



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Expediente: 11001-03-28-000-2016-00011-00
Actor: Héctor Alfonso Carvajal Londoño
Demandado: Consejo Superior de la Judicatura
Asunto: Auto Electoral- Recurso de Súplica

Procede la Sala a pronunciarse sobre el recurso de súplica propuesto por la parte demandante contra el auto proferido el 29 de enero de 2016, mediante el cual el Consejero Ponente rechazó la demanda presentada por el señor Héctor Carvajal Londoño.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. El ciudadano Héctor Alfonso Carvajal, en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad electoral, solicitó que se declare la nulidad de los acuerdos mediante los cuales la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, formuló ante el Consejo de Estado la lista de candidatos, destinada para proveer las plazas de magistrado de Tribunal Administrativo que creó el Acuerdo 10402 de 2015.

Los acuerdos cuya nulidad se solicita son:

Acuerdo número	Plazas pertenecientes al:
PSAA15-10425	Tribunal Administrativo de Antioquia
PSAA15-10429	Tribunal Administrativo de Bolívar

PSAA15-10427	Tribunal Administrativo de Boyacá
PSAA15-10428	Tribunal Administrativo de Caquetá
PSAA15-10429	Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Secciones Segunda y Tercera)
PSAA15-10430	Tribunal Administrativo del Huila
PSAA15-10431	Tribunal Administrativo del Meta
PSAA15-10432	Tribunal Administrativo del Quindío
PSAA15-10433	Tribunal Administrativo de Santander
PSAA15-10434	Tribunal Administrativo del Valle del Cauca
PSAA15-10435	Tribunal Administrativo de Atlántico

1.2 En el escrito de demanda se afirmó que los citados acuerdos se encuentran viciados de nulidad, porque el Consejo Superior de la Judicatura al expedirlos desconoció los artículos 256 y 257 de la Constitución Política, así como los artículos 131.5, 132.2 y 165 de la Ley 270 de 1996, pues las listas formuladas para proveer los cargos creados por el Acuerdo N° 10402 del 29 de octubre de 2015 se hicieron con base en un registro de elegibles que había perdido vigencia.

1.3 En efecto, como sustento de su pretensión manifestó que el registro de elegibles producto del concurso inició su vigencia el 25 de octubre de 2011 y la culminó el 24 de octubre de 2015.

1.4 Debido al vencimiento del registro de elegibles, según el criterio de la parte actora, los cargos de magistrado de Tribunal Administrativo que deban ser provistos después del 25 de octubre de 2015, especialmente los creados por el Acuerdo 10402 de 2015, deben designarse por el Consejo de Estado en provisionalidad, hasta que se tenga un nuevo registro de elegibles que permita proveer las nuevas plazas en propiedad.

1.5 Aseguró que los actos demandados sí son susceptibles de control judicial, toda vez que, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹ ha entendido que algunos actos que se expiden en el marco de un concurso de méritos, aunque no son definitivos, por sus efectos y su propia naturaleza, sí son pasibles de ser demandados.

¹ Se refiere a la providencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de marzo de 2012, expediente 11001-03-025-000-2010-00011-00 CP. Víctor Hernando Alvarado.

1.6 La demanda correspondió por reparto al magistrado Carlos Enrique Moreno Rubio, quien, mediante auto de 29 de enero de 2016, rechazó de plano la demanda, comoquiera que en ella no se cuestionaba la legalidad de actos definitivos.

2. Del Auto recurrido

Se trata del auto de 29 de enero de 2016, a través del cual el Consejero Ponente rechazó de plano la demanda presentada por el señor Héctor Alfonso Carvajal.

En la providencia recurrida, el Despacho Sustanciador consideró que los actos acusados *“son meros actos de trámite, que hacen parte una etapa que permite continuar con el procedimiento, el cual culmina con la designación que hace el Consejo de Estado precisamente de la lista que para tal efecto envía el Consejo Superior de la Judicatura. Luego, no se trata de un acto definitivo. Tampoco uno de trámite que haga imposible continuar la actuación, según las voces del artículo 43 del CPACA², razón por la cual se rechazará la demanda.”*

En dicho auto, se precisó que los actos acusados no son pasibles de la acción electoral, pues aquella está establecida, únicamente, para estudiar la legalidad **de los “actos de elección o de nombramiento, esto es, los que efectivamente conllevan acceso a la función pública”, siendo claro que los actos demandados no ostentan tal calidad.**

Se afirma en la decisión suplicada que los actos demandados son actos preparatorios o de trámite para la expedición de una decisión definitiva -el acto de elección-, sin que fueran de recibo los argumentos del demandante por explicar que las listas enviadas por el Consejo Superior eran, en efecto, susceptibles de control judicial, por cuanto el antecedente sobre el cual se cimienta dicha postura no era aplicable, por su naturaleza, al acto demandado.

² **“ARTÍCULO 43. ACTOS DEFINITIVOS.** Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.”

3. Del recurso de súplica

La decisión de rechazar la demanda fue notificada al demandante con un mensaje dirigido a su correo electrónico el día 2 de febrero de 2016³, razón por la que el señor Carvajal Londoño, en escrito recibido en esta Corporación el mismo 2 de febrero de 2016, interpuso recurso de súplica⁴.

Como sustento de su recurso presentó los siguientes argumentos:

Señaló que no compartía la decisión del ponente, toda vez que en el auto recurrido se estaba resolviendo de forma anticipada la *litis* propuesta, lo cual no era “*apropiado*”, pues precisamente el objeto de la controversia era determinar si los acuerdos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura podían constituirse como actos de trámite en un proceso de elección.

Afirmó que “*sostener que el Consejo Superior emitió los acuerdos demandados, como parte del proceso de selección de Magistrados del registro de elegibles propia del Acuerdo N° 4528 de 2008, significa desde ya admitir la vigencia y legalidad de los actos administrativos demandados, tomando la posición de que si son actos administrativos propios del referido proceso*”.⁵

Sostuvo que si el objeto del proceso es precisamente determinar si los actos demandados tienen o no el carácter de actos de trámite, dicho asunto no se podía resolver en la admisión de la acción, sino en la sentencia e insistió en que el antecedente citado en la demanda sí era aplicable “*en cuanto a la ratio decidendi relacionada con los efectos de los actos demandados*”.⁶

Finalmente, solicitó que se revocara el auto recurrido, y en su lugar se ordenara seguir con el trámite para la admisión de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

³ Tal y como consta en el folio 80

⁴ Folio 79 del Expediente.

⁵ Folio 78 del expediente

⁶ *Ibídem*.

1. De la procedencia del recurso de súplica

Es importante resaltar que el recurso de súplica, establecido en el artículo 246 del CPACA, procede contra los autos dictados en única o segunda instancia que por su naturaleza serían susceptibles de apelación. Al respecto, señala:

*“Artículo 246. Súplica. **El recurso de súplica** procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia o durante el trámite de la apelación de un auto. **También procede** contra el auto que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario.*

Este recurso deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto, en escrito dirigido a la Sala de que forma parte el ponente, con expresión de las razones en que se funda.

El escrito se agregará al expediente y se mantendrá en la Secretaría por dos (2) días a disposición de la parte contraria; vencido el traslado, el Secretario pasará el expediente al Despacho del Magistrado que sigue en turno al que dictó la providencia, quien será el ponente para resolverlo ante la Sala, sección o subsección. Contra lo decidido no procederá recurso alguno”

Por su parte, el numeral 1° del artículo 243 del CPACA, establece:

“ARTÍCULO 243. APELACIÓN. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

1. El que rechaza la demanda.”

De conformidad con lo expuesto, se infiere que la decisión adoptada por el Ponente en la cual rechazó la demanda, es pasible del recurso de súplica, y que su conocimiento corresponde a la Sección Quinta del Consejo de Estado, con exclusión del magistrado que profirió la decisión.

Igualmente, se pone de presente que el recurso se presentó dentro de la oportunidad legal correspondiente, comoquiera que aquel se formuló dentro de los 3 días siguientes a la notificación del auto que se cuestiona.⁷

2. Planteamiento del problema

Como quedó expuesto en los antecedentes de esta providencia, el recurrente argumenta que la demanda no podía ser rechazada de plano, porque determinar si los actos acusados son o no actos de trámite es un asunto que debe debatirse de forma exclusiva en la sentencia.

Así, pues, la cuestión a resolver se centra en determinar si en el caso concreto, era viable o no rechazar la demanda presentada por el señor Carvajal Londoño, con fundamento en que aquella se dirigía contra actos preparatorios.

3. Actos preparatorios y actos definitivos

La doctrina y la jurisprudencia⁸ en materia administrativa a lo largo de su trasegar han clasificado los actos de la administración de muy diversas maneras, es así como desde el punto de vista de su relación con la decisión, se pueden clasificar en actos de trámite, preparatorios o accesorios y en actos definitivos o principales⁹.

De ahí que los actos de trámite son los que se *“encargan de dar impulso a la actuación o disponen organizar los elementos de juicio que se requieren para que la administración pueda adoptar la decisión de fondo sobre el asunto mediante el acto definitivo y, salvo contadas excepciones, no crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas”*¹⁰. Es por tanto que *“no expresan en concreto la voluntad de la administración, simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que*

⁷ El auto fue notificado el día 22 de enero de 2016 y el recurso se presentó ese mismo día.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, fallo del 22 de noviembre de 2012. Expediente No.11001-03-28-000-2010-00031-00.

⁹ Entre otros: Libardo Rodríguez, Derecho Administrativo, Temis, 2008, Pág. 288; García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Curso de derecho administrativo, Tomo I. Editorial Civitas, Madrid, 1992; González Pérez, Jesús, Manual de derecho procesal administrativo. Editorial Civitas, Madrid, 1992; Gordillo, Agustín, Tratados de derecho administrativo, Tomo III. Editorial Macchi, Buenos Aires, 1979 y en Francia Auby Jean-Marie y Drago Roland. Traité de Contentieux Administratif. L.G.D.J., París, 1984, pág. 165.

¹⁰ Sentencia T-088 de febrero 03 de 2005 de la Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

*preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el llamado acto definitivo*¹¹.

Si los de trámite son los que meramente dan impulso a la actuación, los preparatorios, según la academia, son aquellos previos, pero necesarios, para adoptar una decisión de fondo.

Por el contrario, los actos definitivos o principales son los que contienen la decisión propiamente dicha, o como lo establecía el inciso final del artículo 50 del C.C.A., *“son actos definitivos que ponen fin a la actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla”*.

En otras palabras, y tal como lo advertía la norma citada, un *“acto de trámite puede tornarse definitivo, cuando de alguna manera, decida sobre la cuestión de fondo, o ponga fin a la actuación administrativa, de suerte que se haga imposible la continuación de ésta”*¹². En la actualidad, la norma homóloga del CPACA establece en su artículo 75 que *“no habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa”*. Solo en este caso tales actos serían enjuiciables.

En suma, puede afirmarse que los actos preparatorios y los de trámite, con las diferencias anotadas arriba, simplemente son *“actos instrumentales, que integran el procedimiento anterior a la decisión que finalmente resuelva el asunto y sus defectos jurídicos podrán cuestionarse cuando se impugne el acto definitivo, el cual podrá ser inválido”*¹³.

Pues bien, para la Sección los acuerdos mediante los cuales la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura formuló ante el Consejo de Estado la lista de candidatos, destinada para proveer las plazas de magistrado de Tribunal Administrativo que creó el Acuerdo 10402 de 2015, constituyen **verdaderos actos preparatorios** que no ponen fin a la etapa electoral, sino que tan solo permiten que aquella continúe, entonces, por las razones que pasarán a explicarse, no son pasibles de ser controvertidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

¹¹ Sentencia T-945 de Diciembre 16 de 2009 de la Corte Constitucional, M.P. Mauricio González Cuervo.

¹² Sentencia T-088 de febrero 03 de 2005 de la Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹³ Sentencia T-945 de Diciembre 16 de 2009 de la Corte Constitucional, M.P. Mauricio González Cuervo.

4. De la naturaleza de los actos acusados

Primero. Los actos trámite o preparatorios no son pasibles de control judicial, puesto que desde la perspectiva de la nulidad electoral solo lo son aquellos a través de los cuales se hace la elección, el nombramiento o el llamamiento a proveer vacantes, respectivamente.

En efecto, la normativa contenciosa electoral expresamente regula cuáles son los actos susceptibles de la nulidad electoral, así, el artículo 139 del CPACA, indica:

ARTÍCULO 139. NULIDAD ELECTORAL. *Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.*

En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección. (Subrayas fuera de texto)

En todo caso, las decisiones de naturaleza electoral no serán susceptibles de ser controvertidas mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la Ley 472 de 1998.

Por supuesto, ello no implica que si se presentan vicios en los actos preparatorios que dieron origen al acto de designación, aquellos queden sustraídos del control judicial, pues lo que sucede es que dichas anomalías se estudiarán por el juez electoral cuando analice la legalidad del acto definitivo.

En otras palabras, desde el enfoque del medio de control consagrado en el artículo 139 del CPACA, la lista de elegibles que profiere el Consejo Superior de la Judicatura, para la elección de magistrados de tribunal, se erige como un acto preparatorio, cuyo control se realiza cuando el juez electoral estudia la legalidad del acto definitivo contentivo de la designación. Esta tesis no es novedosa, pues en diversas oportunidades la

Sección Quinta¹⁴ ha sostenido que en la acción electoral los vicios **en los actos preparatorios o de trámite** se escudriñan al examinar el acto definitivo demandando.

De la simple lectura de la disposición en cita, se colige, sin ambages, que el medio de control de nulidad electoral procede para estudiar la legalidad de, entre otros, aquellos **actos de nombramiento** proferidos por las autoridades en sus diversos niveles.

Si esto es así, la conclusión a la que arriba el demandante carece de asidero jurídico ya que si la lista de elegibles se erige como acto definitivo, sencillamente, aquello traería como consecuencia que los actos de nombramiento, cuando se profieren en el marco de un concurso de méritos, no podrían entonces ser pasibles de control a través de la acción electoral y su legalidad se examinaría, entonces, a través del proceso ordinario.

Segundo. Aceptar como válida la tesis del demandante según la cual las listas de elegibles constituyen un acto definitivo desde la perspectiva electoral, traería como consecuencia, inaceptable desde luego, que el acto contentivo de un nombramiento se tornara, en esto eventos, en uno de mera ejecución y que, con ello, la acción electoral no procediera contra los actos de nombramiento, contrario al querer del legislador.

Nada más alejado de la realidad. Son tan **preparatorias** las referidas listas, que el nominador, i.e., la Sala Plena del Consejo de Estado, no está indefectiblemente obligada a utilizarlas. En efecto, bien podría: (i) nombrar en la plaza disponible haciendo uso del insumo facilitado para el efecto, (ii) trasladar a esa nueva plaza vacante a un antiguo magistrado -en los términos del artículo 134 de la Ley 270 de 1996- o (iii) devolver la referida lista a la autoridad que la profirió, en caso de llegar a la conclusión de que aquella está viciada por alguna irregularidad.

El abanico de opciones que se presenta ante la autoridad nominadora, evidencia justamente que la lista no es una decisión definitiva, sino que esta

¹⁴ Al respecto consultar entre otros, Consejo de Estado, sentencia del 24 de abril de 2013, radicado 440012331000201100207 01. CP. Alberto Yepes Barreiro, Consejo de Estado, sentencia del 6 de mayo de 2013, radicado 68001-23-31-000-2011-01057-01. CP. Alberto Yepes Barreiro, Consejo de Estado, sentencia del 03 de agosto de 2015, radicado 11001-03-28-000-2014-000128-00 y 11001-03-28-000-2014-000125-00 (Acumulados). CP. Alberto Yepes Barreiro.

es tan sólo un acto preparatorio que se dicta para posibilitar la designación final, acto que, al momento de proferirse, será el que materialice -o no- la supuesta irregularidad que pone de presente la parte actora.

Tercero. Lo expuesto, pone de presente un aspecto adicional. A la fecha, no puede decirse que hay un “vicio” materializado, por ello, el trámite del proceso electoral que ha sido diseñado a manera de un control objetivo de legalidad no puede activarse aún, la conclusión contraria terminaría tornando al electoral en un trámite preventivo, desquiciando así la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que no está instaurada para controlar la posible comisión de irregularidades sino para anular aquellos actos que, en efecto, las contengan.

Cuarto. Como aspecto preliminar de la demanda, el actor invocó como precedente aplicable al sub judice la sentencia 8 de marzo de 2012 de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente 2010-00011, en la cual se sostuvo que el acto de convocatoria en los procesos de selección no es un acto de trámite, para concluir que los actos demandados en ese evento eran definitivos, argumento que reiteró en el recurso de súplica al afirmar que “(...) *el precedente invocado en la demanda, sí es aplicable, en cuanto a la ratio decidendi relacionada con los efectos de los actos demandados.*”

Sobre este asunto, la Sala coincide con lo expuesto en el auto recurrido, en el sentido en que el precedente invocado por el recurrente no es aplicable a la presente controversia por no tratarse de un caso análogo.

En el precedente invocado, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado estudió la naturaleza del acto de convocatoria para definir si éste se trataba de un acto definitivo o de trámite, cuestión que difiere por completo respecto de la materia objeto de estudio en el presente caso, en la que se cuestiona si las listas de candidatos elaboradas por el Consejo Superior de la Judicatura son actos definitivos o preparatorios.

En efecto, en la providencia citada por el recurrente se concluyó que la convocatoria es un acto definitivo que puede ser demandado de manera independiente y autónoma debido a que éste contiene las reglas que deben regir el proceso de selección, o, como se afirma en la sentencia citada, es la

“norma reguladora del concurso”. En cambio, las listas de candidatos demandadas en el sub judice son actos de trámite que por su naturaleza no tienen un carácter regulatorio frente al proceso de selección, cómo sí lo podría tener la convocatoria.

En conclusión, la Sala considera que el precedente citado por el recurrente no es vinculante para el presente caso, por versar sobre materias distintas que merecen un tratamiento jurídico diferente.

Finalmente, el recurrente, como argumento central del recurso de súplica, sostiene que el objeto de la presente controversia es definir si los actos demandados son definitivos o preparatorios, razón por la cual este estudio no podía ser adelantado al momento de la admisión de la demanda, sino que tenía que ser objeto de la decisión de fondo.

La Sala no acoge este argumento del recurrente debido a que precisamente uno de los presupuestos que el juez contencioso administrativo debe estudiar *ab initio* para definir la admisión o rechazo de la demanda, es el relacionado con la naturaleza del acto demandado, con el fin de poder determinar si éste se trata de un acto definitivo, pasible de control jurisdiccional; o, si por el contrario, se trata de un acto de trámite o preparatorio, cuya legalidad debe ser cuestionada a través de la demanda dirigida contra el acto definitivo que concluye la actuación administrativa.

Aceptar la tesis del recurrente, según la cual este estudio debe realizarse en la sentencia, implicaría un desgaste innecesario de la administración de justicia, toda vez que conllevaría adelantar un proceso judicial que necesariamente culminaría con una sentencia inhibitoria por no existir un acto definitivo sobre el cual pueda recaer el control del juez administrativo.

Consecuentemente, por las razones expuestas, la Sala considera que el auto recurrido debe ser confirmado.

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

III. RESUELVE:

CONFIRMAR el auto proferido el 29 de enero de 2016, mediante el cual, el Consejero Ponente, rechazó la demanda presentada por el señor Héctor Carvajal Londoño.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero