

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Se confirma la decisión de declarar probada parcialmente la excepción previa de indebida acumulación de pretensiones en el caso del Personero de Floridablanca / REITERA JURISPRUDENCIA - La providencia que decida sobre las excepciones previas propuestas sí es pasible del recurso de apelación o de súplica, según el caso

En los términos de los artículos 125, 150, 152.8 y 180.6 del CPACA, corresponde a la Sección decidir la apelación presentada por la parte demandada contra el auto dictado en audiencia pública celebrada el 19 de abril de 2016, por el Tribunal Administrativo de Santander a través del cual se declaró probada parcialmente la excepción previa de indebida acumulación de pretensiones. 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 sobre las excepciones previas propuestas sí es pasible del recurso de apelación o de súplica, según el caso.

EXCEPCIONES PREVIAS - Trámite / EXCEPCIONES PREVIAS - Especialidad del trámite en el proceso electoral

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. 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”. En el proceso contencioso administrativo de carácter ordinario, el legislador previó, en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, que las excepciones previas, así como las 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 rigen no contemplaron, de forma expresa, la resolución de excepciones previas en el marco de dicha diligencia, pese a lo anterior, es decir, aunque la literalidad del artículo 283 del CPACA no establece 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. 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 (...) 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 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 ejusdem, 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 codificación, 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. En tercer lugar, debido a que es evidente que el artículo 180 del CPACA no es incompatible con la 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. 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. 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 CPACA, 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.

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES - Existencia / DEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES - Requisitos en el proceso electoral

La Sala considera, al igual que el a quo, que en el presente caso existe una indebida acumulación de pretensiones, pero no por el desconocimiento del artículo 282 del CPACA -sobre causales objetivas y subjetivas-, sino por las razones que se explican a continuación: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 162 del CPACA toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá "... lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo código para la acumulación de pretensiones. Por su parte el artículo 165 del mismo estatuto, refiere la necesidad de que las pretensiones que se formulen sean conexas y no se excluyan entre sí "salvo que se propongan como principales y subsidiarias", so pena de indebida acumulación de éstas. Sobre el tema esta Sección ha sostenido: "El numeral 3º del artículo 82 del C. de P. C., establece que la acumulación de pretensiones no procede cuando todas no puedan tramitarse por el mismo procedimiento y la jurisprudencia de la Sección ha señalado que en ejercicio de la acción de nulidad electoral sólo hay lugar a declarar la nulidad de los actos de elección o nombramiento de que se trate, como se infiere de lo establecido en los artículos 223, 226, 227, 228 y 229 del C. C. A., y 7º de la Ley 14 de 1988, y en ciertos casos a disponer la práctica de un nuevo escrutinio; que las solicitudes de restablecimiento del derecho que se aleguen por un daño ocasionado por un acto de elección o nombramiento sólo procede en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento instituida en el artículo 85 del C. C. A., y que cuando impropriamente se acumulan pretensiones en uno y otro sentido debe interpretarse la demanda y resolverse acerca de las pretensiones respecto de las cuales el juez tenga competencia e inhibirse para decidir las demás. Por ello, cuando impropriamente se ha adelantado un proceso con base en la demanda orientada a obtener la declaración de nulidad del acto de elección y el restablecimiento del derecho, el juez decidirá sobre la primera pretensión y se inhibirá acerca de las pretensiones resarcitorias, para hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formas y el derecho de acceso a la administración de justicia, consagrados en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, respectivamente." Conforme lo expuesto, es claro que la procedencia de

acumulación de pretensiones debe sujetarse a ciertos requisitos, que en el presente caso no se cumplen (...) le corresponde al juez establecer si es posible el restablecimiento del derecho, entendido como reparación in natura, y además la reparación del daño, en cualquiera de sus modalidades siempre que permita garantizar la reparación integral. En este escenario, las pretensiones 3ª, 4ª y 5ª de la demanda, podrían corresponder a modalidades de reparación y por ende, tendrían un contenido subjetivo respecto del demandante. Es evidente en este caso que, de cara a los argumentos fácticos que fundamentan la demanda, no puede predicarse de dichas pretensiones la defensa de la legalidad en abstracto, sino la de un derecho subjetivo que el señor Escamilla Moreno cree tener. Recuérdese que la nulidad electoral, es una acción pública de legalidad, encaminada a mantener incólume el ordenamiento jurídico de las posibles violaciones que se puedan presentar por la expedición de un acto de elección o de nombramiento. Es decir, mediante este medio de control, se pretende la defensa del ordenamiento jurídico en abstracto y por ello se considera que es un contencioso objetivo de legalidad, lo que implica una evidente incompatibilidad con pretensiones referidas a derechos subjetivos, que deben ventilarse en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. Cabe señalar que el control judicial del acto electoral tiene como finalidad salvaguardar la voluntad de los ciudadanos o cuerpos electores en lo que se refiere a la selección de determinada persona, ya sea en forma de participación directa o bien indirecta. Por ello, la función electoral que “tiene por objeto obtener la pura, seria y genuina expresión de la voluntad general de la opinión pública para mantener o transformar la estructura, organización y funcionamiento del Estado...” , se diferencia de la función administrativa que encierra una amplia gama de actividades que puede tener alcances y naturalezas disímiles por cuanto se encamina a materializar los fines del Estado (...) Así las cosas, si bien la indebida acumulación de pretensiones está probada como lo sostuvo el a quo, lo cierto es que dicha excepción se configura no por la imposibilidad de acumular censuras de naturaleza objetiva y subjetiva, sino porque las pretensiones 3ª, 4ª y 5ª corresponden a un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, para el cual, el legislador ha previsto un trámite distinto al electoral.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, diecinueve (19) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00131-01

Actor: LUIS JOSE ESCAMILLA MORENO

Demandado: PERSONERO DEL MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA

Auto Electoral - Resuelve recurso de apelación

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la decisión adoptada por el Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo de Santander, en el marco de la audiencia inicial celebrada el 19 de abril de 2016, de declarar probada parcialmente la excepción previa de indebida acumulación de pretensiones propuesta por el demandado.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

El señor **Luis José Escamilla Moreno** demandó en nombre propio, en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 del CPACA, la nulidad de la elección del señor **Robiel Barbosa Otálora** como Personero del municipio de Floridablanca - Santander para el período 2016-2019.

Como pretensiones, formuló las siguientes:

PRIMERO: Declarar la nulidad del acta de sesión plenaria ordinaria 009 de 10 de enero de 2016, por medio de los cuales (sic) el Concejo municipal de Floridablanca declaró la elección del personero municipal de Floridablanca para el período 2016 a 2020 cuya (sic) copias auténticas adjunto.

SEGUNDO: Consecuencia de la anterior declaración ordenar la desvinculación y termino (sic) de funciones del personero municipal de Floridablanca elegido por el Concejo municipal de Floridablanca mediante el acta de sesión plenaria ordinaria 009 de 10 de enero de 2016.

TERCERO: Se ordene y practique judicialmente por el Tribunal de instancia una nueva calificación a la entrevista realizada el 07 de enero de 2016 por el Concejo municipal de Floridablanca al señor LUIS JOSE ESCAMILLA MORENO, a partir de los datos consignados por los concejales de Floridablanca en el video y grabación que se hizo de dicha entrevista, correspondientes a la etapa de la elección del personero en que se plantea hubo alteración en las planillas de los consolidados de resultado de calificación de entrevista y en la planilla individual que cada

concejal de Floridablanca calificó en la entrevista que afectó el resultado final de la elección.

CUARTO: Se ordene y practique judicialmente por el Tribunal de instancia comparar las preguntas, las respuestas y las calificaciones otorgados a los señores LUIS JOSE ESCAMILLA MORENO con cédula 91.042.105 y ROBIEL BARBOSA OTALORA identificado con la cédula 5.659.821, y se proceda a corregir el error aritmético cometido en las planillas de consolidados de resultado de calificación de entrevista y en la planilla individual que cada concejal de Floridablanca calificó en la entrevista.

En las planillas de consolidados de resultado de calificación de entrevista y en la planilla individual que cada concejal de Floridablanca calificó en la entrevista todas estas planillas contienen datos falsos o apócrifos, frente a las respuestas que LUIS JOSE ESCAMILLA MORENO dio a las preguntas formuladas.

QUINTO: Confirmados los errores aritméticos en la calificación de la entrevista introducidos en los las (sic) planillas de consolidados de resultado de calificación de entrevista y en la planilla individual que cada concejal de Floridablanca calificó en la entrevista, se ordene expedir nueva resolución por medio de cual (sic) se elabora la lista de elegibles en estricto orden de méritos y se ordene hacer la respectiva elección por parte del Concejo municipal de Floridablanca, que acredite al señor LUIS JOSE ESCAMILLA MORENO como personero municipal de Floridablanca, Santander, para el periodo 2016-2020 (sic).”

Como sustento de su petición señaló que con la expedición del acto de elección del Personero Municipal de Floridablanca por parte del Concejo de dicho ente territorial en sesión de 9 de enero de 2016, se violaron las siguientes normas de la Ley 1437 de 2011: i) artículo 275 numeral 3^o¹ por cuanto las planillas individuales y de consolidados de los resultados de la calificación de la entrevista contienen

¹ **ARTÍCULO 275. CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL.** Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando: (...)

3. Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales.

datos falsos; y ii) artículo 137² porque el acto fue expedido irregularmente por las siguientes razones: 1) indebida notificación de las Resoluciones 04 de 6 de enero de 2016³; 07⁴ y 08⁵ de 9 de enero de 2016, las cuales debieron ser notificadas personalmente; 2) el Concejo no informó la fecha y hora de las sesiones y no permitió el acceso a sus instalaciones los días 9 y 10 de enero de 2016 lo que impidió tener conocimiento de la resolución que resolvió los recursos y elaboró la lista definitiva de elegibles; y 3) arbitraria y abusiva calificación de las respuestas dadas por Luis José Escamilla Moreno a las preguntas realizadas en la entrevista de 7 de enero de 2016.

2. Las excepciones previas propuestas

Después de la admisión de la demanda, el Concejo Municipal de Floridablanca la contestó, pero en dicho escrito no propuso excepciones.

Por su parte, el señor **Robiel Barbosa Otálora**, quien obra en nombre propio, procedió a contestar la demanda, escrito en el cual hizo mención expresa sobre los hechos, se pronunció sobre los cargos de nulidad propuestos, solicitó pruebas y formuló las excepciones denominadas “incongruencia entre las pretensiones y los hechos de la demanda” y “trámite de la demanda por un proceso diferente al que legalmente corresponde”.

² **ARTÍCULO 137. NULIDAD.** Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.
2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.
3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.
4. Cuando la ley lo consagre expresamente.

PARÁGRAFO. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.

³ “Por medio de la cual se fijan los parámetros para llevar a cabo la entrevista a los concursantes en desarrollo del concurso público y abierto de méritos para proveer el cargo de personero municipal de Floridablanca Santander, para el período constitucional 2016-2019”.

⁴ “Por medio de la cual se resuelven las reclamaciones contra la publicación de los resultados de la prueba de entrevista a los concursantes en desarrollo del concurso público y abierto de méritos para proveer el cargo de personero municipal de Floridablanca Santander, para el período constitucional comprendido entre 1º de marzo de 2016 y el 29 de febrero de 2020.”

⁵ “Por medio de la cual se elabora en estricto orden de mérito la lista de elegibles, con la cual se cubrirá la vacante del cargo de Personero Municipal de Floridablanca – Santander, para el período constitucional comprendido entre 1º de marzo de 2016 y el 29 de febrero de 2020”.

En escrito aparte pero radicado junto con la contestación, también formuló las excepciones de “ineptitud sustantiva de la demanda por falta de los requisitos formales” e “indebida acumulación de pretensiones”.

De acuerdo con el a quo, las siguientes excepciones son previas:

Excepción de trámite inadecuado de la demanda: según el demandado, la acción que se ha debido iniciar es la de nulidad y restablecimiento del derecho para que la lista de elegibles contenida en la Resolución 08 de 9 de enero de 2016 proferida por la Mesa Directiva del Concejo de Floridablanca, “se deje sin valor mediante la declaratoria de nulidad de dicha Resolución, y se ordene el restablecimiento del derecho de conformidad con lo probado dentro del correspondiente proceso”.

Lo anterior, por considerar que la falsedad alegada por el actor se refiere a las planillas que contienen la calificación dada por los concejales en las entrevistas así como el puntaje consolidado. Dicha entrevista era una de las etapas del concurso el cual finalizó con la lista de elegibles, por tanto, la elección no era parte de dicho certamen.

Por consiguiente, a juicio del demandado, la lista de elegibles “radica en cabeza de los concursantes que las conforman verdaderos derechos de carácter particular y concreto, lo cual conlleva a que en el evento en que se hayan violado derechos de los concursantes a través de la confección de dichas listas de elegibles a que esos actos administrativos sean objeto de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho”.

Excepción de inepta demanda: El demandado propuso como excepción previa la de inepta demanda por dos razones:

i) Falta de requisitos formales: de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 152 del CPACA, el demandante debió acompañar con la demanda la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadística-DANE, con el fin de acreditar el número de habitantes del municipio de Floridablanca a la fecha de presentación de la demanda para evidenciar la competencia del Tribunal Administrativo de Santander para conocer en primera instancia del proceso de nulidad electoral promovido en su contra.

ii) Indebida acumulación de pretensiones: las dos primeras pretensiones formuladas por el demandante tienen relación con un proceso de nulidad electoral, mientras las restantes buscan el restablecimiento de un derecho.

Para que el Tribunal pueda acceder a las pretensiones 3ª, 4ª y 5ª se debe desvirtuar la presunción de legalidad de la Resolución 08 de 9 de enero de 2016, es decir, debió demandarse la nulidad de dicho acto administrativo.

3. El auto recurrido

Se trata del adoptado por el Magistrado Ponente del proceso de la referencia en el Tribunal Administrativo de Santander, proferido en la audiencia inicial celebrada el día 19 de abril de 2016, a través del cual se decidió, respecto de las excepciones lo siguiente:

i) Frente a la excepción de “incongruencia entre las pretensiones y los hechos de la demanda”: es un argumento de defensa que se resolverá en la sentencia.

ii) Respecto de la excepción de trámite inadecuado de la demanda: el Ponente la declaró **no probada** porque de acuerdo con el artículo 139 del CPACA el medio de control invocado es el adecuado por cuanto se pretende impugnar la elección efectuada por un cuerpo electoral, en este caso, la que realizó el Concejo respecto del Personero Municipal. Los hechos anteriores a dicha elección así como la conformación de la lista son actos previos que solamente se pueden demandar frente al acto último que es la elección.

iii) En cuanto a la ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales: se declaró **no probada** por considerar que la argumentación propuesta por el demandante no hace referencia a la ausencia de alguno de los requisitos formales de la demanda consagrados en el artículo 162 del CPACA. Acerca del certificado del DANE sobre la población, el Ponente sostuvo que no es un requisito formal de la demanda, sino que hace referencia a una regla de competencia determinable por el número de habitantes del municipio, además es una información de fácil acceso en la página web de dicha entidad.

iv) Sobre la ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones: se declaró **probada parcialmente**. Explicó el magistrado ponente, que la demanda contiene cinco pretensiones de las cuales la primera es la solicitud de declaratoria de nulidad de la elección y la segunda es la consecuencia jurídica natural de la anterior.

Frente a las tres restantes, encaminadas a que se realice una nueva entrevista, se comparen las calificaciones y se elabore una nueva lista de elegibles en la que se acredite al demandante como nuevo Personero de Floridablanca, sostuvo que contienen un “tinte subjetivo” que no es propio del contencioso electoral que se caracteriza por ser un medio de control público que orienta al restablecimiento de la legalidad y del orden jurídico.

En este punto, hizo mención a una providencia proferida por esta Sala, con ponencia del Consejero Alberto Yepes Barreiro⁶, que en la acción de nulidad electoral se juzga la legalidad de los actos de nombramiento o elección de los servidores públicos, la pretensión principal es la anulación de dichos actos pues se busca la guarda de la legalidad y no de un interés particular, es decir se trata de un contencioso objetivo en el que solo se puede pretender la restauración del imperio de la legalidad.

Conforme lo anterior, el magistrado ponente consideró que las pretensiones 3, 4 y 5 no son propias de un proceso electoral sino de un medio de control diferente como sería el de nulidad y restablecimiento del derecho. En consecuencia, no es posible dicha acumulación de pretensiones por lo que las excluyó del presente trámite el cual continuará únicamente con las 1 y 2.

4. Del recurso interpuesto⁷

Inconforme con la decisión anterior, **el demandante** interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación y reiteró en su integridad los argumentos expuestos en el escrito mediante el cual describió el traslado de las excepciones previas en el que se opuso a la excepción de indebida acumulación de pretensiones.

⁶ No indicó ningún otro dato para identificar la providencia.

⁷ Los argumentos se encuentran en su integridad en el CD obrante a folio 297 A del Expediente y el cual hace parte integral del acta de audiencia inicial celebrada el 19 de abril de 2016.

Refirió una “fuente jurisprudencial” en la cual ha procedido este tipo de acumulación de pretensiones que parecen ser de restablecimiento del derecho pero “son propiamente de la acción de nulidad electoral”: sentencia de 14 de abril de 2009, expedientes acumulados 2008-22, 2008-29, 2008-31 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, confirmada por el Consejo de Estado⁸, según el demandante, en dicho fallo, además de declararse la nulidad de la elección por voto popular, en atención a que hubo datos apócrifos en la consolidación de los votos, se verificó la votación y se determinó que se hiciera nuevamente el conteo.

5. El traslado del recurso

El magistrado ponente del Tribunal Administrativo de Santander puso de presente que el único recurso procedente es el de apelación. En consecuencia, de conformidad con el numeral 1º del artículo 244 del CPACA, en el marco de la audiencia inicial se dio traslado del recurso propuesto.

El demandado, así como la autoridad que profirió el acto acusado, no hicieron ningún pronunciamiento.

Por su parte, el delegado de la Procuraduría manifestó que los argumentos planteados por la parte demandante se refieren “no solo a la parte objetiva de declarar la nulidad del acto administrativo y la desvinculación que se está pidiendo... hay un ingrediente adicional que no es relativo a la subjetividad o a que se ordene la designación de otra persona... hay un ingrediente objetivo en esa solicitud y es simplemente un error aritmético... se está pidiendo que se corrija un error aritmético...”.

Adujo que el material probatorio no se ha recaudado y por tanto no es posible saber qué pasó en las entrevistas ni el contenido de las planillas, pero como la parte demandante está solicitando que se corrija un error aritmético, el cual, si se demuestra en el curso de proceso, ello no implicaría que el tribunal disponga quien debe ser electo, pues no es de su competencia. En ese escenario sería procedente el estudio de esa objetividad.

II. CONSIDERACIONES

⁸ El actor no identificó la providencia en su intervención en la audiencia inicial, ni en el escrito en el que recorrió el traslado de las excepciones propuestas por el demandado.

1. Competencia

En los términos de los artículos 125, 150, 152.8 y 180.6 del CPACA, corresponde a la Sección decidir la apelación presentada por la parte demandada contra el auto dictado en audiencia pública celebrada el 19 de abril de 2016, por el Tribunal Administrativo de Santander a través del cual se declaró probada parcialmente la excepción previa de indebida acumulación de pretensiones.

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 sobre las excepciones previas propuestas **sí** es pasible 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 realizar algunas precisiones respecto a la procedencia de las excepciones previas y al trámite que aquellas deben surtir en el proceso electoral.

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.

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”⁹.

En el proceso contencioso administrativo de carácter ordinario, el legislador previó, en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, que las excepciones previas, así como las 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 rigen¹⁰ 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 dispone:

“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 establece la resolución de las excepciones previas en la audiencia inicial del proceso electoral para la Sala, como pasará a explicarse, el juez electoral en

⁹ López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo 1. Undécima Edición. 2012. Duprè Editores. Bogotá. Págs. 960-961

¹⁰ 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.

aplicación del principio de integración normativa, puede y debe pronunciarse en la audiencia inicial sobre las excepciones previas propuestas por las partes. Veamos:

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 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 ejusdem, 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 codificación, 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.¹¹

En **tercer lugar**, debido a que es evidente que el artículo 180 del CPACA **no es incompatible con la 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.

¹¹ 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 Barrerio.

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.

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.¹²

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 CPACA¹³, 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.¹⁴

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 Santander declaró parcialmente probada la excepción previa de indebida acumulación de pretensiones propuesta por la parte demandada.

5. Caso concreto

La Sala considera, al igual que el a quo, que en el presente caso existe una indebida acumulación de pretensiones, pero no por el desconocimiento del artículo 282 del CPACA -sobre causales objetivas y subjetivas-, sino por las razones que se explican a continuación:

¹² No así las de conciliación, transacción y prescripción extintiva por ser **incompatibles** con la naturaleza del proceso electoral.

¹³ 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.*”

¹⁴ 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.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 162 del CPACA toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá "... lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo código para la acumulación de pretensiones...".

Por su parte el artículo 165 del mismo estatuto, refiere la necesidad de que las pretensiones que se formulen sean conexas y no se excluyan entre sí "salvo que se propongan como principales y subsidiarias", so pena de indebida acumulación de éstas. Veamos:

“ARTICULO 165. ACUMULACION DE PRETENSIONES. En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.
2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.
3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.
- 4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.”** (Negrilla fuera de texto)

En términos similares está regulada esta figura en el Código General del Proceso - CGP:

“ARTICULO 88. ACUMULACION DE PRETENSIONES. El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que el juez sea competente para conocer de todas, sin tener en cuenta la cuantía.

2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.
3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento. (...)"

En el caso bajo estudio, es evidente la acumulación de pretensiones propias de un proceso electoral y otras que corresponden a un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sobre el tema esta Sección ha sostenido:

“El numeral 3º del artículo 82 del C. de P. C., establece que la acumulación de pretensiones no procede cuando todas no puedan tramitarse por el mismo procedimiento y la jurisprudencia de la Sección ha señalado que en ejercicio de la acción de nulidad electoral sólo hay lugar a declarar la nulidad de los actos de elección o nombramiento de que se trate, como se infiere de lo establecido en los artículos 223, 226, 227, 228 y 229 del C. C. A., y 7º de la Ley 14 de 1988, y en ciertos casos a disponer la práctica de un nuevo escrutinio; que las solicitudes de restablecimiento del derecho que se aleguen por un daño ocasionado por un acto de elección o nombramiento sólo procede en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento instituida en el artículo 85 del C. C. A., y que cuando impropia­mente se acumulan pretensiones en uno y otro sentido debe interpretarse la demanda y resolverse acerca de las pretensiones respecto de las cuales el juez tenga competencia e inhibirse para decidir las demás. Por ello, cuando impropia­mente se ha adelantado un proceso con base en la demanda orientada a obtener la declaración de nulidad del acto de elección y el restablecimiento del derecho, el juez decidirá sobre la primera pretensión y se inhibirá acerca de las pretensiones resarcitorias, para hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formas y el derecho de acceso a la administración de justicia, consagrados en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, respectivamente.^{15,16}

Conforme lo expuesto, es claro que la procedencia de acumulación de pretensiones debe sujetarse a ciertos requisitos, que en el presente caso no se cumplen. Veamos:

El actor pretende obtener simultáneamente (i) la nulidad del acto de elección del Personero de Floridablanca; (ii) su separación del cargo; (iii) que el tribunal ordene y practique una nueva calificación a la entrevista; (iv) así como una comparación de las preguntas, respuestas y calificaciones del demandante y demandado para que se corrija el error aritmético y (v) que una vez confirmado el error aritmético,

¹⁵ Sentencias de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 2 de junio de 1996, exp. No. 1558, y de 10 de marzo de 2005, exp. No. 3333.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 4 de mayo de 2007, Exp. 11001-03-28-000-2006-00079-00(4013), Demandante: Jose Luis Arcila Cordoba; Demandado: Representantes a la Cámara por el departamento del Valle del Cauca; C.P. Reinaldo Chavarro Buritica.

se ordene expedir una nueva lista de elegibles y hacer la respectiva elección del demandante como Personero de Floridablanca.

Claramente las pretensiones referidas a la nulidad del acto de elección y la separación del cargo del demandado que es consecuencia necesaria de la anulación, son propias de un proceso de nulidad electoral según el artículo 139 que establece que por este medio de control, se deben cuestionar tanto los actos de elección por voto popular como los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden.

Por tanto, se puede deducir que la elección efectuada por el Concejo Municipal de Floridablanca en el proceso de la referencia, debía demandarse a través de la acción electoral, como en efecto se hizo.

Ahora bien, las pretensiones referidas a la nueva calificación de la entrevista, la comparación de las respuestas dadas por los señores Escamilla Moreno y Barbosa Moreno así como la de nombramiento del demandante como Personero de Floridablanca, claramente tienen un contenido resarcitorio propio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto, esta Sección ha señalado lo siguiente:

“...quien incoa dicho medio de control [nulidad y restablecimiento del derecho] tiene la potestad de elevar las siguientes pretensiones: **i)** nulidad del acto administrativo; **ii)** restablecimiento del derecho y **iii)** reparación del daño.

Se advierte con facilidad que uno de los componentes del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, es el resarcitorio, puesto que la norma posibilita que quien considere lesionado un derecho subjetivo suyo, puede pretender, además de la nulidad –que puede entenderse como la evidencia de una falla de la Administración al expedir un acto administrativo ilegal-, el restablecimiento de aquel –asimilable a una reparación *in natura*- y además, la reparación del daño.

En ese orden de ideas, puede concluirse que a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en lo que a su componente resarcitorio se refiere, le son aplicables las mismas pautas para la reparación de perjuicios que se han decantado en la acción de reparación directa, es decir, entre otros, la indemnización plena de perjuicios.

Por tanto, es válido afirmar que se impone la reparación de todos los perjuicios que el acto administrativo declarado nulo, ha generado, sean

estos del orden material o inmaterial, y solicitados en la demanda y acreditados en debida forma.”¹⁷

En ese orden, le corresponde al juez establecer si es posible el restablecimiento del derecho, entendido como reparación in natura, y además la reparación del daño, en cualquiera de sus modalidades siempre que permita garantizar la reparación integral.

En este escenario, las pretensiones 3^a, 4^a y 5^a de la demanda, podrían corresponder a modalidades de reparación y por ende, tendrían un contenido subjetivo respecto del demandante.

Es evidente en este caso que, de cara a los argumentos fácticos que fundamentan la demanda, no puede predicarse de dichas pretensiones la defensa de la legalidad en abstracto, sino la de un derecho subjetivo que el señor Escamilla Moreno cree tener.

Recuérdese que la nulidad electoral, es una acción pública de legalidad, encaminada a mantener incólume el ordenamiento jurídico de las posibles violaciones que se puedan presentar por la expedición de un acto de elección o de nombramiento¹⁸.

Es decir, mediante este medio de control, se pretende la defensa del ordenamiento jurídico en abstracto y por ello se considera que es un contencioso objetivo de legalidad, lo que implica una evidente incompatibilidad con pretensiones referidas a derechos subjetivos, que deben ventilarse en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Cabe señalar que el control judicial del acto electoral tiene como finalidad salvaguardar la voluntad de los ciudadanos o cuerpos electores en lo que se refiere a la selección de determinada persona, ya sea en forma de participación directa o bien indirecta. Por ello, la función electoral que *“tiene por objeto obtener la pura, seria y genuina expresión de la voluntad general de la opinión pública para mantener o transformar la estructura, organización y funcionamiento del*

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 5 de marzo de 2015, Exp. 11001-03-15-000-2014-02283-01, Accionante: César Negret Mosquera; Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B y otro; C.P. Alberto Yepes Barreiro.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 12 de septiembre de 2013, Exp. 11001-03-28-000-2012-00060-00, Demandante: José Leoncio Betancur Largo; Demandado: Notario cincuenta y ocho del Círculo de Bogotá; C.P. Alberto Yepes Barreiro.

*Estado...*¹⁹, se diferencia de la función administrativa que encierra una amplia gama de actividades que puede tener alcances y naturalezas disímiles por cuanto se encamina a materializar los fines del Estado.

Justamente la finalidad de una y otra hacen que el juicio de legalidad del acto electoral y del acto administrativo se efectúe por medios de control diferentes. Así, el acto electoral -cuyo propósito es concretar la democracia participativa, materializando así, el fin funcional del derecho relativo a la organización y legitimación del poder-, se examina en un proceso especial de nulidad electoral; mientras que el acto administrativo –que propende por concretar los fines del Estado, principalmente el de satisfacer las necesidades públicas-, se controla en los procesos de nulidad y nulidad y restablecimiento.

Así, la procedencia del medio de control regulado en el artículo 138 del CPACA, está sujeta a la existencia de un interés directo en el resultado de la sentencia y por ello es necesario alegar la titularidad del derecho desconocido por la Administración y el perjuicio que ocasionó²⁰, situación que no se presenta cuando se censura un acto electoral, pues cualquier persona puede interponer la demanda, precisamente porque no se persigue un interés individual, sino la defensa del orden jurídico.

Así las cosas, si bien la indebida acumulación de pretensiones está probada como lo sostuvo el a quo, lo cierto es que dicha excepción se configura no por la imposibilidad de acumular censuras de naturaleza objetiva y subjetiva, sino porque las pretensiones 3ª, 4ª y 5ª corresponden a un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, para el cual, el legislador ha previsto un trámite distinto al electoral.

Bajo el anterior panorama, no cabe sino concluir que la decisión de primera instancia debe ser confirmada.

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

III. RESUELVE:

¹⁹ Gaceta Constitucional No. 85.

²⁰ Arboleda Perdomo, Enrique José, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Editorial Legis, segunda edición, Bogotá, 2012. P. 228.

Primero: Confirmar la decisión de declarar probada parcialmente la excepción previa de indebida acumulación de pretensiones formulada por la parte demandada, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en audiencia inicial de 19 de abril de 2016.

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

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ
Presidente

ROCIO ARAUJO OÑATE
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado