

**PROCESO ELECTORAL - Admisión de la demanda contra la elección de la Directora Ejecutiva de Administración Judicial / DIRECTORA EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL - Auto admisorio de la demanda / SUSPENSION PROVISIONAL - No se evidencia que la proximidad a la edad de retiro forzoso sea una causal de inhabilidad o que en sí misma impida la elección o designación de un ciudadano para el ejercicio de funciones públicas / SUSPENSION PROVISIONAL - Negada por cuanto no es posible establecer la vulneración que se aduce / TERNA DE CANDIDATOS - El hecho de integrarla no genera el derecho subjetivo a ser nombrado**

El señor Juan Carlos Abuabara Eljadue ejerció acción electoral y solicitó, entre otras, la nulidad de la Resolución PSAR-13-116 de 9 de mayo de 2013 por medio de la cual se nombró Celinea Oróstegui de Jiménez como Directora Ejecutiva de Administración Judicial. El actor señaló que la elección demandada violó los artículos 98 y 99 de la Ley 270 de 1996. En los términos de la demanda, si uno de los integrantes de la terna presenta alguna inhabilidad, incompatibilidad o impedimento legal para ser nombrado en el cargo, la terna se desintegra. Por tanto, cuando la candidata Liliana María Hurtado Londoño renunció a la terna que se conformó en virtud del Acuerdo 019 de diciembre de 2012, aquella debía reintegrarse, dice la demanda, con quienes habían participado en la convocatoria de 25 de septiembre de 2012 que dio origen a la terna, y no volver a realizar una nueva convocatoria para llenar la que dejó Hurtado Londoño, por ser contrario a los derechos de quienes habían participado en la primera convocatoria, en especial de lo que algunos han denominado el “derecho de prelación.” Esta Sala advierte que el análisis de este argumento en el que se fundamenta la suspensión provisional de los actos acusados debe comenzar con señalar que esta Corporación, al igual que la Corte Constitucional, en diferentes oportunidades se ha pronunciado respecto a la elaboración y desintegración de ternas. Posturas que no permiten inferir que exista una única opción, como lo pretende hacer ver el actor. (...) Se indicó que quienes participan en la convocatoria no tenían derecho subjetivo a ser nombrado DEAJ a pesar de reunir los requisitos establecidos en la ley, pues la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ostenta un margen discrecional para evaluar a los distintos candidatos y elegir aquél que considere más idóneo para el cargo. De igual manera, expresó que la nueva terna puede ser integrada con quienes participaron en la primera convocatoria o incluso puede abrirse una nueva convocatoria para efectos de confeccionarla. Teniendo en cuenta la situación fáctica planteada por el demandante, para la Sala no se dan los supuestos para ordenar la suspensión de los actos acusados en el presente caso, pues la violación de los derechos y de las normas de la Ley 270 de 1996 no resultan tan claras como lo plantea el demandante, por tanto, la Sección deberá analizar la situación que se acusa y adoptar una postura que defina el presente asunto, lo que se hará en la respectiva sentencia. Además, en este momento procesal y de las pruebas relacionadas en la demanda no existe certeza sobre la vulneración que se aduce y sobre cuál de las interpretaciones que existen sobre el tema propuesto debe ser la que prime en el caso de la referencia, razón por la que no es posible acceder a la solicitud de suspensión provisional. En cuanto al Análisis de los argumentos en que se sustenta el segundo cargo para solicitar la suspensión A juicio del demandante, la accionada estaría inhabilitada para cumplir con el periodo de 4 años para ejercer el cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial, porque tendría que renunciar el 22 de diciembre de 2014, fecha en la que cumpliría 65 años, es decir, por llegar a la edad de retiro forzoso. Adujo el accionante que el nombramiento de la demandada implicaría iniciar nuevamente y en breve lapso el proceso de selección de su reemplazo con el consecuente desgaste administrativo por lo complejo y lo dispendioso del trámite; hecho contrario a los principios de economía y eficacia, pues se tendría que

realizar una nueva convocatoria y “se mejoraría la pensión de jubilación de la demandada. Advierte la Sala que, en principio, de las normas analizadas y de lo afirmado en la demanda no se evidencia que la proximidad a la edad de retiro forzoso sea una causal de inhabilidad o que en sí misma impida la elección o designación de un ciudadano para el ejercicio de funciones públicas. Lo anterior significa que debe prevalecer la presunción de legalidad que revisten a los actos demandados y, en consecuencia, no puede prosperar la solicitud de suspensión provisional con fundamento en los artículos citados en la demanda.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION QUINTA**

**Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO**

**Bogotá, veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013)**

**Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00029-00**

**Actor: JUAN CARLOS ABUABARA ELJADUE**

**Demandado: DIRECTORA EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL**

Resuelve la Sala sobre la admisión de la demanda electoral contra la elección de **Celinea Oróstegui de Jiménez** como Directora Ejecutiva de Administración Judicial y la solicitud de suspensión provisional de esa elección.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1.1. Demanda**

El señor **Juan Carlos Abuabara Eljadue** ejerció acción electoral y solicitó, entre otras, la nulidad de la Resolución PSAR-13-116 de 9 de mayo de 2013 por medio de la cual se nombró Celinea Oróstegui de Jiménez como Directora Ejecutiva de Administración Judicial y la Resolución PSAR-13-126 de 21 de mayo de 2013 por la cual se confirmó por parte del Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura el anterior nombramiento.

Además, pidió la suspensión provisional de las resoluciones demandadas.

## **1.2. Hechos**

Por Acuerdo 16 de 25 de septiembre de 2012, la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial convocó a participar en el proceso de integración de la terna para elegir Director Ejecutivo de Administración Judicial –en adelante DEAJ.

Mediante Acuerdo 19 de 4 de diciembre de 2012 se integró la terna para proveer el mencionado cargo con los señores Ernesto Orlando Benavides, Rodrigo Armando Cruz Rocha y Liliana María Hurtado Londoño.

El 8 de marzo de 2013 la candidata Liliana María Hurtado Londoño presentó renuncia a la terna.

La Comisión Interinstitucional, por Acuerdo 03 de 2 de abril de 2013, convocó a participar en el proceso de designación de uno de los candidatos para reintegrar la terna aludida.

## **1.3. Concepto de la violación**

### **1.2.1. Cargo por violación directa de los artículos 98 y 99 de la Ley 270 de 1996**

El actor señaló que la Comisión Interinstitucional incurrió en vía de hecho por vulneración de derechos fundamentales como el de “*prevalencia*”, el debido proceso, igualdad, trabajo, “*confianza legítima*” y “*acceso al desempeño de funciones a cargos públicos*” de quienes se inscribieron y participaron en la convocatoria pública de 25 de septiembre de 2012.

En su criterio, cuando se hizo la mencionada convocatoria, lo era con la finalidad de integrar la terna, por tanto si alguno de los integrantes presentaba alguna inhabilidad, incompatibilidad o impedimento legal para ser nombrado en el cargo, quienes participaron en la convocatoria tenían el derecho a que sus nombres se tuvieran en cuenta para reintegrar la terna; así, ante la renuncia de uno de sus integrantes como fue el caso de la candidata Liliana María Hurtado Londoño su reemplazo debía hacerse con quienes participaron en la primera convocatoria.

Por tanto, al desintegrarse la terna debía volverse a integrar con quienes habían participado en la convocatoria de 25 de septiembre de 2012 y no realizar una

nueva, porque con ello se desconocieron los derechos de quienes habían participado en la primera convocatoria, lo que contraviene lo que algunos han denominado el “*derecho de prelación*”.

### **1.2.2. Cargo por retiro forzoso**

Con fundamento en el artículo 149 de la Ley 270 de 1996, se señaló que la demandada no podría cumplir con el periodo de 4 años para ejercer el cargo de DEAJ, ya que tendría que renunciar el 22 de diciembre de 2014, fecha en la que cumpliría 65 años, es decir, por la llegada a la edad de retiro forzoso.

Adujo que con la designación de la demandada se debería iniciar nuevamente y en breve lapso el proceso de selección de su reemplazo con el consecuente desgaste administrativo. Es decir, con su nombramiento se desconocieron los principios de economía y eficacia, pues se tendrá que realizar una nueva convocatoria, además que se le mejora la pensión de jubilación de la accionada.

Argumentó que pese a existir “*precedentes jurisprudenciales*” exactamente iguales al presente, como el caso del candidato Otto Arnulfo Bolaños, frente a quien en el año 2010 a pesar de haber sido ternado por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial para proveer el cargo de DEAJ, la Sala Administrativa determinó que se encontraba inhabilitado para cumplir con el periodo de 4 años pues se encontraba próximo a cumplir la edad de retiro forzoso razón por la que devolvió la terna; no se explica cómo, en esta oportunidad, sin justificación alguna, la Comisión Interinstitucional incluyó a la demandada y la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no devolvió la terna como lo hizo en el año 2010.

### **1.3. La solicitud de suspensión provisional**

Esta solicitud tiene respaldo en los artículos 98 y 99 de la Ley 270 de 1996; 1, 4, 13, 25, 29, 40, 83 y 209 de la Constitución Política.

Como apoyo de la petición de suspensión provisional se insiste en los argumentos expuestos en la demanda para sustentar la nulidad de la elección, en el sentido de que: *i)* se eligió a un candidato que no participó en la convocatoria (Acuerdo 16 de 2012) y por ello no tiene “*prelación*” para su elección o derecho de preferencia; y, *ii)* por la posible inhabilidad de la demandada, pues no terminaría su periodo como DEAJ por cumplimiento de la edad de retiro forzoso.

#### 1.4. Trámite previo a la admisión

Mediante auto de 10 de julio de 2013, el Despacho del Consejero sustanciador ordenó comunicar a la demandada; a la entidad que expidió los actos demandados y al Ministerio Público la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados.

El **Procurador Séptimo Delegado** ante esta Corporación, en escrito de 18 de julio de 2013, luego de realizar un análisis sobre el cambio normativo respecto de la procedencia de la suspensión provisional en el anterior Código y en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –en adelante C.P.A.C.A.- solicitó negar la medida cautelar, pues consideró que el hecho de que una persona se inscriba en un proceso de elección no le generaba derecho subjetivo por parte de los inscritos a ser ternados, ni de los ternados a ser designados, ya que ello constituye una prerrogativa y función discrecional tanto de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial como de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Explicó que si una de las personas escogidas para conformar la terna para elegir DEAJ renuncia, ello no significa que la Comisión Interinstitucional tenga la obligación de recomponer la terna de la lista de inscritos para su conformación.

Respecto al segundo cargo propuesto por el demandante indicó que las inhabilidades sobrevinientes son acontecimientos que se generan con posterioridad a una elección o designación, las cuales no generan la nulidad del acto administrativo de elección o nombramiento, sino que, imposibilitan al elegido o nombrado seguir ejerciendo el cargo, razón por la cual consideró que este cargo tampoco tiene vocación de prosperidad y, por ende, se deba abstener de decretarse la suspensión provisional del acto acusado.

Argumentó que la supuesta inhabilidad sobreviniente no se ha presentado; además, el actor no probó y de los medios de convicción allegados al proceso no se establece que la demandada esté próxima a cumplir la edad de retiro forzoso. Igualmente, no existe causal de inhabilidad que indique que una persona no pueda ser designada en un cargo público cuando se encuentra cerca de la edad de retiro forzoso.

El apoderado judicial de **la demandada** después de realizar un resumen sobre la forma en que el CPACA dispuso la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos, transcribió el fallo de tutela proferido por la Subsección “A” de la

Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el que negó el amparo por improcedente y cuyo fundamento jurídico era exacto al que ahora se expone en sede de nulidad.

El Presidente de la **Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura** manifestó que el escrito de solicitud de suspensión provisional y los documentos anexos no sustentan una violación normativa que haga evidente y a *prima facie* la vulneración aludida. El demandante se limitó a hacer un listado de normas, sin señalar de manera concreta y precisa en qué consiste la violación invocada, y, en ese entendido, los cargos en que fundamenta su demanda son improcedentes.

Igualmente sostuvo que los argumentos que invocó el accionante para desvirtuar el acto demandado son insuficientes para decretar la suspensión provisional, puesto que de ellos no surge ni se evidencia la vulneración entre las normas de rango superior que cita y los actos administrativos de nombramiento y confirmación, requisito exigido por el artículo 231 del CPACA.

Concluyó que para la suspensión de los actos administrativos demandados proceda, es necesario que el actor sustente probatoria y argumentativamente la violación de las disposiciones invocadas y que esta surja de manera evidente.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1 Competencia**

Esta Sala es competente para resolver sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional de la elección demandada, en los términos del inciso final del artículo 277 del C.P.A.C.A.

### **2.2. La admisión de la demanda**

**2.2.1.** En materia electoral, la demanda está sujeta al cumplimiento de los requisitos indicados en el artículo 162 del C.P.A.C.A., así como a la exigencia de allegar o acompañar los anexos a que se refiere el artículo 166; a la debida acumulación de causales de nulidad objetivas y subjetivas en la forma señalada en el artículo 281, cuando sea del caso, y a la presentación en el plazo previsto en el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del mismo Código.

En el caso de la referencia, la demanda se ajusta a las exigencias del artículo 162, pues están debidamente designadas las partes; las pretensiones fueron formuladas de manera clara y precisa; narra los hechos que la fundamenta, identifica las normas violadas y explica el concepto de la violación; solicita y anexa pruebas y suministra las direcciones para las notificaciones de las partes.

**2.2.2.** En relación con el requisito referido al anexo de la copia del acto acusado con la constancia de publicación que exige el artículo 166 del C.P.A.C.A., obran en los folios 130 a 142 del expediente.

Se evidencia, por último, que la demanda se presentó en tiempo, pues fue radicada el **20 de junio de 2013**, es decir, antes de que vencieran los 30 días que concede el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del C.P.A.C.A., para interponer esta acción<sup>1</sup>.

Por lo expuesto, **la demanda se admitirá.**

### **2.3. De la solicitud de suspensión provisional del acto demandado**

#### **2.3.1. Breves referencias a la suspensión provisional como medida cautelar en el nuevo ordenamiento contencioso administrativo**

El artículo 238 constitucional expresamente se refirió a la facultad de la jurisdicción constitucional de suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos *“por los motivos y los requisitos que establezca la ley.”*

En el ordenamiento preconstitucional, la regulación de esta figura estaba en los artículos 152 y siguientes del Decreto 01 de 1984. Por su parte, el C.P.A.C.A., volvió sobre ella y la enlistó entre las medidas cautelares que puede adoptar el juez para proteger entre otros, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, artículos 229 y 230, además de la tutela efectiva y la protección de derechos fundamentales como se esbozará posteriormente.

Por su parte, el artículo 231 establece sus requisitos, en los siguientes términos:

---

<sup>1</sup> De conformidad con el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, los términos de días son hábiles. La norma dispone: *“En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquéllos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho (...)”*

*“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)”*

Al respecto, resulta útil recordar que el artículo 152 del CCA imponía específicamente al actor una carga argumentativa, en cuanto requería *“Que la medida se sustent[ara] de modo expreso en la demanda o por escrito separado”*. El artículo 231 del C.P.A.C.A., no reitera ese deber de sustentar, simplemente exige del actor suministrar *“las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado.”*

No obstante, la Sala reitera que la redacción de este precepto no releva al demandante del deber de proporcionar al juez los argumentos necesarios para decidir sobre la prosperidad de la medida. En consecuencia, el carácter rogado de la solicitud se mantiene. Sobre el particular esta Sección ha indicado que:

*“(...) dada la utilidad que para efectos de determinar la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo reporta la debida argumentación del demandante, con el fin de orientar el análisis y la confrontación que compete al juez electoral, esta Sala considera que la solicitud en ningún caso puede quedar huérfana de razones del actor, bien sea que lo haga en escrito separado, en un capítulo especial de la demanda o que en éste aparte remita al concepto de la violación que estructuró como requisito de la demanda.”<sup>2</sup>*

En el mismo sentido, se destacó que *“esta medida cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado.”<sup>3</sup>*

Se desprende de lo anterior que, en vigencia del C.P.A.C.A., la labor del actor que solicita la suspensión provisional de un acto administrativo consiste en enunciar los preceptos que considera infringidos y las razones de la trasgresión, razones que puede exponer en el capítulo especialmente destinado para el efecto o en el concepto mismo de violación y remitirse a él cuando hace esta especial solicitud.

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 8 de noviembre de 2012, Rad. 11001-03-28-000-2012-00055-00, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 9 de noviembre de 2010, Rad. 05001-23-31-000-2007-00437-02, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia.

En relación con las condiciones de procedencia de la suspensión provisional, tanto el Código anterior como el vigente suponen la confrontación del acto administrativo demandado con las normas invocadas como infringidas y/o con las pruebas aportadas como prueba de la transgresión.

Es decir, el demandante debe señalar los preceptos que considera vulnerados, los argumentos en que sustenta dicha transgresión y/o las pruebas que tiene para demostrarlo, a efectos de permitir al juez un análisis de los extremos propuestos.

No obstante, los dos estatutos tienen una diferencia sustancial en cuanto al alcance del estudio que debe hacer el juez, pues en el anterior código se requería que la vulneración resultase **del simple cotejo** que hiciera el juez entre el acto acusado y las normas invocadas como vulneradas, es decir, no había un juicio de valoración por parte de juez por cuanto se exigía **una flagrante y expresa vulneración para que la suspensión fuera ordenada**. No otra cosa se infirió la jurisprudencia del término “*manifiesta*” que empleaba el artículo 152 del C.C.A.

Con el C.P.A.C.A., desapareció el calificativo de “*manifiesta*” que caracterizaba la procedencia de la suspensión provisional mientras rigió el C.C.A., Es por ello que esta Sala desde las primeras providencias que emitió después de la entrada en vigencia de la nueva normativa en materia contenciosa administrativa reconoció que, en relación con la suspensión provisional, se introdujo una modificación sustancial al régimen anterior. Para la Sala:

*“La verdadera variación entre una regla y otra es la forma de llevar a cabo esa confrontación, pues, se insiste, en el CCA la infracción de normas debía mostrarse al juez del solo cotejo y ahora en el CPACA el juez puede con igual propósito emprender un análisis que exceda los textos normativos propuestos, para revisar incluso si el acto administrativo objeto de la medida se aviene a la finalidad, los valores o los principios involucrados en las disposiciones que sustentan la solicitud.”<sup>4</sup> (negrilla fuera de texto).*

En efecto, en vigencia del C.C.A, la norma que regía la suspensión provisional, artículo 152, fue interpretada en la forma más restrictiva posible, lo que produjo que solo en unos casos, muy esporádicos, se decretara su procedencia, lo que la hizo perder su carácter de medida cautelar, si entendemos por ésta, en su

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 8 de noviembre de 2012, Rad. 11001-03-28-000-2012-00055-00, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

concepción más restringida un medio para “evitar que el daño producido por la inobservancia del derecho resulte agravado por ese irremediable retardo del remedio jurisdiccional (*periculum in mora*)...la cual, mientras se esperan las providencias definitivas destinadas a observar el derecho, provee a anticipar provisoriamente sus efectos”<sup>5</sup>.

Basta señalar que fue tal el rigorismo con que se aplicó dicho precepto que se entendió que cuando él se refería a “manifiestamente” la violación debía ser “... clara y ostensible **que no requiera ningún tipo de reflexión, para establecer de inmediato, que el acto es violatorio de normas superiores.**”<sup>6</sup>. Es decir, que esta medida exigía, para su procedencia, una transgresión tan grosera, evidente, que el juez era relevado de hacer cualquier clase de razonamiento, pues si éste se requería, la suspensión provisional era improcedente.

En otros términos, si había necesidad de argumentación para su procedencia, esta debía hacerse en la sentencia para definir definitivamente sobre la nulidad o no del acto acusado.

La interpretación que hizo la jurisdicción del precepto que regulaba la suspensión provisional llevó a la Corte Constitucional a señalar que la acción de tutela era procedente pese a la existencia en el proceso administrativo de la medida cautelar de suspensión provisional porque se consideró ineficaz. En términos de protección de los derechos fundamentales no se consideraba un medio idóneo<sup>7</sup>.

La reforma al artículo en comento del C.C.A, al eliminar el término “*manifiestamente*” implicó un giro en cuanto a la forma como el juez administrativo debe abordar el estudio de la procedencia de la suspensión provisional como medida cautelar, porque si bien corresponde al demandante sustentar la solicitud e invocar las normas desconocidas por el acto acusado, el funcionario judicial debe efectuar un estudio, un análisis de los argumentos expuestos y confrontarlos junto con los elementos de prueba arrojados al proceso para llegar al convencimiento sobre la procedencia o no de la medida.

Así, a diferencia de lo que ocurría en vigencia del artículo 152 del C.C.A, el operador judicial está obligado hoy a efectuar un análisis profuso de los argumentos expuestos en la demanda para definir si es o no procedente la

---

<sup>5</sup> PIERO CALAMANDREI. Derecho Procesal Civil. Oxford University Press México. Primera Serie Volumen 2. Pág. 16.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del once (11) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993). Radicación número 0983. Ponente, Dr. Luis Eduardo Jaramillo.

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 3 de febrero de 1997. Magistrado Ponente. Carlos Gaviria Díaz

suspensión teniendo como referente su papel garantista y protector del ordenamiento jurídico, en donde los valores, los principios y derechos fundamentales han de ser el referente para su definición cuando así lo advierta el demandante.

Esta nueva concepción de la suspensión provisional busca, entre otros, unificar los poderes del juez contencioso con los del juez de tutela, finalidad que dicho de paso, es propia de todas las medidas cautelares que regula el nuevo estatuto contencioso y, por tanto, la acción de tutela debe recobrar en este campo la naturaleza constitucional que tiene: *mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales*.

Se debe aceptar, entonces, bajo esta idea, que cuando se decide sobre la solicitud de suspensión, el funcionario competente **adelanta un primer juicio sobre la legalidad del acto, en el que se debe evaluar, por un lado, las razones de la solicitud y, por otro, las pruebas aportadas, si las hay.**

De modo que el C.P.A.C.A., le otorgó al juez administrativo un papel dinámico al momento de adoptar la medida cautelar, que lo obliga si se dan los requisitos exigidos por el legislador, a realizar el juicio de legalidad del acto administrativo cuestionado, sin que ello implique prejuzgamiento -como bien lo advierte el artículo 229 *ibídem*- porque el legislador le ha atribuido la competencia para efectuar este pronunciamiento, el cual puede variar si en el curso del proceso surgen elementos de juicio de carácter normativo y probatorio que lo lleven a cambiar su percepción, su primer convencimiento sobre la legalidad o no del acto, asunto que se determinará definitivamente en la sentencia.

Como lo señala Guillermo Cabanellas no puede hablarse de prejuzgamiento "*cuando la judicatura se pronuncia sobre los escritos que traban la litis. Lo repudiable es la obstinación impermeable a probanzas posteriores y a alegatos con bases más fundadas que la de los escritos iniciales*"<sup>8</sup>.

Para la Sala, el prejuzgamiento implica que el juzgador anticipe o manifieste fuera de **la oportunidad procesal** su criterio sobre el objeto de *litis* o alguno de sus extremos. Es decir, se convierte en un pronunciamiento sobre el mérito del asunto **en una etapa procesal** no prevista para el efecto.

---

<sup>8</sup> CABANELLAS GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. 2001. Tomo VI. Pág.362

Es claro, entonces, que el legislador expresamente advirtió en el C.P.A.C.A., que cuando el juez hace el análisis de la medida cautelar que se solicita en la demanda no incurre en un prejuzgamiento, porque habilitó ese momento procesal, previo a la sentencia, para que se emita un primer juicio de legalidad del acto con fundamento en los argumentos y elementos aportados en la demanda para atender o no la suspensión del acto censurado<sup>9</sup>.

La Corte Constitucional ha dicho que *“Ningún pronunciamiento de un juez dentro de un proceso, mediante una providencia judicial, constituye prejuzgamiento, falta de imparcialidad, y no puede dar lugar a recusación o impedimento, ya que implica el cumplimiento del deber de fallar o proferir decisiones judiciales.”*<sup>10</sup>

Ese primer juicio, en los términos del artículo 231 del C.P.A.C.A., solo requiere que se sustente la violación de las disposiciones invocadas y que esta surja del análisis que de ellas se haga con el acto acusado, por tanto, no se requiere demostrar i) un perjuicio irremediable, ii) que los efectos de la sentencia serían nugatorios de no adoptarse la medida cautelar o iii) que para el interés público resultaría más gravoso no adoptar la medida cautelar, en consecuencia, tampoco se exige la prestación de caución, como sí sucede en relación con las otras medidas cautelares, artículo 229 de C.P.A.C.A.

Lo expuesto hasta este punto, le permite a la Sala indicar que el juez debe emitir pronunciamientos provisionales en esta etapa sobre la legalidad del acto circunscrito sí, a las normas que se dicen violadas y a las pruebas aportadas con la demanda.

La anterior afirmación se hace por cuanto al funcionario no le es dado proponer la violación del ordenamiento frente a disposiciones que no fueron expuestas en la demanda o ejercer su función oficiosa para allegar más elementos de prueba que los aportados; pero como sí debe responder los argumentos expuestos en la solicitud, necesariamente está avocado a efectuar un análisis sobre la legalidad del acto acusado.

En esta primera etapa, entonces, la actividad del juez se ve limitada por la actuación de quien ejerce la acción.

---

<sup>9</sup> Es importante señalar que uno de los argumentos que en otros ordenamientos no dejó avanzar el entendimiento y real objeto de las medidas cautelares fue asimilar el juicio de legalidad que debe hacer el juez a un prejuzgamiento, sobre el particular autos del Tribunal Supremo Español de 9 de noviembre de 1992 y 9 de febrero de 1993.

<sup>10</sup>Corte Constitucional. Sentencia T-800 de 2006, entre otras.

Lo anterior no significa que el juez, al examinar la solicitud de suspensión no pueda contra argumentar las razones de aquella, por ejemplo, haciendo un interpretación sistemática con preceptos omitidos en la demanda y/o en la solicitud de suspensión o con otros elementos de juicio a su alcance, que permitan inferir que esta es improcedente porque la violación o vulneración del ordenamiento bajo ese examen no se advierte.

Es decir, el juez al momento de decidir sobre la suspensión está llamado a efectuar una valoración juiciosa del ordenamiento para que la decisión de suspensión no quede al arbitrio de la parte que demanda y explicar así porqué no procede la medida cautelar.

Se reitera, la decisión sobre la suspensión provisional es un juicio previo de legalidad en el que el juez tiene que motivar suficientemente las razones por las que accede o no a la medida, teniendo en cuenta las restricciones advertidas en los párrafos precedentes, en cuanto a que no puede de oficio, por ejemplo, analizar normas no anunciadas en la demanda y que podrían sustentar la suspensión o decretar pruebas con el mismo fin, pues es una carga que se impone a la parte que demanda: aportar todos los elementos de juicio que tenga en su poder para probar la vulneración del ordenamiento, aun tratándose de acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley, como ocurre con el ejercicio del medio de control de nulidad o de pretensiones con contenido electoral.

En ese contexto, es importante señalar que la suspensión provisional debe ser analizada bajo la égida de un recurso judicial y efectivo para la defensa del ordenamiento jurídico y de los derechos e intereses de los asociados que, por ende, no puede estar sujeta a interpretaciones que hagan nugatoria su efectividad a la luz de la nueva legislación que rige la materia, pues con la reforma que introdujo el legislador no cabe duda que cumplió con la obligación de consagrar medios idóneos que busca garantizar la protección de los derechos de los asociados, materializando el principio de supremacía de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Hecha la anterior aclaración, la Sección analizará los fundamentos en que se basa el demandante para solicitar la suspensión de los actos acusados.

### **2.3.2. Análisis de los argumentos en que se sustenta el primer cargo para solicitar la suspensión**

El actor señaló que la elección demandada violó los artículos 98 y 99 de la Ley 270 de 1996 que indican:

**“ARTICULO 98. DE LA DIRECCION EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACION JUDICIAL.** *La Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial es el órgano técnico y administrativo que tiene a su cargo la ejecución de las actividades administrativas de la Rama Judicial, con sujeción a las políticas y decisiones de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. El Director Ejecutivo será elegido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de tres (3) candidatos postulados por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial. De la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, dependerán las Unidades de Planeación, Recursos Humanos, Presupuesto, Informática y las demás que cree el Consejo conforme a las necesidades del servicio. El Director Ejecutivo de Administración Judicial, será el Secretario General del Consejo Superior de la Judicatura y Secretario de la Sala Administrativa del mismo. El Director tendrá un período de cuatro (4) años y sólo será removible por causales de mala conducta.*

**ARTICULO 99. DEL DIRECTOR EJECUTIVO DE ADMINISTRACION JUDICIAL.** *El Director Ejecutivo de Administración Judicial deberá tener título profesional, maestría en ciencias económicas, financieras o administrativas y experiencia no inferior a cinco años en dichos campos. Su categoría, prerrogativas y remuneración serán las mismas de los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura (...).”*

En los términos de la demanda, si uno de los integrantes de la terna presenta alguna inhabilidad, incompatibilidad o impedimento legal para ser nombrado en el cargo, la terna se desintegra. Por tanto, cuando la candidata Liliana María Hurtado Londoño renunció a la terna que se conformó en virtud del Acuerdo 019 de diciembre de 2012, aquella debía reintegrarse, dice la demanda, con quienes habían participado en la convocatoria de 25 de septiembre de 2012 que dio origen a la terna, y no volver a realizar una nueva convocatoria para llenar la que dejó Hurtado Londoño, por ser contrario a los derechos de quienes habían participado en la primera convocatoria, en especial de lo que algunos han denominado el “derecho de prelación.”<sup>11</sup>

Esta Sala advierte que el análisis de este argumento en el que se fundamenta la suspensión provisional de los actos acusados debe comenzar con señalar que

---

<sup>11</sup> Para el efecto hizo alusión a la aclaración de voto de los Doctores Jorge Iván Palacio Palacio y María Victoria Calle Correa de la sentencia SU 339 de 2011 el cual hace referencia al derecho de prelación que le asiste a quienes han participado en una primera convocatoria y reúnan los requisitos de ley para integrar la terna.

esta Corporación, al igual que la Corte Constitucional, en diferentes oportunidades se ha pronunciado respecto a la elaboración y desintegración de ternas. Posturas que no permiten inferir que exista una única opción, como lo pretende hacer ver el actor.

En efecto, en sentencia de 14 de septiembre de 2001<sup>12</sup> esta Sección al estudiar la demanda de nulidad del acto de elección del Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra determinó que *“las ternas se perfeccionan en cuanto son expedidas por la autoridad correspondiente, pues no requieren de la aceptación de los candidatos, y por lo mismo su renuncia es inane”*.

Por su parte, la Sala Plena de esta Corporación, en providencia de 6 de marzo de 2012<sup>13</sup> en relación con la legalidad de los actos de elección y confirmación de la Fiscal General de la Nación, dispuso:

*“La Sala no desconoce que, eventualmente, pueden presentarse situaciones (particulares y/o excepcionales) que ameriten la sustitución de la terna y que, para garantizar la viabilidad de la elección del Fiscal General, posibiliten su cambio; tal y como acontece en los siguientes eventos: a). **Que alguno, algunos o todos los ternados renuncien a su postulación.** En este caso, el Presidente de la República debe recomponer la terna, sustituyendo a quien (es) renunció (aron), por otro (s) candidato (s). b). El deceso de algún (os) aspirante (s) a ser elegido (s) Fiscal, situación en la que, como es lógico, el Primer Mandatario queda habilitado para recomponer la terna. c). La inhabilidad (previa o sobreviniente) de algún (os) candidato (s), evento en el cual, por respeto a las disposiciones sobre inhabilidades y a los principios de deben regir la función pública, se deriva la facultad de recomponer la terna. d). Una situación excepcional que se encuentre debidamente probada y que amerite el cambio de la terna, en aras de la protección al interés general; caso en el cual el Primer Mandatario del Estado, debe exponer de manera clara y completa, las razones que motivan la decisión de sustituir la terna, sin que de ninguna manera puedan admitirse justificaciones arbitrarias o puramente subjetivas (...) (Negrillas de la Sala).*

Esta misma providencia explicó que los candidatos ternados ostentan una simple o mera expectativa a ser designados, sin que fuera válido sostener que para cambiar de candidatos, fuera necesario obtener el consentimiento expreso de cada uno de ellos.

Ahora bien, en sentencia SU-339 de 2011<sup>14</sup> la Corte Constitucional adujo que por las particularidades del procedimiento para nombrar DEAJ, el cual no había sido

<sup>12</sup> Radicado No. 2001-0012 M.P: Mario Alario Méndez.

<sup>13</sup> Radicación No. 2011-00003. M.P: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

previsto como un concurso de méritos, no había un derecho subjetivo de quienes participan en el procedimiento de selección a ser incluidos en la terna elaborada por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial.

Igualmente, que ese proceso, permitía actuar dentro de un margen de discrecionalidad en la nominación y en la selección de quien había de ocupar ese cargo, lo que permitía aplicar criterios de conveniencia y de oportunidad

Indicó que quienes participan en la convocatoria no tenían derecho subjetivo a ser nombrado DEAJ a pesar de reunir los requisitos establecidos en la ley, pues la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ostenta un margen discrecional para evaluar a los distintos candidatos y elegir aquél que considere más idóneo para el cargo.

Adujo que a pesar de que ninguno de los aspirantes puede alegar ser titular de un derecho subjetivo a ser nominado DEAJ, todos los que reúnan los requisitos tienen derecho a que el proceso de selección culmine y que el cargo público sea provisto.

De igual manera, expresó que la nueva terna puede ser integrada con quienes **participaron en la primera convocatoria o incluso puede abrirse una nueva convocatoria para efectos de confeccionarla<sup>15</sup>.**

Concluido el anterior recuento jurisprudencial y teniendo en cuenta la situación fáctica planteada por el demandante, para la Sala no se dan los supuestos para ordenar la suspensión de los actos acusados en el presente caso, pues la violación de los derechos y de las normas de la Ley 270 de 1996 no resultan tan

---

<sup>14</sup> Acción de tutela instaurada por Juan Carlos Abuabara Eljadue contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial y la Unidad de Administración de la carrera judicial del Consejo Superior de la Judicatura. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto. 4 de mayo 2011.

<sup>15</sup> En aclaración de voto de la anterior providencia realizada por los Doctores Jorge Iván Palacio Palacio y María Victoria Calle Correa indican que no están de acuerdo con los "obiter dicta" de la providencia porque: *"Es cierto que las autoridades que tienen que seguir adelante con el proceso de selección del Director Ejecutivo en cuestión deben tener en cuenta que 'ni el demandante ni quienes participaron en el proceso de selección tiene un derecho subjetivo a que la Comisión Interinstitucional los incluya en la terna de la cual debe elegir la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura', tal y como lo señaló la Corte Constitucional. Pero ello no quiere decir, por ejemplo, que las personas que ya venían participando en el proceso no tengan una prelación sobre quienes entrarían a participar"*.

claras como lo plantea el demandante, por tanto, la Sección deberá analizar la situación que se acusa y adoptar una postura que defina el presente asunto, lo que se hará en la respectiva sentencia.

Además, en este momento procesal y de las pruebas relacionadas en la demanda no existe certeza sobre la vulneración que se aduce y sobre cuál de las interpretaciones que existen sobre el tema propuesto debe ser la que prime en el caso de la referencia, razón por la que no es posible acceder a la solicitud de suspensión provisional.

En conclusión, de las normas que señala el accionante como vulneradas no es posible inferir que: i) inequívocamente que los participantes de la primera convocatoria tengan derechos adquiridos o prevalencia con respecto a los de la segunda convocatoria; ii) no se puede realizar una nueva convocatoria; iii) no se pueda ternar a un aspirante que hizo parte de una segunda convocatoria; iv) la terna se debe recomponer con un participante de la primera convocatoria, etc.

#### **2.3.2.2. Análisis de los argumentos en que se sustenta el segundo cargo para solicitar la suspensión**

Este cargo se fundamenta en la violación de los artículos 1, 4, 13, 25, 29, 40, 83 y 209 de la Constitución Política.

A juicio del demandante, la accionada estaría inhabilitada para cumplir con el periodo de 4 años para ejercer el cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial, porque tendría que renunciar el 22 de diciembre de 2014, fecha en la que cumpliría 65 años, es decir, por llegar a la edad de retiro forzoso.

Adujo el accionante que el nombramiento de la demandada implicaría iniciar nuevamente y en breve lapso el proceso de selección de su reemplazo con el consecuente desgaste administrativo por lo complejo y lo dispendioso del trámite; hecho contrario a los principios de economía y eficacia, pues se tendría que realizar una nueva convocatoria y *“se mejoraría la pensión de jubilación”* de la demandada.

El demandante trajo a colación la situación ocurrida con el candidato Bolaños Bolaños integrante de la terna para escoger DEAJ en el año 2010, y quien estaba próximo a cumplir la edad de retiro forzoso; hecho que llevó a la Sala Administrativa, del Consejo Superior de la Judicatura a señalar que no era

aconsejable la elección porque estaba próximo a la edad de retiro forzoso, razón por la que devolvió la terna a la Comisión Interinstitucional.

Advierte la Sala que, en principio, de las normas analizadas y de lo afirmado en la demanda no se evidencia que la proximidad a la edad de retiro forzoso sea una causal de inhabilidad o que en sí misma impida la elección o designación de un ciudadano para el ejercicio de funciones públicas.

Así mismo, se advierte que la posible inhabilidad sobreviniente en la que podría estar incurso la accionada como también el supuesto desgaste en que podría incurrir la administración no son razones lo suficientemente válidas, para decretar la suspensión provisional, pues como se explicó anteriormente, no existe una disposición que así lo indique.

Lo anterior significa que debe prevalecer la presunción de legalidad que revisten a los actos demandados y, en consecuencia, no puede prosperar la solicitud de suspensión provisional con fundamento en los artículos citados en la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO. ADMITASE** la demanda electoral instaurada contra la elección de Celinea Oróstegui de Jiménez como Directora Ejecutiva de Administración Judicial.

**SEGUNDO. NOTIFIQUESE** personalmente a Celinea Oróstegui de Jiménez, Directora Ejecutiva de Administración Judicial, atendiendo a las reglas establecidas en el numeral 1 del artículo 277 del C.P.A.C.A.

**TERCERO: NOTIFIQUESE** personalmente al presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en la forma prevista en el numeral 2 del artículo 277 del C.P.A.C.A.

**CUARTO: NOTIFIQUESE** personalmente al Ministerio Público.

**QUINTO: NOTIFIQUESE** por estado al actor.

**SEXTO: INFORMESE** a la comunidad sobre la existencia de este proceso por la página web del Consejo de Estado, de conformidad con el numeral 5 del artículo 277 del CPACA.

**SEPTIMO: NIEGASE** la solicitud de suspensión provisional de la elección demandada.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

**SUSANA BUITRAGO VALENCIA**

**Presidenta**

**LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**