

ACCION DE NULIDAD - No tiene por objeto juzgar la legalidad de actos de la administración involucrados en el trámite de reforma constitucional / ACCION DE NULIDAD - No tiene por objeto juzgar la legalidad de actos expedidos por autoridades administrativas en cumplimiento de una función legislativa / SANCION POR VIOLACION DE TOPES DE FINANCIACION EN REFERENDO - Es susceptible de control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo

Respecto a la excepción planteada por el señor Procurador, relativa a la falta de competencia del Consejo de Estado para conocer de la acción de simple nulidad entablada en contra de la Resolución No. 001 del 12 de noviembre de 2001, resulta de gran importancia, previo a cualquier otra consideración, identificar los elementos establecidos por esta Corporación con el fin de determinar si el control de legalidad y constitucionalidad sobre un acto de la administración compete al H. Consejo de Estado o a la H. Corte Constitucional. Como bien lo expuso el representante del Ministerio Público, en varias oportunidades el Consejo de Estado ha concluido que no es competente para juzgar la legalidad de actos de la administración involucrados en el trámite de reforma constitucional. Lo anterior, por encontrar dos elementos fundamentales confluyentes en los actos impugnados: (i) que se trate de actos de trámite que hacen parte inescindible del procedimiento de ley convocante a referendo, sobre los cuales, recaería posteriormente un control automático e integral de constitucionalidad y; (ii) que los actos acusados hubieren sido expedidos por autoridades administrativas pero en cumplimiento de una función legislativa. Así las cosas, se evidencia que en la Resolución No. 001 del 12 de noviembre de 2009, no concurre ninguno de los parámetros establecidos que ameriten declarar probada la falta de competencia de esta Corporación para fallar el sub iudice, lo anterior, habida cuenta que el acto demandado no hace parte inescindible del procedimiento complejo de reforma constitucional y que tampoco fue expedido en ejercicio de función legislativa, todo lo contrario, se trata de actuación administrativa independiente, si se quiere paralela, con miras a revisar, desde un punto de vista sancionatorio, la conducta de los miembros del Comité de Promotores por la violación a los topes de financiación establecidos dentro del proceso de recolección de firmas de apoyo para la Iniciativa Legislativa Popular. Por lo anterior, la excepción de falta de competencia del Consejo de Estado para conocer de la acción de nulidad en contra de la resolución expedida por el Consejo Nacional Electoral no prospera.

ACCION DE NULIDAD - Acto de contenido electoral / EXCEPCION DE COSA JUZGADA - Elementos para su configuración / EXCEPCION DE COSA JUZGADA - La declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 1354 de 2009, no comprende examen de legalidad del procedimiento sancionador individual surtido

El señor Procurador propone como excepción la cosa juzgada constitucional apoyado en que en la sentencia C-141 del 2010: (i) se declaró inexecutable totalmente la Ley 1354 de 2009 y; (ii) se hizo un control de constitucionalidad íntegro de dicha norma. Frente al particular debe recordarse que para verificar la existencia de cosa juzgada se atiende a cuatro parámetros: i) La existencia de un nuevo proceso, una vez ya se ha ejecutoriado la sentencia, ii) Identidad jurídica de las partes o la existencia de cosa juzgada erga omnes, iii) Identidad de objeto, es decir las pretensiones y declaraciones que se reclaman a la justicia, y iv) Idéntica causa, entendida como la razón por la cual se demanda. La Sala considera que respecto de la Resolución No. 001 del 12 de noviembre de 2009, no ha operado el fenómeno procesal de la cosa juzgada, toda vez que no se verifica la identidad de objeto y causa, requisitos esenciales de la figura. Por un lado, se encuentra que el

objeto de la presente demanda es la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 001 de 2009 del Consejo Nacional Electoral, y dicha pretensión tiene como causa la supuesta falta de competencia del Tribunal para proferir la resolución objeto de control y, la falta de votos para la toma de decisiones en la máxima autoridad electoral. De otro lado, el estudio hecho por la H. Corte Constitucional de la Ley 1354 de 2009, que dio como resultado su declaratoria de inexecutable, tenía por objeto el análisis de la constitucionalidad automática e integral de la convocatoria a referendo y por causa, la protección del régimen constitucional colombiano y no el de determinar la responsabilidad individual de los infractores por la violación a los topes de financiación establecidos dentro del proceso de recolección de firmas de apoyo para la Iniciativa Legislativa Popular. En conclusión, no se puede predicar la existencia de cosa juzgada, para el caso concreto, toda vez que en la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 1354 de 2009, si bien se revisaron los vicios de procedimiento en la formación del trámite de reforma constitucional, nunca se analizó, precisamente porque no debía analizarse, la legalidad del procedimiento sancionador individual surtido, precisamente, con ocasión de la referida infracción, ni de manera general, ni con base en los cargos específicos planteados por el actor del proceso de la referencia; solo se refirió a este acto como parte del material probatorio para el estudio de la actuación desplegada por las autoridades electorales dentro del trámite del proceso de referendo. Por lo anterior, la excepción de cosa juzgada no prospera.

ACTO ADMINISTRATIVO - Clasificación desde el punto de vista de su relación con la decisión / ACTO DE TRAMITE, PREPARATORIO O ACCESORIO - No expresan la voluntad de la administración / ACTO DEFINITIVO O PRINCIPAL - Son los que contienen la decisión propiamente dicha

La doctrina y la jurisprudencia 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 como actos de trámite, preparatorios o accesorios y en actos definitivos o principales. 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”. Es por tanto que “no expresan en concreto la voluntad de la administración, simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el llamado acto definitivo”. Por el contrario, los actos definitivos o principales son los que contienen la decisión propiamente dicha, o como lo establece 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 advierte 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”. Sólo en este caso tales actos serían enjuiciables. En suma, puede afirmarse que los actos de trámite 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”.

EFFECTOS SENTENCIA DE NULIDAD - Por regla general, salvo que ellas determinen lo contrario, surten efecto retroactivos o ex tunc / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Limites a la designación de Conjueces

La Resolución No. 001 de 2009, en su parte resolutive, dispone: primero, declarar no ajustada a derecho la etapa de "inscripción de la iniciativa legislativa y normativa y de la solicitud de referendo" precisamente como presupuesto para la formulación de los cargos. Seguidamente, decide formular cargos a las personas que hicieron parte del proceso de recolección de firmas para apoyar la Iniciativa Legislativa Popular que buscaba, por medio de la convocatoria a un referendo constitucional, la reelección presidencial, y finalmente da órdenes de informar el contenido de las decisiones tomadas. En síntesis, las disposiciones contenidas en los artículos segundo al décimo tercero de la parte resolutive de la Resolución, no deciden directa o indirectamente el fondo del asunto pues son instrumentos necesarios que integran el procedimiento anterior a la decisión que finalmente resuelva el asunto, esto es, el acto administrativo que imponga la sanción, propiamente dicha, por vulnerar los topes permitidos por la ley para la financiación del proceso de recolección de firmas. En cambio, sucede todo lo contrario con el artículo primero del resuelve, ya que éste sí contiene una decisión definitiva, pues declara no ajustada a derecho la etapa de "inscripción de la iniciativa legislativa y normativa y de la solicitud de referendo", es decir, pone punto final al proceso de la Iniciativa Legislativa Popular por ser violatoria de la normatividad imperante. De este modo, queda establecido que la única manifestación o disposición unilateral de voluntad de la administración que puede ser objeto de control, corresponde al "artículo primero" del resuelve de la Resolución No. 001 de 2009, por la razones expuestas. Para asumir el estudio del fondo respecto del numeral primero de la parte resolutive del acto acusado, la Sala considera necesario hacer una mención respecto del alcance y efectos de la decisión proferida por esta Sección, mediante en la sentencia de 24 de junio de 2010, en cuanto a la legalidad de la Resolución No. 730 de 2009. En la referida sentencia se concluyó que bajo ninguna circunstancia, salvo impedimento o recusación de la totalidad de los miembros del Consejo Nacional Electoral, es posible que se constituya un tribunal de conjueces, mucho menos, que en él se adopten decisiones con desconocimiento del requisito de mayorías que la ley establece para el efecto. Ahora bien, frente a los efectos de la decisión de 24 de junio de 2010, si bien en su momento la Sección guardó silencio, es preciso recordar que tal y como lo ha sostenido esta Corporación, las sentencias que declaran la nulidad de un acto administrativo, por regla general, y salvo que ellas determinen lo contrario, surten efecto retroactivos o ex tunc, es decir, se entiende que el efecto de la decisión retrotrae todo hasta el momento mismo en el que el acto tuvo origen. De acuerdo a lo anterior, como en la sentencia de 24 de junio de 2010 se declaró la nulidad de la Resolución No. 0730 de 2009, acto que consagraba la competencia para la toma de decisiones por parte de los tribunales paralelos de conjueces del CNE, se genera respecto del numeral primero del acto acusado una nulidad por consecuencia. Por lo anterior, la Sala en la parte resolutive anulará el numeral primero de la Resolución No. 001 de 12 de noviembre de 2012.

NOTA DE RELATORIA: Sentencia de 24 de junio de 2010, Radicación 11001032800020090005100, Ponente: Dra. María Nohemí Hernández Pinzon, Sección Quinta.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 001 DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2009 DE LA SALA DE CONJUECES DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00031-00

Actor: PEDRO FELIPE GUTIERREZ SIERRA

Demandado: CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

Acción de simple nulidad contra acto de contenido electoral

Surtido el trámite legal, se dispone la Sala a decidir la solicitud de simple nulidad de la Resolución No. 001 del 12 de noviembre de 2009, por medio de la cual, su título indica que: *“La Sala de Conjuces del Consejo Nacional Electoral entra a decidir lo que en derecho corresponda en relación con la validez del proceso de recolección de firmas adelantado en desarrollo de la iniciativa legislativa que busca la convocatoria de un referendo constitucional para la reforma del inciso primero del artículo 197 de la Constitución Política, y sobre la viabilidad de formular o no, cargos por la violación de topes electorales con ocasión de la financiación del proceso [...]”*.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El demandante concreta sus pretensiones solicitando la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 001 del 12 de noviembre de 2009, *“mediante la cual dos conjuces, sin participación del Consejo Nacional Electoral, dejaron sin validez la etapa de inscripción de la iniciativa legislativa y normativa y de (sic) la solicitud de referendo constitucional para la reforma del inciso primero del artículo 197 de la Constitución Política, por no estar ajustada a las condiciones de plenas garantías a que se refiere el numeral 6 del artículo 265 de la Constitución Política”*¹.

¹ Folio 106 del expediente.

2. Los hechos

Se pueden resumir así:

- 2.1. El 25 de agosto de 2009, mediante Resolución No. 730 *“por medio de la cual se establece el régimen de conjueces del Consejo Nacional Electoral”* el Consejo Nacional Electoral (en adelante “CNE”) estableció la forma de conformación de su lista de conjueces, su remuneración, *“la creación de un tribunal paralelo para que resuelva en el evento de que aquél no pueda tomar decisión sobre un asunto si no se obtienen los votos necesarios, y la oportunidad en que entran en vigencia las decisiones adoptadas por el tribunal de conjueces”*².
- 2.2. En aplicación de dicho régimen de conjueces, el 12 de noviembre de 2009, mediante Resolución No. 001 del 2009, *“dos conjueces dejaron sin validez la etapa de inscripción de la iniciativa legislativa y normativa de la solicitud de referendo, con fundamento en la violación de los topes de financiación del proceso de recolección de firmas, sin participación del Consejo Nacional Electoral”*³.
- 2.3. El Consejo de Estado, por proveído del 24 de junio de 2010⁴, declaró la nulidad del artículo 4º de la Resolución No. 730, regulatorio del procedimiento para la toma de decisiones y designación de conjueces en los eventos en que al interior de la Sala Plena del CNE se presentare un empate o no se obtuviere el número de votos necesarios para tomar la decisión. Lo anterior, con fundamento en que los magistrados del CNE sólo pueden desprenderse de las atribuciones constitucionales a ellos conferidas cuando se hayan declarado impedidos o cuando quiera que frente a ellos prospere una recusación, y porque el quórum decisorio del CNE en todos los casos equivale a las dos terceras partes de los miembros de la entidad lo que implica que las decisiones únicamente pueden adoptarse con un mínimo de 6 votos.

3. Las normas violadas y el concepto de la violación

² Folio 5 del expediente

³ *Ibidem*.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 24 de junio de 2010, C.P. María Nohemí Hernández Pinzón (Radicación No: 11001-03-28-000-2009-00051-00).

Manifiesta el demandante que la expedición de la resolución acusada contravino los artículos 29, 264 y 265 de la Constitución -modificado por el artículo 12 del Acto Legislativo No. 1 de 2009-, el artículo 20 del Código Electoral -Decreto 2241 de 1986- y los artículos 24 y 30 de la Ley 134 de 1994.

Argumenta como concepto de la violación: (i) falta de competencia del Tribunal conformado por 3 conjuces del CNE para tomar decisiones en reemplazo de dicho Consejo y, (ii) la falta de votos para la toma de decisiones en la máxima autoridad electoral administrativa.

3.1. Falta de competencia del Tribunal conformado por 3 conjuces del CNE para tomar decisiones en reemplazo de dicho Consejo

En relación con este primer cargo de nulidad el actor señala que el CNE, según el artículo 264 Constitucional, debe conformarse por 9 magistrados elegidos por el Congreso de la República, que son quienes deben cumplir con las atribuciones establecidas en el artículo 265 C.P. -modificado por el Acto Legislativo No. 01 de 2009-.

Para el periodo 2006 - 2010, los magistrados elegidos para conformar dicho órgano, entendieron, que con la facultad de darse su propio reglamento podían crear un tribunal paralelo que los sustituyera en sus funciones, en el evento en que no pudieran decidir un asunto en caso de empate o por no alcanzar los votos necesarios para ello.

Frente a lo cual, el Consejo de Estado, en sentencia del 24 de junio de 2010, manifestó que quienes pueden ejercer las funciones propias del CNE son los 9 magistrados elegidos por la plenaria del Congreso, los cuales pueden dar paso a la designación de conjuces cuando concurra alguna causal legal (impedimentos y recusaciones), que haga imperiosa ésta designación. Siendo esto así, no es razonable que ningún miembro del CNE sea desplazado de sus competencias constitucionales y legales por hipótesis que no corresponden a las establecidas en la Ley, pues *“ni el empate ni la consecución del número de votos necesarios para adoptar una decisión, son razones válidas para desplazar de sus atribuciones a*

*dichos funcionarios y entregárselas a conjuces para que las ejerzan con total independencia de los mismos*⁵.

De este modo, para el demandante, la creación de dicho tribunal paralelo desconoció los artículos constitucionales precitados⁶, en tanto que el CNE transfirió, sin potestad alguna, su competencia a un tribunal de 3 conjuces, el cual, con el voto de 2 de sus miembros, profirió la Resolución No. 001 del 12 de Noviembre de 2009.

Conforme lo anterior, es que lo resuelto por el Tribunal conformado por los Conjuces deviene en ilegal, ya que, como se indicó, el CNE no tiene competencia para transferir sus atribuciones a terceros.

3.2. Falta de votos para la toma de decisiones en la máxima autoridad electoral administrativa.

Indica el demandante que de conformidad con el artículo 20 del Código Electoral en las reuniones del CNE el quórum para deliberar será el de la mitad más uno de los miembros que integran la corporación, y las decisiones **en todos los casos** se adoptarán por las dos terceras partes de los integrantes de la misma.

Conforme lo anterior, la toma de decisiones al interior del CNE requiere al menos del voto de seis de ellos (dos terceras partes), razón por la cual resulta absurdo que tal Corporación, al crear y transferir su competencia a un tribunal paralelo conformado por tres conjuces, permita a estos adoptar decisiones administrativas con sólo dos votos.

Sobre el particular, el Consejo de Estado en la sentencia varias veces traída a colación expresó, entre otras cosas, que las decisiones siempre deberán ser adoptadas por las dos terceras partes de los integrantes del CNE; por corresponder a una “...*regla de mayorías que opera tanto si actúan los titulares de la Corporación, como si lo hacen los conjuces, ya que donde el legislador no distingue no le es permitido al intérprete hacerlo*”⁷.

⁵ Folio 123, C. 1.

⁶ Art. 264 y 265.

⁷ Folio 125, C. 1

Así las cosas, para el actor es claro que el tribunal paralelo de conjuces decidió sin la participación de los magistrados del CNE, verdaderos titulares de las funciones atribuidas a la corporación, y sin conformar la mayoría decisoria requerida por el Código Electoral, viciando de nulidad dicho acto.

4. La contestación de la demanda

- a) La Registraduría Nacional del Estado Civil, quien actuó mediante apoderado, dio respuesta a la demanda presentada, y solicitó “...*se desvincule del proceso que aquí nos ocupa...*”⁸, por ser procedente la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que la emisión del Acto Administrativo atacado, fue realizada por un Organismo independiente de la Registraduría.
- b) El CNE no realizó pronunciamiento alguno.

5. Los alegatos de conclusión

- a) La parte demandante reiteró que la Resolución No. 001 del 12 de noviembre de 2009, expedida por el CNE, está viciada de nulidad ya que fue proferida por un tribunal de conjuces que tilda de ilegal y sin el quórum decisorio exigido por la normativa para el efecto.
- b) La Registraduría Nacional del Estado Civil ratificó lo aludido en la contestación de la demanda, insistiendo en que el acto administrativo enjuiciado fue proferido por el CNE, órgano que por mandato constitucional es totalmente autónomo y, por ende, sus actos administrativos son ajenos a la Registraduría.
- c) El CNE también se abstuvo de pronunciarse en esta etapa procesal.

6. El concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, solicitó “*que se declaren probadas las excepciones propuestas y como consecuencia de ello se ordene el archivo respectivo*”⁹. Para ello, propuso dos excepciones: la primera,

⁸ Ver Folio 132, C.1.

⁹ Folios 282 y 283.

falta de competencia del Consejo de Estado para conocer y decidir sobre el asunto; y segundo, cosa juzgada constitucional.

6.1. De la falta de competencia del Consejo de Estado para conocer y decidir sobre el asunto

A juicio del procurador, la falta de competencia se fundamenta en pronunciamientos previos del Consejo de Estado en los que la Corporación ha señalado que el control jurisdiccional de los proyectos de reforma constitucional mediante referendo aprobatorio, incluso en lo relativo a todos los actos que se expiden en el proceso de formación del referendo, según el art. 241 constitucional, corresponde a la Corte Constitucional.

En el concepto rendido el Procurador se apoyó en los siguientes fallos para sustentar su tesis:

- *Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente Dra. María Claudia Rojas Lasso, Sentencia del 16 de febrero de 2010; Expediente No. 2009-00344-00.*

En este caso el H. Consejo de Estado planteó como problema jurídico para ser resuelto, el determinar sobre quién recaía la competencia para pronunciarse respecto de la constitucionalidad y legalidad del Decreto 4142 de 2008 *“Por el cual el Presidente convoca al Congreso a sesiones extraordinarias”*

Frente al planteamiento realizado, el juez contencioso concluyó que partiendo de la base de una interpretación armónica de las normas constitucionales, específicamente el artículo 237 numeral 2 y el artículo 241 numeral 2, se desprende necesariamente que el Consejo de Estado carecía de competencia para examinar la constitucionalidad de actos de trámite que forman parte de una reforma constitucional, como lo era el decreto presidencial que convocaba al Congreso de la República a sesiones extraordinarias.

La Corporación sustentó su decisión en dos consideraciones fundamentales: (i) que la naturaleza jurídica del decreto cuestionado era de trámite, pues tuvo por objeto simplemente dar continuidad al proyecto de ley de reforma constitucional y (ii) que el acto de convocatoria contenido en el decreto demandado, hizo parte

inescindible del procedimiento de elaboración de la ley convocante a referendo, norma que es sometida a control automático e integral de constitucionalidad por la Corte Constitucional.

Finalmente, advirtió que los actos que concurren a la formación de la ley convocante a referendo no pueden ser considerados como independientes por cuanto constituyen parte integral de su proceso de formación. Por tal razón, consideró que la competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad del Decreto 4748 de 2008, recaía en la Corte Constitucional. Y no en el Consejo de Estado.

- *Consejo de Estado, Sección Primera Consejero Ponente Dr. Juan Alberto Polo Figueroa Sentencia de 10 de agosto de 2000; Expediente No. 2000-06312.*

En este fallo la Sección confirmó el auto de julio 12 de 2000 que inadmitió la demanda de nulidad presentada en contra de la Resolución No. 2119 de 2000 expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil *“Por la cual se inscribe el comité de promotores, el vocero y la iniciativa ciudadana de referendo constitucional”*.

La Corporación indicó que aun cuando el acto acusado fue expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, autoridad de carácter administrativo, el mismo era de naturaleza legislativa pues su expedición tuvo lugar en ejercicio de una función legislativa, todo en el marco del procedimiento de formación del Acto Legislativo. Se concluyó recordando que el control propio de las funciones constitucional y legislativa le corresponde a la Corte Constitucional.

- *Consejo de Estado, Sección Primera Consejero Ponente Dr. Rafael Ostau de Lafont Pianeta Sentencia del 26 de marzo de 2004; Expediente No. 2003-00427-01*

Por medio de la presente providencia se confirmó el auto de 9 de octubre de 2010 que inadmitió la demanda de nulidad presentada en contra del Decreto 2000 de 2003 expedido por el Presidente de la República *“Por el cual convocaba a referendo constitucional”*

Para adoptar la anterior decisión el Consejo de Estado encontró sustento en que el decreto impugnado constituía un acto de trámite, que bien podría culminar en una reforma constitucional por medio de referendo.

Igualmente, la Corporación afirmó que a pesar de que la competencia para juzgar la correspondencia del Decreto 2000 de 2003 con los preceptos constitucionales no estaba expresamente asignada a la Corte Constitucional, un análisis completo y armónico llevaba a concluir que quien debía conocer de la legalidad del acto impugnado era el máximo Tribunal Constitucional por ser el encargado de vigilar los vicios que puedan generarse en el curso del procedimiento de reforma constitucional mediante referendo.

- *Corte Constitucional, Sentencia C-1121 de 2004, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández*

En este fallo de constitucionalidad el Tribunal Constitucional precisó:

*“La Corte es competente para ejercer un control judicial, por vía de acción pública de inconstitucionalidad, contra el acto reformativo de la Constitución, por vicios de procedimiento en su formación, a partir de la sentencia de control de constitucionalidad sobre la ley convocante expedida por el Congreso y hasta la promulgación del acto legislativo por parte del Presidente de la República. Es decir, **es competente la Corte para conocer de todos los actos expedidos por las autoridades públicas que, según su competencia, tuvieren que intervenir en el complejo procedimiento de reforma constitucional por ésta vía, como actos propios del trámite de reforma constitucional.** Sin lugar a dudas, contrario a lo que sostienen algunos intervinientes, una interpretación sistemática de la Carta Política evidencia que ninguna otra autoridad judicial es competente para pronunciarse acerca de la existencia o no de un vicio de forma durante el trámite de adopción del acto legislativo adoptado vía referendo. Por lo tanto, si la propia Constitución le entregó a la Corte Constitucional la competencia para conocer sobre la constitucionalidad de los actos legislativos, cualquiera sea su origen, por vicios de procedimiento en su formación, tratándose de un referendo entonces, las diversas etapas que concurren a la formación final del acto legislativo no pueden ser consideradas de manera individual y aislada del procedimiento constitucional, sino que se trata de unos actos*

jurídicos que integralmente forman parte de un procedimiento complejo de reforma constitucional. Así las cosas, los actos de trámite que culminan con un acto legislativo, no pueden ser controlados de manera separada por la jurisdicción contencioso administrativa (negrilla fuera del texto original)

Así, finalmente el señor Procurador concluyó:

“Los argumentos que señala la H. Sala Plena para declararse carente de competencia para conocer de la acción de nulidad instaurada contra uno de los actos que se profirieron en el curso del procedimiento complejo que imponía el acto reformativo de la Constitución por vía del mecanismo del referendo, se deben mantener incólumes y deben servir como antecedente que se ha de reiterar en el caso que se propone dadas las similitudes que se presentan en una y otra acción”¹⁰.

6.2. De la cosa juzgada constitucional

En cuanto a la excepción de cosa juzgada, el agente del Ministerio Público hizo referencia a la sentencia C-141 del 2010¹¹, en la cual, se declaró inexecutable totalmente la Ley 1354 de 2009 *“por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”*.

Consideró el procurador que al ya haberse efectuado el control constitucional de la presente ley, se hace tránsito a cosa juzgada; pues en términos de la Corte, esto implica que la disposición objeto de control lo ha sido frente a todo el ordenamiento superior.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Por razón de contraerse la demanda a la solicitud de simple nulidad de un acto de contenido electoral¹², corresponde a esta Sala de Sección el estudio de su

¹⁰ A folio 269, C. 1.

¹¹ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹² Acto de contenido electoral, entendido éste como aquel que se dicta con el objeto de “... perfeccionar el proceso y la organización electorales para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre,

conformidad con el ordenamiento jurídico (artículos 128 numeral 1 y 13 del Acuerdo 58 de 1999).

2. El acto acusado

Es la Resolución No. 001 del 12 de Noviembre de 2009, proferida por la Sala de Conjuces, que resolvió:

“ARTICULO PRIMERO. - *Declarar la etapa de inscripción de la iniciativa legislativa y normativa y de la solicitud de referendo que busca la convocatoria de un referendo constitucional para la reforma del inciso primero del artículo 197 de la Constitución Política, surtida ante la Organización Electoral, de que trata este proceso; no ajustada a las condiciones de plenas garantías a que se refiere el numeral 6 , del artículo 265 de la Constitución Política, por la violación de los topes de financiación del proceso de recolección de firmas, según se establece en la resolución 067 de 2008, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y como consecuencia de ello, dejarla sin validez alguna.*

Contra esta decisión procede el recurso de reposición.

ARTICULO SEGUNDO. *Formular cargos por infringir los artículos tercero de la Resolución 067 de 2008 del Consejo Nacional Electoral y 97 de la Ley 134 de 1994, al recibir contribuciones individuales superiores a los topes establecidos dentro del proceso de recolección de firmas de apoyo para la Iniciativa Legislativa Popular, que busca la convocatoria de un Referendo Constitucional para la Reelección Presidencial, a la entidad sin ánimo de lucro COLOMBIA PRIMERO, con número de identificación tributaria 830142415-3.*

ARTICULO TERCERO. *Formular cargos por infringir los artículos tercero de la Resolución 067 de 2008 del Consejo Nacional Electoral y 97 de la Ley 134 de 1994, al recibir contribuciones individuales superiores a los topes establecidos dentro del proceso de recolección de firmas de apoyo para la*

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 de ellos sus derechos” Auto del 23

Iniciativa Legislativa Popular, que busca la convocatoria de un Referendo Constitucional para la Reelección Presidencial, a las siguientes personas, en su condición de integrantes del Comité de Promotores inscritos en la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante Resolución 1685 del 8 de abril de 2008:

NOMBRE	CEDULA DE CIUDADANIA
LUIS GUILLERMO GIRALDO HURTADO	2.911.993
DORIS ANGEL DE ECHEVERRI	41.369.921
JUAN DAVID ANGEL BOTERO	70.548.602
MIRYAM DONATO DE MONTOYA	24.310.168
CECILIA PAZ DE MOSQUERA	25.251.387
GUSTAVO DAJER CHADID	17.088.818
HEDIEL SAAVEDRA SALCEDO	2.883.367
DAVID SALAZAR OCHOA	1.020.736.761
ALVARO DE JESUS VELASQUEZ COOK	3.337.554

ARTICULO CUARTO.- Formular cargos por infringir el artículo 97 de la Ley 134 de 1994, por omitir gastos en el balance presentado por el Comité de Promotores de la Iniciativa Legislativa Popular que busca la convocatoria de un Referendo Constitucional para la Reelección Presidencial, inscrito mediante Resolución 1685 del 8 de abril de 2008 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, a las siguientes personas, en su condición de integrantes del mencionado Comité:

NOMBRE	CEDULA DE CIUDADANIA
LUIS GUILLERMO GIRALDO HURTADO	2.911.993
DORIS ANGEL DE ECHEVERRI	41.369.921
JUAN DAVID ANGEL BOTERO	70.548.602

MIRYAM DONATO DE MONTOYA	24.310.168
CECILIA PAZ DE MOSQUERA	25.251.387
GUSTAVO DAJER CHADID	17.088.818
HEDIEL SAAVEDRA SALCEDO	2.883.367
DAVID SALAZAR OCHOA	1.020.736.761
ALVARO DE JESUS VELASQUEZ COOK	3.337.554

ARTICULO QUINTO.- Formular cargos por infringir el artículo 97 de la Ley 134 de 1994, por omitir gastos en el balance presentado por el Comité de Promotores de la Iniciativa Legislativa Popular que busca la convocatoria de un Referendo Constitucional para la Reelección Presidencial, inscrito mediante Resolución 1685 del 8 de abril de 2008 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, al señor LUIS FERNANDO USECHE JIMENEZ identificado con cédula de ciudadanía # 17.169.818.

ARTICULO SEXTO.- Formular cargos por infringir el artículo 97 de la Ley 134 de 1994, por omitir contribuciones que fueron registradas como un crédito inexistente en el balance presentado por el Comité de Promotores de la Iniciativa Legislativa Popular, que busca la convocatoria de un Referendo Constitucional para la Reelección Presidencial, inscrito mediante Resolución 1685 del 8 de abril de 2008 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, a las siguientes personas en su condición de integrantes del mencionado Comité:

NOMBRE	CEDULA DE CIUDADANIA
LUIS GUILLERMO GIRALDO HURTADO	2.911.993
DORIS ANGEL DE ECHEVERRI	41.369.921
JUAN DAVID ANGEL BOTERO	70.548.602
MIRYAM DONATO DE MONTOYA	24.310.168
CECILIA PAZ DE MOSQUERA	25.251.387
GUSTAVO DAJER CHADID	17.088.818
HEDIEL SAAVEDRA SALCEDO	2.883.367
DAVID SALAZAR OCHOA	1.020.736.761

ALVARO DE JESUS VELASQUEZ COOK	3.337.554
-----------------------------------	-----------

ARTICULO SEPTIMO.- Formular cargos por infringir el artículo 97 de la Ley 134 de 1994, por omitir contribuciones que fueron registradas como un crédito inexistente en el balance presentado por el Comité de Promotores de la Iniciativa Legislativa Popular, que busca la convocatoria de un Referendo Constitucional para la Reelección Presidencial, inscrito mediante Resolución 1685 del 8 de abril de 2008 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, al señor LUIS FERNANDO USECHE JIMENEZ identificado con cédula de ciudadanía # 17.169.818.

ARTICULO OCTAVO.- Notifíquese el contenido de la presente decisión, en los términos indicados en los artículos 44 y 45 del C.C.A., al Dr. René Moreno Alfonso en su condición de apoderado de la entidad sin ánimo de lucro Colombia Primero; y, al Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo en su calidad de apoderado del Comité de Promotores.

ARTICULO NOVENO.- Los investigados, o sus apoderados, dispondrán de quince (15) días hábiles a partir de la notificación de la presente resolución, para pronunciarse frente a los cargos formulados, y a solicitar la práctica de pruebas o aportarlas.

ARTICULO DECIMO.- Infórmese a los investigados que en la Subsecretaría de la Corporación, estará a disposición el expediente para su consulta.

ARTICULO DECIMO-PRIMERO.- Comuníquese la presente decisión al Delegado del Procurador General de la Nación ante el Consejo Nacional Electoral, Dr. Wilson Ruíz Orejuela; al Representante Legal de la entidad sin ánimo de lucro Colombia Primero, Dr. Carlos Alberto Jaramillo Uribe o quien haga sus veces; al igual que a cada uno de los miembros del Comité de Promotores de la Iniciativa Legislativa Popular que busca la convocatoria de un Referendo Constitucional para la Reelección Presidencial, inscrito mediante Resolución 1685 del 8 de abril de 2008 de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

ARTICULO DECIMO-SEGUNDO.- Solicitar a la Subsecretaría de la Corporación, que informe si los investigados han sido sancionados administrativamente por el Consejo Nacional Electoral en anteriores ocasiones.

ARTICULO DECIMO-TERCERO.- Contra las decisiones de acusación no procede recurso alguno.”

3. De las excepciones

3.1. De la falta de competencia del Consejo de Estado para conocer y decidir sobre el asunto

Respecto a la excepción planteada por el señor Procurador, relativa a la falta de competencia del Consejo de Estado para conocer de la acción de simple nulidad entablada en contra de la Resolución No. 001 del 12 de noviembre de 2001, resulta de gran importancia, previo a cualquier otra consideración, identificar los elementos establecidos por esta Corporación con el fin de determinar si el control de legalidad y constitucionalidad sobre un acto de la administración compete al H. Consejo de Estado o a la H. Corte Constitucional.

Como bien lo expuso el representante del Ministerio Público, en varias oportunidades el Consejo de Estado ha concluido que no es competente para juzgar la legalidad de actos de la administración involucrados en el trámite de reforma constitucional. Lo anterior, por encontrar dos elementos fundamentales confluyentes en los actos impugnados: (i) que se trate de actos de trámite que hacen **parte inescindible del procedimiento de ley convocante a referendo**, sobre los cuales, recaería posteriormente un control automático e integral de constitucionalidad y; (ii) que los actos acusados hubieren sido expedidos por autoridades administrativas **pero en cumplimiento de una función legislativa**.

Así las cosas, se evidencia que en la Resolución No. 001 del 12 noviembre de 2009, no concurre ninguno de los parámetros establecidos que ameriten declarar probada la falta de competencia de esta Corporación para fallar el *sub judice*, lo anterior, habida cuenta que **el acto demandado no hace parte inescindible del procedimiento complejo de reforma constitucional y que tampoco fue expedido en ejercicio de función legislativa**, todo lo contrario, se trata de

actuación administrativa independiente, si se quiere paralela, con miras a revisar, desde un punto de vista sancionatorio, la conducta de los miembros del Comité de Promotores por la violación a los topes de financiación establecidos dentro del proceso de recolección de firmas de apoyo para la Iniciativa Legislativa Popular.

Por lo anterior, la excepción de falta de competencia del Consejo de Estado para conocer de la acción de nulidad en contra de la resolución expedida por el Consejo Nacional Electoral no prospera.

3.2. De la cosa juzgada constitucional

La cosa juzgada consiste en que *“las sentencias (...) luego de ciertos trámites, pasan a ser imperativas, son susceptibles de cumplirse coercitivamente y se hacen inmutables, por cuanto no pueden ser variadas, es decir, hacen tránsito a cosa juzgada”*¹³.

El señor Procurador propone como excepción la cosa juzgada constitucional apoyado en que en la sentencia C-141 del 2010: (i) se declaró inexecutable totalmente la Ley 1354 de 2009 y; (ii) se hizo un control de constitucionalidad íntegro de dicha norma.

Frente al particular debe recordarse que para verificar la existencia de cosa juzgada se atiende a cuatro parámetros: i) La existencia de un nuevo proceso, una vez ya se ha ejecutoriado la sentencia, ii) Identidad jurídica de las partes o la existencia de cosa juzgada *erga omnes*, iii) Identidad de objeto, es decir las pretensiones y declaraciones que se reclaman a la justicia, y iv) Idéntica causa, entendida como la razón por la cual se demanda.

La Sala considera que respecto de la Resolución No. 001 del 12 de noviembre de 2009, no ha operado el fenómeno procesal de la cosa juzgada, toda vez que no se verifica la identidad de objeto y causa, requisitos esenciales de la figura.

Por un lado, se encuentra que el objeto de la presente demanda es la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 001 de 2009 del Consejo Nacional Electoral, y dicha pretensión tiene como causa la supuesta falta de competencia del Tribunal

¹³ López Blanco, Hernán Fabio. Dupre Editores. Bogotá D.C. – Colombia 2005. Pág. 633 y siguientes.

para proferir la resolución objeto de control y, la falta de votos para la toma de decisiones en la máxima autoridad electoral.

De otro lado, el estudio hecho por la H. Corte Constitucional de la Ley 1354 de 2009, que dio como resultado su declaratoria de inexecutable, tenía por objeto el análisis de la constitucionalidad automática e integral de la convocatoria a referendo y por causa, la protección del régimen constitucional colombiano y no el de determinar la responsabilidad individual de los infractores por la violación a los topes de financiación establecidos dentro del proceso de recolección de firmas de apoyo para la Iniciativa Legislativa Popular.

En conclusión, no se puede predicar la existencia de cosa juzgada, para el caso concreto, toda vez que en la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 1354 de 2009, si bien se revisaron los vicios de procedimiento en la formación del trámite de reforma constitucional, nunca se analizó, precisamente porque no debía analizarse, la legalidad del procedimiento sancionador individual surtido, precisamente, con ocasión de la referida infracción, ni de manera general, ni con base en los cargos específicos planteados por el actor del proceso de la referencia; solo se refirió a este acto como parte del material probatorio para el estudio de la actuación desplegada por las autoridades electorales dentro del trámite del proceso de referendo.

Por lo anterior, la excepción de cosa juzgada no prospera.

4. Análisis de los cargos

Ahora bien, a pesar de que ha quedado establecido que el acto acusado demandado no hace parte inescindible del procedimiento complejo de reforma constitucional y que tampoco fue expedido en ejercicio de la función legislativa corresponde a la Sala adelantar un estudio en relación con la naturaleza jurídica de la Resolución No. 01 de 2009 a efectos de determinar, si dicho acto administrativo, constituye uno de trámite o uno definitivo y por tanto verdaderamente enjuiciable.

La doctrina y la jurisprudencia 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

como actos de trámite, preparatorios o accesorios y en actos definitivos o principales¹⁴.

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”*¹⁵. Es por tanto que *“no expresan en concreto la voluntad de la administración, simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el llamado acto definitivo”*¹⁶.

Por el contrario, los actos definitivos o principales son los que contienen la decisión propiamente dicha, o como lo establece 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 advierte 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”*¹⁷. Sólo en este caso tales actos serían enjuiciables.

Con el fin de garantizar la eficiencia y celeridad de las funciones que le competen a la Administración y a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Corte Constitucional ha afirmado que:

“El artículo 49 del C.C.A.¹⁸, ha dispuesto que tales actos preparatorios o de trámite no sean susceptibles, por regla general, de recursos en vía

¹⁴ 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.

¹⁵ Sentencia T-088 de febrero 03 de 2005 de la Corte Constitucional, M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

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

¹⁷ Sentencia T-088 de febrero 03 de 2005 de la Corte Constitucional, M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁸ En sentencia C-339 de 1996, M.P. Julio César Ortiz Gutiérrez, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, la Corte Constitucional señaló que la imposibilidad de presentar recursos contra los actos de trámite no vulnera la Constitución, si se tiene en cuenta que los mismos *“no producen efectos jurídicos, en relación con los administrados, ni crean, extinguen o modifican sus derechos subjetivos personales, reales o de crédito, ni afectan sus intereses jurídicos”*, de manera que los fundamentos o supuestos de derecho que tuvo en cuenta el legislador para establecer la improcedencia de recursos de vía gubernativa contra los actos de carácter general, de trámite, preparatorios o de ejecución *“atienden a la necesidad de evitar la parálisis o el retardo, la inoportunidad y la demora en la*

gubernativa, **ni de acciones judiciales autónomas**, de forma que su control solamente sea viable por medio de la discusión del acto definitivo que concreta la voluntad administrativa, bien sea a través de los recursos procedentes contra él o bien como causal de anulación ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo (art. 84 C.C.A). No obstante, dado que el control de estos actos debe hacerse a partir de los actos definitivos y demostrando la relevancia de la irregularidad previa en la ilegalidad de la decisión final, es necesario esperar a la decisión final para plantear la invalidez del procedimiento”¹⁹.

En el mismo sentido el Consejo de Estado se ha ocupado de las consecuencias de esta distinción al aplicar e interpretar el artículo 50 del C.C.A. antes mencionado; de esta forma la Corporación reiteró que:

*“No procede la demanda de actos de trámite o preparatorios que no pongan fin a la actuación administrativa ni imposibiliten su continuación. En este sentido, se ha sostenido, por ejemplo, que no son susceptibles de impugnación ante los tribunales contencioso administrativos por tratarse de actos de trámite o preparatorios, entre otros: las comunicaciones y oficios²⁰, los certificados que se expidan con el fin de obtener determinado permiso o autorización por parte de la administración²¹, **los pliegos de cargos y el auto que ordena la apertura de la investigación**²², el auto que ordena la realización de una inspección tributaria y el acta que se extiende en dicha*

actividad administrativa, que debe estar, salvo excepciones señaladas en la ley, en condiciones de decidir en la mayor parte de los asuntos previamente a la intervención del administrado o interesado.”

¹⁹ Sentencia T-945 de Diciembre 16 de 2009 de la Corte Constitucional, M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 3 de marzo de 1980; C.P. Ignacio Reyes Posada. En esta sentencia, el Consejo de Estado confirmó una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la que se declara inibido para pronunciarse sobre una acción de nulidad interpuesta en contra de una comunicación expedida por el Ministerio de Justicia. Tanto el Tribunal como el Consejo de Estado encuentran que no es la comunicación un acto administrativo, sino el decreto que da lugar a la misma. En este orden de ideas, es contra el mencionado decreto contra el que de debió interponer la acción.

²¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 25 de octubre de 1988; C.P. Javier Henao Hidrón. (Citado por: Penagos, Gustavo, El acto administrativo Tomo I. Ediciones Librería del Profesional. Santa Fe de Bogotá, 1996).

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 25 de abril de 1986; C.P. Samuel Buitrago Hurtado (En dicho auto, el Consejo de Estado inadmitió la solicitud de la sociedad actora de que se ordenara la suspensión provisional del acto administrativo dictado por la entidad pertinente, en el cual se dispuso abrir investigación de carácter administrativo). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 25 de abril de 1986; C.P. Enrique Low Murtra (En dicho auto, el Consejo de Estado confirmó un auto expedido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio del cual se denegó la admisión de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 3 de junio de 1999; C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz (En dicho auto, el Consejo de Estado confirma el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima que deniega la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, por medio del cual se formulan cargos contra la accionante).

*diligencia*²³, el auto de mandamiento ejecutivo expedido dentro de un juicio de jurisdicción coactiva²⁴, y los actos dentro de los procesos electorales diferentes al declaratorio de elección²⁵.

En suma, puede afirmarse que los actos de trámite 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”²⁶.

La Resolución No. 001 de 2009, en su parte resolutive, dispone: primero, declarar no ajustada a derecho la etapa de “inscripción de la iniciativa legislativa y normativa y de la solicitud de referendo” precisamente como presupuesto para la formulación de los cargos.

Seguidamente, decide formular cargos²⁷ a las personas que hicieron parte del proceso de recolección de firmas para apoyar la Iniciativa Legislativa Popular que buscaba, por medio de la convocatoria a un referendo constitucional, la reelección presidencial, y finalmente da órdenes de informar el contenido de las decisiones tomadas²⁸.

En síntesis, las disposiciones contenidas en los artículos segundo al décimo tercero de la parte resolutive de la Resolución, no deciden directa o indirectamente el fondo del asunto pues son instrumentos necesarios que integran el procedimiento anterior a la decisión que finalmente resuelva el asunto, esto es, el acto administrativo que imponga la sanción, propiamente dicha, por vulnerar los

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 26 de abril de 1996; C.P. Consuelo Sarria Olcos (En dicho auto, el Consejo de Estado confirmó la sentencia expedida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el que se afirma que el acta de inspección tributaria no requiere, más allá de su adecuada motivación, de fórmulas jurídicas extraordinarias por tratarse de un acto que no tiene la característica de definitivo).

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 27 de mayo de 1999 M.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz (En dicho auto, el Consejo de Estado confirma el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima en el que se niega la pretensión del actor de declarar la nulidad del juicio de jurisdicción coactiva adelantado por la Contraloría Departamental del Tolima, incluido el auto de mandamiento ejecutivo).

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 17 de noviembre de 1995 C.P. Mario Alario Méndez (En dicha sentencia, el Consejo de Estado niega la pretensión del accionante de declarar nulo el acto por medio del cual se hizo la elección del Procurador General de la Nación para el período 1994 - 1998. El Consejo niega la acción por encontrar que la pretensión del actor consiste en que se declare no la nulidad de la elección, el cual es un acto definitivo, sino el acta de escrutinio de uno de los jurados, el cual es un acto preparatorio).

²⁶ Sentencia T-945 de Diciembre 16 de 2009 de la Corte Constitucional, M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁷ Resuelve artículos segundo al séptimo, f. 93 a 96.

²⁸ En el Resuelve los artículos del octavo al décimo-primero disponen notificar, informar, y comunicar tanto a los investigados, como al Procurador General de la nación ante el CNE, de la decisión tomada frente a la no prosperidad de la iniciativa legislativa popular por superarse los topes de financiación del proceso de recolección de firmas y de la formulación de cargos contra las personas que hicieron parte de esta iniciativa (Comité de Promotores y la entidad Colombia Primero).

topes permitidos por la ley para la financiación del proceso de recolección de firmas.

En cambio, sucede todo lo contrario con el artículo primero del resuelve, ya que éste sí contiene una decisión definitiva, pues declara no ajustada a derecho la etapa de “inscripción de la iniciativa legislativa y normativa y de la solicitud de referendo”, es decir, pone punto final al proceso de la Iniciativa Legislativa Popular por ser violatoria de la normatividad imperante.

De este modo, queda establecido que la única manifestación o disposición unilateral de voluntad de la administración que puede ser objeto de control, corresponde al “artículo primero” del resuelve de la Resolución No. 001 de 2009, por la razones expuestas.

Para asumir el estudio del fondo respecto del numeral primero de la parte resolutive del acto acusado, la Sala considera necesario hacer una mención respecto del alcance y efectos de la decisión proferida por esta Sección, mediante en la sentencia de 24 de junio de 2010, en cuanto a la legalidad de la Resolución No. 730 de 2009.

En la referida sentencia se concluyó que: *“[e]n definitiva, si bien el constituyente y el legislador reconocieron al Consejo Nacional Electoral la facultad de darse su propio reglamento, la forma como se hizo en el artículo 4º de la Resolución No. 0730 del 25 de agosto de 2009, respecto de la actuación de los conjuces, fue contraria a Derecho porque sin razón válida se desplazó a los titulares de la función constitucional y legal, e igualmente porque a través de esa metodología se permitió que fuera un número inferior de integrantes al legalmente establecido el que estudiara y decidiera los asuntos en que se presentara empate o que no se obtuviera la mayoría para adoptar una decisión, violándose así lo dispuesto en los artículos 264 Constitucional y 20 del Código Electoral”²⁹.*

En los anteriores términos es claro que bajo ninguna circunstancia, salvo impedimento o recusación de la totalidad de los miembros del Consejo Nacional Electoral, es posible que se constituya un tribunal de conjuces, mucho menos, que en él se adopten decisiones con desconocimiento del requisito de mayorías que la ley establece para el efecto.

Ahora bien, frente a los efectos de la decisión de 24 de junio de 2010, si bien en su momento la Sección guardó silencio, es preciso recordar que tal y como lo ha sostenido esta Corporación, las sentencias que declaran la nulidad de un acto administrativo, por regla general, y salvo que ellas determinen lo contrario, surten efecto retroactivos o *ex tunc*, es decir, se entiende que el efecto de la decisión retrotrae todo hasta el momento mismo en el que el acto tuvo origen.

Esta Sala sobre el particular ha dicho que:

“[...] para el legislador la institución de la nulidad, como máxima sanción a la validez o legalidad de determinadas actuaciones, tiene efectos retroactivos, hacia el pasado o ex tunc. Y se dice que tiene tales efectos o “desde entonces”, por la concomitancia de los vicios o circunstancias que dan pie a la nulidad, surgidas coetáneamente con la formación o expedición del mismo, de tal suerte que si bien puede contarse con un acto aparentemente legal o válido, según sea el área del derecho en que ocurra, en el mismo puede subyacer una irregularidad de tal entidad que produzca su nulidad.

Por lo mismo, la atribución de los efectos ex tunc o retroactivos a la nulidad, es claramente una consecuencia lógica de la ubicación de su causa. En el terreno del derecho administrativo, por ejemplo, la anulación de los actos administrativos procede cuando “infrinjan las normas en que deberían fundarse, [o] cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación [de poder]” (Art. 84 C.C.A.). Cada una de las anteriores circunstancias tiene lugar, precisamente, en el momento mismo de expedirse el acto o cuando se adelantan las fases previas al mismo, siendo ese el motivo por el cual la nulidad de los actos administrativos debe proyectarse hacia el pasado, llevando a entender que el acto desaparece del mundo jurídico desde su origen. La tesis anterior armoniza con la posición que la Sala Plena de esta Corporación tiene sobre el particular, ya que para la misma “...la declaración de nulidad obliga a restablecer las cosas al estado en que se encontraban

²⁹ Ob. Cit. 4.

*cuando se realizó el acto nulo, es decir, se tiene como si éste no hubiera existido (ex tunc)*³⁰³¹.

Más recientemente, en fallo de 18 de octubre de 2012:

*“De lo anterior se sigue que, por regla general, las consecuencias jurídicas del tipo de efecto que produce la declaratoria de nulidad de un acto administrativo son las de volver la situación al estado en que se encontraba antes de haberse proferido el acto anulado*³².

*De esta manera, la declaratoria de nulidad del acto administrativo retrotrae la situación jurídica a la que existía antes de la expedición del acto anulado, debiéndose tener como si éste no hubiera existido, pero dejando a salvo de ese efecto retroactivo, en todo caso, las situaciones individuales consolidadas³³ y pudiendo verse afectadas sólo aquellas no consolidadas o las que al tiempo de **producirse el fallo eran objeto de debate o susceptibles de ser controvertidas ante las autoridades judiciales o administrativas**³⁴, al igual que aquellas que por afectar derechos de terceros no puedan entenderse como consolidadas³⁵.*(Negrillas propias del texto original).

De acuerdo a lo anterior, como en la sentencia de 24 de junio de 2010³⁶ se declaró la nulidad de la Resolución No. 0730 de 2009, acto que consagraba la competencia para la toma de decisiones por parte de los tribunales paralelos de conjuces del CNE, se genera respecto del numeral primero del acto acusado una nulidad por consecuencia.

³⁰ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – Sala Especial Transitoria de Decisión 2B. Sentencia del 14 de marzo de 2006. Expediente: 110010315000200007704-01 (S-704). Actor: Guillermo Guerrero Gutiérrez. Demandado: Distrito Capital de Bogotá.

³¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejera Ponente Dra. María Nohemí Hernández Pinzón, sentencia de 11 de junio de 2009, número de radicación 68001-23-15-000-2007-00677-02.

³² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 16 de marzo de 2006, referencia 76001-23-31-000-2001-01858-013985-05 (C.P. Tarsicio Cáceres Toro).

³³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 21 de mayo de 2009, referencia 25000-23-27-000-2003-00119-01 (C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta).

³⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 23 de julio de 2009, referencia 76001-23-31-000-2002-00452-0116404 (C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas). De igual manera, autores como Luis Enrique Berrocal Guerrero, siguiendo la línea jurisprudencial descrita, defienden esta misma tesis. Él, en particular sostiene: “La nulidad de los actos administrativos tiene, por regla general, efectos a partir de la fecha de expedición de los mismos, debido a que se tiene como si el acto no hubiera existido, es decir, que la decisión de anulación tiene efectos retroactivos (ex tunc), de modo que permite asumir que las cosas vuelven al estado anterior al de la expedición del acto anulado, salvo las situaciones individuales que se hubieran consolidado. [...]”. Luis Enrique Berrocal Guerrero, “Manual del Acto Administrativo”, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Quinta Edición, Bogotá, 2009.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejero Ponente Dr. Alberto Yepes Barreiro, sentencia de 18 de octubre de 2012, número de radicado 11001-03-28-000-2010-00014-00.

Por lo anterior, la Sala en la parte resolutive anulará el numeral primero de la Resolución No. 001 de 12 de noviembre de 2012, por medio de la cual *“La Sala de Conjuces del Consejo Nacional Electoral entra a decidir lo que en derecho corresponda en relación con la validez del proceso de recolección de firmas adelantado en desarrollo de la iniciativa legislativa que busca la convocatoria de un referendo constitucional para la reforma del inciso primero del artículo 197 de la Constitución Política, y sobre la viabilidad de formular o no, cargos por la violación de topes electorales con ocasión de la financiación del proceso de recolección de firmas [...]”* y se inhibe para pronunciarse respecto de los demás.

Habiéndose encontrado probado el primer cargo de la demanda, se releva la Sala de hacer estudio respecto de los demás.

III. LA DECISION

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: SE DECLARAN no probadas las excepciones de *“falta de competencia del Consejo de Estado para conocer y decidir sobre el asunto”* y *“cosa juzgada”*.

Segundo: SE DECLARA la nulidad del numeral primero de la Resolución No. 001 de 12 de noviembre de 2009 proferida por el tribunal de conjuces del Consejo Nacional Electoral.

Tercero: La Sala **SE INHIBE** para pronunciarse sobre los demás artículos de la Resolución No. 001 del 12 de noviembre de 2009.

Cuarto: Comuníquese esta decisión al Consejo Nacional Electoral, para los fines pertinentes.

En firme este fallo archívese el expediente.

³⁶ Ob. Cit. 4.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidente

MAURICIO TORRES CUERVO

ALBERTO YEPES BARREIRO