



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Magistrada Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 68001-23-33-000-2021-00789-01
Demandante: AUDREY ROBAYO SÁNCHEZ
Demandadas: ADELA BAYONA VILLAMIZAR Y OTRAS¹, COMO REPRESENTANTES ANTE EL CONSEJO CONSULTIVO DE MUJERES DE SANTANDER, PERIODO 2021-2023
Tema: Imposibilidad de un pronunciamiento judicial luego de la declaratoria de incompetencia por el factor funcional

AUTO QUE DECLARA LA ABSTENCIÓN PARA PROFERIR DECISIÓN Y REMITE AL COMPETENTE

Procede quien sustancia a pronunciarse respecto de la apelación propuesta por el departamento de Santander contra el auto del 21 de junio de 2022, por medio del cual el Tribunal Administrativo de esa jurisdicción territorial decretó la suspensión provisional de los efectos de uno de los actos demandados.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda

1. La señora Audrey Robayo Sánchez formuló, el 5 de noviembre de 2021, demanda de nulidad electoral contra los actos de designación de las representantes ante el Consejo Consultivo de Mujeres de Santander, periodo 2021-2024², contenidos en las Resoluciones Nos. 14881 del 15 de septiembre de 2021 y 17235 del 11 de octubre del mismo año.

1.2. Hechos

2. La parte actora los narró, en síntesis, así:

3. El 10 de agosto de 2009, la Asamblea de Santander dictó la Ordenanza No. 032, a través de la cual creó y estructuró el Consejo Consultivo, como un mecanismo de interlocución y coordinación entre las organizaciones de mujeres de Santander y la administración departamental, conformado por 28 integrantes.

4. En el artículo 8 de esta ordenanza se estableció que la selección de sus miembros se *“...realizaría mediante amplia convocatoria de sectores, grupos y organizaciones de mujeres, elegidas en Asamblea General en forma autónoma.”*

¹ Señoras Elda María Domínguez Malagón, Carmen Leonor Ibarra Santos, Carolina Andrade Porras, Ángela Velásquez Porras, Luz Dary Bermúdez Anaya, Lilian Santos Martínez, Lucila Franco Castillo, Carmen Rosa Dulcey Parra, Sorangela Chacón, Silvia Jimena Rodríguez Pérez, Smith Jaimes Guerrero, Milva Ortiz de Silva, Carmenza Blanco Meza, Elsi Mosquera Rodríguez, Nidia Edith Moreno Barbosa, Ivonne Consuelo González, Alba Lucía Mantilla García, Consuelo Herrera Salazar, Dora Isabel Murcia Sánchez, Miyith Luseth Díaz Beltrán.

² El artículo 12 del Decreto No. 390 de 2021 prescribe que el periodo de las representantes será de 3 años contados a partir de la fecha de su instalación.

5. Este método de designación de las representantes ante el Consejo Consultivo de Mujeres fue replicado en el artículo 5 del Decreto No. 037 del 5 de mayo de 2010, por medio del cual el gobernador de Santander definió el reglamento de funcionamiento de esa autoridad.

6. El 2 de agosto de 2019, la Asamblea de Santander profirió la Ordenanza No. 028, con la que autorizó al gobernador a crear la Secretaría de la Mujer y Equidad de Género en ese departamento.

7. Apoyado en ese permiso, el 19 de agosto de 2021, el gobernador expidió el Decreto No. 390, mediante el cual modificó el mecanismo de elección de las integrantes del Consejo Consultivo, prescribiendo que el 50% de ellas serían designadas directamente por el gobernador de Santander.

8. Con base en estas alteraciones, el 15 de septiembre de 2021, el gobernador expidió la Resolución No. 14881, a través de la cual seleccionó a sus representantes ante el Consejo Consultivo de Mujeres, periodo 2021-2023.

9. El 11 de octubre de 2021, las diferentes organizaciones de mujeres ubicadas en el departamento de Santander eligieron mediante sufragio a las demás integrantes del Consejo, periodo 2021-2023.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

10. La demandante acusó los actos de designación de las representantes ante el Consejo Consultivo de Mujeres de Santander de infringir el ordinal 9 del artículo 300 de la Constitución Política de 1991, que prescribe:

*“Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas: (...) 9. Autorizar al Gobernador del Departamento para (...) ejercer, **pro tempore, precisas funciones** de las que corresponden a las Asambleas Departamentales.”*

11. Ello, por cuanto, la selección de las integrantes tuvo como fundamento las modificaciones normativas operadas al mecanismo para su escogencia por parte del Decreto No. 390 del 19 de agosto de 2021, que eran ilegales, ya que:

- El Decreto No. 390 de 2021 había excedido las autorizaciones dadas al gobernador por la Asamblea de Santander en la Ordenanza No. 028 del 2 de agosto de 2019, en la que se lo había facultado para crear la Secretaría de la Mujer en el departamento, pero no para cambiar el régimen de designación de las representantes ante el Consejo Consultivo de Mujeres.
- La Ordenanza No. 028 del 2 de agosto de 2019 –base para la expedición del Decreto No. 390 de 2021– no contempló el periodo preciso en el que el gobernador podía utilizar las facultades extraordinarias allí concedidas, a la manera como lo señalaba el artículo 300.9 de la Carta Política de 1991.

1.4. Auto apelado

12. Con auto del 21 de junio de 2022, el Tribunal Administrativo de Santander suspendió provisionalmente los efectos de la Resolución No. 14881, por medio de la cual el gobernador del departamento había nombrado a algunas de las representantes ante el Consejo Consultivo de la Mujer, periodo 2021-2023.

13. Para sustentar su decisión, el *a quo* consideró que, como lo afirmaba la accionante, el gobernador de Santander alteró el método de elección de las integrantes del organismo sin tener competencia para ello, toda vez que la Ordenanza No. 028 del 2 de agosto de 2019 –acto sobre el cual se había soportado el Decreto No. 390 de 2021, modificadorio de las reglas de selección– lo había autorizado para crear la Secretaría departamental de la Mujer, pero no para transformar las reglas de su elección.

1.5. Recurso de apelación

14. El 28 de junio de 2022, el departamento de Santander formuló recurso de apelación contra la decisión suspensiva del Tribunal, manifestando, principalmente, que en la demanda la solicitud de medida cautelar no disponía de argumentos que la hubieren sustentado, razón por la que el juez de primer grado debió haberla denegado.

15. Mediante providencia del 18 de agosto de 2022, el Tribunal Administrativo de Santander, concedió el recurso de apelación.

1.6. Auto con el que se declara la falta de competencia del Tribunal

16. El 25 de agosto de 2022, el Tribunal Administrativo de Santander profirió decisión con la que declaró su falta de competencia para conocer en primera instancia del proceso de nulidad electoral seguido contra los actos de designación de las representantes ante el Consejo Consultivo de Mujeres de Santander, periodo 2021-2023.

17. En ese sentido, explicó que:

17.1. Teniendo en cuenta que la demanda había sido radicada³ con anterioridad a la entrada en vigencia de las modificaciones contenidas en la Ley 2080 de 2021⁴, la competencia del asunto debía regirse por las disposiciones originales de la Ley 1437 de 2011.

17.2. Precisado ello, el artículo 152, numerales 8 y 9⁵, de la Ley 1437 de 2011 preveía la competencia de los tribunales administrativos, en primera instancia, en relación con el medio de control de nulidad electoral.

17.3 De la norma mencionada, se desprendía que los tribunales administrativos conocían, en vigor de la Ley 1437 de 2011 en su versión primigenia, de las demandas de nulidad electoral propuestas contra los actos de elección del contralor departamental, diputados, concejales, así como contra los actos de

³ El 5 de noviembre de 2021.

⁴ De acuerdo con el artículo 86 de la Ley 2080 de 2021 prescribió que las alteraciones a las competencias de los juzgados, tribunales y Consejo de Estado entraría a regir tan solo un (1) año después a la publicación de dicha norma, ocurrida el 25 de enero de 2021. Por ello, dichas modificaciones a la competencia solo pueden predicarse respecto de las demandas presentadas con posterioridad al 25 de enero de 2022. En el caso particular, la demanda de nulidad electoral incoada contra las representantes ante el Consejo Consultivo de Mujeres de Santander lo fue el 5 de noviembre de 2021, por lo que aplicaba la Ley 1437 de 2011 en su versión original.

⁵ Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 8. De la nulidad del acto de elección de contralor departamental, de los diputados a las asambleas departamentales; de concejales del Distrito Capital de Bogotá; de los alcaldes, personeros, contralores municipales y miembros de corporaciones públicas de los municipios y distritos y demás autoridades municipales con setenta mil (70.000) o más habitantes, o que sean capital de departamento. // 9. “De la nulidad del acto de nombramiento de los empleados públicos del nivel directivo o su equivalente efectuado por autoridades del orden nacional y por las autoridades Distritales, Departamentales o Municipales, en municipios con más de setenta mil (70.000) habitantes o que sean capital de departamento.”



nombramiento de empleados del nivel directivo o su equivalente, expedidos por las autoridades nacionales o departamentales.

17.4. En el caso particular, la demanda dirigida contra los actos de designación de las integrantes del Consejo Consultivo de Santander no se subsumía en ninguna de las situaciones enlistadas⁶, motivo por el que, en el *sub judice*, la competencia en primera instancia correspondía a los juzgados administrativos, al amparo de lo normado en el numeral 9 del artículo 155⁷ de la Ley 1437 de 2011, que prescribía que los juzgados tramitaban y decidían, en ese nivel, las demandas electorales interpuestas contra los actos de elección, distintos a los de voto popular, que no tuvieran asignada otra competencia, como ocurría aquí.

17.5. Finalmente, el Tribunal destacó que contra el acto de designación de las integrantes del Consejo Consultivo de Mujeres de Santander había sido incoada otra demanda electoral⁸ que, para ese momento, era conocida, en primera instancia, por el Juzgado Noveno Administrativo de Bucaramanga.

17.6. En ese orden, el presente proceso fue remitido a esa Judicatura.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Competencia

18. A la luz de las previsiones del numeral 3⁰⁹ del artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021, quien sustancia es competente para proferir las providencias interlocutorias en el curso de cualquiera de las instancias, cuando su expedición no corresponda a las salas, secciones y subsecciones de los órganos colegiados que forman parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

19. En el caso particular, la decisión que se adoptará será la de abstenerse de decidir el recurso de apelación propuesto contra el auto del 21 de junio de 2022 para evitar una nulidad procesal en el trámite que se adelanta contra los actos de designación de las representantes ante el Consejo Consultivo de Mujeres de Santander, periodo 2021-2023, con fundamento en las previsiones del artículo 16 de la Ley 1564¹⁰ de 2012; decisión que no ha sido asignada por el estatuto procesal que rige esta materia¹¹ a los jueces colegiados, constituidos en salas, secciones y subsecciones; por lo que la competencia reside entonces en el magistrado ponente de la causa.

2.2. Problema jurídico

20. Del contexto descrito en los antecedentes de este proveído, se deriva un interrogante jurídico, a saber:

⁶ No se trataba del acto de designación de un contralor, diputado, concejal, personero o del acto de nombramiento de un servidor del nivel directivo o su equivalente.”

⁷ “Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 9. De la nulidad de los actos de elección, distintos de los de voto popular, que no tengan asignada otra competencia y de actos de nombramiento efectuados por autoridades del orden municipal, en municipios con menos de setenta mil (70.000) habitantes que no sean capital de departamento. El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas – DANE –.”

⁸ 68001-23-33-000-2021-00788-01.

⁹ “3. Será competencia del magistrado ponente dictar las demás providencias interlocutorias y de sustanciación en el curso de cualquier instancia, incluida la que resuelva el recurso de queja.”

¹⁰ Código General del Proceso.

¹¹ Ley 1437 de 2011.

- Si tras la declaratoria de falta de competencia del Tribunal Administrativo de Santander para sustanciar este proceso en primera instancia, la Sección Quinta del Consejo de Estado se encuentra habilitada para resolver el recurso de apelación que, previo a ese suceso, había sido concedido por el a quo en el marco del debate judicial surgido en torno de la medida cautelar deprecada por la demandante.

2.3. Caso concreto

21. Frente a la declaratoria de la falta de jurisdicción o competencia, el artículo 16 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso –aplicable en los procesos contencioso–administrativos por mandato expreso del artículo 306¹² de la Ley 1437 de 2011 y, por consiguiente, en los trámites electorales¹³– prevé:

“Prorrogabilidad e improrrogabilidad de la jurisdicción y competencia. La jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables. Cuando se declare, de oficio o a petición de parte, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula, y el proceso se enviará de inmediato al juez competente. Lo actuado con posterioridad a la declaratoria de falta de jurisdicción o de competencia será nulo.”¹⁴ (Negrillas fuera de texto)

22. De la disposición reproducida, se colige la existencia de, entre otros mandatos¹⁵, aquel que pregona la imposibilidad de proferir pronunciamientos judiciales “...con posterioridad a la declaratoria de falta de jurisdicción o de competencia”; estableciendo, en caso de desconocimiento, la nulidad de lo actuado.

23. En este mismo sentido, el numeral 9 del artículo 133 de la Ley 1564 de 2012 consagra como causales de nulidad procesal:

“El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

*1. Cuando el juez actúe en el proceso **después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.**”* (Negrilla fuera de texto)

24. Así, el ordenamiento concibe la regla de acuerdo con la cual, queda proscrito a los operadores jurídicos desarrollar actuaciones, después que se ha detectado la falta de jurisdicción o la incompetencia, afectando no solo el ámbito de acción del juez que tramita en primera instancia la causa, sino a la vez la de sus superiores funcionales, a quienes, en principio, correspondería resolver los recursos que fueran presentados contra las decisiones adoptadas en primer nivel.

25. En el caso particular, se tiene el siguiente orden cronológico en punto de la solicitud de medida cautelar elevada por el demandante en su escrito inicial:

¹² “En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”

¹³ A partir de las disposiciones del artículo 296 de la Ley 1437 de 2011.

¹⁴ Norma declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-537 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁵ Por ejemplo, la improrrogabilidad de la jurisdicción y competencia por los factores subjetivo y funcional, que se traduce en la aparición de nulidades procesales insaneables, cuando se desconocen los postulados normativos que regulan estas materias. En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-537 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo, explicó: “En desarrollo de esta competencia, mediante la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, el legislador estableció el régimen de las nulidades procesales en los procesos que se rigen por este Código y dispuso que la falta de jurisdicción y la incompetencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables (artículo 16), es decir, que la nulidad que su desconocimiento genera es insaneable.”

- Auto del 21 de junio de 2022, a través del cual el Tribunal Administrativo de Santander suspendió los efectos de la Resolución No. 14881 del 15 de septiembre de 2021, con la que el gobernador de Santander designó a algunas de las representantes del Consejo Consultivo de ese departamento, periodo 2021-2023.
- Recurso de apelación presentado el 28 de junio de 2022 por el departamento de Santander contra la providencia descrita en precedencia.
- Auto del 18 de agosto de 2022, mediante el cual el *a quo* concedió el recurso interpuesto por el ente territorial.
- Decisión del 25 de agosto siguiente, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Santander declaró su falta de competencia para tramitar en primera instancia este proceso, remitiéndolo el 31 de agosto de 2022 al Juzgado Noveno Administrativo de Bucaramanga.
- Se debe aclarar que esta decisión hizo tránsito a cosa juzgada en tanto no se presentaron recursos contra ella, por lo que la declaratoria de falta de competencia se encuentra en firme.
- El 6 de septiembre de 2022, la Secretaría del Tribunal envió el expediente al Consejo de Estado en aras de que se resolviera el recurso de apelación propuesto por el departamento de Santander contra el auto del 21 de junio de 2022.

26. Descrita esta cronología, se tiene que, previo al pronunciamiento que pudiera proferir la Sección Quinta de esta Corporación en el marco de la alzada formulada contra la providencia que accedió a la solicitud de medida cautelar, el Tribunal Administrativo de Santander declaró su falta de competencia funcional¹⁶ para sustanciar el asunto, al determinar que el proceso debía ser tramitado en primera instancia por los juzgados administrativos de Bucaramanga.

27. En consonancia, la declarada incompetencia del Tribunal se traduce, a su vez, en la consecuente falta de competencia de la Sala Electoral del Consejo de Estado para definir el recurso de apelación contra la providencia que decretó la medida cautelar deprecada, al ser el superior funcional de ese corporativo, a la luz de las prescripciones del artículo 150¹⁷ de la Ley 1437 de 2011.

28. Lo contrario, esto es, el pronunciamiento de la Sala respecto del recurso supondría la nulidad procesal de lo actuado, pues constituiría la toma de una decisión luego de declarada la falta de competencia por el factor funcional, conducta constitutiva de nulidad procesal, a las voces de los artículos 16 y 133.1 de la Ley 1564 de 2012.

29. Por lo anterior, y a la manera como se consignará en la parte resolutive de este proveído, la Sección Quinta del Consejo de Estado se abstendrá de proferir decisión en este expediente, remitiendo las actuaciones al Juzgado Noveno

¹⁶ La Corte Constitucional ha definido la competencia funcional como: “Este factor comprende la llamada competencia vertical en contraposición a la horizontal que se presenta en el factor territorial, y comprende tanto la competencia por grado como según la etapa procesal en que se desenvuelva.” Sentencia T-308 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁷ “El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación.”



Administrativo de Bucaramanga –Judicatura a la que fue enviado el expediente por el Tribunal Administrativo de Santander– para que adopte, de acuerdo con su competencia, las medidas de saneamiento en este trámite en punto de la medida cautelar.

30. Por último, se hace necesario hacer un llamado de atención al Tribunal Administrativo de Santander por las demoras ocurridas en la concesión de este recurso, planteado por el departamento desde el 28 de junio de 2022, y concedido tan solo el 18 de agosto de esta misma anualidad, esto es, casi dos meses después, en abierta contradicción con el carácter célere y expedito que exige la Constitución y la ley para el desarrollo de este medio de control.

31. Así las cosas, se exhortará al Tribunal para que en los procesos de nulidad electoral las apelaciones planteadas contra las decisiones de las medidas cautelares deprecadas sean concedidas en el menor tiempo posible, como única forma de garantizar los términos perentorios en los que deben ser puestos en marcha este tipo de causas.

32. Por todo lo anteriormente expuesto, el Despacho

RESUELVE:

PRIMERO: EXHORTAR al Tribunal Administrativo de Santander para que, en lo sucesivo, remita en el menor tiempo posible los recursos de apelación postulados contra las decisiones referidas a las solicitudes de medida cautelar radicadas por las partes en el contexto de los procesos electorales, como única medida de respeto de los plazos perentorios que caracterizan estos trámites.

SEGUNDO: ABSTENERSE de proferir decisión en este asunto por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, ordenando a la Secretaría de la Sección Quinta la **REMISIÓN INMEDIATA** de este expediente al Juzgado Noveno Administrativo de Bucaramanga –autoridad judicial en donde se adelanta en la actualidad esta causa– para que adopte las medidas de saneamiento necesarias en punto de la solicitud de medida cautelar en este proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”.