

RECURSO DE APELACIÓN – Trámite para su interposición

El artículo 244 de la Ley 1437 de 2011 dispuso el trámite que debe surtir para la interposición y sustentación del recurso de apelación de autos. El numeral 1º de esta normativa señaló que si el auto apelado se profiere en audiencia el recurso debe interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de la misma (...) El recurso de apelación lo que busca es que el ad-quem examine lo decidido por la primera instancia con sujeción a los argumentos esbozados por la parte que se siente inconforme con la decisión adoptada.

EXCEPCIONES PREVIAS - En materia electoral son aplicables las disposiciones del proceso ordinario – EXCEPCIONES PREVIAS – Deben decidirse en la audiencia inicial

El problema jurídico consiste en determinar, de conformidad con el recurso de apelación interpuesto, si existe mérito suficiente para revocar o por el contrario confirmar la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual negó la procedencia de la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia del medio de control (...) El título VIII de la Parte Segunda de la Ley 1437 de 2011 contempla las disposiciones especiales para el trámite y decisión de las pretensiones de contenido electoral Dentro de esta regulación no se previó de manera expresa la resolución de excepciones, motivo por el cual son aplicables las disposiciones del proceso ordinario o común (...) En consecuencia debe decidirse en la audiencia inicial las excepciones previas o mixtas, en razón de la compatibilidad del trámite de nulidad electoral con las normas que prevén esta institución para el proceso ordinario, toda vez que, la figura jurídica de las excepciones en nada se contraponen con el procedimiento especial de nulidad electoral ni con sus principios esenciales de eficiencia y agilidad, dado que buscan desde el inicio del mismo determinar si tienen o no la vocación de terminar anticipadamente el proceso.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Mecanismo judicial que persigue la preservación del orden jurídico / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Diferencia entre medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho / INEPTITUD DE LA DEMANDA - Indebida escogencia del medio de control

el medio de control de nulidad electoral es el mecanismo judicial que permite al ciudadano en general acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que ésta realice un control de legalidad en abstracto del acto de: i) elección por voto popular o por cuerpos electorales, ii) el de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden y, iii) el llamamiento para proveer vacantes, control que se constituye en la pretensión de la parte demandante (...) resulta claro que el concepto de la violación y los hechos expuestos por parte del demandante no pueden entenderse sino como una exposición argumentativa que tienen el propósito de dar respaldo a su pretensión –única– de nulidad, dado que en ningún caso busca el restablecimiento o reconocimiento de un derecho en favor de los funcionarios de carrera de la entidad, por el contrario lo que el actor pretende demostrar con el listado de funcionarios solicitados como prueba en la demanda, es la presunta irregularidad alegada (...) En razón de lo anterior resulta oportuno recordar que cuando se pretende la nulidad de un acto de nombramiento o elección, éste puede ser enjuiciado a través del medio de control de nulidad y restablecimiento siempre y cuando la finalidad del accionante sea el reconocimiento de un derecho subjetivo -restablecimiento de derechos-, en

cambio, a través del medio de control de nulidad electoral, el accionante persigue la preservación del orden jurídico -legalidad objetiva- perturbado con el acto demandado, como ocurre en el presente caso (...) En ese orden, la conclusión necesaria es que no se puede declarar como próspera la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia del medio de control propuesta por el apoderado judicial del Ministerio de Relaciones Exteriores, por cuanto en el presente no se encuentra acreditada la búsqueda de un resarcimiento de carácter subjetivo por parte del actor que conlleve a un restablecimiento automático de derechos en cabeza de los funcionarios de carrera de la entidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-23-41-000-2017-01459-01

Actor: MARIO ANDRÉS SANDOVAL ROJAS

**Demandado: JUAN PABLO RODRÍGUEZ GÓMEZ –MINISTRO
PLENIPOTENCIARIO CÓDIGO NO. 0074, GRADO 22 ADSCRITO AL
CONSULADO GENERAL DE COLOMBIA EN BUENOS AIRES -ARGENTINA**

Asunto: Nulidad Electoral – Auto que confirma la decisión apelada de no declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia del medio de control¹

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Ministerio de Relaciones Exteriores, contra la decisión adoptada en la audiencia inicial de 31 de enero de 2018, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub-sección B, declaró no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia del medio de control.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor Mario Andrés Sandoval Rojas, presentó el 12 de septiembre de 2017², demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, en la cual elevó las siguientes:

¹ Esta misma tesis fue expuesta en la siguiente providencia, Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 4 de octubre de 2017, C.P: Rocío Araújo Oñate, Radicado No. 25000-23-41-000-2017-00671-01.

1.1 Pretensiones

“PRIMERA: Que se declare la nulidad del Decreto 1296 del del (sic) 31 de julio de 2017.

SEGUNDA: Comunicar la sentencia a la Presidencia de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores.”

1.2 Hechos

1.2.1 Señaló que el Gobierno Nacional, a través del Decreto 1296 del 31 de julio de 2017 nombró con carácter provisional al señor Juan Pablo Rodríguez Gómez en el cargo de ministro plenipotenciario, código 0074, grado 22 adscrito al consulado general de Colombia en Buenos Aires –Argentina-.

1.2.2 Sostuvo que el cargo de ministro plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, pertenece a la carrera diplomática y consular, carrera de la cual no hace parte el demandado.

1.2.3 Mencionó que el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, señala que se pueden designar en cargos de carrera diplomática y consular a personas que no pertenezcan a ella, cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios pertenecientes a la misma para proveer dichos cargos. Igualmente sostuvo que el parágrafo del artículo 61 ídem contempla las condiciones básicas de la provisionalidad.

1.2.4 Finalizó señalando que la Constitución y la ley exigen la materialización del derecho preferente que tienen los funcionarios de carrera para ocupar los cargos que ostentan esa misma condición, basados en los principios superiores de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

1.3 Normas violadas y concepto de la violación

Señaló el demandante, que el acto enjuiciado está incurso en la causal de nulidad prevista en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, por haber sido expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, concretamente por contrariar:

- El principio de especialidad contemplado en el artículo 60 del Decreto 274 de 2000, al considerar que el nombramiento de personas no inscritas en la carrera diplomática y consular en cargos que pertenecen a la misma está condicionado a que sea imposible realizar nombramientos, es decir, que la designación que se haga en provisionalidad se deba a que no exista funcionario escalafonado e inscrito en carrera disponible para ocupar el cargo cuya vacancia habrá de llenarse de manera provisional.

² Folios 1 a 11 del cuaderno No. 1.

- La Ley 1437 de 2011: artículo 3.3, toda vez que el acto demandado no fue motivado debiendo serlo dado que el Presidente de la República en esta clase de nombramientos no tiene facultad discrecional, para fundamentar este cargo citó apartes de la sentencia con radicado No. 11001-03-28-000-2009-00043-00 de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

De igual forma, adujo que el acto acusado se encuentra viciado de falsa motivación toda vez que se fundamenta en el artículo 60 ídem que regula la posibilidad de proveer las vacantes en provisionalidad; sin embargo, en este caso no se tuvo en cuenta que dicho precepto normativo condiciona tal facultad a la imposibilidad de designar en el cargo vacante a funcionarios inscritos en carrera administrativa.

2 Actuaciones Procesales

2.1 Admisión de la demanda

El 12 de septiembre de 2017³ el accionante presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca demanda de nulidad electoral contra el acto de nombramiento del señor Juan Pablo Rodríguez Gómez, como ministro plenipotenciario adscrito al consulado general de Colombia en Buenos Aires – Argentina-.

Mediante auto del 20 de septiembre de 2017⁴, se dispuso la inadmisión del medio de control. El 21 del mismo mes y año el demandante subsanó la demanda, procediendo el magistrado sustanciador de primera instancia a su admisión el 28 de septiembre de 2017⁵.

2.2 Contestación de la demanda

2.2.1 Ministerio de Relaciones Exteriores

El 9 de noviembre de 2017⁶, a través de apoderado judicial el Ministerio de Relaciones Exteriores contestó la demanda proponiendo las excepciones previas de inepta demanda por indebida escogencia del medio de control, falta de integración de los litisconsortes necesarios y falta de legitimación en la causa por activa.

Frente a la primera de ellas sostuvo que la naturaleza de la nulidad electoral corresponde a un contencioso objetivo de legalidad, en donde el juicio que se hace surge de la confrontación del acto de nombramiento demandado con el ordenamiento jurídico.

³ Folios 1 a 23 del cuaderno No. 1.

⁴ Folio 20 del cuaderno No. 1.

⁵ Folios 35 a 37 del cuaderno No. 1.

⁶ Folios 57 a 74 de cuaderno No. 1.

En este caso en concreto, el apoderado de la entidad demandada aseveró que surge como necesario acudir a la teoría de los fines y los móviles⁷, dado que la contradicción planteada contra el acto de nombramiento busca proteger un derecho subjetivo bajo la titularidad de un tercero.

De ello se deriva que la contradicción planteada por el demandante frente al Decreto No. 1296 de 2017, se circunscribe únicamente en que no era posible dictarlo debido a que, según su criterio, existen personas inscritas en el escalafón de carrera diplomática y consular en la categoría de ministro plenipotenciario que tenían el derecho preferencial a ser designados en el mismo cargo en el cual fue nombrado de manera provisional el señor Juan Pablo Rodríguez Gómez, de lo anterior se deriva que el acto demandado afecta directamente situaciones consolidadas de índole individual y, si bien es cierto el demandante no reclamó directamente un restablecimiento del derecho o la declaración de las pretensiones en favor de una persona en particular, lo cierto es que para éste la legalidad del acto de nombramiento radica en que se efectúe en una de las personas del escalafón de carrera.

En ese orden adujo que la presente demanda no debe tramitarse bajo el medio de control de nulidad electoral sino a través de la nulidad y restablecimiento del derecho, dado que lo que se enjuicia no son irregularidades que recaen de forma directa en el acto demandado, sino una contradicción de una situación particular y concreta de las personas que están inscritas en el escalafón de carrera diplomática y consular.

Respecto de la falta de integración de todos los litisconsortes necesarios, sostuvo que los funcionarios que alude el demandante y que hacen parte del escalafón de carrera del ministerio, deben hacerse parte en el proceso para hacer valer los derechos, que pueden verse afectados, ya sea a su favor o en contra, pues de llegarse a declarar la nulidad del acto enjuiciado debieran ser designados para ocupar la vacante que resulte.

En cuanto a la excepción de falta de legitimación en la causa por activa señaló que: *“En concordancia con lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta que las peticiones de la demanda sólo podían debatirse a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y no mediante la nulidad electoral, el demandante carece de legitimación en la causa por activa para demandar...”*.

2.2.2 Juan Pablo Rodríguez Gómez –demandado-

El 12 de diciembre de 2017⁸ el señor Rodríguez Gómez contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones bajo supuestos similares a los esbozados por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en su escrito de contestación.

2.3 Decisión recurrida⁹.

⁷ Para ello citó el auto del 31 de marzo de 2011 de la de la Sección Quinta del Consejo de Estado con radicado No. 11001-03-28-000-2010-00114-00.

⁸ Folios 78 a 99 del cuaderno No. 1.

En la audiencia inicial celebrada el 31 de enero de 2018¹⁰, el magistrado sustanciador de la Sección Primera Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, verificó la asistencia de los sujetos procesales, definió el objeto de la diligencia y estableció la inexistencia de vicios en el proceso para efectos del saneamiento del mismo¹¹.

Luego, procedió a resolver las excepciones propuestas por el Ministerio de Relaciones Exteriores y, respecto de éstas negó su prosperidad bajo el siguiente supuesto:

“..., revisada la demanda y sus anexos se advierte que la misma debe ser tramitada por el medio de control de nulidad electoral, en tanto que recae sobre el acto de nombramiento, que constituye un acto electoral propiamente dicho, [...] en la que expresamente no se solicita restablecimiento alguno, ni tácitamente se advierte que éste se presente de manera automática.

/.../

Procede el Despacho a resolver la excepción propuesta, advirtiendo que la figura del litisconsorcio necesario, conlleva a que al proceso deben vincularse forzosa y necesariamente, en calidad de partes, las personas sin cuya presencia no sería posible resolver la controversia jurídica, y que de llegar a serlo se haría contrariando el debido proceso y otras garantías fundamentales de los ausentes.

En ese sentido, de la lectura de las pretensiones de la demanda no se observa que alguna esté dirigida a que se nombre a alguien particular o se le reconozcan perjuicios concretos, puesto que lo que persigue el demandante es la nulidad del acto de nombramiento acusado...

[Finalmente], advierte el Despacho que la legitimación por activa en los procesos electorales es de naturaleza pública, es decir, que cualquier persona puede controvertir una elección o nombramiento...”.

2.4 Recurso de apelación

El apoderado judicial del Ministerio de Relaciones Exteriores, luego del traslado de la anterior decisión, interpuso recurso de apelación en el transcurso de la audiencia y lo sustentó en los siguientes términos:

⁹ Mediante auto del 16 de enero de 2018, el Magistrado Ponente convocó a las partes, con sus respectivos apoderados con el fin de celebrar audiencia inicial el 31 de enero de 2018 a las 11:00 am. Folio 102 del cuaderno No. 1.

¹⁰ Folios 107 a 114 del cuaderno No. 1.

¹¹ Se constató el traslado por parte de la Secretaría de la Sección Primera de las excepciones propuestas por el Ministerio de Relaciones Exteriores (Folio 100 del cuaderno No. 1).

“..., De acuerdo con la demanda presentada por el señor Mario Sandoval, se enlista una serie de funcionarios que aparentemente ostentan un derecho preferente o mejor derecho que el señor Juan Pablo Rodríguez a ocupar el cargo para el cual fue nombrado, teniendo en cuenta que el argumento central de la demanda es que estos funcionarios que aparentemente llevaban más de doce meses ocupando su cargo en el exterior... debieron haber sido trasladados antes que nombrar al señor Juan Pablo Rodríguez, ... no obstante, el Presidente de la República en uso de sus facultades constitucionales expidió el decreto 2200 de 2017, mediante el cual realizó traslados a todos los funcionarios que aparentemente estaban ocupando cargos de inferior jerarquía, con lo que se presentaría una carencia actual de objeto que dejaría sin fundamento el argumento central de la demanda de la referencia...”

En la eventualidad que se aceptare que es una acción electoral y que hay funcionarios que no pueden ocupar dicho cargo... incluido los de la lista que mencionó en la demanda ello conllevaría a otros nombramientos en provisionalidad inclusive podría ser el mismo funcionario para cubrir la vacante pues de la lista que él envió en su demanda y conforme con el certificado del Ministerio de Relaciones Exteriores no hay funcionarios que actualmente ocupen un cargo al interior del escalafón.

Por lo anterior solicito que se tramite como nulidad y restablecimiento del derecho si es que en la actualidad existe un funcionario que aún ocupe o tenga derecho preferente como lo afirma en la demanda a ocupar el cargo de Juan Pablo Rodríguez.”

El Despacho concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación así presentado y sustentado.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

En los términos de los artículos 125, 150, 152.9 y 180.6 de la Ley 1437 de 2011, aplicables por remisión del artículo 296 ibídem, corresponde a esta Sala decidir la apelación interpuesta por el apoderado judicial del Ministerio de Relaciones Exteriores contra la decisión adoptada en la audiencia inicial del 31 de enero de 2018, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia del medio de control.

2. Oportunidad de la interposición y sustentación del recurso

El artículo 244 de la Ley 1437 de 2011 dispuso el trámite que debe surtir para la interposición y sustentación del recurso de apelación de autos. El numeral 1º de esta normativa señaló que si el auto apelado se profiere en audiencia el recurso debe interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de la misma.

En el caso objeto de estudio la audiencia se llevó a cabo el 31 de enero de 2018 y el apoderado judicial del Ministerio de Relaciones Exteriores, en el desarrollo de la misma, interpuso y sustentó el recurso de apelación, razón por la cual el mismo al haberse interpuesto y sustentado en la oportunidad legalmente prevista, fue concedido en el efecto suspensivo.

3. Cuestión Previa

Tanto en el recurso de apelación sustentado oralmente en la audiencia inicial, como en escrito de 7 de febrero de 2018¹², el apoderado judicial del Ministerio de Relaciones Exteriores, solicitó que la Sección Quinta del Consejo de Estado, termine el presente medio de control por la ocurrencia del fenómeno de carencia actual de objeto.

Para sustentar su petición, adujo que el Presidente de la República expidió el Decreto 2200 de 2017, por medio del cual trasladó a la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores a 26 funcionarios inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario a cargos de igual categoría, 16 funcionarios inscritos en el escalafón de Consejero en cargos de igual categoría, a un funcionario inscrito en el escalafón de Primer Secretario en un cargo de igual categoría y 20 funcionarios inscritos en el escalafón de Segundo Secretario en cargos de igual categoría.

Conforme a lo anterior, sostuvo que al encontrarse todos los funcionarios de carrera asignados en el correspondiente escalafón se cumplió con lo consagrado en el artículo 60 del Decreto 274 de 2000, respecto al derecho preferente de los servidores públicos y, por tanto, superados los reproches de la demanda.

En el caso en concreto, la parte pasiva señaló que dicho fenómeno tuvo ocurrencia al haber, entre otros argumentos, cesado la conducta reprochada en la demanda, esto es, el nombramiento de provisionales existiendo personal de carrera que tenía el derecho de preferencia frente a dichos cargos.

Al respecto, oportuno se torna en señalar, que conforme con el artículo 320 de la Ley 1564 de 2012¹³, el fin que persigue el recurso de apelación es: “[Q]ue el superior examine ***la cuestión decidida***, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”.

Quiere decir lo anterior, que el recurso de apelación lo que busca es que el ad-quem examine lo decidido por la primera instancia con sujeción a los argumentos esbozados por la parte que se siente inconforme con la decisión adoptada.

¹² Folios 122 a 127 del cuaderno No. 1.

¹³ Integración normativa que se hace en virtud de lo consagrado en los artículos 296 y 306 de la Ley 1437 de 2011.

Siendo así las cosas, no es posible que el recurrente intente traer al momento de la impugnación, elementos o mejor argumentos nuevos que no fueron objeto de análisis por parte de la primera instancia, dado que exceden los fines del recurso de apelación.

Así las cosas, del video que reposa a folio 114 del expediente, se tiene que en la audiencia inicial celebrada el 31 de enero de 2018, el magistrado sustanciador del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió negar las excepciones de: i) ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia del medio de control, ii) indebida integración del litisconsorcio necesario y, iii) falta de legitimación en la causa por pasiva, decisión que fuera apelada únicamente respecto de la primera excepción.

En razón de lo anterior y al no encontrarse dentro de las decisiones de primera instancia lo correspondiente a la carencia actual de objeto del presente medio de control, corresponderá al Juez de primera instancia por ser el competente¹⁴, el análisis del argumento presentado por el apoderado judicial del Ministerio de Relaciones Exteriores.

4. Problema jurídico

El problema jurídico consiste en determinar, de conformidad con el recurso de apelación interpuesto, si existe mérito suficiente para revocar o por el contrario confirmar la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual negó la procedencia de la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia del medio de control.

Por cuestiones metodológicas, para resolver el recurso de apelación interpuesto se resolverán los siguientes planteamientos: i) las excepciones previas en el medio de control de nulidad electoral y, ii) la ineptitud de la demanda por indebida escogencia del medio de control.

5. Caso concreto

5.1 Excepciones previas en el medio de control de nulidad electoral

El título VIII de la Parte Segunda de la Ley 1437 de 2011 contempla las disposiciones especiales para el trámite y decisión de las pretensiones de contenido electoral¹⁵. Dentro de esta regulación no se previó de manera expresa la resolución de excepciones, motivo por el cual son aplicables las disposiciones del proceso ordinario o común.

Ello es así, por cuanto el artículo 296 de la Ley 1437 de 2011 señala que pueden ser aplicables las disposiciones del proceso ordinario cuando éstas resulten compatibles con la naturaleza del proceso electoral. Además, de acuerdo con el

¹⁴ En garantía del principio de la doble instancia, se debe recordar que de conformidad con el artículo 243.3 de la Ley 1437 de 2011, son apelables las decisiones que ponga fin al proceso.

¹⁵ Artículos 275 a 296 de la Ley 1437 de 2011.

artículo 180.6 ídem, en la audiencia inicial el Juez o Magistrado, según sea el caso, resolverá de oficio o a petición de parte las excepciones previas o mixtas que se hubieran propuesto, institución jurídica que también se puede presentar en el proceso de nulidad electoral.

En consecuencia debe decidirse en la audiencia inicial las excepciones previas o mixtas, en razón de la compatibilidad del trámite de nulidad electoral con las normas que prevén esta institución para el proceso ordinario, toda vez que, la figura jurídica de las excepciones en nada se contraponen con el procedimiento especial de nulidad electoral ni con sus principios esenciales de eficiencia y agilidad, dado que buscan desde el inicio del mismo determinar si tienen o no la vocación de terminar anticipadamente el proceso.

5.2 Ineptitud de la demanda por indebida escogencia del medio de control

Al sustentar el recurso de apelación que dio origen a esta instancia, el apoderado judicial del Ministerio de Relaciones Exteriores expresó que dentro del texto de la demanda se alega que se están afectados derechos de funcionarios de la carrera diplomática y consular, de donde concluye que con la pretensión del demandante se puede generar un restablecimiento automático del derecho en beneficio de los funcionarios de carrera de la entidad, en razón de ello propuso la excepción de ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción.

Para determinar si se materializa dicha excepción, se analizará el medio de control de nulidad electoral, el cual tiene su sustento en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, que a la letra reza:

“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.”

De la norma trascrita se desprende, que el medio de control de nulidad electoral es el mecanismo judicial que permite al ciudadano en general acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que ésta realice un control de legalidad en abstracto del acto de: i) elección por voto popular o por cuerpos electorales, ii) el de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden y, iii) el llamamiento para proveer vacantes, control que se constituye en la pretensión de la parte demandante.

En este caso en concreto, se deberá determinar si conforme con las pretensiones de la demanda, los hechos y el concepto de la violación, el actor lo que pretende es el control abstracto de legalidad del acto acusado, o si por el contrario, lo que busca es un restablecimiento de un derecho en favor propio o de terceros.

De la simple lectura de la demanda se revela sin lugar a dudas que la pretensión del demandante se dirige exclusivamente a la anulación del decreto de nombramiento del demandado. Al respecto el actor solicitó:

“PRIMERA: *Que se declare la nulidad del Decreto 1296 del del (sic) 31 de julio de 2017.*

SEGUNDA: *Comunicar la sentencia a la Presidencia de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores.”*

En cuanto al concepto de la violación, el accionante se limitó a señalar que el acto acusado es nulo por contrariar los artículos 60 del Decreto Ley 274 de 2000 y 3.3 de la Ley 1437 de 2011. De la misma manera adujo que se encuentra viciado de nulidad al estar inmerso en la causal de falsa motivación toda vez que para la provisión de vacantes en provisionalidad en el cargo de ministro plenipotenciario, se requiere que exista imposibilidad de designar en éstas a funcionarios inscritos en carrera administrativa.

De las pretensiones y del concepto de la violación esbozados por el accionante, se puede extraer que el estudio del medio de control se dirige a establecer si el decreto de nombramiento No. 1296 del 31 de julio de 2017 se encuentra viciado de nulidad, al presuntamente haberse expedido con infracción de las normas en que debía fundarse y con falsa motivación. Si bien, en el acápite de los hechos de la demanda el actor expuso que tal nombramiento lesiona derechos de otras personas, también es incuestionable que ninguna pretensión de restablecimiento del derecho se formuló a favor de ninguna persona o entidad, dado que su finalidad al solicitar el listado de funcionarios, es demostrar los presuntos vicios del acto cuestionado y no la procura de un restablecimiento automático del derecho.

En esos términos, resulta claro que el concepto de la violación y los hechos expuestos por parte del demandante no pueden entenderse sino como una exposición argumentativa que tienen el propósito de dar respaldo a su pretensión –única– de nulidad, dado que en ningún caso busca el restablecimiento o reconocimiento de un derecho en favor de los funcionarios de carrera de la entidad, por el contrario lo que el actor pretende demostrar con el listado de funcionarios solicitados como prueba en la demanda, es la presunta irregularidad alegada¹⁶.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 4 de octubre de 2017, C.P: Rocío Araújo Oñate, Radicado No. 25000-23-41-000-2017-00671-01.

En razón de lo anterior resulta oportuno recordar que cuando se pretende la nulidad de un acto de nombramiento o elección, éste puede ser enjuiciado a través del medio de control de nulidad y restablecimiento siempre y cuando la finalidad del accionante sea el reconocimiento de un derecho subjetivo - restablecimiento de derechos-, en cambio, a través del medio de control de nulidad electoral, el accionante persigue la preservación del orden jurídico - legalidad objetiva- perturbado con el acto demandado, como ocurre en el presente caso.

En ese orden, la conclusión necesaria es que no se puede declarar como próspera la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia del medio de control propuesta por el apoderado judicial del Ministerio de Relaciones Exteriores, por cuanto en el presente no se encuentra acreditada la búsqueda de un resarcimiento de carácter subjetivo por parte del actor que conlleve a un restablecimiento automático de derechos en cabeza de los funcionarios de carrera de la entidad.

Así las cosas, procede la Sala a confirmar la decisión apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, conforme las consideraciones señaladas.

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en uso de facultades constitucionales y legales,

III. RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la decisión adoptada dentro de la audiencia inicial del 31 de enero de 2018 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no próspera la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia del medio de control formulada por el apoderado judicial del Ministerio de Relaciones Exteriores, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

TERCERO.- INFORMAR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

Continúan firmas...

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado



SC5780-6-1



GP059-6-1

