

ACTO ELECTORAL – Diferencias con los actos administrativos de carácter laboral / CONSEJO DE ESTADO - Asuntos que son de su competencia en las Secciones Segunda y Quinta / ACTO DEMANDADO - Su conocimiento corresponde a la Sección Segunda por tratarse de un asunto de carácter laboral / REMISIÓN DEL EXPEDIENTE POR COMPETENCIA

[P]or regla general, el acto que declara una elección como consecuencia de un concurso de méritos realmente no puede catalogarse como un acto electoral sino como un acto administrativo de carácter laboral, dado que este acto no refleja la discrecionalidad y conveniencia de los electores sino simplemente el derecho del mejor a ocupar un cargo, por lo que su impugnación debería realizarse a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de naturaleza laboral. (...). Desde el punto de vista de las pretensiones que se pueden ejercer, en la nulidad electoral, (...), no se puede solicitar nunca el restablecimiento del derecho. Si la persona que tiene el derecho a ocupar el cargo por haber sido el mejor en el concurso de méritos desea obtener el restablecimiento de sus derechos, esta pretensión solamente puede ser formulada mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de naturaleza laboral. (...). La Sección Segunda conocerá de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos laborales, de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral no provenientes de un contrato de trabajo. (...). La Sección Quinta, tendrá a su cargo los procesos de simple nulidad contra actos de contenido electoral; los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, distintos de los de carácter laboral, contra actos de contenido electoral y los procesos electorales relacionados con elecciones o nombramientos, entre otros asuntos. (...). Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones se torna procedente analizar la naturaleza de los actos enjuiciados a fin de determinar si se trata de aquellos que le corresponde conocer a la Sección Quinta, esto es, por ser actos electorales, de contenido electoral o si por el contrario su naturaleza es laboral. (...). [D]el contenido de los actos que se pretenden enjuiciar, así como del análisis de las pretensiones y de los hechos en que se fundamentan, se advierte que el caso sub iudice versa sobre el derecho de preferencia para ocupar una notaría y de establecer si la misma se encontraba vacante, es decir, sobre normas relativas a la carrera notarial. Lo anterior nos permite concluir que no se trata de actos de contenido electoral, toda vez que el objeto del mismo es regular el ejercicio del derecho de preferencia de la carrera notarial previsto en el artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, contenido que no corresponde con lo precitado por la jurisprudencia de la Sección Quinta antes referida. Por lo expuesto, se concluye que como el libelo introductorio no pretende cuestionar actos electorales ni de contenido electoral, como se describió en precedencia, sino dirigir su demanda contra actos de contenido laboral, el asunto no puede ser conocido por la Sección Quinta del Consejo de Estado, sin extralimitar el reparto de asuntos asignados a la misma. (...). Es pertinente reiterar que el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, (...), estimó un reparto de asuntos de índole laboral en cabeza de la Sección Segunda, por lo cual indicó que conocería de todos los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos laborales. Con anterioridad la Sección Segunda había asumido el conocimiento de la legalidad de normas reglamentarias de la carrera notarial, (...), profiriendo pronunciamiento de fondo sobre el particular al tratarse de un asunto de carácter laboral que le ha sido asignado dentro de sus competencias. En virtud de lo explicado anteriormente, (...), es menester precisar que se encuentra repartido el asunto expresamente a la Sección Segunda del Consejo de Estado, por tratarse de la solicitud de nulidad de unos actos administrativos que versan sobre asuntos de carácter laboral, como son aquellos relativos a la aplicación de normas de carrera notarial. (...). De conformidad con lo anterior, en el presente caso la

Sección Quinta del Consejo de Estado carece de competencia para conocer del proceso de la referencia, (...), por lo que se remitirá a la Sección Segunda de esta Corporación quien tiene a su cargo la atribución del asunto en comento.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a las maneras en que puede realizarse el control de los actos de nombramiento y elección, consultar, entre otros: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 30 de junio de 2016, radicación 68001-23-33-000-2016-00484-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; auto de 15 de septiembre de 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-001017-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 131 / DECRETO LEY 960 DE 1970 – ARTÍCULO 162 / DECRETO LEY 960 DE 1970 – ARTÍCULO 169 / DECRETO LEY 960 DE 1970 – ARTÍCULO 178 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 139 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 149 NUMERALES 3 Y 5 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 158 INCISO 2° / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 168 / DECRETO 2054 DE 2014 – ARTÍCULO 1 / DECRETO 1069 DE 2015

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN (E)

Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 20001-23-33-000-2019-00175-01

Actor: BEDER LUIS MAESTRE SUÁREZ

Demandado: ESTHER JOHANNA TIGREROS ORTEGA - NOTARIA ÚNICA DEL CÍRCULO NOTARIAL DE BECERRIL - CESAR

Referencia: Remite por competencia

AUTO

Procede el Despacho a estudiar la competencia para pronunciarse sobre los impedimentos presentados por los Magistrados del Tribunal del Cesar en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. El 21 de junio de 2019,¹ el Tribunal Administrativo del Cesar remitió a esta Corporación, el trámite del medio de control de nulidad electoral contra el acto que nombró en propiedad a la doctora Esther Johanna Tigreros Ortega, como notaria

¹ Ver folio 144.

única del círculo notarial de Becerril Cesar y aquél que lo confirmó, interpuesto por el señor Bedel Luis Maestre Suárez, para que resolviera sobre los impedimentos manifestados por los magistrados de ese tribunal.

En la demanda se formularon las siguientes **pretensiones**:

*“(...) **1.1.-** declarar la **nulidad** del Decreto No. 00018 de fecha enero 24 de 2019, por medio del cual el señor Gobernador del Departamento del Cesar Francisco Fernando Ovalle Angarita, nombró en propiedad a la doctora Esther Johanna Tigreros Ortega, como notaria única del círculo notarial de Becerril Cesar.*

*1.2. Declarar la **nulidad** del Decreto No. 000147 de fecha mayo 29 de 2019, por medio del cual el señor Gobernador del Departamento del Cesar Francisco Fernando Ovalle Angarita, confirmó el nombramiento en propiedad de la doctora Esther Johanna Tigreros Ortega, como notaria única del círculo notarial de Becerril Cesar, nombramiento contenido en el Decreto No 00018 de fecha enero 24 de 2019.(...)”*

II. CONSIDERACIONES

Como lo ha señalado esta Sección,² en materia de actos de nombramiento y elección, su control se puede realizar de dos maneras: **(i)** a través del medio de control de nulidad y restablecimiento de naturaleza laboral, cuando su propósito sea el restablecimiento de los derechos individuales o personales del afectado; o, **(ii)** a través del medio de control de nulidad electoral, cuando su propósito sea el control de la legalidad objetiva del acto demandado y la protección de la democracia.

Ahora bien, los actos administrativos de carácter laboral y los actos electorales pueden distinguirse, entre otras razones, por los siguientes motivos:

- El acto electoral se caracteriza por reflejar la decisión de los electores de votar por un determinado candidato, razón por la cual tiene un carácter discrecional.
- El elemento de discrecionalidad no es predicable para los actos por medio de los que se realiza una elección mediante concurso de méritos, dado que en estos casos simplemente se reafirma el principio de meritocracia, por el cual la persona que debe acceder al cargo tiene que ser la que obtuvo una mejor evaluación en el concurso.

² Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 68001233300020160048401. Auto de 30 de junio de 2016. Demandado: Robiel Barbosa Otálora (Personero de Floridablanca). C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad. 11001-03-28-000-2015-001017-00. Auto de 15 de septiembre de 2016 demandante: César Negret Mosquera. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad. 05001-23-33-000-2018-02122-01. Auto de 7 de marzo de 2019. Demandante: María Astrid Arcila Duque. C.P. Rocío Araújo Oñate. Rad. 11001-03-28-000-2016-00079-00. Auto de 7 de diciembre de 2016. Demandaante: César Laureano Negret Mosquera. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

- En las elecciones por concurso el órgano elector obra como Administración y simplemente se debe limitar a elegir al mejor candidato, de conformidad con las evaluaciones realizadas.
- Consecuentemente, en las elecciones por concurso de méritos el acto de elección no reflejará la voluntad de los electores sino simplemente reconocerá el derecho de un candidato a ocupar el cargo por ser el mejor.

Debido a las anteriores diferencias, por regla general, el acto que declara una elección como consecuencia de un concurso de méritos realmente no puede catalogarse como un acto electoral sino como un acto administrativo de carácter laboral, dado que este acto no refleja la discrecionalidad y conveniencia de los electores sino simplemente el derecho del mejor a ocupar un cargo, por lo que su impugnación debería realizarse a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de naturaleza laboral.

Sin embargo, el artículo 139 del CPACA le otorga el carácter de electoral a los actos mediante los cuales se declara una elección o se realiza un nombramiento por concurso de méritos, a pesar de tratarse de actos administrativos, por lo que el control de su legalidad puede realizarse mediante el medio de control de nulidad electoral.

Por lo tanto, es posible que contra un mismo acto originado en un concurso de méritos puede ejercerse tanto el medio de control de nulidad electoral como el de nulidad y restablecimiento del derecho, para lo cual debe tenerse en cuenta lo siguiente:

(i) Desde el punto de vista de la legitimación en la causa por activa, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho sólo puede ser ejercido por la persona que tenía derecho a ocupar el primer puesto en el concurso.

En cambio, el medio de control de nulidad electoral puede ser ejercido por cualquier persona, sin importar que haya o no participado en el concurso de méritos, e inclusive puede ser ejercido por la persona que tendría derecho a ocupar el primer puesto en el concurso.

(ii) Desde el punto de vista de las pretensiones que se pueden ejercer, en la nulidad electoral, por las razones explicadas, no se puede solicitar nunca el restablecimiento del derecho.

Si la persona que tiene el derecho a ocupar el cargo por haber sido el mejor en el concurso de méritos desea obtener el restablecimiento de sus derechos, esta pretensión solamente puede ser formulada mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de naturaleza laboral.

Distribución de competencias entre las Secciones del Consejo de Estado

Como quiera que la competencia recae en cabeza de esta Jurisdicción, resulta imperioso analizar la distribución de negocios entre las diferentes Secciones que integran esta Corporación de conformidad con su especialidad, reglas de reparto que se encuentran contenidas en el Acuerdo No. 58 de 1998, modificado por el Acuerdo No. 55 de 2003 y el Acuerdo 080 de 2019 que contiene el Reglamento Interno de la Corporación.

2.2.3.2 Los acuerdos citados establecen el reparto de asuntos, así:

La Sección Segunda conocerá de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos laborales, de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral no provenientes de un contrato de trabajo, del recurso extraordinario de revisión contra las sentencias de única instancia dictadas por los tribunales administrativos, en asuntos relacionados con la competencia de esta sección, entre otros asuntos.

La Sección Quinta, tendrá a su cargo los procesos de simple nulidad contra actos de contenido electoral; los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, distintos de los de carácter laboral, contra actos de contenido electoral y los procesos electorales relacionados con elecciones o nombramientos, entre otros asuntos.

Le corresponde a la Sección Quinta del Consejo de Estado en única instancia, el conocimiento de los actos de elección, nombramiento o designación de los servidores públicos relacionados en los numerales 3 y 5 del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, a saber: del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de las juntas directivas o consejos directivos de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional, de las comisiones de regulación y los representantes legales de las entidades públicas del orden nacional.

Desde el punto de vista orgánico, a la Sala Electoral le corresponde conocer de los actos de elección expedidos por el Congreso de la República, sus cámaras y sus comisiones, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Junta Directiva o Consejo Directivo de los entes autónomos del orden nacional y las comisiones de regulación.

Así mismo, a la Sección Quinta del Consejo de Estado le compete el conocimiento del medio de control de simple nulidad contra actos de contenido electoral, siempre y cuando cumplan con las siguientes características que según la propia jurisprudencia conllevan a establecer su naturaleza, a saber: "(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 electoral".

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones se torna procedente analizar la naturaleza de los actos enjuiciados a fin de determinar si se trata de aquellos que le corresponde conocer a la Sección Quinta, esto es, por ser actos electorales, de contenido electoral o si por el contrario su naturaleza es laboral.

Naturaleza del litigio en el caso concreto

El demandante pretende la nulidad de del Decreto No. 00018 de fecha enero 24 de 2019, *“Por medio del cual se hace un nombramiento de una notaría en propiedad en virtud del derecho de preferencia”*, y del acto que lo confirma, esto es, unos actos administrativos de nombramiento, en el contexto de la carrera notarial.

El artículo 131 Constitucional, dispuso que le corresponde a la Ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores de instrumentos públicos, la definición del régimen laboral para sus empleados y la tributación especial con destino a la administración de justicia. Así mismo, previó que el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso y que corresponde al Gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro.

Con anterioridad a la expedición de la Carta Magna, el Decreto – Ley 960 de 1970, *“Por el cual se expide el Estatuto del Notariado”*, en su capítulo III. *“De la Provisión, Permanencia y Período de los Notarios”*, artículo 162, dispuso que quienes aspiren a ser designados notarios deberán inscribirse en la oportunidad, lugar y oficina que señale el Consejo Superior para el respectivo concurso, los cuales se celebrarán para ingreso a la carrera y ascenso dentro de ella (art. 169). Por otra parte, el artículo 178 de ese mismo decreto ley previó que por pertenecer a la carrera notarial, tendría la *“Preferencia para ocupar, a solicitud propia y dentro de la misma circunscripción político – administrativa, otra Notaría de la misma categoría que se encuentre vacante.”*, aspecto que con anterioridad a la expedición del Decreto 2054 de 2014, aún no había sido reglamentado.

En este punto se destaca que las normas constitucionales y legales invocadas, siempre han hecho referencia a la necesidad de regular lo concerniente al ingreso y permanencia en la carrera notarial, la cual fue definida en el artículo 1° del Decreto 2054 de 2014, así: *“Se entenderá que ha ingresado a la carrera notarial, aquel aspirante que por el hecho de superar todas las etapas de un concurso público y abierto de méritos y en consecuencia encontrarse incluido en la lista elegibles vigente conformada para un determinado círculo notarial, sea nombrado en propiedad como Notario, acepte su designación y tome posesión del cargo.”*

En tal virtud la reglamentación del derecho de preferencia para ocupar otra notaría de la misma categoría que se encuentre vacante, como fin último del Decreto No. 2054 de 2014, trae implícita una relación inescindible con la carrera notarial,

aspecto de índole laboral que se escapa del conocimiento que le corresponde a la Sección Quinta del Consejo de Estado.

El Decreto 1069 de 26 de mayo de 2015 dispone en su Título 6 “*Notariado y Registro*”, Capítulo 3 “*Derecho de Preferencia*”, la forma en que los notarios que han ingresado a la carrera notarial procederán a ejercer el derecho de preferencia previsto en el numeral 3 del artículo 178 del Decreto-ley 960 de 1970.

Lo acreditado en el plenario

En consecuencia, del contenido de los actos que se pretenden enjuiciar, así como del análisis de las pretensiones y de los hechos en que se fundamentan, se advierte que el caso *sub judice* versa sobre el derecho de preferencia para ocupar una notaría y de establecer si la misma se encontraba vacante, es decir, sobre normas relativas a la carrera notarial.

Lo anterior nos permite concluir que no se trata de actos de contenido electoral, toda vez que el objeto del mismo es regular el ejercicio del derecho de preferencia de la carrera notarial previsto en el artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, contenido que no corresponde con lo precitado por la jurisprudencia de la Sección Quinta antes referida.

Por lo expuesto, se concluye que como el libelo introductorio no pretende cuestionar actos electorales ni de contenido electoral, como se describió en precedencia, sino dirigir su demanda contra actos de contenido laboral, el asunto no puede ser conocido por la Sección Quinta del Consejo de Estado, sin extralimitar el reparto de asuntos asignados a la misma.

Reparto de asuntos a la Sección segunda

Es pertinente reiterar que el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuando expidió su reglamento interno - Acuerdo No. 58 de 1998, modificado por el Acuerdo No. 55 de 2003 y actualmente Acuerdo 080 de 2019- estimó un reparto de asuntos de índole laboral en cabeza de la Sección Segunda, por lo cual indicó que conocería de todos los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos laborales.

Con anterioridad la Sección Segunda había asumido el conocimiento de la legalidad de normas reglamentarias de la carrera notarial, como es el caso del enjuiciamiento del Decreto No. 3454 de 3 de octubre de 2006, “*Por medio del cual se reglamentó la Ley 588 de 2000*”, ley que reglamenta el ejercicio de la actividad notarial, profiriendo pronunciamiento de fondo sobre el particular al tratarse de un asunto de carácter laboral que le ha sido asignado dentro de sus competencias.

En virtud de lo explicado anteriormente, de forma amplia, es menester precisar que se encuentra repartido el asunto expresamente a la Sección Segunda del Consejo de Estado, por tratarse de la solicitud de nulidad de unos actos administrativos que versan sobre asuntos de carácter laboral, como son aquellos

relativos a la aplicación de normas de carrera notarial, actos que no pueden calificarse como electorales o de contenido electoral, tal y como lo consagró el artículo 1° del Acuerdo No. 58 de 1998, modificado por el Acuerdo No. 55 de 2003, actualmente Acuerdo 080 de 2019.

Remisión por competencia

De conformidad con lo anterior, en el presente caso la Sección Quinta del Consejo de Estado carece de competencia para conocer del proceso de la referencia, de conformidad con el inciso 2° del artículo 158 y el artículo 168 de la Ley 1437 de 2011, por lo que se remitirá a la Sección Segunda de esta Corporación quien tiene a su cargo la atribución del asunto en comento.

Por lo tanto, ordenará remitir el proceso a la Secretaría de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, se

III. RESUELVE

PRIMERO: Declarar la falta de competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer del presente asunto.

SEGUNDO: Remitir el expediente a la Sección Segunda del Consejo de Estado para que sea sometido a reparto entre los Consejeros que la integran.

TERCERO: Por Secretaría, realizar los ajustes necesarios en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Magistrada(e)