

RECURSO DE APELACION - Contra la decisión que resuelve las excepciones previas en la audiencia inicial / EXCEPCIONES PREVIAS - Inepta demanda por falta de integración del petitum / EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA - La demanda se presentó contra el acto definitivo a través del cual se nombró al demandado

Corresponde a la Sala analizar si debe revocar o confirmar la decisión a través de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probadas las excepciones previas propuestas por la parte demandante. Para los recurrentes la demanda presentada por el señor Miguel Augusto Medina, es inepta, comoquiera que aquel omitió demandar el acto a través del cual se conformó la lista de elegibles producida en el marco de la Convocatoria N. 002 de 2013. Lo anterior, a juicio de la parte recurrente, implica que el acto acusado no está plenamente individualizado. En efecto, a juicio de la parte apelante, se debió demandar tanto la lista de elegibles, como el acto a través del cual se designó al demandado como Director de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la Nación, pues de lo contrario se estaría dando una indebida aplicación al artículo 165 del CPACA. (...) atendiendo a que la demanda que ocupa la atención de la Sala se dirige contra un acto pasible de la acción electoral [acto de nombramiento], es evidente que el escrito presentado por el señor Medina Ramírez no tenía por qué dirigirse contra la lista de elegibles. Esto es así, debido a que los actos trámite o preparatorios no son pasibles de control judicial, puesto que desde la perspectiva de la nulidad electoral solo lo son aquellos a través de los cuales se hace la elección, el nombramiento o el llamamiento a proveer vacantes, respectivamente. Lo anterior se refuerza si se tiene en cuenta que en asuntos electorales el acto que contiene la declaración de voluntades de la administración es el tendiente a elegir, nombrar o llamar a proveer vacantes, los cuales se constituyen como un verdaderos actos electorales, en los términos del inciso primero del artículo 139 del CPACA, pasibles de ser controlado, únicamente, por la vía de la nulidad electoral según las voces de la norma en comento. Por supuesto, ello no implica que si se presentan vicios en los actos de trámite o preparatorios que dieron origen al acto de designación, aquellos queden sustraídos del control judicial, pues lo que sucede es que dichas anomalías se estudiaran por el juez electoral cuando analice la legalidad del acto definitivo. En otras palabras desde el enfoque del medio de control consagrado en el artículo 139 del CPACA, la lista de elegibles se erige como un acto preparatorio, cuyo control se realiza cuando el juez electoral estudia la legalidad del acto definitivo contenido de la designación. Es esta tesis no es novedosa, pues en diversas oportunidades la Sección Quinta ha sostenido que en la acción electoral los vicios en los actos preparatorios se escudriñan al examinar el acto definitivo demandando. Lo anterior aplicado al caso concreto implica concluir que la demanda se presentó contra el acto definitivo, desde la perspectiva electoral, toda vez que, el acto acusado es la Resolución ORD-81117-001496-2014 del 11 de agosto de 2014 a través de la cual se nombró al demandado como Director de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la Nación. En consecuencia, atendiendo a que el demandante ejerció el medio de control de nulidad electoral, es evidente que el acto susceptible de control judicial es aquel a través del cual la Contraloría realizó el respectivo nombramiento [acto de nombramiento], y por ello la demanda solo debía dirigirse contra aquel, sin incluir la lista de elegibles la cual, como se explicó, es un acto preparatorio. Máxime si se tiene en cuenta que la demanda únicamente tiene como pretensión que se declare la nulidad del acto de nombramiento del señor Medina Martínez, por lo que este argumento no tiene vocación de prosperidad.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00101-02

Actor: MIGUEL AUGUSTO MEDINA RAMIREZ

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Referencia: RESUELVE RECURSO DE APELACION

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la decisión adoptada por el Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera - Subsección A en el marco de la audiencia inicial celebrada el 2 de febrero de 2016 y a través de la cual se declararon no probadas las excepciones previas propuestas por la Contraloría General de la Nación y por el señor Sergio Antonio Medina en su calidad de demandado.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

El señor **Miguel Augusto Medina Ramírez** demandó en nombre propio y en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 del CPACA, la nulidad del nombramiento del señor **Sergio Antonio Medina Martínez** como Director de investigaciones fiscales de la Contraloría General de la República.

Como única pretensión, solicitó:

***“PRIMERO.** Se declare la nulidad del acto administrativo por el cual se nombró al señor **SERGIO ANTONIO MEDINA MARTINEZ** como*

*DIRECTOR DE INVESTIGACIONES FISCALES, cargos de nivel
directivo de la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.”¹*

Como sustentó de su petición señaló que:

- i) La Contraloría General de la Nación dio apertura a una convocatoria pública, con el objetivo de proveer cargos en el nivel asesor y directivo de dicha entidad.
- ii) Como consecuencia de lo anterior se dio inicio a la Convocatoria N. 002 de 2013, la cual fue divulgada a través de la página web de la entidad y en ella se establecieron las etapas que surtiría la citada actuación administrativa.
- iii) Según el criterio del demandante, pese a que se establecieron las etapas del procedimiento administrativo, en la convocatoria no se fijaron los criterios de evaluación y calificación.
- iv) El día 16 de mayo de 2014 se practicaron las pruebas escritas de conocimientos a los participantes.
- v) El día 20 de mayo de 2014 se publicó en la página web un documento denominado “*comunicado ciudadanía 2014-05-20*” a través del cual se dio a conocer el método de calificación de las pruebas de conocimiento antes descritas.

Pese a lo anterior, “(...) *en forma unilateral y alegando errores de las pruebas*”² la administración decidió eliminar dos preguntas de las pruebas de conocimiento, y procedió a publicar los resultados obtenidos por los participantes.

- vi) Aseguró que según los resultados publicados, el demandado había perdido la prueba de conocimientos, pues no había obtenido el puntaje mínimo requerido para seguir participando en la convocatoria.

¹ Folio 1

² Folio 2

- vii) No obstante, señaló que la Contraloría modificó, nuevamente, la calificación de la pruebas de conocimiento de forma tal que se variaron las respuestas de 7 preguntas del citado examen.

Manifestó que como resultado de dicha modificación, el señor Medina Martínez sí alcanzó el puntaje mínimo requerido y pudo continuar en el procedimiento.

- viii) Con base en los resultados obtenidos, se procedió a elaborar la lista de elegibles para el cargo de Director de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República.
- ix) La Convocatoria 002 de 2013 terminó con el nombramiento del señor **Sergio Antonio Medina Martínez** como Director de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República.

A su juicio, el hecho de que se hubiese modificado el método de calificación de la prueba de conocimientos, en particular, eliminando dos preguntas y estableciendo nuevas reglas de calificación frente a otras siete, le permitió al señor **Sergio Antonio Medina Martínez**, continuar en el proceso de selección, pese a que aquel bajo los criterios originales perdió la prueba de conocimientos, desconociendo con ello el criterio de selección con base en el principio del mérito lo cual, según su criterio, deriva en la nulidad del citado nombramiento³.

2. Las excepciones previas propuestas

Después de la admisión de la demanda, la Contraloría General de la Nación y el señor **Sergio Antonio Medina Martínez** procedieron a contestar la demanda, escritos en los cuales hicieron mención expresa sobre los hechos, se pronunciaron sobre los cargos de nulidad propuestos, solicitaron y aportaron pruebas y formularon las siguientes excepciones:

2.1 Excepciones propuestas por la Contraloría General de la Nación

La Contraloría General de la Nación, a través de apoderado judicial, presentó como excepciones previas la de caducidad y la de inepta demanda.

³ Folios 1-4

Frente a la excepción de caducidad, la entidad que intervino en la adopción del acto acusado, puso se presente que la caducidad de la acción electoral debía contabilizarse desde la fecha en la que se expidió la lista de elegibles dentro de la Convocatoria 002 de 2013, comoquiera que aquel es “*un acto independiente del de nombramiento sobre el cual el actor no ha elevado ninguna solicitud de control judicial*”⁴.

Según el criterio de esta autoridad, el demandante debió integrar a su pretensión la lista de elegibles y, por tanto, la caducidad debía computarse desde la fecha en la que dicho acto fue publicado en la página web de la Contraloría, siendo claro, a su juicio, que el medio de control se encuentra caduco porque transcurrieron más de 30 días desde la interposición de la demanda y la fecha en la que se publicó la lista de elegibles.

Por su parte, y en lo que concierne a la excepción de inepta demanda, la Contraloría manifestó que la demanda es inepta por las siguientes razones:

- i) *Por no individualizar las pretensiones*: Señaló que en el escrito introductorio no se individualizó el acto demandado como lo exige el artículo 163 del CPACA, lo cual genera confusión al momento de decidir la Litis. A lo cual se suma, que el demandante no subsanó la demanda dentro del lapso concedido.
- ii) *Por caducidad*: Reiteró que la parte actora debió demandar la lista de elegibles, de forma tal, que como se explicó, frente a ese acto ya acaeció el fenómeno de la caducidad.
- iii) *Por no haber subsanado la demanda en termino*: Afirmó que el auto que inadmitió la demanda fue notificado el 1 de octubre de 2014, razón por la cual debió corregir la demanda los días 2, 3 o 6 de octubre, pero el memorial fue allegado al expediente el día 21 de enero de 2015. Señaló que no pudo cuestionar este aspecto en recurso de reposición contra el auto admisorio, porque dicho mecanismo está vedado según el artículo 276 del CPACA.

⁴ Reverso del folio 127 del expediente

iv) *Por no cumplir con los requisitos formales*: Aseguró que en el caso concreto no se expuso ninguna causal de nulidad específica, pues el concepto de la violación tan solo es una descripción de una *“tesis infundada y personal sobre el método de calificación de las pruebas de competencias y conocimientos”*⁵.

v) *Por la inexistencia de causales de nulidad*: Argumentó que en la Convocatoria 002 de 2013 no se violaron las normas sobre la carrera administrativa de la Contraloría, de forma tal que los reproches del demandante carecen de sustento legal y probatorio.

2.2 Excepciones propuestas por el demandado

El apoderado del demandado presentó la excepción de inepta demanda por los siguientes motivos:

i) *“Por indebida integración del petitum”*: A juicio del señor Medina Martínez, la demanda es inepta porque solo se cuestionó la legalidad del acto de nombramiento, siendo imperioso que se hubiese demandado la lista de elegibles, la convocatoria y los actos a través de los cuales se hicieron las modificaciones a la calificación de las pruebas de conocimiento que considera ilegales.

En este sentido, afirmó que el verdadero acto definitivo es la lista de elegibles, comoquiera que el acto de nombramiento *“para los efectos de este concurso es de trámite, ya que es una mera consecuencia del verdadero acto administrativo que es aquel por el cual se adoptó la lista de elegibles (la Resolución ORD-81117-001483-2014 del 8 de agosto de 2014).”*⁶.

ii) *Por falta del concepto de la violación*: Señaló que la demanda tiene el carácter de inepta, comoquiera que no tiene un fundamento jurídico expreso ni preciso, pues en dicho acápite el demandante solo expuso fórmulas matemáticas, de forma tal que las causales de nulidad de *“falsa motivación”* e *“infracción de norma superior”* que propone, son en

⁵ Reverso del folio 128 del expediente

⁶ Folio 204 del Expediente

realidad “*sofismas matemáticos que no constituyen un concepto de la violación propiamente dicho*”.⁷

3. El auto recurrido

Se trata del adoptado por el Magistrado Ponente del proceso de la referencia en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, proferido en la audiencia inicial celebrada el día 2 de febrero de 2016, a través del cual se determinó:

“DECLARENSE NO PROBADAS las excepciones previas formuladas por la Contraloría General de la Nación y por el demandado Sergio Antonio Medina Martínez.”⁸ (Negritas y mayúscula en original).

Como fundamento de la anterior decisión, el juez *a quo* manifestó que no estaba probada la excepción de caducidad propuesta por la Contraloría General de la Nación, comoquiera que la acción electoral solo procede contra actos de elección o nombramiento, sin que sea del caso demandar actos de contenido particular y concreto como lo es la lista de elegibles, pues para el control de ese acto el legislador previó el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Con base en lo anterior, concluyó que como la demanda se interponía en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, la caducidad de dicha acción debía contabilizarse desde la publicación del acto de elección o nombramiento y no desde la lista de elegibles.

Por su parte en lo que concierne a la excepción de inepta demanda propuesta por la entidad que intervino en la adopción del actor, la autoridad judicial de primera instancia señaló que aquella no estaba llamada a prosperar debido a que:

- i) Según jurisprudencia del Consejo de Estado⁹ *“el registro de elegibles constituye un acto administrativo de contenido particular que puede ser*

⁷ Folio 206 del Expediente

⁸ Folio 289 del Expediente”

⁹ Tomó como fundamento la Sentencia del 30 de enero de 2014, proferida por la Sección Cuarta en la acción de tutela N° 08001-23-33-000-2013-00355-01 CP Hugo Bastidas Bárcenas en las que se determina: “*Ahora bien, para el caso de las tutelas interpuestas en el trámite de los concursos de méritos, convocados para acceder a cargos públicos, esta Corporación ha sostenido⁹ que, por regla general, las decisiones dictadas en los concursos de méritos son actos administrativos de trámite, expedidos justamente para impulsar y dar continuidad a la convocatoria. Contra los actos de trámite no proceden los recursos de la vía gubernativa ni las acciones contencioso administrativas y, por lo tanto, la tutela se ve como el remedio judicial idóneo y eficaz para la protección los derechos fundamentales de los concursantes.*

Por consiguiente, la Sección Cuarta ha estudiado de fondo las tutelas en las que se discuten decisiones de mero trámite. Sin embargo, en los casos en los que han culminado las etapas del concurso y existe un acto administrativo que establece la lista de elegibles para proveer los cargos ofertados, esta Sección ha sostenido que la acción de nulidad y

*demandado por los interesados en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho*¹⁰ y por contera, no podía exigirse que dicho acto fuera demandado también en la nulidad electoral, pues se habría materializado una indebida acumulación de pretensiones.

- ii) Con base en lo anterior determinó que en el ejercicio del medio de control de nulidad electoral, basta con que la demanda se dirija contra el acto de nombramiento, sin que sea necesario exigir que se controvierta el registro de elegibles. Como sustento de esta afirmación, citó la sentencia proferida por la Sección Quinta el 31 de octubre de 2013, dentro del radicado 88001-23-31-000-2012-00028-01 CP Lucy Jeannette Bermúdez.¹¹
- iii) El acto acusado se individualizó de forma correcta, pues en la demanda se puso de presente que se ejercía acción de nulidad electoral contra el acto que nombró al señor Sergio Antonio Medina Martínez como Director de investigaciones fiscales de la Contraloría General de la República.
- iv) El escrito de corrección de la demanda se presentó dentro de la oportunidad legal correspondiente, ya que aquel fue radicado en el Juzgado Sexto Administrativo de Neiva el 8 de octubre de 2014, debido al paro judicial que impidió el acceso a los ciudadanos a las instalaciones del Tribunal del 9 de octubre al 18 de diciembre de 2014 y que obligó a la parte a radicar su escrito en una dependencia judicial diferente.
- v) No es cierto como lo asevera la parte demandada, que en el escrito introductorio no se señalen las normas y las causales de nulidad con base en las cuales el actor reprocha la legalidad del acto acusado, comoquiera que a folio 4 a 15 de la demanda, se encuentran las normas

restablecimiento del derecho si se erige como el mecanismo judicial idóneo y eficaz para la protección de los derechos de las personas que se someten a un concurso de méritos⁹, pues se trata de un acto administrativo definitivo que establece el número de plazas a ocupar y el orden de elegibilidad, según el puntaje.

¹⁰ Folio 286 del Expediente

¹¹ Especialmente, el *aquo* se fundamentó en el siguiente apartado de la referida providencia: “*Ha de recordarse que la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo San Andrés, Providencia y Santa Catalina declaró no probada la excepción de inepta demanda formulada por la Nación (Rama Judicial), quien no se opuso a esta decisión en la apelación de la sentencia.*”

No obstante, si la demanda fuera inepta por no haber integrado el acto complejo en debida forma, el operador jurídico de la segunda instancia tendría que pronunciarse por ser un tema de aquellos obligatorios para el adecuado desarrollo del proceso. Pero como se comparte el razonamiento del Tribunal a quo en este punto no hay necesidad de pronunciamiento de oficio.

presuntamente desconocidas por el acto acusado y se indican como causales de nulidad la de violación de la ley, específicamente del Decreto 268 de 2000 y de falsa motivación porque los puntajes registrados no fueron los realmente obtenidos.

Finalmente y teniendo en cuenta que las excepciones propuestas por el demandado tienen varios puntos de contacto con las formuladas por la Contraloría, el *a quo* señaló que ya se pronunció al respecto, siendo claro, según su criterio y por las razones expuestas, que no hay indebida integración del *petitum*, ni ausencia del concepto de la violación.

4. Del recurso interpuesto¹²

Inconforme con la decisión anterior, **el apoderado del demandado** interpuso recurso de apelación y reiteró en su integridad los argumentos expuestos en la contestación de la demanda respecto a la configuración de las excepciones previas.

En efecto, insistió en que el demandante debió cuestionar la legalidad de todos los actos en los cuales considera que hay reproche tales como la convocatoria, el acta de modificación de los puntajes, el acto contentivo de los puntajes obtenidos y la lista de elegibles, máxime se tiene en cuenta que tanto el acto de nombramiento, como la lista de elegibles se erigen como actos definitivos.

Manifestó que de conformidad con el artículo 165 del CPACA se deben demandar en un mismo escrito tanto el acto de “*elección*”, como la lista de elegibles, pues consentir que ambos puedan ser controvertidos por dos “*cuerdas procesales*” distintas conllevaría a adoptar decisiones equivocadas y contradictorias, razón por la que la demanda contiene una indebida acumulación de pretensiones y la excepción declararse probada.

Igualmente, puso de presente que la excepción de inepta demanda por ausencia del concepto de la violación también debe prosperar, toda vez que, el actor omitió señalar un fundamento jurídico concreto de porque, a su juicio, el acto se encuentra viciado de nulidad, pues se limitó a realizar “*elucubraciones matemáticas*”, sobre las cuales no se tiene certeza, pues aquellas fueron

¹² Los argumentos se encuentran en su integridad en el CD obrante a folio 293 del Expediente y el cual hace parte integra del acta de audiencia inicial celebrada el 2 de febrero de 2016.

elaboradas por un abogado, profesional que, como es bien sabido, no tienen destreza para dicha área.

Señaló que el acto acusado, no se individualizó en debida forma hasta el punto que ni siquiera fue aportado como anexo de la demanda.

Finalmente, reiteró que también se debió demandar la lista de elegibles, pues no tendría ningún sentido declarar la nulidad de un acto de nombramiento, cuando los supuestos vicios recaen en dicha lista, la cual como lo aseveró el Tribunal también se erige como acto definitivo.

Por su parte, **el apoderado de la Contraloría**, afirmó que presentaba una “*nueva excepción*”, consistente en la indebida escogencia del medio de control, pues era evidente, de conformidad con el antecedente de la Sección Cuarta citado por el magistrado ponente, que la lista de elegibles constituye un acto definitivo susceptible de ser controlado a través de la nulidad y restablecimiento del derecho, mecanismo judicial que debió utilizar el demandante para elevar sus reproches.

5. El traslado del recurso

De conformidad con el numeral 1 del artículo 244 del CPACA, en el marco de la audiencia inicial se dio traslado del recurso propuesto a la parte actora, la cual se opuso a la prosperidad del mismo.

Para fundamentar su posición, el demandante puso de presente que el acto acusado fue plenamente identificado y que aquel no fue aportado como anexo de la demanda, debido que la Contraloría se negó a entregarle copia del mismo, razón por la que, con el aval de Ley 1437 de 2011, presentó su demanda acompañada de la copia del derecho de petición a través del cual solicitó a dicha entidad el acto acusado.

Manifestó que, contrario a lo sostenido por la parte demandada, sí se especificó el concepto de la violación, pues es claro que en él se explica que la actuación administrativa desconoció el derecho al debido proceso, no solo porque no se divulgó a tiempo la forma en la que las pruebas escritas serían calificadas, sino que además una vez conocido dicho método, aquel se varió de forma unilateral,

sacrificando en la Convocatoria N. 002 de 2013 la prevalencia del principio del mérito.

Señaló que la acción electoral es el mecanismo idóneo para estudiar la legalidad de los actos de nombramiento y no de la lista de elegibles, máxime cuando la jurisprudencia del Consejo de Estado¹³ ha entendido que aquella es un acto de trámite, no susceptible de control.

Afirmó que el concurso tenía como propósito proveer tres vacantes y, por eso los actos definitivos son los actos de nombramiento y no la lista de elegibles, de forma tal que, de acuerdo con la sentencia proferida por el Consejo de Estado en el año 2010 dentro del radicado 2009-37,¹⁴ era claro que la lista de elegibles ya no existía, pues había agotado su finalidad.

Finalmente, puso de presente que: i) a través del acto de elección se puede estudiar los vicios en el procedimiento, ii) el artículo 283 del CPACA, norma especial del proceso electoral, no admite la resolución de excepciones previas en la audiencia inicial y iii) en caso que se encuentre probadas las excepciones alegadas, le corresponde al juez integrar la demanda con los documentos que hagan falta, pues así lo impone la naturaleza pública de la acción electoral.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

En los términos de los artículos 125, 150, 152.9 y 180.6 del CPACA, corresponde a la Sección decidir la apelación presentada por la parte demandada contra el auto adoptado en audiencia pública celebrada el 2 de febrero de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo Cundinamarca, Sección Primera- Subsección A, a través del cual se declararon no probadas las excepciones previas propuestas.

Al respecto, la Sala considera oportuno reiterar que, de conformidad con el inciso final artículo 180.6 del CPACA y de acuerdo con la posición adoptada por la Sala Plena de esta Corporación en **auto de unificación** del 25 de junio de 2014 en el radicado 25000-23-36-000-2012-00395-01(49299), la providencia que decida

¹³ No precisó ningún antecedente en concreto.

¹⁴ No preciso ni la fecha, ni la sección en la que dicha providencia

sobre las excepciones previas propuestas **sí** es posible del recurso de apelación o de súplica, según el caso.

2. Oportunidad y trámite del recurso

La Sala observa que el recurso de apelación se presentó dentro de la oportunidad legal correspondiente y al mismo se le dio el trámite que impone el numeral 1º del artículo 244 del CPACA que enuncia que:

“ARTICULO 244. TRAMITE DEL RECURSO DE APELACION CONTRA AUTOS. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

1. Si el auto se profiere en audiencia, la apelación deberá interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de la misma. De inmediato el juez dará traslado del recurso a los demás sujetos procesales con el fin de que se pronuncien y a continuación procederá a resolver si lo concede o lo niega, de todo lo cual quedará constancia en el acta. (...)”

3. Cuestión preliminar: las excepciones previas y su trámite en el proceso electoral

Antes de adentrarnos en la resolución del problema jurídico que subyace al recurso de apelación presentado, la Sala considera oportuno y necesario realizar algunas precisiones respecto a la procedencia de las excepciones previas y al trámite que aquellas deben surtir en el proceso electoral.

Lo anterior debido a que de la lectura del acta de la audiencia inicial y del trámite que surtió el recurso interpuesto, se observa que tanto para el Magistrado Ponente¹⁵, como para el demandante¹⁶, en los procesos electorales no es viable resolver excepciones previas en el marco de la audiencia inicial, pues su resolución no está contemplada en el artículo 283 del CPACA.

Desde el punto de vista teórico, las “*excepciones previas*” pretenden el saneamiento del proceso, por causa de vicios o defectos en el mismo, y su finalidad es mejorarlo o terminarlo cuando lo primero no es posible, todo orientado a evitar nulidades o sentencias inhibitorias.

¹⁵ En efecto, según consta a folio 283 del Expediente el magistrado ponente de la decisión que hoy se recurre afirmó que “a pesar de que el artículo 283 de la Ley 1437 de 2011 dispone que la audiencia inicial se contraerá al saneamiento del proceso, la fijación del litigio y al decreto de pruebas, este Despacho considera que debe efectuarse un pronunciamientos sobre las excepciones previas” para lo cual aludió al “principio de integración normativa”.

¹⁶ En el traslado del recurso de apelación, la parte actora manifestó que de conformidad con el artículo 283 no estaban contemplada la resolución de excepciones previas en la audiencia inicial de un proceso electoral.

Al respecto la doctrina sostiene que la excepción previa *“tiene por objeto mejorar el procedimiento para que aquel se adelante sobre bases que aseguren la ausencia de causales de nulidad (...) la excepción previa busca que el demandado, desde un primer momento manifieste las reservas que pueda tener respecto a la validez de la actuación”*¹⁷.

En el proceso contencioso administrativo de carácter ordinario, el legislador en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, previó que la resolución de las excepciones previas, así como las de *“de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva”* fueran decididas por el magistrado ponente en la audiencia inicial.

Ahora bien, es de anotar que tratándose del proceso electoral las disposiciones especiales que lo rigen¹⁸ no contemplaron, de forma expresa, la resolución de excepciones previas en el marco de dicha diligencia, comoquiera que el tenor literal del artículo 283 ibídem contempla:

“ARTICULO 283. AUDIENCIA INICIAL. *Al día siguiente del vencimiento del término para contestar la demanda, el juez o Magistrado Ponente, mediante auto que no tendrá recurso, fijará fecha para la celebración de la audiencia inicial, la cual se llevará a cabo en un término no menor de cinco (5) días ni mayor de ocho (8) días a la fecha del auto que la fijé. Dicha audiencia tiene por objeto proveer al saneamiento, fijar el litigio y decretar pruebas.*

Cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, se procederá en la forma establecida en este Código para el proceso ordinario.” (Subrayas fuera de texto)

Pese a lo anterior, es decir, aunque la literalidad del artículo 283 del CPACA no contempla la resolución de las excepciones previas en la audiencia inicial del proceso electoral para la Sala, como pasará a explicarse, el juez electoral en aplicación del principio de integración normativa, puede y debe pronunciarse en la audiencia inicial sobre las excepciones previas propuestas por las partes. Veamos:

¹⁷ López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo 1. Undécima Edición. 2012. Duprè Editores. Bogotá. Págs. 960-961

¹⁸ Acerca de las disposiciones especiales que rigen el proceso electoral consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 28 de enero de 2016, radicado 11001-03-28-000-2015-00046-00. CP. Alberto Yepes Barreiro.

En **primer lugar**, porque las disposiciones contenidas en los artículos 275 a 295 del CPACA no son completas o suficientes para atender todas las vicisitudes que pueden presentarse en el curso de la actuación electoral, de forma tal que incluso la misma codificación en su artículo 296 dispone: *“En lo no regulado en este título se aplicarán las disposiciones del proceso ordinario en **tanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral.**”*

Lo anterior significa, que aquellos temas que no estén regulados en el trámite del proceso electoral, deberán suplirse en aplicación del principio de integración normativa con las normas previstas para el proceso ordinario, siempre y cuando estas últimas no sean incompatibles con el proceso electoral.

En **segundo lugar**, toda vez que, que el artículo 283 del CPACA no determina bajo qué reglas debe llevarse a cabo la audiencia inicial en sus distintas fases, motivo suficiente para considerar que lo allí dispuesto no es una regulación plena de la materia, y que por consiguiente, los vacíos de dicha norma se pueden suplir aludiendo al artículo 180 Eiusdem, pues aquel es el que regula la audiencia inicial en el proceso ordinario.

En otras palabras, es válido que para llenar los vacíos del artículo 283 de la Ley 1437 de 2011 se acuda a las reglas consignadas en el artículo 180 de la misma obra, pues allí se establecen aspectos importantes como la oportunidad, los intervinientes, el aplazamiento, las consecuencias de no asistir, el saneamiento y la decisión de las excepciones previas, entre otros.¹⁹

En **tercer lugar**, debido a que es evidente que el artículo 180 del CPACA **no es incompatible con naturaleza** del proceso electoral, ni mucho menos va en contravía de su trámite eficaz, razón por la cual nada obsta para que el juez electoral en la audiencia inicial, entre otros, resuelva las excepciones previas formuladas.

Lo anterior adopta más fuerza si se tiene en cuenta que, como se explicó, la única finalidad de las excepciones previas es velar por el saneamiento del proceso, propósito que es plenamente compatible con la actuación judicial de carácter electoral.

¹⁹ En el mismo sentido, auto proferido en el marco de la audiencia inicial celebrada el 1 de julio de 2015 dentro del proceso 11001-03-28-000-2014-00080-00 (Acumulado). CP. Alberto Yepes Barrero.

En suma, es claro que de **conformidad con el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, aplicable al proceso electoral por la remisión hecha por el artículo 296 de la misma codificación, el juez en el marco de la audiencia inicial puede resolver las excepciones previas** propuestas, así como las de cosa juzgada, caducidad y falta de legitimación en la causa.²⁰

Finalmente y respecto al trámite de las excepciones previas, la Sala desea resaltar que según lo estipulado con el párrafo segundo del artículo 175 del CPACA²¹, disposición aplicable al proceso electoral porque no es incompatible con su naturaleza, cuando se presenten esta clase de excepciones, corresponderá a la secretaria, sin auto que lo ordene, dar traslado de las mismas por el término de 3 días.²²

La anterior precisión, se hace necesaria, toda vez que, revisado el proceso de la referencia la Sección encontró que en el *sub judice* dicho trámite se omitió. Sin embargo, es de anotar que aquella irregularidad no tiene la virtualidad de viciar de nulidad la actuación, comoquiera que dicho vicio quedo subsanado en la audiencia inicial del 2 de febrero de 2016.

En efecto, en la referida diligencia el magistrado ponente determinó que el proceso estaba **totalmente saneado**²³, decisión que quedo en firme, ya que no fue recurrida por las partes. En este orden corresponde, **exhortar** a la Secretaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que en próximas oportunidades realice, en los procesos electorales, el traslado de que trata el párrafo segundo del artículo 175 del CPACA.

4. Problema jurídico

Una vez hechas las anteriores precisiones le corresponde a la Sala analizar si debe revocar o confirmar la decisión a través de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probadas las excepciones previas propuestas por la parte demandante.

²⁰ No así las de conciliación, transacción y prescripción extintiva por ser **incompatibles** con la naturaleza del proceso electoral.

²¹ El Artículo 175 del CPACA **PARÁGRAFO 2o.** dispone "*Cuando se formulen excepciones se correrá traslado de las mismas por secretaria, sin necesidad de auto que lo ordene, por el término de tres (3) días.*"

²² Tramite que en efecto se surte por la Secretaria de la Sección Quinta, sin auto que lo ordene, en todos los procesos electorales cuyo conocimiento corresponde a esta Sección.

²³ Al respecto en el folio 282 del Expediente se lee: "*hasta el momento se han surtido todos los trámites y procedimientos previstos en la Título VIII de la parte segunda de la Ley 1437 de 2011, así como se ha garantizado el debido proceso.*"

5. Caso concreto

Con el objeto de dilucidar el problema jurídico antes expuesto y por efectos metodológicos en primer lugar, se analizará la excepción de inepta demanda por “*falta de integración del petitum*” momento en el cual se abordará: i) si en efecto el demandante debió demandar la lista de elegibles proferida en la Convocatoria N° 0002 de 2013 y ii) la presunta falta de individualización del acto y en segundo lugar, se examinará si tiene vocación de prosperidad la excepción de inepta demanda por ausencia del concepto de la violación.

5.1 La inepta demanda por “*falta de integración del petitum*”

Como se expuso en los antecedentes de esta providencia, para los recurrentes la demanda presentada por el señor Miguel Augusto Medina, es inepta, comoquiera que aquel omitió demandar el acto a través del cual se conformó la lista de elegibles producida en el marco de la Convocatoria N. 002 de 2013. Lo anterior, a juicio de la parte recurrente, implica que el acto acusado no está plenamente individualizado.

En efecto, a juicio de la parte apelante, se debió demandar tanto la lista de elegibles, como el acto a través del cual se designó al demandado como Director de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la Nación, pues de lo contrario se estaría dando una indebida aplicación al artículo 165 del CPACA.

Sin embargo, como se explicará a continuación, la decisión del *aquo* debe ser confirmada, toda vez que, que la demanda presentada por el señor **Medina Ramírez** no tiene el carácter de inepta.

a) El acto definitivo desde la perspectiva electoral

Sea lo primero advertir, que contrario a lo afirmado por el apoderado del demandado, el artículo 165 del CPACA referente a la acumulación de pretensiones, no es aplicable al proceso electoral, no solo porque aquel es a todas luces incompatible con la naturaleza de este proceso, sino porque además la Ley 1437 de 2011 en sus artículos 281 y 282 previó disposiciones especiales y certeras respecto a la acumulación en los procesos electorales.

En efecto, el artículo 165 ibídem establece la posibilidad de acumular las pretensiones propias de varios medios de control en una sola demanda, evento que nunca ocurrirá en el marco de un proceso electoral pues su objeto se circunscribe a analizar la legalidad del acto, razón por la que, ciertamente, se excluye la posibilidad de acumular en el trámite de una demanda de nulidad electoral, las pretensiones de otros medios como la nulidad y restablecimiento, la reparación directa, entre otros.

En consecuencia, no le asiste razón al recurrente, cuando asevera que la demanda no se ciñe a lo estipulado en el artículo 165 ibídem, pues el escrito introductorio electoral debe estar en armonía frente a las disposiciones especiales que sobre acumulación se previó en los artículos 281 y 282 del CPACA, de forma tal que lo debe acreditarse es que no se acumularon de forma indebida causales subjetivas [referentes a calidades y requisitos de elegibilidad] con causales objetivas de nulidad [referentes a los vicios en la votación].

Ahora bien, una vez hecha esta precisión, es importante resaltar que en el proceso que hoy nos ocupa lo que se cuestiona es la legalidad del acto de nombramiento del señor **Medina Martínez**, acto pasible de control judicial a través del mecanismo judicial contemplado en el artículo 139 del CPACA, cuyo tenor literal indica:

ARTICULO 139. NULIDAD ELECTORAL. *Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.*

En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección. (Subrayas fuera de texto)

En todo caso, las decisiones de naturaleza electoral no serán susceptibles de ser controvertidas mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la Ley 472 de 1998.

De la simple lectura, de la disposición en cita se colige sin ambages que el medio de control de nulidad electoral procede para estudiar la legalidad de, entre otros,

aquellos **actos de nombramiento** proferidos por las autoridades en su diversos niveles.

Así las cosas, y atendiendo a que la demanda que ocupa la atención de la Sala se dirige contra un acto pasible de la acción electoral [acto de nombramiento], es evidente que el escrito presentado por el señor Medina Ramírez no tenía por qué dirigirse contra la lista de elegibles.

Esto es así, debido a que **los actos trámite o preparatorios²⁴ no son pasibles de control judicial**, puesto que **desde la perspectiva de la nulidad** electoral solo lo son aquellos a través de los cuales se hace la elección, el nombramiento o el llamamiento a proveer vacantes, respectivamente.

Lo anterior se refuerza si se tiene en cuenta que en asuntos electorales el acto que contiene la declaración de voluntades de la administración es el tendiente a elegir, nombrar o llamar a proveer vacantes, los cuales se constituyen como un verdaderos actos electorales, en los términos del inciso primero del artículo 139 del CPACA, pasibles de ser controlado, únicamente, por la vía de la nulidad electoral según las voces de la norma en comento.²⁵

Por supuesto, ello no implica que si se presentan vicios en los actos de trámite o preparatorios que dieron origen al acto de designación, aquellos queden sustraídos del control judicial, pues lo que sucede es que dichas anomalías se estudiaran por el juez electoral cuando analice la legalidad del acto definitivo.

En otras palabras desde **el enfoque del medio de control consagrado en el artículo 139 del CPACA, la lista de elegibles se erige como un acto preparatorio, cuyo control se realiza cuando el juez electoral estudia la legalidad del acto definitivo contentivo de la designación.**

Es esta tesis no es novedosa, pues en diversas oportunidades la Sección Quinta²⁶ ha sostenido que en la acción electoral los vicios en los actos preparatorios se escudriñan al examinar el acto definitivo demandando.

²⁴ Los actos de trámite son aquellos que dan impulso a la actuación y por eso se conocen como meros actos de trámite, en tanto los actos preparatorios, según la academia, son aquellos previos, pero necesarios para adoptar una decisión de fondo.

²⁵ En el mismo sentido consultar, Consejo de Estado, auto del 4 de febrero de 2016, radicado 11001-03-28-000-2015-00048-00. CP. Lucy Jeannette Bermúdez.

²⁶ Al respecto consultar entre otros, Consejo de Estado, sentencia del 24 de abril de 2013, radicado 440012331000201100207 01. CP. Alberto Yepes Barreiro, Consejo de Estado, sentencia del 6 de mayo de 2013, radicado 68001-23-31-000-2011-01057-01. CP. Alberto Yepes Barreiro, Consejo de Estado, sentencia del 03 de agosto de 2015, radicado 11001-03-28-000-2014-000128-00 y 11001-03-28-000-2014-000125-00 (Acumulados). CP. Alberto Yepes Barreiro.

Lo anterior aplicado al caso concreto implica concluir que la demanda se presentó contra el acto definitivo, desde la perspectiva electoral, toda vez que, el acto acusado es la Resolución ORD-81117-001496-2014 del 11 de agosto de 2014 a través de la cual se nombró al demandado como Director de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la Nación.

En consecuencia, atendiendo a que el demandante ejerció el medio de control de nulidad electoral, es evidente que el acto susceptible de control judicial es aquel a través del cual la Contraloría realizó el respectivo nombramiento [acto de nombramiento], y por ello la demanda solo debía dirigirse contra aquel, sin incluir la lista de elegibles la cual, como se explicó, es un acto preparatorio.

Máxime si se tiene en cuenta que la demanda únicamente tiene como pretensión que se declare la nulidad del acto de nombramiento del señor **Medina Martinez**, por lo que este argumento no tiene vocación de prosperidad.

b) La no individualización del acto acusado

Como segundo reproche dentro de la excepción de "*falta de integración del petitum*", el apoderado del demandado, manifestó que el acto acusado no fue individualizado de forma adecuada, no solo porque no se demandó la lista de elegibles, sino porque además tampoco se precisó con toda claridad (fecha, número del acto, etc.) cuál era el acto de nombramiento, ni se aportó copia del mismo al proceso.

Al respecto, la Sala encuentra que este argumento tampoco está llamado a prosperar, no solo porque, como se explicó, tratándose del medio de control electoral el acto definitivo es aquel a través del cual se realiza la designación, el nombramiento o el llamamiento a proveer vacantes, sino porque además el demandante sí identificó plenamente el acto acusado.

En efecto, aunque el demandante no precisó el número de la resolución contentiva del acto de nombramiento, ni su fecha, ni aportó el acto como anexo de la demanda, lo cierto es que la parte actora brindó todos los elementos para identificar con toda claridad el acto acusado ya que, sin lugar a dudas, en su

escrito introductorio señaló que solicitaba la nulidad del acto que “*nombró al señor SERGIO ANTONIO MEDINA MARTINEZ como DIRECTOR DE INVESTIGACIONES FISCALES, cargos de nivel directivo de la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA*”.²⁷

Nótese entonces, como de la simple lectura de la demanda se puede establecer cuál es el acto que, a juicio de la parte actora, se encuentra viciado de nulidad y aquel identifica como acto acusado.

Ahora bien, frente al argumento del recurrente según el cual el acto no se identificó derivando en la ineptitud de la demanda, porque aquel no aportó al proceso, la Sala desea resaltar que el numeral 1 del artículo 166 del CPACA consiente que la parte actora pueda sustraerse de la obligación de anexar a su demanda el acto acusado, cuando bajo la gravedad de juramento manifieste que el acto no ha sido publicado o que se negó la copia o la certificación sobre su publicación.

En este evento, antes de la admisión de la demanda el Magistrado Ponente deberá solicitar a la entidad respectiva que aporte el acto acusado.

En el caso concreto, está plenamente acreditado que el demandante recurrió a la figura antes descrita, debido a que: i) manifestó que la Contraloría se había negado a entregarle copia del acto (Folio 17), ii) anexó el derecho de petición a través del cual solicitó fotocopia del acto de nombramiento (CD obrante a folio 18), iii) el Magistrado Ponente requirió en dos oportunidades a la Contraloría General de la Nación para que allegara dicho documento. (Folio 22, 25) y iv) la contestación enviada por la Contraloría al requerimiento elevado por el juez de primera instancia. (Folios 27-33)

Por lo anterior, la excepción no prospera de inepta demanda y la decisión de primera instancia debe ser confirmada.

5.2 La inepta demanda por ausencia en el concepto de la violación

Para la parte recurrente, el escrito introductorio presentado por el señor Medina Ramírez es inepto, toda vez que, aquel carece de un concepto de la violación,

²⁷ Folio 1 del Expediente

pues en él solo se exponen fórmulas matemáticas, pero no se precisa un concepto jurídico alguno del cual se pueda derivar una causal de nulidad.

Al respecto, la Sala Electoral del Consejo de Estado encuentra que la excepción no tiene vocación de prosperidad, toda vez que, que el demandante sí expone un concepto de la violación, de forma tal que endilga dos causales de nulidad frente al acto de nombramiento.

En efecto, en los folios 4 y 12, respectivamente, se observa que el demandante formula, de un lado, la causal de nulidad de falsa motivación, y de otro, la de infracción de norma superior.

En lo que concierne a la falsa motivación, el actor aduce que se violó el principio del mérito y por contera los artículos 122, 123 y 125 de la Constitución, debido a que se desconocieron las reglas de calificación, comoquiera que los puntajes asignados en la prueba de conocimientos, no fueron los puntajes realmente obtenidos.

Con el objeto de demostrar su dicho, el demandante realiza una serie de cuadros comparativos con fórmulas matemáticas de las cuales concluye que la calificación no respetó la formula inicialmente divulgada por la Contraloría, pues, según su criterio *“los puntajes obtenidos no dependían del número de preguntas acertadas, sino (...) favorecer la habilitación de los concursantes excluidos que habían perdido la prueba”*²⁸.

Esta anomalía, según su criterio, derivó, de un lado, en la *“habilitación ilegítima de concursantes”* pues la prueba de conocimientos la aprobaron personas que en realidad no tenían que aprobarla y, de otro, en la falsa motivación por *“subvaloración del conocimiento y el mérito al asignarle engañoso peso o ponderación a la prueba de conocimiento”*.²⁹

Por su parte, en lo que atañe a la causal de nulidad de infracción de norma superior, el actor afirma que se violó el artículo 24 del Decreto 268 de 2000, que estipula que en los concursos de la Contraloría la entrevista no podrá tener un porcentaje mayor del 10% del valor total del puntaje asignado.

²⁸ Folio 10 del Expediente

²⁹ Folio 11 del expediente

Según su criterio, en la Convocatoria N. 002 de 2013 se violó dicha disposición, pues en la práctica y debido a la indebida calificación de la prueba de conocimientos, la entrevista tuvo un valor de 31.10% sobre la puntuación final, monto excesivamente superior al estipulado en la citada norma.

Como puede observarse, aunque en efecto, el demandante acudió a fórmulas matemáticas para sustentar sus afirmaciones, lo cierto es que en el acápite de concepto de la violación describió a cabalidad las razones por las cuales considera que el acto de nombramiento del señor Medina Ramírez, se encuentra viciado de nulidad.

Cosa distinta es que los supuestos vicios que se endilgan, se prueben y aquellos tengan la virtualidad de afectar la legalidad de la Resolución ORD-81117-001496-2014 del 11 de agosto de 2014, aspecto que deberá ser decidido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el momento procesal correspondiente.

Bajo el anterior panorama, no cabe sino concluir que la excepción de inepta demanda por ausencia del concepto de la violación no puede prosperar, y por ello, la decisión de primera instancia debe ser confirmada.

6. Conclusión

La decisión de primera instancia que negó las excepciones previas propuestas debe ser confirmada, toda vez que:

- i) Desde la perspectiva electoral, el acto definitivo es el contenido del acto de nombramiento o designación y no la lista de elegibles.
- ii) La demanda si contiene un concepto de la violación claro, y por ello, aquella no es inepta.

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

III. RESUELVE:

Primero: Confirmar la decisión de no declarar probada las excepciones previas formuladas por la parte demandada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en audiencia inicial del 2 de febrero de 2016.

Segundo: Exhortar a la Secretaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que en próximas oportunidades realice, en los procesos electorales, el traslado de que trata el parágrafo segundo del artículo 175 del CPACA

Tercero: Devolver al Tribunal de origen para lo de su cargo.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ
Presidente

ROCIO ARAUJO OÑATE
Consejero

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero