demandado.

NOTA DE RELATORÍA: Autos 2206 de 28 de enero de 1999 y 2211 de 4 de febrero de 1999. Sección Quinta.

EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - Integración de la terna para elegir gerente. Marco legal / TERNA - Conformación de la terna puede incidir en la

legalidad del acto administrativo impugnado / GERENTE DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - Integración de la terna. Mayoría en la elección: órganos plurales eligen por el régimen de la mayoría simple / CORPORACIÓN ELECTORAL - Elecciones. Mayoría de votos de los integrantes de la junta directiva

Lo primero que la Sala debe precisar se relaciona con la procedencia de la acción electoral para cuestionar la terna que sirvió de fundamento a la elección. Efectivamente, al tenor de lo dispuesto en los artículos 195, numeral 4º, y 192 de la Ley 100 de 1993, los gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud, de terna que le presente la junta directiva, según la reglamentación que expida el gobierno nacional. La conformación de la terna constituye una etapa previa e indispensable para la elección, por lo que las irregularidades contenidas en el procedimiento de formación y en el contenido de aquella pueden producir la nulidad del acto definitivo. De consiguiente, en caso de que se encuentren motivos de ilegalidad de la terna que alcancen el carácter de sustanciales o esenciales, el acto de elección acusado deberá ser retirado del ordenamiento jurídico. Ahora bien, pese a que no existe norma expresa en este sentido, la integración de la terna con base en la cual deberá elegirse al Gerente del Hospital San Bernardo del Municipio de Filadelfia es una decisión que debe adoptarse por decisión mayoritaria de la Junta Directiva de esa empresa social del orden municipal. De hecho, una consecuencia inevitable de la aplicación del principio democrático en el Estado Social de Derecho en la adopción de decisiones por parte de órganos plurales, es la aplicación del principio de las mayorías. Por ello, la designación en un cargo que requiera la expresión de la voluntad de órganos plurales, debe adoptarse con fundamento en el principio de las mayorías. No obstante lo anterior, ni el Acuerdo 003 de 1999 del Concejo Municipal de Filadelfia ni las normas que regulan las Empresas Sociales del Estado del sector central o descentralizado, regulan el quórum necesario para conformar la terna con base en la cual se elige al Gerente de esa institución de salud. De consiguiente, debe aplicarse la regla general, según la cual los órganos plurales eligen por el régimen de la mayoría simple.

EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - Período del representante de las Asociaciones de Usuarios / ASOCIACIONES DE USUARIOS - Período del representante en la Junta Directiva de empresa social del estado / PERIODO DE REPRESENTANTE DE ASOCIACIÓN DE USUARIOS - Contradicción normativa. Aplicación del principio de ley especial prima sobre la general / JUNTA DIRECTIVA DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - Período de sus miembros: 2 años para representante de usuarios y 3 años para miembros restantes / NORMA GENERAL - Contradicción normativa. Aplicación del criterio de prevalencia de ley especial sobre general

El demandante sostiene que el Representante de las Asociaciones de Usuarios participó en la designación pese a que su período había vencido. El último inciso del artículo 9º del Decreto 1876 del 3 de agosto de 1994, “por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto-ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado” dispone lo siguiente: “Los miembros de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado respectiva, tendrán un período de tres (3) años en el ejercicio de sus funciones y podrán ser reelegidos”. En este mismo sentido, el párrafo 1º del artículo 9º del Acuerdo número 003 de 1999 señaló: “De conformidad con el artículo 9º del Decreto 1876 de 1994, los miembros de la Junta Directiva de la Empresa tendrán un período de tres años en el ejercicio de sus funciones y podrán ser removidos o reelegidos para períodos iguales por quienes los designaron. Por su parte, el artículo 12 del Decreto 1757 del 3 de agosto de 1994, preceptúa lo siguiente: “Representantes de las alianzas de usuarios o asociaciones de usuarios. Las alianzas o asociaciones de usuarios elegirán sus representantes en asamblea general, y entre los elegidos de éstas si hubieren varias asociaciones o alianzas de usuarios, para períodos de dos (2) años”. Ese Decreto 1757, por razón de la citada sentencia C-255 de 1995 de la Corte Constitucional que declaró inexecutable el Decreto 1298 de 1994, también fue aclarado. Al efecto, mediante el artículo 1º del Decreto 1616 del 25 de septiembre de 1995 se aclaró que el Decreto 1757 reglamenta el literal d) del artículo 1º de la Ley 10 de 1990 y el literal f) del artículo 154 de la Ley 100 de 1993. Es indudable que en relación con el período de los representantes de las alianzas de usuarios o asociaciones de usuarios en las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado existe una contradicción normativa, por lo que debe definirse cuál es la aplicable al caso. Para ello es necesario acudir a las reglas de interpretación de la ley previstas en los artículos 72 del Código Civil, 2º y 3º de la Ley 153 de 1887. En este asunto ocurre que los Decretos 1876 y 1757 de 1994 fueron expedidos y publicados el mismo día, pues se expidieron el 3 de agosto de ese año y se publicaron el 5 de agosto siguiente, por lo que el único criterio que puede servir como fundamento para definir cuál es posterior es el número del Diario Oficial en el que se publicaron. Así, el Decreto 1876 de 1994 aparece publicado en un número posterior, pues fue publicado en el Diario Oficial número 41.480, mientras que el Decreto número 1757 de 1994 lo fue en el Diario Oficial número 41.477. Por ello, podría decirse que el Decreto 1876 de 1994 es posterior y, por ende, debe aplicarse. No obstante lo anterior, se tiene que el artículo 3º de la Ley 153 de 1887 señala otra regla de interpretación, según la cual una ley especial prima sobre la ley general. Con base en ello, se encuentra que el artículo 12 del Decreto 1757 de 1994 es norma especial mientras que el artículo 9º del Decreto 1876 de 1994 es norma general, pues la primera regula específicamente el período de los Representantes de las alianzas de usuarios o asociaciones de usuarios en las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado, mientras que la segunda regula de manera general el período para todos los miembros de esas juntas. Por ello, la norma aplicable sería el artículo 12 del Decreto 1757 de 1994. A juicio de la Sala, el criterio hermenéutico de la ley que debe adoptarse debe ser el de prevalencia de la ley especial, por dos razones. La primera, porque el legislador extraordinario quiso regular de manera especial el período señalado para los representantes las alianzas de usuarios o asociaciones de usuarios. Y, la segunda, porque el criterio de norma posterior, en este asunto, se fijaría más por el azar que por la voluntad legislativa. Así las cosas, se tiene que para los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado existen dos períodos diferentes. El primero, específicamente señalado en dos (2) años para los representantes de las alianzas de usuarios o asociaciones de usuarios, establecido en el artículo 12 del Decreto 1757 de 1994 y, el segundo, de tres (3) años para los demás miembros de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado, según la regla general establecida en el artículo 9º del Decreto 1876 de 1994. Luego, se concluye que el período del representante de las alianzas de usuarios o asociaciones de usuarios en la Junta Directiva del

Hospital San Bernardo del Municipio de Filadelfia es de dos (2) años.

GOBERNADOR - Límites a la potestad nominadora. Prohibición de formar parte de junta directiva de entidad / ALCALDE - Límites a la potestad nominadora. Prohibición de formar parte de junta directiva de entidad / ENTIDAD DEL SECTOR CENTRAL - Prohibición a alcalde y gobernador de formar parte de junta directiva. Intervención mediante delegado / ENTIDAD DEL SECTOR DESCENTRALIZADO - Prohibición a alcalde y gobernador de formar parte de junta directiva. Intervención mediante delegado / JUNTA DIRECTIVA - Entidades del sector central y descentralizado: alcaldes o gobernadores no pueden formar parte de ellas / LEY 617 DEL 2000 - Artículo 49: contiene dos reglas de derecho: límites para ejercer potestad nominadora y prohibición para integrar juntas o consejos directivos en entidad / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Gobernador o alcalde no pueden ser miembros de junta directiva. Intervención mediante delegado / EMPRESA DE SEGURIDAD SOCIAL - Gobernador o alcalde no pueden ser miembros de junta directiva. Intervención mediante delegado

El demandante sostiene que, conforme lo señala el artículo 49 de la Ley 617 de 2000 en la forma en que quedó modificada con la sentencia condicionada de la Corte Constitucional número C-1258 de 2001, el Alcalde del Municipio de Filadelfia no puede hacer parte de la Junta Directiva del Hospital San Bernardo de esa localidad, por lo que no debía participar en la integración de la terna para designar gerente de esa Empresa Social del Estado. En principio, podría considerarse que las prohibiciones señaladas en el primer inciso del artículo 49, solamente se refieren a limitaciones de esas autoridades públicas para designar parientes, compañeros permanentes o cónyuges en las juntas consejos directivos de entidades del sector central o descentralizado de la correspondiente entidad territorial, entre otras, una lectura detenida de la norma muestra que ese inciso contiene dos hipótesis diferentes. La primera: la señalada anteriormente, esto es, la referida a la designación de parientes y, la segunda: la prohibición directa a los gobernadores, alcaldes, concejales, diputados, miembros de las juntas administradoras locales para ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades de sector central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito o municipio ni miembro de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio. En efecto, nótese que la norma objeto de estudio separa las dos hipótesis con coma, de tal forma que no las hace excluyentes sino que se complementan. A esa misma conclusión llegó la Corte Constitucional en sentencia C-1258 de 2001 cuando estudió la constitucionalidad del primer inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000. Visto lo anterior se concluye que, efectivamente, de acuerdo con el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, los Alcaldes no pueden participar en forma directa en las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado, por lo que la participación del Alcalde deberá efectuarse mediante delegados.

NULIDAD ELECCIÓN DE GERENTE DE HOSPITAL - Procedencia. Violación del principio de las mayorías en integración de la terna / EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - Nulidad elección de gerente. Aplicación del principio de las mayorías en la integración de la terna / TERNA - Irregularidades en la conformada para designar gerente del hospital San Bernardo

El demandante considera que la elección impugnada es contraria a los artículos 194 y siguientes de la Ley 100 de 1993, 12 y 14 del Decreto 1757 de 1994, 7º y 9º del Decreto 1876 de 1994, 5º de la Ley 57 de 1887 y 49 de la Ley 617 de 2000, en tanto que la designación del Gerente del Hospital San Bernardo de Filadelfia se efectuó con base en una terna que fue irregularmente conformada, por falta de quórum. Por virtud de la ley y los reglamentos, la Junta Directiva del Hospital San Bernardo del Municipio de Filadelfia está conformada por 6 integrantes. Luego, ese número constituye el factor determinante para señalar el quórum decisorio en ese órgano plural; de conformidad con lo expuesto, es fácil concluir que el quórum para conformar la terna objeto de estudio debe contar con la asistencia y el voto mínimo de 4 miembros de la Junta Directiva del Hospital San Bernardo del Municipio de Filadelfia. En este orden de ideas, se tiene que si la terna objeto de reproche fue conformada sin el mínimo de votos válidos requeridos, la elección impugnada es ilegal y, por ende, debe declararse su nulidad. Por lo tanto, la Sala procede a estudiar los dos argumentos por los que se considera que la terna no fue conformada con el quórum mínimo exigido para las decisiones plurales y, en consecuencia, no es válida. Como consta en el expediente, el señor Guillermo Ramírez Zuluaga se posesionó en el cargo de miembro de la Junta Directiva del Hospital San Bernardo de Filadelfia como representante de la asociación de usuarios del mismo, el 30 de julio de 1999 y de acuerdo con el Acta número 020 de 2002, la terna cuestionada fue integrada el 18 de mayo de 2002; luego, resulta evidente que al momento de adoptarse la decisión objeto de estudio, el período del señor Ramírez Zuluaga había vencido. De consiguiente, se infiere que él no podía participar en la elaboración de la terna con base en la cual se designó al demandado; en este punto prospera el cargo por violación del artículo 12 del Decreto 1757 de 1994, y además, también se tiene que la participación directa del Alcalde en la conformación de la terna que precedió a la designación impugnada, vulneró el artículo 49.1 de la Ley 617 de 2000; luego este cargo también prospera por violación de esa disposición. Todo lo anterior, permite concluir que, efectivamente, en la sesión en la que se conformó la terna que dio origen al nombramiento impugnado no se conformó el quórum necesario para deliberar y decidir, pues solamente participaron válidamente 2 de los 6 miembros de la Junta Directiva del Hospital San Bernardo de Filadelfia. Por lo tanto, el acto por medio del cual se integró la terna fue expedido en forma irregular, por lo que debe anularse la elección impugnada.

TERNA - Naturaleza del acto que la conforma. Declaratoria de nulidad de la elección por irregularidad en la conformación de la terna / ACCIÓN

ELECTORAL - Naturaleza del acto que integra terna para elección / ACTO DE TRÁMITE - Nulidad de la elección: se anular acto que contiene la elección no el acto de integración de la terna

De conformidad con lo expuesto por la jurisprudencia de esta Corporación, el acto administrativo que contiene ternas para postular candidatos es un acto preparatorio o de trámite que no pone fin a la actuación administrativa y, por consiguiente, no es susceptible de acusación ante esta jurisdicción contencioso administrativa, dado que aquella sólo culmina con el acto mediante el cual se declara la correspondiente elección. En síntesis, para esta Sala es claro que los actos de conformación de ternas son preparatorios o de trámite, comoquiera que esa actuación busca iniciar el procedimiento de elección, lo impulsa y lo conduce hacia la decisión definitiva. Entonces, cuando se conforma la terna se produce un acto preparatorio, de trámite, dirigido a la producción de un acto definitivo. En efecto, sólo existe elección válida del Gerente del Hospital San Bernardo del Municipio de Filadelfia cuando, siguiendo el trámite legal y reglamentariamente señalado, el Alcalde de esa localidad emite su voluntad expresa y clara de nombrar a uno de los candidatos que integra la respectiva terna, que también debe conformarse con base en las reglas señaladas en la Constitución y la ley. De modo que la decisión del Tribunal de declarar la nulidad del Decreto número 047 de 2002, en cuanto contiene la elección impugnada es correcta, pues la irregularidad del acto preparatorio, de un lado, afectó la validez del mismo y, de otro, no podía ser declarada en forma independiente. Ahora, el hecho de que el demandante hubiere solicitado la nulidad de los actos administrativos definitivo y preparatorio no obliga al juez contencioso administrativo a declarar la última ni impide que se declare la nulidad del acto administrativo definitivo, pues se trata de un simple error de técnica procesal.

NOTA DE RELATORÍA: Sentencia 1461 de 10 de noviembre de 1995. Ponente: Mirem de la Lombana de Magyaroff. Sección Quinta.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: DARÍO QUIÑONES PINILLA

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de octubre de dos mil tres (2003)

Rad. No.: 17001-23-31-000-2003-0667-01(3140)

Actor: ARIEL VALENCIA MEJÍA

Demandado: GERENTE DE HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia del 12 de junio de 2003, dictada por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.- LA DEMANDA

-

A.- PRETENSIONES

El señor Ariel Valencia Mejía, invocando el ejercicio de la acción pública de nulidad de carácter electoral, pretende que se declare lo siguiente:

1º. La nulidad del Acta número 020 del 18 de mayo de 2000 de la Junta Directiva del Hospital San Bernardo de Filadelfia (Caldas), en cuanto contiene la terna conformada para la designación del Gerente de esa Empresa Social del Estado.

2º. La nulidad de la designación del señor Carlos Felipe Marín Villegas como Gerente de la Empresa Social del Estado, Hospital San Bernardo de Filadelfia, contenida en la Resolución número 047 del 21 de mayo de 2002 del Alcalde de esa localidad.

Cabe advertir que en el escrito por medio del cual solicitó la suspensión provisional, el demandante se refirió al Decreto número 047 del 21 de mayo de 2002 del Alcalde de Filadelfia.

#### **B.- HECHOS**

Como fundamento de las pretensiones, el demandante expone los hechos que se pueden resumir de la siguiente manera:

1º. En cumplimiento del Decreto 1876 de 1994, reglamentario de los artículos 194 y siguientes de la Ley 100 de 1993, el Concejo Municipal de Filadelfia, por medio del Acuerdo número 003 de 1999, transformó el Hospital San Bernardo de esa entidad territorial en Empresa Social del Estado.

2º. Al tenor de lo dispuesto en los artículos 7º del Decreto 1876 de 1994 y 9º del Acuerdo 03 de 1999, la Junta Directiva del Hospital San Bernardo de Filadelfia está conformada por i) el alcalde de esa localidad, o su delegado, ii) el jefe de la Dirección local de salud, o quien haga sus veces, iii) dos representantes del sector científico de la salud designados, uno mediante elección por voto secreto de los profesionales de la institución y el otro entre los candidatos de las ternas propuestas por las asociaciones científicas de las diferentes profesiones en el área de influencia geográfica del hospital, iv) dos representantes de la comunidad, elegidos, uno por las asociaciones de usuarios legalmente establecidas, mediante convocatoria realizada por la Dirección Local de Salud y el otro por los gremios de la producción del área de influencia de la Empresa, en elección coordinada por la Cámara de Comercio de la localidad respectiva. El período de los miembros de la Junta Directiva será de 3 años.

3º. Corresponde a la Junta Directiva del Hospital San Bernardo de Filadelfia, elaborar y presentar al Alcalde la terna de candidatos para que éste último designe al Gerente de esa institución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, literal r), del Acuerdo 003 de 1999 del Concejo Municipal de Filadelfia.

4º. Por motivos de carácter político, le fue solicitada la renuncia al cargo de Gerente del Hospital San Bernardo de Filadelfia al señor José Oswaldo Gallego Castaño. Efectivamente, esa renuncia fue presentada y el entonces Alcalde de esa localidad la aceptó, mediante Resolución número 046 de Mayo 16 de 2002.

5º. El mismo alcalde convocó a la Junta Directiva del Hospital San Bernardo de Filadelfia, para conformar la terna exigida legalmente y proveer la vacante, pero "sin el más mínimo respeto por la administración entrante". Efectivamente, tal y como consta en el Acta número 020 del 18 de mayo de 2002, en esa fecha se reunieron cuatro miembros de la Junta Directiva, a saber: el Alcalde Municipal de Filadelfia y los representantes del estamento político administrativo, de los profesionales de la salud de esa Empresa Social del Estado y de las Asociaciones de Usuarios.

6º. Los asistentes a la reunión, conformaron la terna para que el Alcalde del Municipio de Filadelfia designara de entre sus integrantes al nuevo Gerente de dicha empresa. Esa terna quedó conformada por los señores Carlos Felipe Marín Villegas, Darío Arturo de la Portilla Maya y Orbeth Ernesto Ramírez Orozco. Finalmente, mediante Decreto número 047 de 2002, el Alcalde designó como gerente al señor Carlos Felipe Marín Villegas.

7º. La reunión de la Junta Directiva del Hospital en donde se conformó la terna para designar gerente está viciada de nulidad por falta del quórum reglamentario para deliberar. En efecto, a la deliberación concurren sólo 4 de los 6 integrantes de la Junta Directiva del Hospital San Bernardo de Filadelfia, pero 2 de los asistentes no podían asistir a esa reunión. Así, de un lado, el Alcalde de la localidad puede delegar su participación en la junta pero no puede participar en aquella de manera directa, por lo que su voto resulta ilegal. De otro lado, el representante de las Asociaciones o Alianzas de Usuarios actuó pese a que su período se había vencido.

8º. El artículo 12 del Decreto 1757 de 1994 dispone que el período del representante de las Asociaciones o Alianzas de Usuarios es de 2 años y no de 3 como lo señalan el párrafo del artículo 9º del Acuerdo 003 de 1999 y el inciso final del Decreto 1876 de 1994. Por su parte, el 10 de

julio de 1999, se eligió como representante de las Asociaciones de Usuarios ante la Junta Directiva del Hospital San Bernardo de Filadelfia, al señor Guillermo Ramírez Zuluaga, quien tomó posesión de su cargo el 30 de ese mes y año, tal y como consta en el Acta número 029 de esa fecha. Luego, al momento de elaborarse la terna de donde se escogió al demandado, el período del señor Ramírez Zuluaga se encontraba vencido.

9º. Con base en la terna elaborada en forma irregular, se eligió como Gerente del Hospital San Bernardo de Filadelfia al señor Carlos Felipe Marín Villegas, tal y como consta en el acto impugnado.

#### *C.- DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN*

La demanda invoca como fundamentos de derecho los artículos 223 y siguientes del Código Contencioso Administrativo; 194 y siguientes de la Ley 100 de 1993; 12 y 14 del Decreto 1757 de 1994, en concordancia con los Decretos 1616 y 1621 de 1995 y los artículos 7º y 9º del Decreto 1876 de 1994; 5º de la Ley 57 de 1887 y 49 de la Ley 617 de 2000. La violación de esas disposiciones la sustentan con los argumentos que se resumen así:

1º. El artículo 49 de la Ley 617 de 2000 señala que, entre otros, los alcaldes municipales no podrán nombrar, ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades de sector descentralizado del correspondiente municipio, ni ser representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio. De hecho, mediante sentencia C-1258 de 2001, la Corte Constitucional fijó el alcance de esa norma y declaró su exequibilidad condicionada al hecho de que al burgomaestre sólo puede designar delegados en tales cuerpos deliberativos, mas no intervenir directamente en ellos. En consecuencia, el Alcalde del municipio de Filadelfia no podía actuar directamente en la Junta Directiva del Hospital San Bernardo de Filadelfia, pues esa actuación directa en dicha junta le estaba expresamente prohibida por la ley. Ese mismo hecho, muestra que el acto preparatorio de la designación impugnada esté viciado de nulidad por desviación de poder.

2º. Tal y como lo señala el artículo 12 del Decreto 1757 de 1995, el período del representante de las Asociaciones de Usuarios es de 2 años. Por su parte, el artículo 9º del Decreto 1876 de 1994 fijó el período de los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado en 3 años y, en el mismo sentido, lo indicó el parágrafo del artículo 9º del Acuerdo número 003 de 1999, para los miembros de la Junta Directiva del Hospital San Bernardo de Filadelfia. Entonces, ante la contradicción normativa entre esas disposiciones debe resolverse en la forma como lo prescribe el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, por lo que debe aplicarse la norma especial y posterior, que es el artículo 12 del Decreto 1757 de 1995. Luego, el período de ese integrante de la Junta Directiva es de 2 años.

3º. Como 2 de los 4 miembros de la Junta Directiva del Hospital San Bernardo de Filadelfia, asistentes a la sesión en donde se integró la terna que originó la elección impugnada, no podían participar válidamente en ella, se concluye que no se presentó el quórum legal necesario para tomar las decisiones que allí se adoptaron. Por lo tanto, la “terna conformada para la designación el Gerente de la entidad asistencial y los demás temas tratados, carecen de validez por haber sido producto de la decisión de un cuerpo que no tenía la capacidad para hacerlo por falta de quórum”.

#### *2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA*

El señor Carlos Felipe Marín Villegas, mediante apoderada, intervino en el proceso para contestar la demanda y solicitar que se denieguen las pretensiones de la misma. Al efecto expuso los argumentos que se resumen así:

1º. Aunque la lectura literal del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 permitiría entender que los alcaldes no pueden ser miembros de las juntas directivas de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio, una interpretación sistemática de esa norma, del artículo 96 de la misma ley y del artículo 19 de la Ley 10 de 1990, muestra que la estructura administrativa básica de un hospital está compuesta por una junta directiva presidida por el Alcalde. Luego, el acta cuya nulidad se pretende no está viciada de nulidad.

2º. El período del representante de la Asociación de Usuarios no estaba vencido al momento de la elección, puesto que no le era aplicable el artículo 12 del Decreto 1575 de 1994, sino el artículo 9º del Decreto 1876 del mismo año, puesto que es norma posterior y general. Así, según esta última disposición, los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado tendrán un período de 3 años en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, advierte que los Decretos 1575 y 1876 de 1994, son reglamentarios del Decreto 1298 de 1994 y, este último, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-255 de 1995. Pero, por disposición del Decreto 1621 de 1994, el Decreto 1876 de 1994 se encuentra produciendo efectos jurídicos, por lo que es aplicable su artículo 9º.

3º. En virtud de lo dispuesto en los Acuerdos números 003 y 013 de 1999 del Concejo municipal de Filadelfia, la Junta Directiva del Hospital San Bernardo de esa localidad está conformada por 6 miembros -aunque al momento de la elección no había sido designado un representante del sector científico-. Efectivamente, en la sesión en donde se conformó la terna para elegir Gerente de esa institución asistieron 4 miembros, con lo cual se muestra que existió quórum deliberatorio y decisorio. Incluso, si se descarta la presencia del Alcalde, de todas maneras se conformó el quórum requerido.

Dicho apoderado formuló las excepciones de caducidad y la que denominó "inexistencia de la Resolución número 047 de mayo 21 de 2002". En relación con la primera, dijo que como la jornada laboral del Hospital San Bernardo de Filadelfia se desarrolla de lunes a sábado, el cómputo del término de veinte 20 días, debe comprender el sábado. Luego, la demanda fue presentada en forma extemporánea. En cuanto a la segunda, manifestó que el acto que contiene la designación del señor Marín Villegas como Gerente del Hospital San Bernardo de Filadelfia es el Decreto 047 del 21 de mayo de 2002 de la Alcaldía de esa localidad y no la Resolución 047 de la misma fecha, como se indicó en la demanda.

### 3.- LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Caldas, mediante sentencia del 12 de junio de 2003, accedió a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, declaró la nulidad del Decreto número 047 del 21 de mayo de 2002, expedido por el Alcalde de Filadelfia. Para adoptar esa decisión expuso las consideraciones que se pueden resumir así:

1ª. Las excepciones propuestas no prosperan. En relación con la de caducidad se tiene que, de acuerdo con el artículo 44, numeral 12, de la Ley 446 de 1998, la acción electoral caduca en 20 días contados a partir del día siguiente a aquel en que se notifique el acto por medio del cual se declara la elección impugnada. Ahora, el acto preparatorio demandado, esto es, el Acta 20 fue expedida el 18 de mayo de 2002 y el Decreto 047 lo fue el 21 de mayo de ese mismo año. Entonces, si el término para ejercer la acción vencía el 20 de junio y la demanda se presentó el 28 de ese mes y año, se concluye que la acción no caducó. En relación con el segundo medio exceptivo se tiene que "es evidente que se trató de un lapsus que fue corregido oportunamente por el accionante a través del libelo visible a folios 44 y 45 del cuaderno uno"

2ª. No se accede a la petición de declarar la existencia de una nulidad procesal formulada por el demandado porque no era necesario integrar el contradictorio, pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 233 del Código Contencioso Administrativo, cuando se trata de designaciones efectuadas por juntas, consejos o entidades colegiadas, la notificación personal del auto admisorio de la demanda deberá efectuarse a la persona que ha sido nombrada o designada, pero no se indica que también debe notificarse a quienes efectuaron la elección.

3ª. De acuerdo con el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, las empresas sociales del Estado creadas por las entidades territoriales o por la Nación se sujetan al régimen previsto en las Leyes 100 de 1993 y 344 de 1996 y, esa normativa en los aspectos no regulados por aquellas. Efectivamente, el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 dispone que las juntas o consejos directivos de esas empresas estarán integradas en la forma señalada en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990. A su turno, el artículo 192 de la Ley 100 de 1993 preceptúa que los directores de los Hospitales Públicos serán nombrados por los jefes de las entidades territoriales de ternas que presenten las juntas directivas, por períodos de 3 años.

4ª. El artículo 6º del Decreto 1876 de 1994 señala la forma como está integrada la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado. Y, el artículo 7º de ese mismo decreto, indica los mecanismos que deben observarse para integrar las Juntas Directivas de esas empresas. Con base en ello se tiene que esas juntas están conformadas por un mínimo de 6 miembros y sólo si aquella está integrada por un número mayor se regirán por lo dispuesto en el Decreto 1298 de 1994 -normativa declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-255 de 1995-. Ahora, tal y como lo señala el artículo 9º del Acuerdo 003 de 1999 del Concejo de Filadelfia, la junta directiva del Hospital San Bernardo de esa localidad está conformada por 6 miembros, por lo que la conformación de la terna debía hacerse con un mínimo de 4 votos válidos y favorables.

5º. Es cierto que los artículos 12 del Decreto 1757 de 1994 y 9º del Decreto 1876 de 1994 contienen disposiciones contradictorias, pues la primera señala un período de 2 años y la segunda de 3 años. Pero, la norma aplicable es la segunda, porque el Decreto 1298 de 1994 defirió al reglamento el régimen jurídico aplicable y, en este asunto, el reglamento contiene lo previsto en el Decreto 1876 de 1994. Se advierte que, tal y como lo aclaró la Corte Constitucional en la sentencia C-255 de 1995, la declaratoria de inexecutable del Decreto 1298 de 1994 no implica la inconstitucionalidad de las normas que lo integran porque conservan su validez y vigencia (la inconstitucionalidad de esa normativa se deriva de la falta de competencia del Presidente de la República para compilar normas y expedir estatutos). Luego, el período del miembro de la junta directiva que reprocha el demandante es de 3 años.

6º. De conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-1258 de 2001, los Alcaldes no pueden hacer parte de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del respectivo municipio. Luego, a la fecha de elaboración de la terna para designar Gerente del Hospital San Bernardo de Filadelfia, el Alcalde no podía participar en la Junta Directiva. En tal virtud, la decisión se adoptó por 3 votos válidos, por lo que no se cumplió con el quórum decisorio y, por tanto, el cargo prospera.

#### 4.- EL RECURSO DE APELACION

El demandado interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal. Al efecto, manifestó, en resumen, lo siguiente:

1º. Aunque los estatutos del Hospital San Bernardo de Filadelfia dispongan que los miembros de su Junta Directiva son 6, lo cierto es que el representante del sector científico no ha sido designado. Eso significa que ese integrante no puede ser tenido en cuenta para establecer el quórum, por lo que el voto de 3 miembros era suficiente para conformar el quórum deliberatorio y decisorio. Luego, el Tribunal falló sin considerar las pruebas que reposan en el expediente, pues es un hecho probado que la Junta Directiva del Hospital solamente se encuentra conformada por 5 miembros.

2º. Uno de los integrantes de la Junta Directiva del Hospital no asistió a la reunión, pero se excusó de no hacerlo, lo que significa que “se somete a lo decidido por los demás miembros, lo que convalida la misma”.

3º. De acuerdo con la interpretación del artículo 29 de la Constitución que hizo la Corte Constitucional en sentencia C-131 de 2002, el principio de favorabilidad debe aplicarse en todas las actuaciones. En tal virtud, la inexistencia del miembro de la Junta Directiva no podía desestimarse porque es un aspecto favorable para el demandado.

4º. La sentencia apelada contiene errores de derecho porque declaró la nulidad de la elección debido a que encontró irregularidades en la terna y, pese a ello, no declaró la nulidad de la misma sino solamente del Decreto 047 de 2002. Por ello, debió declarar la nulidad del acta en donde consta la conformación de la terna, “que fue precisamente el acto de elección del accionado” y no del decreto “que es un acto administrativo subsiguiente y dictado como consecuencia de la elección, que únicamente ratifica lo designado por la Junta”. Por consiguiente, la sentencia es incongruente.

5º. El juez de segunda instancia deberá respetar el principio de la *reformatio in pejus*, por lo que si el Tribunal no declaró la nulidad del Acta número 020 de 2002, “ya no es la oportunidad de declararla por esa alta Corporación como nula”.

#### 5.- ALEGATOS

Dentro de la oportunidad señalada en el artículo 251 del Código Contencioso Administrativo para presentar alegatos de conclusión, las partes no presentaron escrito alguno.

#### 6.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado en su concepto de rigor solicita que se confirme la decisión de primera instancia. En apoyo de esa conclusión expone, en resumen, los siguientes planteamientos:

1º. No prospera la excepción de caducidad, por cuanto el supuesto en que se apoya el argumento del demandado “desnaturaliza el carácter general, impersonal y abstracto que es propio de la ley”. En efecto, el término de 20 días que señala la ley debe contarse en días hábiles, en consideración con lo dispuesto en el artículo 70 del Código Civil, subrogado por el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal. Entonces, como el acto acusado fue expedido el 21 mayo del 2002, el término de caducidad se cumpliría el 20 de junio de la misma anualidad y la demanda se presentó el 18 de junio de 2002. De consiguiente, la acción electoral no caducó.

2º. Aunque es cierto que la Resolución número 047 de 2002 no existe, también lo es que esa referencia fue un error en la denominación del acto que corrigió el demandante, pues lo subsanó con la copia del acto acusado que acompañó con el escrito de demanda.

3º. La nulidad formulada en los alegatos de conclusión carece de fundamento, toda vez que el procedimiento electoral solamente exige que el auto admisorio de la demanda sea notificado por edicto, como también la notificación en forma personal al Ministerio Público. Y, conforme lo señala el artículo 235 del Código Contencioso Administrativo, cualquier persona interesada en coadyuvar o impugnar la demanda puede intervenir en el término de fijación en lista.

4º. En virtud de lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, los alcaldes no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector descentralizado del correspondiente municipio o miembros de dichas juntas de entidades de seguridad social en el municipio. Esa norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-1258 de 2001, de la cual transcribe apartes.

5º. De acuerdo con los Estatutos, el Hospital San Bernardo del Municipio de Filadelfia es una Empresa Social del Estado del sector descentralizado y adscrito a la Dirección Local de Salud de ese municipio e integra el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Igualmente, el artículo 9º de los Estatutos señala que el Alcalde integrará la Junta Directiva de esa empresa social. En el mismo sentido, el artículo 7º del Decreto 1876 de 1994 dispone que las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado de carácter territorial estarán conformadas por el Jefe de la Administración Local o su delegado y por el Director de Salud de la entidad territorial respectiva o su delegado. A su turno, el artículo 10º del Decreto 1876 de 1994, dispone que es función de la junta elaborar la terna de candidatos y presentarla al alcalde para designar gerente de la empresa. En conclusión, la Junta Directiva del Hospital San Bernardo del Municipio de Filadelfia está conformada por 6 miembros.

6º. Es inadmisibles el argumento consistente en que debe considerarse que la Junta del Hospital San Bernardo de Filadelfia solamente se integra con 5 miembros, por tres razones. La primera, porque la Ley ha señalado el procedimiento a seguir para solucionar las dificultades en la designación de los miembros de las juntas. La segunda, porque aceptarlo implicaría admitir la negligencia de la administración y la sustracción de la misma al imperativo legal. Finalmente, porque si no se ha efectuado la designación del representante de este sector en la Junta y se acepta el argumento del demandado, implicaría permitir que se alegara por la administración la aplicación en su favor de su propia torpeza o dolo.

7º. Dada la claridad del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 y los términos de la sentencia dictada por la Corte Constitucional, se concluye que la presencia del Alcalde Municipal en la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado es ilegal y por lo mismo carece de fuerza vinculante.

8º. En la sesión de la Junta Directiva del 18 de mayo de 2002, sólo concurrieron válidamente tres de sus miembros. Sin embargo, los estatutos no indican cuál es el quórum decisorio ni deliberatorio, pero la regla relativa a la mayoría enseña que ésta puede ser simple o absoluta. La primera, se refiere a más de la mitad de los miembros asistentes y, la segunda, a más de la mitad de los miembros que legalmente constituyen el colegio. Ante el silencio de las normas estatutarias, debe seguirse la última regla, que se impone para efectos de la toma de decisiones en los cuerpos plurales o colegiados. En tal virtud, las decisiones de la Junta Directiva serán válidas en la medida en que sea adoptada por 4 de sus integrantes. Como ello no aconteció así, el cargo prospera.

## II. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en los artículos 129 y 231 del Código Contencioso Administrativo, esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Caldas.

El recurso de apelación se interpuso dentro del término que para el efecto señala el artículo 250, inciso primero, del Código Contencioso Administrativo.

Inexistencia de nulidad procesal

En el alegato de conclusión del demandado se dijo que existe una nulidad procesal insaneable porque no se integró el litis consorcio necesario, en tanto que la demanda se dirigió contra el funcionario electo y dejó de lado a quien expidió el acto acusado y a quienes participaron en su conformación.

La Sala no comparte el argumento expuesto por el demandado por las siguientes razones:

Tal y como lo ha advertido esta Sala en reiteradas oportunidades<sup>1</sup>, en la acción de nulidad de carácter electoral la relación jurídico procesal sólo se traba con la persona nombrada o elegida por junta, consejo o entidad colegiada, puesto que el artículo 233 del Código Contencioso Administrativo es claro en señalar que el auto admisorio de la demanda se notificará personalmente solamente al Ministerio Público y al “nombrado o elegido por junta, consejo o entidad colegiada”. Luego, la autoridad que expidió el acto administrativo acusado no es sujeto pasivo de la acción de nulidad electoral.

No significa lo anterior que la autoridad que expidió el acto acusado no pueda exponer las razones por las que considera que su decisión está conforme al ordenamiento jurídico o, incluso, que lo contradice, comoquiera que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 235 del Código Contencioso Administrativo, esa entidad puede intervenir como tercero para pedir que se la tenga como parte para prohiar u oponerse a las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, el argumento del demandado debe desestimarse.

Excepciones formuladas por el demandado

En primer lugar se precisa que los argumentos planteados por el demandado como excepciones se resolverán en esta sentencia, puesto que, de conformidad con el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, en los procesos contencioso administrativos no hay lugar a proponer y tramitar excepciones previas, sino que las que tienen ese carácter deberán ser estudiadas por la Sala como impedimentos procesales.

Caducidad

El demandado considera que operó la caducidad de la acción por cuanto se presentó por fuera del término de veinte días que establece la ley. Para llegar a esa conclusión dijo que el Hospital San Bernardo de Filadelfia labora en una jornada ordinaria que incluye los sábados, por lo que para contar el término de caducidad debe incluirse ese día.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 136, numeral 12, del Código Contencioso Administrativo, tal y como fue modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, “la acción electoral caducará en veinte (20) días, contados a partir del siguiente a aquel en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata.” Y, de acuerdo con el artículo 267 de esa misma codificación, en los aspectos no regulados por ese código, debe acudir al Código de Procedimiento Civil. A su turno, se tiene que el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil dispone que “En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho.- Los términos de meses y de años se contarán conforme al calendario”. En este mismo sentido, el artículo 62 del Código de Régimen Político Municipal preceptúa que “en los plazos de días que se señalen

en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacancia, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacancia, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil”.

Lo expuesto muestra con claridad que el término de caducidad objeto de estudio no se predica de la entidad, corporación o empresa para la que se efectúa la elección, sino de la oficina judicial en donde debe presentarse la demanda en ejercicio de la acción electoral. Así pues, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia reiterada de esta Sala<sup>2</sup>, el término de 20 días de caducidad de la acción electoral debe contarse en los días hábiles para la Rama Judicial.

Ahora, el Decreto número 047 de 2002, acto administrativo que contiene la elección impugnada, fue expedido el 21 de mayo de 2002. Entonces, la acción electoral debía presentarse dentro de los 20 días hábiles siguientes a esa fecha de expedición, esto es, hasta el 20 de junio de 2002. Y, tal y como lo indica el sello de la Oficina Judicial de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Manizales, la demanda fue presentada personalmente por el demandante el 18 de junio de ese año (folio 43 del cuaderno principal). Luego, se concluye que la acción electoral no caducó, por lo que no prospera el argumento del demandado.

Inexistencia del acto acusado

El demandado sostiene que la demanda se dirige contra la Resolución número 047 del 21 de mayo de 2002 del Alcalde del Municipio de Filadelfia, la cual no existe, pues el acto administrativo que contiene la designación del señor Carlos Felipe Marín Villegas como Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital San Bernardo de ese municipio, es el Decreto número 047 del 21 de mayo de 2002 del alcalde esa localidad.

Aunque ese planteamiento no constituye un medio exceptivo sino un argumento de defensa, la Sala no lo comparte por dos razones. La primera, porque si bien es cierto en el acápite de pretensiones de la demanda se hace referencia a una resolución y no a un decreto, no lo es menos que el acto acusado está plenamente identificado en la demanda, pues no sólo se anexa copia autenticada del Decreto número 047 del 21 de mayo de 2002 del Alcalde de Filadelfia, sino que se describe su contenido en todo el texto de la demanda. La segunda, porque en el escrito en donde sustenta la solicitud de suspensión provisional se hace referencia correcta a la norma acusada, lo cual muestra que, efectivamente, se trató de una equivocación del demandado que resulta inocua.

Así las cosas y en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, resulta evidente que en este proceso se pretende la nulidad de la elección del señor Carlos Felipe Marín Villegas como Gerente del Hospital San Bernardo de Filadelfia, contenida en el Decreto número 047 del 21 de mayo de 2002 del Alcalde del Municipio de Filadelfia (folios 27 a 29 del cuaderno principal)

Elección del Gerente del Hospital San Bernardo de Filadelfia. Conformación de la terna.

El demandante considera que la elección impugnada es contraria a los artículos 194 y siguientes de la Ley 100 de 1993, 12 y 14 del Decreto 1757 de 1994, 7º y 9º del Decreto 1876 de 1994, 5º de la Ley 57 de 1887 y 49 de la Ley 617 de 2000, en tanto que la designación del Gerente del Hospital San Bernardo de Filadelfia se efectuó con base en una terna que fue irregularmente conformada, por falta de quórum. Al efecto, explicó que dos de los cuatro miembros de la Junta Directiva de esa Empresa Social del Estado que participaron en la sesión en donde se conformó la terna no podían votar válidamente, puesto que, de un lado, el representante de las asociaciones de usuarios actuó pese a que su período había vencido y, de otro, que al tenor de lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, el Alcalde no puede hacer parte de juntas de empresas sociales del Estado en el respectivo municipio.

Lo anterior muestra que los reproches de la demanda se dirigen a cuestionar la terna con la que se designó al demandado como Gerente del Hospital San Bernardo del Municipio de Filadelfia. Por ello, lo primero que la Sala debe precisar se relaciona con la procedencia de la acción electoral para cuestionar la terna que sirvió de fundamento a la elección.

Efectivamente, al tenor de lo dispuesto en los artículos 195, numeral 4º, y 192 de la Ley 100 de 1993, los gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud, de terna que le presente la junta directiva, según la reglamentación que expida el gobierno nacional. Y, se advierte que, de acuerdo con el artículo 1º del Acuerdo número 003 de 1999, el Hospital San Bernardo del Municipio de Filadelfia es una Empresa Social del Estado del sector municipal, con autonomía administrativa y personería jurídica propia.

Así, en desarrollo de esa normativa, el artículo 11 del Decreto 1876 de 1994 “por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto-ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado”, señala que la Junta Directiva de aquellas empresas tendrá, entre otras, la función de “elaborar terna de candidatos para presentar al Jefe de la respectiva Entidad Territorial para la designación del Director o Gerente” (numeral 17 de ese decreto).

Cabe advertir que el Decreto Ley 1298 de 1994 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-255 de 1995, por falta de competencia del Presidente de la República para expedir estatutos o códigos, por lo que esa decisión no afectó la validez y la vigencia de cada una de las normas que fueron compiladas en esa normativa. De modo que, por disposición del artículo 1º del Decreto 1621 del 25 de septiembre de 1995 se aclaró que el Decreto 1876 del 3 de agosto de 1994 “reglamenta los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993”.

En el mismo sentido, el artículo 10º del Acuerdo número 003 de 1999, por medio del cual el Concejo del Municipio de Filadelfia transformó el Hospital San Bernardo en Empresa Social del Estado del orden municipal, dispone que su Junta Directiva tiene la función de “elaborar terna de candidatos y presentar al Alcalde para la designación del Gerente de la Empresa”.

Así las cosas, resulta claro que la elección impugnada solamente podía adelantarse con la previa integración de la terna, por parte de la Junta Directiva del Hospital San Bernardo. En tal virtud, la conformación de la terna constituye una etapa previa e indispensable para la elección, por lo que las irregularidades contenidas en el procedimiento de formación y en el contenido de aquella pueden producir la nulidad del acto definitivo. En otras palabras, la conformación de la terna puede incidir en la legalidad del acto administrativo impugnado. De consiguiente, en caso de que se encuentren motivos de ilegalidad de la terna que alcancen el carácter de sustanciales o esenciales, el acto de elección acusado deberá ser retirado del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, pese a que no existe norma expresa en este sentido, la integración de la terna con base en la cual deberá elegirse al Gerente del Hospital San Bernardo del Municipio de Filadelfia es una decisión que debe adoptarse por decisión mayoritaria de la Junta Directiva de esa empresa social del orden municipal. De hecho, una consecuencia inevitable de la aplicación del principio democrático en el Estado Social de Derecho en la adopción de decisiones por parte de órganos plurales (artículo 1º de la Constitución), es la aplicación del principio de las mayorías. Por ello, la designación en un cargo que requiera la expresión de la voluntad de órganos plurales –como es el caso del Gerente del Hospital San Bernardo del Municipio de Filadelfia, por disposición de los artículos 12, 15 y 16 del Acuerdo número 003 de 1999- debe adoptarse con fundamento en el principio de las mayorías. Por ende, nunca puede resultar elegido un candidato que obtiene menor votación que otros ni aquel que obtiene la misma votación que otro, pues el principio general que inspira al sistema democrático es el que las decisiones de los cuerpos colegiados sean adoptadas por mayoría.

Sin embargo, se han diseñado diferentes sistemas para adoptar la decisión mayoritaria, por lo que se distinguen mayorías simples o mayorías cualificadas y se señalan números mínimos de asistentes para deliberar o de votantes para decidir válidamente. Luego, solamente la decisión conforme a las reglas democráticas existentes se convierte en una decisión válida y, por ende, vinculante.

No obstante lo anterior, ni el Acuerdo 003 de 1999 del Concejo Municipal de Filadelfia ni las normas que regulan las Empresas Sociales del Estado del sector central o descentralizado, regulan el quórum necesario para conformar la terna con base en la cual se elige al Gerente de esa institución de salud. De consiguiente, debe aplicarse la regla general, según la cual los órganos plurales eligen por el régimen de la mayoría simple.

Ocurre que, de acuerdo con el artículo 9º del Acuerdo número 003 del 19 de enero de 1999, la Junta Directiva del Hospital San Bernardo del Municipio de Filadelfia está integrada por 6 miembros. Esa norma dispone:

“Junta Directiva.- La Dirección de la “Empresa Social del Estado Hospital SAN BERNARDO DEL MUNICIPIO DE FOLADELFIA, CALDAS, tendrá una Junta Directiva de Seis (6) miembros, constituida de la siguiente manera:

1. El alcalde o su delegado quien la presidirá.

2. El Jefe de la Dirección Local de salud, o quien haga sus veces.

3. Los dos representantes del sector Científico de la Salud serán --designados así: uno (1) mediante elección por voto secreto que se realizará con la participación de todo el personal profesional de la institución, del área de la Salud cualquiera sea su disciplina.

El segundo (2) miembro será designado entre los candidatos de las ternas propuestas por cada una de las asociaciones científicas de las diferentes profesiones en el área de influencia geográfica de la Empresa Social del Estado.

Cada Asociación Científica presentará la terna correspondiente al Director Local de Salud, quien de acuerdo con las calidades Científicas y administrativas de los candidatos realizará la selección.

4. Dos representantes de la comunidad, elegidos, así:

Un representante designado por las Alianzas o Asociaciones de usuarios legalmente establecidas, mediante convocatoria realizada por la Dirección Local de Salud.

Un Representante designado por los gremios de la producción del área de influencia de la Empresa, en elección coordinada por la Cámara de Comercio de la localidad respectiva. No obstante, cuando estos no tuvieran presencia en el lugar sede de la Empresa Social del Estado, corresponderá designar al segundo representante a los Comités de Participación Comunitaria del área de influencia de la Empresa".

Dicha norma se expidió en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 1876 de 1994, que a su tenor literal señala:

"Mecanismo de conformación de las Juntas Directivas para -las Empresas Sociales del Estado de carácter territorial. Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado tendrán un número mínimo de seis miembros. En este evento, la Junta se conformará de la siguiente manera:

"1. El estamento político-administrativo estará representado por el Jefe de la Administración Departamental, Distrital o Local o su delegado y por el Director de Salud de la entidad territorial respectiva o su delegado.

2. Los dos (2) representantes del sector científico de la Salud serán designados así: Uno mediante elección por voto secreto, que se realizará con la participación de todo el personal profesional de la institución, del área de la salud cualquiera que sea su disciplina. El segundo miembro será designado entre los candidatos de las ternas propuestas por cada una de las Asociaciones Científicas de las diferentes profesiones de la Salud que funcionen en el área de influencia, geográfica de la Empresa Social del Estado.

"Cada Asociación Científica presentará la terna correspondiente al Director Departamental, Distrital o Local de Salud, quien de acuerdo con las calidades científicas y administrativas de los candidatos realizará la selección.

3. Los dos (2) representantes de la comunidad serán designados de la siguiente manera:

"Uno (1) de ellos será designado por las Alianzas o Asociaciones de Usuarios legalmente establecidos, mediante convocatoria realizada por parte de la Dirección Departamental, Distrital o Local de Salud.

"El segundo representante será designado por los gremios de la producción del área de influencia de la Empresa Social; en caso de existir Cámara de Comercio dentro de la jurisdicción respectiva la Dirección de Salud solicitará la coordinación por parte de ésta, para la organización

de la elección correspondiente. No obstante, cuando éstos no tuvieren presencia en el lugar sede de la Empresa Social del Estado respectiva, corresponderá designar el segundo representante a los Comités de Participación Comunitaria del área de influencia de la Empresa.

(...)”

Ahora bien, lo anterior muestra con claridad que, por virtud de la ley y los reglamentos, la Junta Directiva del Hospital San Bernardo del Municipio de Filadelfia está conformada por 6 integrantes. Luego, ese número constituye el factor determinante para señalar el quórum decisorio en ese órgano plural, puesto que las normas transcritas en precedencia muestran que la conformación de la Junta deviene de la norma jurídica y no de la situación fáctica específica. De hecho, la integración de la Junta es un asunto jurídico diferente al de la conformación del quórum deliberatorio o decisorio en ese cuerpo colegiado, por lo que, contrario a lo sostenido por el demandado, el hecho de que los miembros de la Junta Directiva no se hubieren posesionado o designado no modifica la conformación de la Junta, pues aceptar esa tesis implicaría que cada órgano plural sea el que determine cuantos miembros lo integran. En consecuencia, la ausencia de designación de un miembro de la Junta Directiva de un órgano plural no le resta eficacia normativa a la integración legal de la misma.

De conformidad con todo lo expuesto, es fácil concluir que el quórum para conformar la terna objeto de estudio debe contar con la asistencia y el voto mínimo de 4 miembros de la Junta Directiva del Hospital San Bernardo del Municipio de Filadelfia.

En este orden de ideas, se tiene que si la terna objeto de reproche fue conformada sin el mínimo de votos válidos requeridos, la elección impugnada es ilegal y, por ende, debe declararse su nulidad. Por lo tanto, la Sala procede a estudiar los dos argumentos por los que se considera que la terna no fue conformada con el quórum mínimo exigido para las decisiones plurales y, en consecuencia, no es válida.

Tal y como consta en el Acta número 20 de 2002 de la Junta Directiva del Hospital San Bernardo del Municipio de Filadelfia, en donde consta la integración de la terna objeto de estudio, el 18 de mayo de ese año se reunieron los señores Román Aristizabal Vasco en su calidad de Alcalde de ese municipio, Guillermo Ramírez Zuluaga, en su calidad de Representante de la Asociación de Usuarios de ese Hospital, Darío Román Salazar y Julián Andrés Alzate, en representación de los profesionales de la salud (folios 15 a 19 del cuaderno principal).

En primer lugar, el demandante sostiene que el Representante de las Asociaciones de Usuarios participó en la designación pese a que su período había vencido.

Pues bien, el último inciso del artículo 9º del Decreto 1876 del 3 de agosto de 1994, “por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto-ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado” dispone lo siguiente:

“Los miembros de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado respectiva, tendrán un período de tres (3) años en el ejercicio de sus funciones y podrán ser reelegidos”.

En este mismo sentido, el parágrafo 1º del artículo 9º del Acuerdo número 003 de 1999 señaló:

“De conformidad con el artículo 9º del Decreto 1876 de 1994, los miembros de la Junta Directiva de la Empresa tendrán un período de tres años en el ejercicio de sus funciones y podrán ser removidos o reelegidos para períodos iguales por quienes los designaron.

Por su parte, el artículo 12 del Decreto 1757 del 3 de agosto de 1994, “por el cual se organizan y se establecen las modalidades y formas de participación social en la prestación de servicios de salud...” preceptúa lo siguiente:

“Representantes de las alianzas de usuarios o asociaciones de usuarios. Las alianzas o asociaciones de usuarios elegirán sus representantes en asamblea general, y entre los elegidos de éstas si hubieren varias asociaciones o alianzas de usuarios, para períodos de dos (2) años”

Ese Decreto 1757, por razón de la citada sentencia C-255 de 1995 de la Corte Constitucional que declaró inexecutable el Decreto 1298 de 1994, también fue aclarado. Al efecto, mediante el artículo 1º del Decreto 1616 del 25 de septiembre de 1995 se aclaró que el Decreto 1757 reglamenta el literal d) del artículo 1º de la Ley 10 de 1990 y el literal f) del artículo 154 de la Ley 100 de 1993.

Es indudable que en relación con el período de los representantes de las alianzas de usuarios o asociaciones de usuarios en las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado existe una contradicción normativa, por lo que debe definirse cuál es la aplicable al caso. Para ello es necesario acudir a las reglas de interpretación de la ley previstas en los artículos 72 del Código Civil, 2º y 3º de la Ley 153 de 1887.

En efecto, al tenor de lo dispuesto en los artículos 72 del Código Civil y 2º de la Ley 153 de 1887 la ley posterior prevalece sobre la ley anterior. Sin embargo, en este asunto ocurre que los Decretos 1876 y 1757 de 1994 fueron expedidos y publicados el mismo día, pues se expidieron el 3 de agosto de ese año y se publicaron el 5 de agosto siguiente, por lo que el único criterio que puede servir como fundamento para definir cuál es posterior es el número del Diario Oficial en el que se publicaron. Así, el Decreto 1876 de 1994 aparece publicado en un número posterior, pues fue publicado en el Diario Oficial número 41.480, mientras que el Decreto número 1757 de 1994 lo fue en el Diario Oficial número 41.477. Por ello, podría decirse que el Decreto 1876 de 1994 es posterior y, por ende, debe aplicarse.

No obstante lo anterior, se tiene que el artículo 3º de la Ley 153 de 1887 señala otra regla de interpretación, según la cual una ley especial prima sobre la ley general. Con base en ello, se encuentra que el artículo 12 del Decreto 1757 de 1994 es norma especial mientras que el artículo 9º del Decreto 1876 de 1994 es norma general, pues la primera regula específicamente el período de los Representantes de las alianzas de usuarios o asociaciones de usuarios en las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado, mientras que la segunda regula de manera general el período para todos los miembros de esas juntas. Por ello, la norma aplicable sería el artículo 12 del Decreto 1757 de 1994.

A juicio de la Sala, el criterio hermenéutico de la ley que debe adoptarse debe ser el de prevalencia de la ley especial, por dos razones. La primera, porque el legislador extraordinario quiso regular de manera especial el período señalado para los representantes las alianzas de usuarios o asociaciones de usuarios. Y, la segunda, porque el criterio de norma posterior, en este asunto, se fijaría más por el azar que por la voluntad legislativa. En efecto, la determinación de norma posterior terminaría adoptándose por el número del Diario Oficial en que fue publicado -recuérdese que se expidió y promulgó la misma fecha-, lo cual no determina la voluntad de quien lo expidió sino simplemente la decisión de la imprenta nacional de imprimir uno o varios números del Diario Oficial el mismo día.

Así las cosas, se tiene que para los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado existen dos períodos diferentes. El primero, específicamente señalado en dos (2) años para los representantes de las alianzas de usuarios o asociaciones de usuarios, establecido en el artículo 12 del Decreto 1757 de 1994 y, el segundo, de tres (3) años para los demás miembros de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado, según la regla general establecida en el artículo 9º del Decreto 1876 de 1994. Luego, se concluye que el período del representante de las alianzas de usuarios o asociaciones de usuarios en la Junta Directiva del Hospital San Bernardo del Municipio de Filadelfia es de dos (2) años.

Tal y como consta en la copia autenticada del acta número 029 que obra en el expediente, el señor Guillermo Ramírez Zuluaga se posesionó en el cargo de miembro de la Junta Directiva del Hospital San Bernardo de Filadelfia como representante de la asociación de usuarios del mismo, el 30 de julio de 1999 (folio 26 del cuaderno principal). Y, de acuerdo con el Acta número 020 de 2002, la terna cuestionada fue integrada el 18 de mayo de 2002 (folios 15 a 19 del cuaderno principal).

Luego, resulta evidente que al momento de adoptarse la decisión objeto de estudio, el período del señor Ramírez Zuluaga había vencido. De consiguiente, se infiere que él no podía participar en la elaboración de la terna con base en la cual se designó al demandado. Entonces, prospera el cargo por violación del artículo 12 del Decreto 1757 de 1994.

En segundo lugar, el demandante sostiene que, conforme lo señala el artículo 49 de la Ley 617 de 2000 en la forma en que quedó modificada con la sentencia condicionada de la Corte Constitucional número C-1258 de 2001, el Alcalde del Municipio de Filadelfia no puede hacer parte de la Junta Directiva del Hospital San Bernardo de esa localidad, por lo que no debía participar en la integración de la terna para designar gerente de esa Empresa Social del Estado.

La norma que se considera vulnerada, esto es, el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, en lo pertinente dispone lo siguiente:

“Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales; y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales. Los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales no podrán nombrar, ser miembros de juntas o concejos directivos de entidades de sector central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito o municipio ni miembro de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

(...)

PARAGRAFO 1°. Se exceptúan de lo previsto en este artículo, los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

PARAGRAFO 2°. Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personal a través de contratos de prestación de servicios.” (subrayas fuera del texto)

Aunque, en principio, podría considerarse que las prohibiciones señaladas en el primer inciso del artículo que se transcribió en precedencia solamente se refieren a limitaciones de esas autoridades públicas para designar parientes, compañeros permanentes o cónyuges en las juntas consejos directivos de entidades del sector central o descentralizado de la correspondiente entidad territorial, entre otras, una lectura detenida de la norma muestra que ese inciso contiene dos hipótesis diferentes. La primera: la señalada anteriormente, esto es, la referida a la designación de parientes y, la segunda: la prohibición directa a los gobernadores, alcaldes, concejales, diputados, miembros de las juntas administradoras locales para ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades de sector central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito o municipio ni miembro de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio. En efecto, nótese que la norma objeto de estudio separa las dos hipótesis con coma, de tal forma que no las hace excluyentes sino que se complementan.

A esa misma conclusión llegó la Corte Constitucional en sentencia C-1258 de 2001 cuando estudió la constitucionalidad del primer inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000. Al respecto dijo:

“12. Los apartes demandados del inciso primero del artículo 49 de la Ley -617 de 2000 contienen dos reglas de derecho, a las cuales la Corte se referirá por separado: una, la prohibición a gobernadores y alcaldes para ejercer su potestad nominadora, y dos, la prohibición para que estos mandatarios sean miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizado de la respectiva entidad territorial y de juntas directivas de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

(...)

17. La norma demandada contiene igualmente la prohibición para alcaldes y gobernadores de “ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito o municipio y miembros de juntas directivas de entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio”.

18. La Constitución Política no contiene norma expresa que incluya o excluya al gobernador o al alcalde de estas juntas o consejos directivos, razón por la cual no puede afirmarse, como lo hace el actor, que la presencia de los mandatarios seccionales y locales en dichas juntas o consejos hace parte del núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales. Por el contrario, corresponde al legislador reglamentar esta materia, en aplicación del principio de la libertad de configuración y del mandato dado en el artículo 287 de la Carta Política para señalar los límites de la autonomía de las entidades territoriales.

Adicionalmente, la norma acusada contiene una medida razonable y proporcionada pues con ella se introducen limitaciones válidas con el fin de propender por la transparencia y la buena marcha de la administración de las entidades territoriales y que el gobernador o el alcalde no dispongan de facultades omnímodas en el manejo de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas, lo cual no excluye que a través de sus agentes cumpla su papel de dirección de la administración departamental, Distrital o municipal.

Es más, gobernadores y alcaldes disponen de mecanismos constitucionales, legales y administrativos de articulación y coordinación con las entidades descentralizadas, para lograr los fines y objetivos institucionales, los cuales sustituyen, con eficacia, la presencia personal del mandatario. Por ejemplo, los representantes del departamento, distrito o municipio en las correspondientes juntas o consejos directivos, son agentes del gobernador y del alcalde; el gerente, director o presidente de la entidad descentralizada es de su libre nombramiento y remoción; los planes de desarrollo territoriales involucran igualmente a las entidades descentralizadas, y la adscripción o vinculación de la entidad descentralizada a una secretaría o departamento administrativo permite el ejercicio del control de tutela de éstos sobre aquellas.

19. Además, de acuerdo con lo señalado en los artículos 293 y 303 de la Constitución, corresponde al legislador establecer el régimen de calidades, inhabilidades e incompatibilidades de alcaldes y gobernadores y, como se aprecia, este aspecto de la norma acusada contiene una incompatibilidad para los mandatarios seccionales y locales.

(...)

En suma, dado que el legislador goza de un amplio margen de libertad para prever los requisitos y causal es de inhabilidades e incompatibilidades, la jurisprudencia ha señalado que, en estos casos, no procede efectuar un control estricto de constitucionalidad.

20. De acuerdo con los principios constitucionales señalados y la jurisprudencia de esta Corporación, el legislador sí está facultado para permitir o prohibir la participación de alcaldes y gobernadores como miembros de "juntas o consejos directivos de las entidades del sector central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito o municipio o de juntas directivas de entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio".

"En síntesis, la regla de derecho que contiene la norma acusada no implica una modificación injustificada ni desproporcionada de los vínculos jurídicos ni administrativos existentes entre los sectores central y descentralizado en las entidades territoriales ni el abandono de las funciones de dirección, planeación, coordinación y control que corresponden a los gobernadores y alcaldes frente a la gestión del departamento, distrito o municipio. Entonces, por tratarse de un asunto que pertenece a la órbita de configuración legislativa, se declarará la exequibilidad de la norma" (C-1258 de noviembre 29 de 2001.)

En consideración con lo expuesto, la Corte Constitucional resolvió:

"Declarar exequibles los apartes acusados del inciso primero del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, excepto la expresión "nombrar" cuya exequibilidad se condiciona en el entendido que gobernadores y alcaldes distritales y municipales sí pueden nombrar a los representantes de los departamentos, distritos y municipios "en juntas o consejos directivos de las entidades del sector central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito o municipio".

Visto lo anterior se concluye que, efectivamente, de acuerdo con el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, los Alcaldes no pueden participar en forma directa en las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado, por lo que la participación del Alcalde deberá efectuarse mediante delegados.

Nótese, entonces, que la conformación de la Junta Directiva del Hospital San Bernardo del Municipio de Filadelfia a que hacen referencia los artículos 9º, numeral 1º, del Acuerdo número 003 de 1999 y 7º, numeral 1º, del Decreto 1876 de 1994, quedó modificada por lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, en el sentido de entender que la participación del Alcalde en esa junta directiva no puede ser de manera

directa, sino mediante delegado, que deberá ser nombrado por él mismo.

En este orden de ideas, se tiene que la participación directa del Alcalde en la conformación de la terna que precedió a la designación impugnada, vulneró el artículo 49, inciso 1º, de la Ley 617 de 2000. Luego, el cargo prospera por violación de esa disposición.

Todo lo anterior, permite concluir que, efectivamente, en la sesión en la que se conformó la terna que dio origen al nombramiento impugnado no se conformó el quórum necesario para deliberar y decidir, pues solamente participaron válidamente 2 de los 6 miembros de la Junta Directiva del Hospital San Bernardo de Filadelfia. Por lo tanto, el acto por medio del cual se integró la terna fue expedido en forma irregular, por lo que debe anularse la elección impugnada.

Decisión a tomar

Finalmente, el demandante sostiene que la sentencia de primera instancia es incongruente porque declaró la nulidad del Decreto 047 de 2002 con base en una irregularidad en la conformación de la terna, la cual está contenida en un acto administrativo susceptible de ser anulado. Por ello, debió declarar la nulidad del acto administrativo que contiene la irregularidad, esto es, el Acta número 20 de 2002.

La Sala no comparte el argumento expuesto por el demandado, en consideración con los siguientes planteamientos:

El artículo 50 del Código Contencioso Administrativo distingue entre los actos definitivos y los actos de trámite. Los primeros son aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos. A su turno, los actos preparatorios o de trámite contienen manifestaciones de voluntad que contribuyen a integrar el acto definitivo, esto es, se consideran importantes impulsos para concretar y terminar la decisión administrativa. Evidentemente, esa diferencia es fundamental para determinar cuál es el acto administrativo que debe demandarse en ejercicio de la acción de nulidad de carácter electoral. En efecto, el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo preceptúa que 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 éstos...”.

Ahora bien, de conformidad con lo expuesto por la jurisprudencia de esta Corporación<sup>3</sup>, el acto administrativo que contiene ternas para postular candidatos es un acto preparatorio o de trámite que no pone fin a la actuación administrativa y, por consiguiente, no es susceptible de acusación ante esta jurisdicción contencioso administrativa, dado que aquella sólo culmina con el acto mediante el cual se declara la correspondiente elección<sup>4</sup>. En síntesis, para esta Sala es claro que los actos de conformación de ternas son preparatorios o de trámite, comoquiera que esa actuación busca iniciar el procedimiento de elección, lo impulsa y lo conduce hacia la decisión definitiva.

Entonces, cuando se conforma la terna se produce un acto preparatorio, de trámite, dirigido a la producción de un acto definitivo. En efecto, sólo existe elección válida del Gerente del Hospital San Bernardo del Municipio de Filadelfia cuando, siguiendo el trámite legal y reglamentariamente señalado, el Alcalde de esa localidad emite su voluntad expresa y clara de nombrar a uno de los candidatos que integra la respectiva terna, que también debe conformarse con base en las reglas señaladas en la Constitución y la ley.

De modo que la decisión del Tribunal de declarar la nulidad del Decreto número 047 de 2002, en cuanto contiene la elección impugnada es correcta, pues la irregularidad del acto preparatorio, de un lado, afectó la validez del mismo y, de otro, no podía ser declarada en forma independiente. Ahora, el hecho de que el demandante hubiere solicitado la nulidad de los actos administrativos definitivo y preparatorio (Acta número 020 de 2002) no obliga al juez contencioso administrativo a declarar la última ni impide que se declare la nulidad del acto administrativo definitivo, pues se trata de un simple error de técnica procesal.

En consecuencia, se confirmará la sentencia del Tribunal que declaró la nulidad de la designación del señor Carlos Felipe Marín Villegas como Gerente de la Empresa Social del Estado, Hospital San Bernardo de Filadelfia, contenida en el Decreto número 047 del 21 de mayo de 2002 del Alcalde de esa localidad.

III. LA DECISION

Por lo expuesto, EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- Confírmase la sentencia del 12 de junio de 2003, dictada por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Segundo.- Devuélvase el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta sentencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

REINALDO CHAVARRO BURITICA

MARIA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

Presidente

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

DARIO QUIÑONES PINILLA  
VIRGILIO ALMANZA OCAMPO

Secretario

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Sentencias del 7 de diciembre de 2001, expediente 2716, del 19 de julio de 2002, expediente 2909 y del 14 de marzo de 2002, expediente 2754, entre muchas otras.

2 Sentencia de 16 de julio de 1998, expediente 2206, Auto de 4 de febrero de 1999, expediente 2211.

3 Sección Quinta del Consejo de Estado. Sentencia del 10 de noviembre de 1995. Expediente 1461.

4 Sección Quinta en sentencias del 16 de junio de 1994, expediente 449; del 10 de noviembre de 1995, expediente 1461; del 22 de octubre de 1993, expediente 822 y del 29 de junio de 2001, expediente 2429.- Sección Primera en auto del 25 de julio de 994, Expediente 2980.

---

Fecha y hora de creación: 2025-08-02 18:19:25