



Función Pública

Sentencia 00134 de 2018 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Rad. No.: 11001-03-28-000-2018-00134-00

Demandante: GUSTAVO GALLON GIRALDO y JOSÉ LUCIANO SANÍN VÁSQUEZ

Demandado: CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA

Asunto: Simple Nulidad - Auto inadmisorio

Procede el despacho a pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda de simple nulidad (artículo 137 de la Ley 1437 de 2011) presentada contra de la Resolución No. 007 del 19 de julio de 2018, *"Por medio de la cual se efectúa una convocatoria pública y se selecciona una institución de educación superior que adelante la convocatoria para elegir al Contralor General de la República para el periodo 2018-2022"*

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda

El señor Gustavo Gallón Giraldo, Director de la Comisión Colombiana de Juristas y José Luciano Sanín Vásquez, Director de la Corporación Viva la Ciudadanía, interpusieron demanda de simple nulidad electoral el 6 de agosto de 2018¹ contra de la Resolución No. 007 del 19 de julio de 2018, *"Por medio de la cual se efectúa una convocatoria pública y se selecciona una institución de educación superior que adelante la convocatoria para elegir al Contralor General de la República para el periodo 2018-2022"*, en la que formuló las siguientes pretensiones:

"PRIMERA: Declarar la nulidad de la Resolución 007 de 2018 expedida por la Mesa Directiva del Congreso de la República mediante la cual se efectúa una convocatoria pública y se selecciona una institución de educación superior que adelante la convocatoria para elegir al Contralor General de la República para el periodo 2018-2022.

SEGUNDA: En consecuencia, que se ordene a la Mesa Directiva del Congreso de la República dictar una nueva norma que dé inicio a la convocatoria pública para elegir al Contralor General de la República para el periodo 2018-2022, con base en los principios de transparencia, publicidad y participación ciudadana, y que fije un plazo que respete en mínimo 10 días calendario la fecha de inscripción de los candidatos a partir de la expedición de la respectiva convocatoria."

Los demandantes invocaron como causal de nulidad del acto acusado la infracción de las normas en que debería fundarse, prevista en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, proponiendo como cargo la violación de los principios de publicidad, transparencia y participación ciudadana, además de no haber publicado la convocatoria con no menos de 10 días calendario con anterioridad a la fecha de las inscripciones de los candidatos.

1.2 Señalamiento de las normas violadas y concepto de violación:

1.2.1 Invocaron como normas violadas los artículos 2 y 6 de la Ley 1904 de 2018, "Por la cual se establecen las reglas de la convocatoria pública previa a la elección de Contralor General de la República por el Congreso de la República".

1.2.2 Expusieron los accionantes que el contenido de la Resolución No. 007 de 2018 no estuvo orientado a satisfacer los principios de publicidad, transparencia y participación ciudadana e incumplieron el plazo para la inscripción de postulados, pues la publicación de la convocatoria no se realizó con mínimo 10 días de anterioridad a la fecha de las inscripciones.

1.3 Solicitud de medida cautelar provisional

En el escrito presentado de manera conjunta con la demanda, los demandantes solicitaron el decreto de la siguiente medida cautelar: "En el presente aparte, presentamos las razones por las que consideramos que el Consejo de Estado debería suspender los efectos de la Resolución 007 del 2018, hasta tanto resuelva de fondo el presente medio de control de nulidad el cual se dirige a demostrar que la norma cuestionada fue expedida con infracción de las normas en que debería fundarse." (Negrillas fuera del texto original).

Para sustentar la solicitud, los actores reiteraron las razones en las que fundaron los cargos de infracción de las normas en que debería fundarse, esto es, artículos 2 y 6 de la Ley 1904 de 2018, "Por la cual se establecen las reglas de la convocatoria pública previa a la elección de Contralor General de la República por el Congreso de la República" por violación de los principios de publicidad, transparencia y participación ciudadana e incumplimiento del plazo de publicación de la convocatoria.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

El despacho es competente para resolver sobre la admisión de la demanda, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 125 y 171 de la Ley 1437 de 2011 y el numeral 1º del artículo 149 del mismo estatuto.

2.2 Análisis de admisibilidad de la demanda

2.2.1 improcedencia del medio de control de simple nulidad

1. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el medio de control de simple nulidad procede contra actos administrativos de carácter general, que se caracterizan por cuanto los supuestos normativos aparecen enunciados de manera objetiva y abstracta y versan sobre una pluraridad indeterminada de personas, específicamente, a todas aquellas que se encuentren comprendidas en tales parámetros.

2. Dentro de la categoría de actos generales se encuentra el acto de contenido electoral que contiene una decisión administrativa abstracta e impersonal, pero que afecta o condiciona la expedición del acto electoral. En este orden de ideas, se impone también establecer las principales diferencias que existen entre el acto electoral y el acto de contenido electoral.

3. Ello implica que el acto de contenido electoral, que depende del procedimiento señalado en la ley, es un acto preparatorio o de trámite para el acto electoral, demandable cuando sea expedido el acto electoral, por medio de la nulidad electoral. El acto general es demandable por regla general mediante la simple nulidad. Ello implica la necesidad de revisar en cada caso el marco normativo.

4. Al respecto, se tiene que la Sala Plena de esta Corporación, en auto del 9 de julio de 1997, expuso las diferencias existentes entre acto electoral y acto de contenido electoral “...como aquellas manifestaciones de voluntad administrativa que se dictan en desarrollo de la legislación electoral, en orden a perfeccionar el proceso y la organización electorales para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la votación del elector expresada en las urnas, y a los ciudadanos el derecho de organizarse en partidos y movimientos políticos, en los términos de la Constitución y la ley, y ejercer a través de ellos sus derechos”².

En la misma providencia, se destacó que los actos electorales son aquellos que declaran una elección o que realizan un nombramiento o designación, cuya legalidad se cuestiona vía acción de nulidad electoral.

Por su parte, la Sección Quinta³, en auto del 9 de marzo de 2012⁴, precisó:

“Los actos electorales corresponden a aquellas decisiones administrativas por medio de las cuales se declara una elección o se hace un nombramiento o designación, según se infiere del régimen general de competencias establecido en el Código Contencioso Administrativo. Por el contrario, los actos de contenido electoral, que por obvias razones no pueden equipararse a los actos electorales, sí se pueden identificar por su estrecha relación con uno de estos actos, es decir que el acto viene a ser de contenido electoral, no porque con el mismo se asuma una decisión administrativa de elección o de nombramiento, sino porque la decisión administrativa afecte de alguna manera a un acto de esa estirpe, bien porque lo revoque, modifique o sujete a alguna condición que antes no tenía, es decir que el acto llega a ser de contenido electoral porque jurídicamente tiene alguna incidencia en uno que sí tiene naturaleza electoral. Con todo, el acto de contenido electoral no se agota en la anterior clasificación, pues bajo la premisa de que esa naturaleza se la confiere su proximidad jurídica con un acto de elección o de nombramiento, también resulta válido afirmar que dentro de ese catálogo se incluyen los actos administrativos de carácter general por medio de los cuales la administración pública regula o reglamenta un proceso de elección o de nombramiento”. (Negrilla fuera de texto).

En conclusión, el acto electoral es aquel por medio del cual se declara una elección o hace un nombramiento o una designación. Por ejemplo, actos de elección popular, los de elección por corporaciones electorales, los actos de nombramiento de cualquier autoridad pública y los de llamamiento para suplir vacantes en las Corporaciones públicas. Por su parte, los actos de contenido electoral son aquellos que tienen la virtualidad de influir en la decisión de elección, nombramiento o designación que se realiza⁵.

Para determinar si el contenido del acto demandado es electoral, la Sección ha fijado que un acto cumple con dicha naturaleza cuando: “(i) establecen los parámetros generales para una elección -actos de convocatoria-, (ii) otorga o elimina la personería jurídica de un partido o movimiento político, (iii) se registra o niega la inscripción del logo-símbolo de una colectividad política, (iv) se desarrollan los mecanismos de participación ciudadana, (v) se establecen las reglas sobre las elecciones, lo que en general aplica a (vi) los actos profiera la organización electoral⁶”.

Teniendo en cuenta lo anterior y considerando que el acto demandado es la Resolución No. 007 del 19 de julio de 2018, “Por medio de la cual se efectúa una convocatoria pública y se selecciona una institución de educación superior que adelante la convocatoria para elegir al Contralor

General de la República para el periodo 2018-2022”, no cabe duda de que establece reglas para las elecciones y por tanto ostenta la categoría de acto de contenido electoral.

2.2.2 Actos trámite y actos definitivos

En relación con los actos expedidos en ejercicio de la función electoral, esta Corporación ha explicado:

“... un presupuesto primordial para la admisión de una demanda dentro la jurisdicción de lo contencioso administrativo es que el acto cuya legalidad se cuestiona tenga carácter definitivo, es decir, “aquellos que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación”⁷

Ahora bien, podría pensarse que al ser los actos expedidos en ejercicio de la función electoral distintos a los actos administrativos, cuyo origen es la función administrativa⁸, no es aplicable la distinción antes anotada. No obstante, los actos expedidos en función electoral también pueden clasificarse en actos de trámite y actos de definitivos.

Así pues, en asuntos electorales el acto que contiene la decisión definitiva del electorado es el tendiente a elegir, nombrar o llamar a proveer vacantes, los cuales se constituyen como verdaderos actos electorales, en los términos del inciso primero del artículo 139 del CPACA, pasibles de ser controlados, únicamente, por la vía de la nulidad electoral según las voces de la norma en comento⁹.

Por el contrario, serán actos de trámite o preparatorios todos aquellos proferidos en el devenir del procedimiento electoral, distintos de los de elección, nombramiento o llamamiento y los cuales no son pasibles de control judicial de forma autónoma.”

En efecto, lo que ocurre es que los actos de trámite o preparatorios serán controlados al examinar el acto definitivo. Así lo ha colegido la Sección Quinta en diversas oportunidades, en la que ha controlado los actos que precedieron a la elección cuando estudia los cargos de la demanda que se presenta contra la designación.”

Esta Corporación¹⁰ ha considerado que “(...) los actos preparatorios, según la academia, son aquellos previos, pero necesarios para adoptar una decisión de fondo. (...).”

Así mismo, ha señalado que “(...) el acto electoral es aquel por medio del cual la Administración declara una elección o hace un nombramiento o una designación (actos de elección popular, los de elección por corporaciones electorales, los actos de nombramiento de cualquier autoridad pública y los de llamamiento para suplir vacantes en las Corporaciones públicas). Por su parte, los actos de contenido electoral son aquellos que tienen la virtualidad de influir en la decisión de elección, nombramiento o designación que realiza el ente administrativo.”

Lo anterior implica que es el acto electoral el susceptible de control por medio de la nulidad electoral y los actos de trámite y/o preparatorios son demandables por este mismo medio de control, pero de manera indirecta.

2.2.3 Caso concreto

1. No cabe duda de que la Resolución No. 007 del 19 de julio de 2018, cuyo control se solicita, es un acto de contenido electoral y de mero trámite, pues su expedición tuvo por objeto y finalidad impulsar las reglas de la convocatoria pública dispuestas por el legislador en la Ley 1904 de 2018. Ello es así, porque con anterioridad esta Sala ha diferenciado los actos de trámite y preparatorios en los siguientes términos: “Los actos de trámite son aquellos que dan impulso a la actuación y por eso se conocen como meros actos de trámite, en tanto los actos preparatorios, según la academia, son aquellos previos, pero necesarios para adoptar una decisión de fondo”¹¹.

En el presente caso, el acto controvertido efectúa una convocatoria pública y selecciona una institución de educación superior para que la adelante la convocatoria cumple simplemente la función de impulsar el proceso de selección cuyo resultado final es la elección, que en el presente caso se viabiliza cuando el Congreso de la República se reúne en pleno y realiza la votación y designación.

Como consecuencia de lo anterior, el control judicial de la Resolución No. 007 del 19 de julio de 2018 debe efectuarse al examinar el acto autónomo y definitivo al que se encuentra ligado, esto es, el acto de elección.

2. Sobre este particular, el despacho enfatiza en que los actos de trámite o preparatorios de los actos definitivos de carácter electoral no son susceptibles de control directo a través de la nulidad simple o de la nulidad electoral, porque aunque son de contenido general, son actos de trámite o preparatorios del acto de elección y dicha condición impide que sean demandados por un medio de control distinto al de la nulidad electoral y en el caso concreto, no es posible establecer un cargo contra el acto preparatorio de forma directa que tenga la virtualidad de causar la nulidad electoral del acto de elección.

3. Al ser el acto demandado, la Resolución No. 007 del 19 de julio de 2018 un acto preparatorio de contenido electoral, por el cual se señalan las reglas de la convocatoria pública para la elección de Contralor General de la República, sólo pueden ser controvertidos en sede judicial a través de la impugnación del acto electoral definitivo¹², cual es el acto que declara la elección¹³.

5. Lo anterior significa que las irregularidades que podría ser violatorias de la ley o del reglamento, ocurridas en los actos preparatorios de contenido electoral, que puedan llegar a afectar la legalidad del acto de elección serán analizados por el fallador en la sentencia y allí determinará la incidencia de tales irregularidades, pero contra ellos no puede existir pretensión autónoma de nulidad conforme con la regla establecida en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011¹⁴, pues deben demandarse en conjunto con el acto electoral, es decir, el que declare la elección correspondiente.

En razón de lo anterior, se impone la inadmisión de la presente demanda, para que los accionantes la corrijan en los términos del artículo 276 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y atiendan las exigencias de los artículos 162 y 166 *ibidem*, es decir, estén debidamente designadas las partes, la pretensión sea formulada de manera clara y precisa, se narren los hechos en que se fundamenta, se identifiquen las normas que se consideran violadas y se desarrolle el concepto de la violación, de conformidad con este medio de control.

2.2.4 Anexos de la demanda

En la demanda los accionantes invocan irregularidades en el proceso de elección del Contralor General de la República, las cuales se deben estudiar al analizar la legalidad del acto definitivo de elección, como se expuso en precedencia. Sin embargo, al revisar el acápite de anexos se encuentra que ningún acto electoral fue allegado con la demanda, circunstancia que desconoce lo normado en el artículo 166.1 de la Ley 1437 de 2011 que prevé:

"Artículo 166. Anexos de la demanda. A la demanda deberá acompañarse:

1. Copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso. Si se alega el silencio administrativo, las pruebas que lo demuestren, y si la pretensión es de repetición, la prueba del pago total de la obligación."

Si lo pretendido por los actores es el planteamiento de un problema frente al procedimiento de formación del acto electoral, además de éste, deberá anexar copia de las actuaciones donde se encuentre la irregularidad en cuestión.

Esta norma también dispone que cuando se deniegue la copia del acto demandado deberá expresarlo en la demanda bajo juramento, con el fin

de que el juez o magistrado lo solicite antes de la admisión de la demanda, circunstancia que no fue acreditada en este caso.

2.3 Conclusión

En razón de lo anterior, es procedente inadmitir el libelo introductorio al considerar la indebida escogencia de la acción teniendo en cuenta que los actos demandados son de mero trámite y en tal virtud no pueden ser enjuiciables de forma autónoma mediante la acción de nulidad electoral. De otro lado, el actor no allegó copia del acto electoral, que es frente al cual debe dirigir su pretensión de nulidad electoral. Además se deben cumplir con las exigencias de los artículos 162 y 166 *Ibídem*, frente al contenido de la demanda, es decir, designación de las partes, formulación clara y precisa de las pretensiones, narrativa de los hechos en que se fundamentan, identificación de las normas que se consideran violadas y desarrollo del concepto de la violación, de conformidad con el medio de control de nulidad electoral.

Para lo anterior, deberá corregir el libelo introductorio dentro del plazo previsto en el artículo 276 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el magistrada (sic) sustanciadora

RESUELVE:

PRIMERO. INADMITIR la demanda de nulidad electoral presentada por el señor Gustavo Gallón Giraldo, Director de la Comisión Colombiana de Juristas y el señor José Luciano Sanín Vásquez, Director de la Corporación Viva la Ciudadanía, contra Resolución No. 007 del 19 de julio de 2018, *"Por medio de la cual se efectúa una convocatoria pública y se selecciona una institución de educación superior que adelante la convocatoria para elegir al Contralor General de la República para el periodo 2018-2022"*.

SEGUNDO. CONCEDER tres (3) días, para efecto de que se corrija la demanda en la forma expresada en precedencia, so pena de rechazo.

TERCERO: Contra el presente auto no procede ningún recurso, de conformidad con lo expuesto en el artículo 276 de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Ver folios 1 a 9. La demanda fue radicada inicialmente ante la Sección Primera del Consejo de Estado, cuyo secretario por oficio No. 3544 del 7 de septiembre de 2018 lo remitió a la Sección Quinta, en virtud de la naturaleza del acto.

² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 3 de noviembre de 1994, exp. N° 3104. M.P. Miguel González Rodríguez

³ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 9 de octubre de 2008, exp. No. 2008-00008-00 actor: Orlando Duque Quiroga. M.P. María Nohemí Hernández Pinzón

⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, Demandante: Laura Teresa Arenas de Santamaría, exp. No. 2011-00717-01. C. P. doctor: Mauricio Torres Cuervo

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Auto del 22 de agosto de 2016, 11001-03-25-000-2016-00137-00, C.P. Rocío Araújo Oñate

⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta. 9 de marzo de 2017. Auto de Ponente: Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Radicado: 1100103-28-000-2016-00480-00.

⁷ Artículo 43 del CPACA.

⁸ Respecto a la diferencia entre la función electoral y la función administrativa consultar entre otros: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 4 de febrero de 2016, CP. Alberto Yepes Barreiro radicación 11001-03-28-000-2014-00110-00.

⁹ En el mismo sentido consultar, Consejo de Estado, Sección Quinta auto del 4 de febrero de 2016, CP. Lucy Jeannette Bermúdez radicado 11001-03-28-000-2015-00048-00. Auto del 15 de febrero de 2018, CP. Rocío Araújo Oñate. Rdo. 11001-03-24-000-2015-00423-00.

¹⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta sentencia del 18 de febrero de 2016 C.P. Alberto Yepes Barreiro. Radicación: 25000-23-41-000-2015-00101-02

¹¹ Consejo de Estado Sección Quinta sentencia del 18 de febrero de 2016 C.P. Alberto Yepes Barreiro. Radicación: 25000-23-41-000-2015-00101-02

¹² Según el artículo 43 de la Ley 1437 de 2011, los actos definitivos son aquellos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar la actuación.

¹³ Ley 1437 de 2011. Artículo 163. Individualización de las pretensiones. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión.

¹⁴ Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas. En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, *deberán demandarse junto con el acto que declara la elección*. El demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección.

Fecha y hora de creación: 2026-02-09 06:55:37