

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero Ponente: MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá, D. C., ocho (8) de agosto de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 190012331000200401686 01

Radicación interna No. 2004 - 1686

Actor: Edna Ipia Pardo

Demandado: Jairo Muelas Pechene y otros.

Auto

En la oportunidad para decidir el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca el 18 de diciembre de 2007 mediante la cual declaró probada la excepción de caducidad, se advierte que el Consejo de Estado carece de competencia funcional para decidir en segunda instancia el presente proceso y procede a declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio del recurso de apelación.

1. ANTECEDENTES.-

1.1. El 2 de agosto de 2004 la señora Edna Ipia Pardo, en ejercicio de la “**acción de nulidad**”, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Cauca **con el objeto de que se declare la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales el Alcalde del Municipio de Morales, Departamento del Cauca, nombró a los docentes Elizabeth Grijalba Grijalba, Ana Rubiela Sandoval Quilindo, Luis Alberto Sánchez y Fair Muelas Pechene; se suspendiera del servicio a los referidos docentes y se declararan vacantes sus cargos.**

1.2. El Tribunal Administrativo del Cauca admitió la demanda por auto de 16 de diciembre de 2004 y ordenó impartirle el procedimiento ordinario previsto en el artículo 207 del C. C. A.

1.3. En sentencia de 18 de diciembre de 2007 el Tribunal consideró que la acción ejercida por la demandante fue la de **nulidad electoral**, aunque ésta de manera errada invocó la de **simple nulidad**, y **como advirtió que se presentó la demanda cuando había vencido el término de caducidad de la acción de nulidad electoral previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, procedió a declararla.**

1.4. El 17 de enero de 2008 la demandante apeló la sentencia, insistió que la acción incoada es la de **simple nulidad**, razón por la cual no le sería aplicable el término de caducidad de la acción de nulidad electoral (fls. 161 y 162, y 164 a 169).

1.5. Por auto de 5 de junio de 2008 este despacho admitió el recurso de apelación con las siguientes consideraciones:

*“... para la fecha en que se presentó la demanda -2 de agosto de 2004- la competencia para conocer de los procesos de nulidad de las elecciones o nombramientos hechos por cualquier autoridad o funcionario del orden municipal cuando el municipio no fuera capital de departamento pero su presupuesto anual excediera de \$737.920.000, estaba asignada a los Tribunales Administrativos en primera instancia y al Consejo de Estado en segunda –artículos 132, numeral 4 y 129, numeral 1, del C.C.A¹-. Si bien para la fecha en que se interpuso el recurso de apelación estaban vigentes las normas de la Ley 446 de 1998 que modificaron esas reglas de competencia y asignaron a los jueces administrativos la competencia para conocer de esos procesos en primera instancia y a los Tribunales Administrativos en segunda – artículos 134B, numeral 9, 132, numeral 8 y 133, numeral 1-, lo evidente es que se conservó la competencia inicial **toda vez que el caso no encuentra cabida dentro de ninguna de las situaciones previstas en el artículo 164 de la citada ley porque conservó la doble instancia.**”*
(Negrillas fuera del texto).

1.6. El Agente del Ministerio Público manifestó en su concepto que la acción incoada es la de simple nulidad porque se ejerció con el objeto de proteger el orden jurídico en abstracto respecto de un acto de contenido particular y concreto, y solicitó que se remitiera el proceso a la Sección Segunda a quien consideró competente para decidir de fondo en segunda instancia.

2. CONSIDERACIONES

¹ Antes de la reforma de la Ley 443 de 1998.

El recurso en estudio plantea dos problemas, el primero establecer la naturaleza de la acción ejercida y el segundo, determinar la competencia para conocer del recurso de apelación contra la sentencia de instancia.

2.1. Cuando la demanda está dirigida a impetrar la nulidad de actos administrativos que declaran elecciones o efectúan nombramientos; la ley establece en forma obligatoria acudir a la acción de nulidad especial de carácter electoral (Capítulo IV, Título XXVI del C.C.A), que es una especie de la acción de simple nulidad (artículo 84 *Ibíd*em).

El inciso 2° del numeral 9° del artículo 134 B del Código Contencioso Administrativo, al señalar la competencia de los jueces administrativos en primera instancia por razón de la naturaleza de la acción dispone que: “... *los relativos a la acción de nulidad electoral que se promuevan con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por las Corporaciones o funcionarios de que trata el inciso anterior o por cualquier organismo o servidor de los citados municipios.*”; en similares términos el inciso 2° del artículo 132 *Ibíd*em cuando determinó la competencia de los tribunales administrativos en primera instancia dispuso: “*Igualmente de los relativos a la acción de nulidad electoral que se promuevan con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por estas corporaciones o funcionarios de que trata el inciso anterior o por cualquier organismo o servidor de los departamentos, de los citados municipios o del Distrito Capital.*” (Negrillas y subrayas fuera del texto).

El Código Contencioso Administrativo se ocupó de regular de manera especial la acción de nulidad electoral; así, el numeral 12 del artículo 136 le fijó un término de caducidad de 20 días, y los artículos 223 y siguientes establecieron un procedimiento especial; en forma particular respecto del auto admisorio de la demanda el numeral 3° del artículo 233 ordenó que: “*Si se trata de nombrado o elegido por junta, consejo o entidad colegiada, se dispondrá notificarle personalmente el auto admisorio de la demanda. (...).*” (Negrillas y subrayas fuera del texto).

La razón de las anteriores disposiciones obedece a que en nuestro Estado Social de Derecho para garantizar la seguridad jurídica de las personas nombradas o elegidas, el legislador fijó un término para la acción y un procedimiento expedito con el objeto de que su situación jurídica no quede indefinida en el tiempo pendiente de acciones en las que se discutan sus derechos.

Respecto de la acción procedente para solicitar la nulidad de un acto administrativo de nombramiento, la Sección Quinta en forma reiterada sostiene:

“(...) Se trata entonces de un acto administrativo particular de nombramiento. Definido en la forma expuesta el acto administrativo atacado, resulta obvio que de ninguna manera podía ser, objeto de acción pública de simple nulidad, porque, como lo ha precisado esta Corporación en numerosos pronunciamientos, es la ley la que señala la clase de acción y el procedimiento pertinente para demandar las decisiones de la administración y no los meros motivos que tenga el particular para demandarlos. En este caso, entonces, la acción de simple nulidad escogida por el actor es improcedente. Dado el contenido del acto, que lo constituye la provisión de cargo, sí era susceptible de control jurisdiccional por vía de acción pública de nulidad electoral, que podía interponer cualquier persona, sin necesidad de demostrar un interés particular, como lo prevé el artículo 227 del C.C.A.”²

“En relación con la acción contencioso administrativa procedente contra los actos de nombramiento ha sido reiterada la posición de la Sala en el sentido de que por tratarse de un acto de contenido particular y concreto, y también de naturaleza electoral, es susceptible de enjuiciamiento por medio de la acción de nulidad en su modalidad electoral que se caracteriza porque la ley la consagró para esa clase de actos y fijó un término para su ejercicio; así se desprende de lo previsto, entre otras normas, en los artículos 128.3, 132.8, 134B.9, 136.12, 233.3 y 238.1 del Código Contencioso Administrativo.”³ (Negrillas fuera del texto).

Como la naturaleza de la acción no está al arbitrio del demandante, no es viable demandar la **nulidad de nombramientos** invocando la acción de simple nulidad como lo sugiere la actora y el agente del Ministerio Público, habida cuenta de que **la acción idónea para formular estas pretensiones es la de nulidad electoral.**

2.2. Sobre la competencia para el conocimiento del recurso de apelación del proceso en estudio, se considera oportuno hacer las siguientes precisiones:

2.2.1. La demanda que dio origen al proceso fue presentada el **3 de agosto de 2004** (f. 34), fecha en la cual estaba en vigencia el parágrafo del artículo 164 de la Ley 446 de 1998 que establecía: *“mientras entran a operar los Juzgados Administrativos continuarán aplicándose las normas de competencia vigentes a la sanción de la presente ley”*.⁴

² Sentencia de 25 de mayo de 2001, expediente 2000-2467.

³ Sentencia de 24 de abril de 2003, expediente 2001-4694.

⁴ Es decir, entraron a regir a partir del 1º de agosto de 2006, fecha en que, conforme a lo ordenado en el artículo segundo del Acuerdo número 3409 del 9 de mayo de ese año del Consejo Superior de la Judicatura, entraron a operar los juzgados administrativos.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998 regían las siguientes normas: **a) El artículo 129, numeral 1º, del C. C. A.**, modificado por el Decreto 597 de 1988, que asignaba al Consejo de Estado la competencia para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos; **b) el artículo 132, numeral 4º, ibídem**, que asignaba a los tribunales administrativos la competencia para conocer en primera instancia de los procesos de nulidad de las elecciones o nombramientos efectuados por cualquier autoridad o funcionario del orden municipal cuando no fueran de única instancia, y **c) el artículo 131, numeral 3º, ibídem**, que asignaba a los tribunales la competencia para conocer de los referidos procesos en única instancia cuando el municipio no fuera capital de departamento o su presupuesto anual no excediera de \$50.000.000, suma reajustada cada dos años en la forma prevista en el artículo 265 del C. C. A., en armonía con el artículo 4º del Decreto 597 de 1988.

De acuerdo con lo expuesto, **la regla aplicable en el momento de la presentación de la demanda era el numeral 4º del artículo 132 del C. C. A.**, de acuerdo con el cual **la competencia correspondía en primera instancia al Tribunal Administrativo del Cauca** dado que el presupuesto del Municipio de Morales excedía el monto previsto en el numeral 3º del artículo 131, tal como consta a folios 196 y 197.

2.2.2. Sin embargo, antes de la vigencia de la Ley 446 de 1998 se expidió la Ley 954 de 27 de abril de 2005, *“Por medio de la cual **se modifican**, adicionan y derogan **algunos artículos de la Ley 446 de 1998** y del Código Contencioso Administrativo, y se dictan otras disposiciones sobre competencia, descongestión, eficiencia y acceso a la administración de justicia”*, que adecuó temporalmente las competencias previstas en la Ley 446 de 1998 hasta que entraran a operar los juzgados administrativos, así:

"ARTÍCULO 1º. (...)

Los Tribunales Administrativos conocerán en única instancia de los procesos cuyas cuantías sean hasta de 100, 300, 500 y 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes previstas en el artículo 42, según el caso, y en primera instancia cuando la cuantía exceda de los montos. **Asimismo, en única instancia del recurso previsto en los artículos 21 y 24 de la Ley 57 de 1985, en los casos de los municipios y distritos y de los procesos descritos en el numeral 9 del artículo 134b adicionado por esta ley, salvo los relativos a la acción de nulidad electoral de los alcaldes de municipios que no sean capital de departamento, que serán revisados (sic) en primera instancia**".
(Negrillas y subrayas fuera del texto).

Se advierte que, con la salvedad de los procesos electorales de los alcaldes de municipios que no sean capital de departamento, la norma transcrita **convirtió en procesos de única instancia los demás procesos de nulidad electoral señalados en el numeral 9° del artículo 134B, entre ellos los relacionados con nombramientos efectuados por cualquier autoridad de los municipios que no fueran capital de departamento, como son los nombramientos de docentes del Municipio de Morales acusados en este proceso.**

Quiere decir lo anterior que **el asunto en estudio si bien tenía dos instancias al momento de su iniciación, por mandato de esta norma y de manera transitoria se convirtió en un proceso de única instancia ante el tribunal desde el 28 de abril de 2005,** fecha en que entró en vigencia la Ley 954 de 2005.⁵

2.2.3. Posteriormente, el 1° de agosto de 2006 entraron en funcionamiento los juzgados administrativos, y como la Ley 954 de 2005 estableció en el párrafo del artículo 1° que “*Las normas de competencia previstas en esta ley se aplicarán, mientras entran a operar los Juzgados Administrativos*”, dejaron de regir las normas transitorias de esta ley y entraron en plena vigencia las normas sobre competencias previstas en la Ley 446 de 1998, de acuerdo con las cuales **el asunto que ocupa la atención se tornó de nuevo en un proceso de doble instancia, la primera de las cuales corresponde al juez administrativo con jurisdicción sobre el Municipio de Morales y la segunda al Tribunal Administrativo del Cauca.**

Los artículos de la Ley 446 de 1998 en que se fundan las anteriores afirmaciones son las siguientes:

“ARTÍCULO 42. Competencia de los jueces administrativos. Adiciónase el Título 14 del Libro 3° del Código Contencioso Administrativo con un Capítulo III del siguiente tenor:

(...)

ARTÍCULO 134-B. COMPETENCIA DE LOS JUECES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA.- Los Jueces Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

⁵ Publicada en el Diario Oficial No. 45.893

(...).

9. De los relativos a la acción de nulidad electoral de los Alcaldes y miembros de los Concejos de los **municipios que no sean Capital de Departamento**, como también de los miembros de las Juntas Administradoras Locales de cualquier Municipio y demás elecciones celebradas dentro del respectivo territorio municipal.

*Igualmente **de los relativos a la acción de nulidad electoral que se promuevan con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por las Corporaciones o funcionarios de que trata el inciso anterior o por cualquier organismo o servidor de los citados municipios.*** (Negritillas y subrayas fuera del texto)

El Municipio de Morales, como se sabe, no es capital de Departamento, ni su población supera los 70.000 habitantes de conformidad con la certificación expedida por el DANE que obra a folio 192⁶; en consecuencia, el conocimiento de los procesos de nulidad electoral contra nombramientos efectuados por sus autoridades corresponde al juez administrativo en primera instancia.

En segunda instancia conoce de dichos procesos el Tribunal Administrativo del Cauca puesto que el artículo 41 de la Ley 446 de 1998 que modificó el artículo 133 del C. C. A., señala que **“Los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia: 1. De las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos...”**.

2.2.4. La Ley 446 de 1998 ordenó en el inciso 3^o del artículo 164 que **“Los procesos en curso que eran de única instancia ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales y que quedaren de doble instancia se deberán enviar en el estado en que se encuentren al competente, según esta ley, salvo que hayan entrado al despacho para sentencia....”**

El 1^o de agosto de 2006 entraron a operar los juzgados administrativos y para esa fecha el proceso no había entrado al Despacho para sentencia,⁷ por lo cual debió remitirse a los juzgados administrativos para que se proferiera fallo de primera instancia, tal como lo ordena el inciso 3^o artículo 164 de la Ley 446 de 1998.

⁶ Oficio No. 151-6719 de 21 de mayo de 2008 expedido por la Coordinadora del Grupo Banco de Datos del DANE

⁷ Según constancia Secretarial que obra al reverso del folio 148, el proceso entró al Despacho para fallo el 11 de agosto de 2006.

Del análisis anterior se establece que el conocimiento del recurso de apelación en el proceso de la referencia no corresponde al Consejo de Estado en segunda instancia.

2.3. Nulidad de lo actuado en segunda instancia.

El artículo 140-2 del C. de P. C., aplicable al proceso contencioso administrativo por remisión normativa autorizada por el artículo 267 del C.C.A., establece que el proceso es nulo en todo o en parte “**cuando el juez carece de competencia**”, y el inciso final del artículo 144 ibídem establece que “**no podrán sanearse las nulidades de que tratan las nulidades 3 y 4 del artículo 140, ni la proveniente de falta de jurisdicción o de competencia funcional**”.

El artículo 145 ibídem señala que en cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe.

En vista de que el Consejo de Estado carece de competencia funcional para decidir en segunda instancia el presente proceso y que dicha circunstancia constituye una nulidad insaneable, se procederá a declararla en todo lo actuado en esta Corporación.

Por lo expuesto se:

R E S U E L V E :

- 1°. Declárese la nulidad de todo lo actuado en la segunda instancia, incluido el auto de 5 de junio de 2008, mediante el cual se admitió el recurso de apelación interpuesto por la demandante.
- 2°. En consecuencia, por carencia de competencia funcional se rechaza el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia dictada el 18 de diciembre de 2007 por el Tribunal Administrativo del Cauca.
- 3°. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MAURICIO TORRES CUERVO
Consejero de Estado