



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, once (11) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

MEDIO DE CONTROL: SIMPLE NULIDAD.
PROCESO: 70-000-23-33-009-2016-00024-01
DEMANDANTE: HERNANDO LUIS TORRES HERAZO.
ACTO DEMANDADO: RESOLUCIÓN No. 055 DEL 20 DE
NOVIEMBRE DE 2015 EXPEDIDA POR LA
MESA DIRECTIVA DEL CONCEJO
MUNICIPAL TOLÚ.

ASUNTO A RESOLVER

Decide el Tribunal, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del 09 de junio de 2016 proferido por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, mediante el cual se rechazó la demanda dentro del medio de control de nulidad simple.

1. ANTECEDENTES

El señor Hernando Luis Torres Herazo, presentó demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad Simple con el fin de que se declarara la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 055 del 20 de noviembre de 2015, por medio del cual la Mesa Directiva del Concejo municipal de Tolú, convocó a concurso público de méritos para proveer el cargo de personero del ente territorial para el periodo constitucional 2016-2020.

Por reparto la demanda correspondió al Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, despacho judicial que mediante auto de fecha 29 de

marzo de 2016¹, resolvió inadmitir de la demanda, por considerar que adolecía de una serie de requisitos formales que el actor debía subsanar y para lo cual le otorgó un término de 10 días.

El demandante mediante escrito fechado abril de 2016 (fecha no legible), subsana los defectos anotados por el juez de primera instancia²

Posteriormente el Juzgado de conocimiento, manifiesta mediante auto de fecha 26 de abril de 2016³, que previo a estudiar sobre la admisión de la demanda, y como quiera que se percata que dentro del asunto se pudiere controvertir un acto de contenido electoral, oficiaría al Concejo municipal de Santiago de Tolú, a fin de que informara en qué estado se encontraba el concurso público de méritos para proveer el cargo de Personero Municipal y que en el evento en que ya se hubiese llevado a cabo la elección, remitiera los actos por los cuales se hicieron efectivos los respectivos nombramientos y posesiones.

La entidad oficiada allega la información requerida y los actos de nombramiento y posesión respectivamente⁴.

En este orden y teniendo en cuenta la información recaudada el *A quo*, consideró que la vía procesal adecuada para ventilar el conflicto, era la contenida en el medio de control de Nulidad electoral, por cuanto el acto del cual se pretende la nulidad no era susceptible de control judicial vía simple nulidad, en la medida que analizadas las nuevas piezas procesales (actos de elección y nombramiento de personero municipal), el acto administrativo contenido en la Resolución No. 055 del 20 de noviembre de 2015 que se demanda, vendría a ser un acto de mero trámite, pues el acto que puso fin a la actuación administrativa (acto definitivo) era el acta especial No. 003 del 10 de enero de 2016 mediante la cual se realizó la elección del personero.

Lo anterior llevó a considerar en la primera instancia que, el caudal argumentativo de nulidad que reposa en la demanda era incompatible con las pretensiones y causales de nulidad en el medio de control electoral, lo que llevaría entonces a un rechazo de la demanda, no obstante señaló, que

¹ Folio 132 a 134 C.Ppal.

² Folio 137 a 140 C.Ppal.

³ Folio 140-141 ídem.

⁴ Folio 148 a 155.

atendiendo al principio de prevalencia del derecho sustancial y el derecho al libre acceso a la administración de justicia y dando aplicación al artículo 174 de la ley 1437 de 2011, en armonía con el artículo 90 del C.G.P., se le concedería al actor, el término de 10 días para que si bien lo consideraba, adecuara la demanda de conformidad con los presupuestos procesales requeridos para el medio de control de nulidad electoral, para impartir su respectivo estudio, so pena del rechazo de la demanda y terminación del proceso⁵.

El demandante mediante escrito de fecha 2 de junio de 2016 y en virtud de lo requerido del auto inadmisorio de la demanda, señaló, que atendiendo a lo consagrado en el artículo 137 de la ley 1437 de 2011 y los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional en sentencia C-199 de 1997, en dicho proceso no hay lugar a subsanar defecto alguno, por cuanto no se ha impetrado una demanda de nulidad electoral sino una demanda de simple nulidad contra la Resolución No. 055 de 2015, pues no se pretende demandar la elección del Personero municipal de Santiago de Tolú, sino el acto administrativo en mención, por el cual se convoca al concurso público de méritos para proveer el cargo de personero⁶.

1.1. DE LA PROVIDENCIA APELADA⁷.

Atendiendo a los antecedentes señalados, el *A quo* mediante auto de fecha 9 de junio de 2016, resolvió rechazar la demanda, por considerar que el asunto debatido, no era susceptible de control judicial, teniendo en cuenta los siguientes puntos:

En primer lugar, señaló el Juez sustanciador que, paralelamente a los actos administrativos que resuelven o ponen fin a un asunto determinado o actuación en ejercicio de funciones administrativas (actos definitivos), se encuentran los actos preparatorios o que impulsan e instrumentan la decisión final o la ejecutan, es decir, los denominados de trámite o ejecución, los que por su naturaleza jurídica carecen de control judicial, tal como lo ha

⁵ Folio 155 a 157 C.Ppal.

⁶ Folio 160 a 163 C.Ppal.

⁷ Folio 167 a 169 ídem

decantado la doctrina y la jurisprudencia desde un análisis armónico de los artículos 43, 74, 75 y 161 de la Ley 1437 de 2011⁸.

En segundo lugar, afirmó que, únicamente las decisiones de la administración fruto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de una actuación son susceptibles del control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de modo que los actos de trámite, preparatorios o de ejecución de encuentran excluidos de dicho control.

Por último agregó, que la facultad que le otorga el juez el estatuto procesal administrativo, de darle a la demanda el trámite que le corresponda aunque el actor haya indicado una vía procesal inadecuada, resulta en el caso en particular inoperante, en la medida que lo que se pretende, y así lo ha expresado reiterativamente el demandante, no es la nulidad del acto de elección del personero municipal de Santiago de Tolú, sino de la Resolución No. 055 del 20 de noviembre de 2015, que convocó al concurso de méritos para proveer dicho cargo, acto que no es susceptible del medio de nulidad de control electoral, ni de cualquier otro medio u acción.

Lo anterior, conforme a lo estipulado en el artículo 169, numeral 3º, dispone el rechazo de la demanda, como quiera que el asunto traído al debate, no es susceptible de control judicial.

1.2. DEL RECURSO DE APELACIÓN⁹.

El demandante presenta escrito de apelación en contra de la decisión que dispuso el rechazo de la demanda, argumentando para tal efecto lo siguiente:

Como primera medida, sustenta el recurso en base en concepto del 3 de agosto 2015, de la Sala de Consulta y Servicio Civil - Consejero Ponente: William Zambrano Cetina. Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00125-00 (2261). Actor: Departamento Administrativo de la Función Pública.

⁸ En apoyo de esta exposición, citó, la sentencia del 27 de enero de 2005. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié y sentencia del 8 de marzo de 2012. Sección Segunda. C.P. Víctor Hernando Alvarado.

⁹ Folio 172 a 184 C.Ppal.

Concluyendo de dicha providencia que, que a partir de la Ley 1551 de 2012, el acto administrativo demandado, es reglamentario de un concurso público de méritos a cargo de personero municipal de Santiago de Tolú (Sucre).

Seguidamente cita otro de los pronunciamientos del H. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "B" del 5 de julio de 2012, actuando como Ponente la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, dentro del proceso radicado: 11001032500020090008300 - N° Interno 1105-2009, decisión que según el demandante, fue ratificada en sentencia del 24 de enero de 2013, proferida por la misma Sección.

Concluyendo el demandante de la jurisprudencia en cita, que el acto administrativo (Resolución No. 055 de fecha 20 de noviembre de 2015) proferida por la mesa directiva del Concejo Municipal de Santiago de Tolú - Sucre, por medio de la cual se convoca el concurso publico de méritos para proveer el cargo de personero municipal, para el periodo constitucional 2016 - 2020, dada su autonomía e importancia como norma reguladora del concurso, es demandable, pues no se trata de un acto de trámite, es el instrumento que fija las reglas del concurso y como tal concluye definitivamente esa etapa, pues la convocatoria es norma reguladora de todas las demás fases del concurso y en esa medida resulta indiscutible que el acto de convocatoria, en atención a su dimensión eminentemente normativa y de acatamiento forzoso para la administración y los interesados, ostenta plena autonomía, por lo tanto no es un acto instrumental o accesorio de otros posteriores, sino que puede ser demandado directamente.

Aseguró el recurrente, que la procedencia del control judicial contra el acto administrativo demandado es de pleno conocimiento del juez de instancia, por lo que no entiende las motivaciones que lo guiaron para tomar la decisión que se impugna, razón por la cual, reiteró la solicitud de REVOCAR el pronunciamiento apelado y como consecuencia, se ordene la admisión de la presente demanda con las medidas cautelares solicitadas.

2. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA. El Tribunal es competente para conocer la apelación interpuesta, en segunda instancia, tal como lo consagra el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011. De igual manera, se advierte que el auto impugnado en

susceptible de recurso de apelación, al tenor del numeral 1º del artículo 243 ibídem.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO. Acorde con los argumentos de la providencia dictada por el A quo y los reparos formulados por el apelante (P. Demandante), dirigidos directa y exclusivamente a controvertir la procedencia del control judicial contra el acto que se demanda¹⁰, corresponde en esta instancia establecer, teniendo en cuenta para ello, los hechos, pretensiones y contenido del acto administrativo, *¿ si el medio de control escogido por el actor de nulidad simple es el adecuado para discutir la legalidad del acto administrativo enjuiciado?*

Una vez resuelto lo anterior, se cuestiona la Sala, *¿Si el acto administrativo contenido en la Resolución No. 055 del 20 de noviembre de 2015, por el cual se convoca a concurso público de méritos para proveer el cargo de Personero municipal, de Santiago de Tolú, es susceptible de control judicial a cargo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo?*

Con el fin de dilucidar el tema puesto a consideración de la Sala, en primer lugar, se tratará, en términos generales, una breve exposición sobre las pretensiones de nulidad simple y nulidad electoral, la naturaleza del acto de convocatoria a concursos públicos, la improcedencia del medio de control de nulidad simple para atacar actos administrativos de contenido electoral, y por último, el caso concreto.

2.2.1. BREVE EXPOSICIÓN SOBRE LOS ASPECTOS ESENCIALES DE LA PRETENSIÓN DE NULIDAD SIMPLE Y LA PRETENSIÓN DE NULIDAD ELECTORAL.

Respecto del medio de control de simple nulidad, lo encontramos regulado por el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011¹¹, y es conocido como contencioso

¹⁰ Partiendo del artículo 320 del C.G.P. la competencia del *Ad-quem* viene claramente delimitada por los reparos concretos y de fondo que formule la parte recurrente en contra la decisión recurrida, señalándose asimismo, que el superior no tiene libertad de suponer otros motivos que a su juicio debieron ser invocados en contra de la decisión¹⁰, porque debe existir identidad material y jurídica entre los aspectos de fondo decididos y la argumentación traída en la sustentación de la apelación, al igual que entre las motivaciones consignadas por el *A-quo* y las razones de inconformidad.

¹¹ **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

objetivo o contencioso popular, porque a través de este, se puede aducir tanto la violación de disposiciones constitucionales como de orden legal, en otras palabras, se pueden plantear motivos de inconstitucionalidad y de legalidad.

Del tenor literal de la norma, se deduce claramente que, la pretensión de nulidad simple, puede promoverla cualquier persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada, que con el control jurisdiccional se pretende en esencia la nulidad del acto administrativo vulnerador del orden jurídico y que se podrá cuestionar todo acto administrativo de carácter general (contencioso objetivo propio) o excepcionalmente de contenido particular (contencioso objetivo impropio)¹², bajo las estrictas recomendaciones del marco jurídico que la regula.

A su turno, la pretensión de nulidad electoral, consignada en el artículo 139 de la ley 1437 de 2011¹³, constituye una acción pública que legitima, para ejercerla a cualquier persona y tiene por objeto características y finalidades propias, como por ejemplo, en su ejercicio se podrá solicitar la nulidad de los actos eleccionarios (derivados del voto popular) de los miembros para corporaciones públicas o cuerpos colegiados y cargos de elección popular

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.

¹² Doctrinalmente y jurisprudencialmente, se conocen dos clases de contencioso-objetivo o de nulidad, el propio y el impropio, y con ambos se propende a la defensa, protección y conservación del orden jurídico.

¹³ **Artículo 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.

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.

directa (C.N., artículo 260), de los actos de elección proferidos por cuerpos electorales¹⁴, de los actos de llamamiento que provean vacantes en tales corporaciones públicas, (que efectúan las respectivas mesas directivas), de los actos administrativos de nombramiento para el desempeño de funciones públicas que expidan las entidades y autoridades del Estado de todo orden, (nacional, territorial y descentralizado) y de conformidad con las causales que contemplan tanto el artículo 137 inciso 2º (generales), como el artículo 275 (especiales) que comprenden el control de legalidad y en extensión el de constitucionalidad de los actos de elección y de nombramiento¹⁵.

Aclara la Sala que si bien comparten algunas características, como la legitimación para interponer el medio de control, o como la posibilidad de utilizar en nulidad electoral las causales genéricas de anulación de los actos administrativos contenidos en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, el objeto de la misma en uno y otro caso difiere sustancialmente por la propia naturaleza de los actos o actuaciones que son pasibles de control de legalidad en uno y otro caso, pues el control judicial electoral, se realiza sobre actos que tienen un contenido jurídico especial, como en líneas anteriores se describió.

2.2.2. NATURALEZA DEL ACTO DE CONVOCATORIA A CONCURSO PÚBLICO.

El acto administrativo es aquella decisión que emana de las autoridades y que tiene como fin producir efectos jurídicos, por tanto, para que una decisión de esta naturaleza, pueda ser objeto de reproche ante el juez contencioso, se requiere que la misma tenga la cualidad de ser definitiva y ostentar firmeza.

Ahora bien la distinción entre actos administrativos definitivos y de trámite, ha alcanzado particular relevancia, al punto que tanto la doctrina como la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, han contribuido a esta distinción, así:

¹⁴ En el sentido de la norma, son cuerpos electorales aquellos órganos que cumplen funciones de elección entre otros el Consejo de Estado, el Congreso de la República y sus cámaras, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, las Juntas Directivas, los Consejos Directivos, los Consejos Superiores, que eligen respectivamente, representantes legales (presidentes, directores etc.) Rectores y ciertos altos funcionarios. Otros se derivan de la Ley como también del mismo Código en inferencia de la determinación de competencias.

¹⁵ Extractos del acápite en estudio, tomados del libro. "Derecho Procesal Contencioso Administrativo". Segunda Edición. Autor. SOLANO SIERRA Jairo Enrique. Págs. 200 y ss- 271 y ss.

La Ley 1437 de 2011, no consagró una definición de lo que es acto administrativo de trámite, por lo que se acudirá a la doctrina de la materia para señalar su definición:

"Son los que le dan celeridad y movimiento requeridos a la actuación administrativa, los que impulsan el trámite propio de la decisión que ha de tomarse, e incluso los posteriores al mismo tendiente a hacerlo público y a darle firmeza, v.gr. el acto de comunicación de un nombramiento, la formulación el pliego de cargos en un procedimiento disciplinario; la presentación, envío o inscripción de candidatos para la designación o elección de una persona en un determinado cargo¹⁶"

Otra distinción nos la da el Profesor ARENAS MENDOZA Hugo Andrés, el cual señala:

"Los actos administrativos de trámite son aquellos que se profieren en el curso de un procedimiento administrativo; los actos definitivos son los que contienen la decisión de la administración sobre el asunto sometido a su consideración¹⁷"

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado no ha sido ajena al tema a que se viene haciendo referencia, veamos:

*"Se considera como acto de trámite el que tiende a impulsar la actuación administrativa a fin de llevarla hasta su culminación¹⁸, la inscripción de candidatos a elección política es un acto preparatorio o de simple trámite¹⁹, (...) **como la demanda se encaminó alrededor de un acto preparatorio, bien cabe su ineptitud con fundamento en la reiterada consideración que ha dejado inimpugnable por la vía contencioso esta clase de actos, también llamados "actos de trámite"**, los que si fueran acusados ante el contencioso tendrían que serlo en conjunto con el acto que comprende la verdadera voluntad administrativa²⁰"* (Destacado de la Sala).

En este orden, la definición de actos definitivos la encontramos en el artículo 43 de nuestra norma adjetiva, así:

"ARTÍCULO 43. ACTOS DEFINITIVOS. Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación".

Sobre el tópico en mención, el tratadista Luis Enrique Berrocal Guerrero, manifestó²¹:

¹⁶ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo – Séptima Edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. Ltda., 2016. p. 326.

¹⁷ ARENAS MENDOZA Hugo Andrés. Instituciones de Derecho Administrativo-Tomo I. Librería Ibáñez y Universidad del Rosario. 2016. Pag. 234 y ss.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, sentencia del 10 de marzo de 1994.C.P. GUILLERMO CHANÍN LIZCABO. Expediente. 5196.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA, Sentencia del 12 de mayo de 1995 C.P. ARMANDO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ. Radicación. 11-461148.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 26 de enero de 1996. Consejero Ponente. Dr. JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS. Expediente. 2980.

²¹ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo – Quinta Edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. Ltda., 2009. p. 377.

"La decisión que pone fin a una actuación administrativa distinta de la que se inicia por petición en interés general, sea que lo haga en sentido positivo o negativo, tratándose de las iniciadas en ejercicio del derecho de petición en interés particular o resolviendo la cuestión planteada en el cumplimiento de un deber legal u oficiosamente por la Administración, constituye un acto administrativo de carácter i) particular, sea cual fuere el número de interesados o afectados; ii) reglado en virtud de que su formación debe seguir una regulación más o menos rigurosa, más cuando se trata de la acción sancionatoria del Estado, lo que determina las circunstancias de hecho y de derecho, en las cuales están la de tiempo (oportunidad), modo, lugar, etc., en que debe ser expedida; y iii) respecto del procedimiento administrativo viene a ser el acto principal o definitivo, o sea, el que pone fin a la actuación administrativa, llamado, por ello, definitivo, como se anotó al inicio del tema". (Negrilla de la Sala)

Por su parte Gustavo Penagos²², esboza:

"La diferencia entre acto definitivo y trámite a que se refieren los artículos 49 y 50 respectivamente, es útil como enseña el procesalista español profesor JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ:

"Que los actos de trámite son simples presupuestos de la decisión en que se concreta la función administrativa, y constituyen una garantía de acierto de la decisión final que tratan de preparar. Distingue así entre actos que son presupuesto de la decisión, las decisiones propiamente dichas y los actos de ejecución de ellas".

*"Recuerda que **sólo es admisible deducir una pretensión procesal administrativa cuando se impugnan actos definitivos** en cualquier caso, y cuando se trate de actos de trámite, sólo en los supuestos en que la ley lo prevé, es decir, cuando tales actos decidan directa o indirectamente el fondo del asunto de tal modo que pongan término a la vía administrativa o hagan imposible o suspendan su continuación".* (Subrayado y negrilla por fuera del texto original)

En otro de sus pronunciamientos, señaló e H. Consejo de Estado:

"Si bien es cierto que el Código Contencioso Administrativo Colombiano no contiene una definición sobre acto administrativo, la doctrina ha intentado definirlo expresando que se entiende como tal la manifestación de la voluntad de la administración, que en cumplimiento de funciones administrativas, esta (Sic) encaminada a producir efectos jurídicos.²³

En efecto, el citado autor sostiene sobre el acto administrativo que:

"La declaración debe provenir del ejercicio de la función administrativa, realizado por la administración o por quien haga sus veces lo que nos indica que el ejercicio de otras funciones legislativas o judiciales, así estén atribuidas a órganos que por naturaleza sean administrativos, no serán actos administrativos, y lo contrario, si la función administrativa es desarrollada por cualquier de los otros órganos del poder público (sic), tal y como ya lo hemos expuesto, producirán por excepción actos administrativos. Esto nos confirma nuevamente la tesis ecléctica propuesta, tratándose de criterios determinantes del acto administrativo.

²² PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo – Tomo II Parte Especial Nuevas Tendencias – Octava Edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2008. p. 90.

²³ SANTOFIMIO, Jaime Orlando, *Acto administrativo: Procedimiento, eficacia y validez*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Externado de Colombia, Serie G. Estudios Doctrinales, num. 110. Segunda Edición 1994.

La declaración de la voluntad debe provocar alteraciones jurídicas en el mundo exterior, modificando y extinguiendo las existentes o creando nuevas situaciones de relevancia dentro ante el derecho y como efecto directo de su carácter decisorio.

Si una declaración no reúne los elementos conceptúeles expuestos, no podemos calificarla de acto administrativo."

*Ahora, la Sección Primera²⁴ de esta Corporación ha clasificado los actos administrativos en actos definitivos o actos de trámite. En este sentido ha sostenido que **solo los actos administrativos definitivos que producen efectos jurídicos son enjuiciables por esta jurisdicción, en consecuencia, como los actos de trámite, en principio, no producen efectos jurídicos, escapan de la jurisdicción contencioso administrativa.***

En este sentido, se sostuvo en la referenciada sentencia lo siguiente:

"El acto administrativo debe contener una declaración; es su característica esencial la de exteriorizar una decisión de la Administración que cree, modifique o extinga una situación jurídica en relación con el administrado.

Queda, por lo tanto, tal noción reservada a las decisiones que por sí mismas generan efectos jurídicos para los terceros, resultando, en consecuencia, excluidos los actos que, no obstante producir efectos, incluso directos en el ámbito interno de la administración, carecen de tales consecuencias en el ámbito externo de ésta.

Dentro del trámite de la actuación administrativa, obviamente, se producen decisiones en relación con la adopción de diferentes etapas: probatoria, de alegaciones, de impugnación, etc. decisiones éstas que no tienen la virtualidad de definir la actuación en sí misma considerada sino que son de impulso procesal y, por ello, se les conoce con la denominación de actos de mero trámite que, por principio, no son demandables a no ser que con su expedición se impida al administrado continuar la actuación, tal como lo dispone la parte final del artículo 50 del C.C.A.

Si pudiera, como lo solicita la parte actora, darse calificativo de acto administrativo a cada una de las decisiones que expide la administración en aras de impulsar el trámite administrativo, se llegaría a la conclusión equivocada de que dentro del ejercicio de la acción contenciosa se estudiara la legalidad de diferentes decisiones correspondientes a las diversas etapas de la actuación como sería el caso del auto mediante el cual se decide abrir diligencias previas; de cada auto que ordene oír en versión a los posibles involucrados en la investigación administrativa o disciplinaria; de los autos que ordenan la incorporación de diversos medios probatorios; del auto mediante el cual se califican las diligencias preliminares; del auto que ordena la apertura de formal investigación sea ésta de carácter disciplinario, fiscal, etc., olvidando que ninguno de los mencionados define de fondo la actuación administrativa."

En concordancia con lo expuesto, el último inciso del artículo 50 del C.C.A. dispone: "Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla"

Como se aprecia del estudio del caso concreto y de la citada jurisprudencia, la distinción entre actos administrativos definitivos y de trámite, ha alcanzado particular relevancia, de carácter práctico, en consideración a su impugnación, toda vez que resulta que, los primeros pueden ser siempre cuestionados ante la jurisdicción de lo contencioso

²⁴ Sentencia de 3 de febrero de 2000. Expediente núm. 5652. Consejera Ponente Olga Inés Navarrete Barrero.

administrativo, mientras que los segundos, generalmente, no son enjuiciable por asta (sic) jurisdicción.²⁵ (Subrayado y negrilla de la Sala)

Así las cosas, queda lo suficientemente explicado que los actos administrativos que pueden ser objeto de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de los diferentes medios de control existentes para ello (nulidad, nulidad y restablecimiento y nulidad electoral) son aquellos que tienen la entidad suficiente para producir efectos jurídicos respecto de la situación particular y concreta del administrado, decisiones que por lo general pertenecen a la categoría de actos administrativos definitivos²⁶.

Ahora bien, en lo que atañe al caso presente, esto es, a la naturaleza del acto administrativo que convoca a concurso público, es necesario recordar que esta jurisdicción ha sido reiterativa al considerar que los actos emitidos en el transcurso de una convocatoria son de trámite²⁷, puesto que sólo se considera como definitivo el acto de elección, siendo este el que pone fin a la actuación administrativa, por tener la virtud de producir efectos jurídicos²⁸.

Al respecto, el H. Consejo de Estado ha considerado:

"Si bien la convocatoria tiene la naturaleza de un acto de trámite que no es directamente demandable, lo cierto es que las convocatorias que el actor califica de irregulares necesariamente debieron culminar con la elección o el nombramiento de los docentes que harán parte de la planta de personal de la

²⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-24-000-2009-00080-01 Actor: ADUANAS AVIA LTDA SIA. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

²⁶ Sin desconocer que en la medida en que un acto administrativo de trámite, impida la continuación de la actuación administrativa, podrá ser susceptible de enjuiciamiento judicial, que no es el caso que convoca la atención de esta Sala de Decisión.

²⁷ Véase que en sentencia del 19 de febrero de 2004, la Sección Quinta del H. Consejo de Estado, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-0721-02(ACU), se manifestó, **"Si bien la convocatoria tiene la naturaleza de un acto de trámite que no es directamente demandable**, lo cierto es que las convocatorias que el actor califica de irregulares necesariamente debieron culminar con la elección o el nombramiento de los docentes que harán parte de la planta de personal de la Universidad, actos éstos últimos sí enjuiciables ante la jurisdicción contencioso administrativa.

²⁸ La Sala debe resaltar, no obstante, que en ocasiones el Consejo de Estado ha realizado examen de legalidad sobre el acto mediante el cual se profirió lista de admitidos y no admitidos en un concurso de méritos, en atención a que con ello se impidió continuar en el desarrollo de la convocatoria, sin que ello implique una modificación de la naturaleza del acto, es decir, que aun con ello se trató de un acto de trámite. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 1 de septiembre de 2014, Exp. No. 2271-10, M.P. Dr. Luís Rafael Vergara Quintero.

Universidad, actos éstos últimos sí enjuiciables ante la jurisdicción contencioso administrativa."²⁹

En un caso análogo, cuando el Consejo de Estado analizó el acto mediante el cual se definió la terna para la elección del Contralor General de la República, señaló el alto tribunal que *"la integración de la terna corresponde entonces a una etapa anterior a la de la elección final, en donde el acto administrativo por medio del cual se terna no es sino un mero acto de trámite, que **cumple la función de encaminar e impulsar el procedimiento a efectos de concretar una decisión final**"*³⁰⁻³¹.

Así pues, es claro el criterio que sobre el particular ha reiterado la máxima corporación de lo Contencioso Administrativo, esto es, que dentro de un proceso de elección o selección, solo constituye acto definitivo el que materializa la escogencia de quien superó las etapas previas³².

2.2.3. IMPROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD SIMPLE PARA ATACAR ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO ELECTORAL.

Como se advierte de los antecedentes del acto que se demanda y del trámite impreso por la Juez de conocimiento, para esta Magistratura queda claro, que la Resolución No. 055 del 20 de noviembre de 2015, proferida por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Santiago de Tolú y que convocó al concurso de méritos para proveer el cargo de Personero municipal de Santiago de Tolú, deviene en un acto de mero trámite, por cuanto el acto que puso fin a la actuación administrativa recae en el Acta No. 003 del 10 de enero de 2016, mediante la cual se proveyó el cargo en mención.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 19 de febrero de 2004, Rad. No. 25000-23-25-000-2003-0721-02(ACU), M.P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 6 de agosto de 2014, Rad. No. 11001-03-28-000-2014-00071-00 (S), M.P. Dr. Alberto Yépez Barreiro.

³¹ También se puede abordar al respecto, Auto de Sala Unitaria de Decisión de fecha 25 de julio de 1994. Consejero Ponente. Dr. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. " *La terna enviada por el Presidente de la Republica para la Elección del Fiscal General de la Nación, es un acto preparatorio o de trámite, que no pone fin a la actuación administrativa y por lo tanto no es susceptible de enjuiciamiento ante la jurisdicción, pues la misma solo culmina con el acto mediante el cual se declara la correspondiente elección*"

³² **Posición reiterada en la sentencia del 1 de septiembre de 2014. CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A, Consejero Ponente. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.** Radicación número: 05001-23-31-000-2008-01185-01(2271-10). "*nulidad de las listas de admitidos y no admitidos al concurso de méritos de la Fiscalía General de la Nación, publicadas el 16 de enero y 15 de abril de 2008*"

En ese orden, para esta Corporación, el medio de control escogido por el actor de nulidad simple no es el adecuado, dado que teniendo en cuenta el contenido del acto que se pretende demandar, los hechos y pretensiones de la demanda expuestas para el asunto, el mismo es claramente electoral dictado dentro de procedimiento de elección distinta a los de voto popular, para lo cual las normas procesales consagran un medio de control especial como es el de **nulidad electoral**, consagrado en el capítulo III de los Procesos Electores, artículo 139 de la Ley 1437 de 2011.

Es importante reiterar que si bien es cierto que el medio de control de nulidad simple y el de nulidad electoral posee características similares, como por ejemplo su legitimación en la causa por activa en cualquier persona y el hecho de que a través de ellos se defiende el orden de legalidad en abstracto, resulta claro que la nulidad electoral posee su contenido especial, trámite, requisitos de procedibilidad y término para su ejercicio oportuno diferentes, por lo que no pueden confundirse al detentar entidad y ámbito de aplicación propios.

En este sentido la jurisprudencia contenciosa, nos ilustra en providencia que no obstante hacer alusión a la normativa procesal anterior, la nueva solo cambia en aspectos temporales, como se verá más adelante:

"Una reflexión a fondo del tema demuestra con evidencia que tanto el contencioso electoral como el de simple nulidad únicamente comparten dos características, una es la naturaleza pública de ambos, esto es, el hecho de que los dos procesos sean pasibles de ejercicio ciudadano directo de acceso a la justicia y la segunda hace referencia a que estos mecanismos judiciales persiguen preservar el ordenamiento jurídico en abstracto.

Sin embargo, la declaratoria de nulidad del acto electoral, además de hacer prevalecer la legalidad objetiva en abstracto, produce incidencia en concreto frente al afectado quien, como consecuencia de tal nulidad, es excluido de la función pública.

Asimismo, a diferencia del acto que se demanda en nulidad simple, el acto administrativo contentivo de una elección o de un nombramiento -único acto pasible de ser demandado a través del contencioso electoral-es de carácter eminentemente particular y su posibilidad de sometimiento a control judicial está sujeto a término de caducidad. (20 días). Este límite para ejercitar su control judicial existe a fin de otorgar certeza y seguridad jurídica tanto al elegido o nombrado y a la gestión pública que desarrolla, como a los electores que lo designaron, pues atentaría contra estos valores que un acto administrativo de tanta incidencia para la democracia y para el mantenimiento de la institucionalidad del país pudiera permanecer siempre abierto a estar sub judice.

Por último, en la acción de simple nulidad la parte demandada es la autoridad que produjo el acto; en la acción electoral el demandado es el elegido, la autoridad que produjo el acto solo es un interesado en las resultas.

*Entonces, de esta comparación, se impone concluir que, en realidad, no son totalmente identificables ambas clases de controversias, la de simple nulidad y la de nulidad electoral. Por tal razón, no resulta del todo acertado aseverar que el proceso electoral es una especie del género "contencioso de nulidad simple", pues, como se vio, el primero tiene una identidad propia y sui generis y, por ende, no participa en un todo de la naturaleza del juicio de simple nulidad."*³³

Dada las particularidades del presente caso, considera la Sala oportuno recordar lo relacionado con la diferencia existente entre los actos de contenido electoral y los actos electorales, siendo que esta jurisdicción ha entendido los primeros, como aquellos que contienen alguna incidencia en uno de naturaleza electoral, a estos últimos como "*aquellos que declaran una elección o realizan un nombramiento o designación*"³⁴.

Sobre el particular, se ha considerado además, que:

*"Los actos electorales corresponden a aquellas decisiones administrativas por medio de las cuales se declara una elección o se hace un nombramiento o designación, según se infiere del régimen general de competencias establecido en el Código Contencioso Administrativo. Por el contrario, los actos de contenido electoral, que por obvias razones no pueden equipararse a los actos electorales, sí se pueden identificar por su estrecha relación con uno de estos actos, es decir que el acto viene a ser de contenido electoral, no porque con el mismo se asuma una decisión administrativa de elección o de nombramiento, sino porque la decisión administrativa afecte de alguna manera a un acto de esa estirpe, bien porque lo revoque, modifique o sujete a alguna condición que antes no tenía, es decir que el acto llega a ser de contenido electoral porque jurídicamente tiene alguna incidencia en uno que sí tiene naturaleza electoral. Con todo, el acto de contenido electoral no se agota en la anterior clasificación, pues bajo la premisa de que esa naturaleza se la confiere su proximidad jurídica con un acto de elección o de nombramiento, también resulta válido afirmar que dentro de ese catálogo se incluyen los actos administrativos de carácter general por medio de los cuales la administración pública regula o reglamenta un proceso de elección o de nombramiento".*³⁵

En consecuencia, se ha reiterado que el acto electoral es aquel "*por medio del cual la Administración declara una elección o hace un nombramiento o una designación (actos de elección popular, los de elección por corporaciones electorales, los actos de nombramiento de cualquier autoridad pública y los de llamamiento para suplir vacantes en las Corporaciones públicas)*", para

³³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Auto del 15 de abril 2011. Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00121-00. Actor: RAMIRO BASILI COLMENARES SAYAGO Y OTROS. Demandado: REPRESENTANTES A LA CÁMARA POR BOGOTÁ.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 27 de mayo de 2015, Rad. No. 110010324000200500017 01, M.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 9 de octubre de 2008, Rad. No. 2008-00008-00, M. P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón

efectos de concluir que, la legalidad de estos se cuestiona a través del medio de control de nulidad electoral, que contempla el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011.

3.1. EL CASO CONCRETO

Vertiendo los considerandos al caso concreto, y en atención al material probatorio que obra dentro del proceso, para la Sala no cabe duda de que, en el caso objeto de estudio, el auto venido en alzada habrá de confirmarse por las siguientes razones:

Como se dejó expuesto en los antecedentes que preceden, el actor en ejercicio del medio de control de simple nulidad, demandó el acto administrativo contenido en la Resolución 055 del 20 de noviembre de 2015, proferida por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Santiago de Tolú, mediante la cual se convocó a concurso de méritos para proveer el cargo de Personero municipal de dicho ente territorial, para el periodo constitucional 2016-2020.

El Juez de Primera Instancia, luego de impartir las actuaciones correspondientes, advirtió la posibilidad de que en el asunto, se estuviera atacando un acto administrativo de contenido electoral, esto es, el acto mediante el cual se eligió el Personero municipal de Santiago de Tolú, motivo por el cual en aplicación del artículo 171 de la ley 1437 de 2011 y 90 del C.G.P., ordenó oficiar al Concejo municipal, para que informara, en qué estado se encontraba el concurso publico de méritos, y así mismo, para que allegara todos los antecedentes administrativos de la elección del cargo si ya se hubiese efectuado.

La información y los documentos solicitados fueron allegados en su totalidad, de donde se resaltó por su importancia, el Acta No. 003 del 10 de enero de 2016 a través de la cual se realizó la elección del Personero municipal de Santiago de Tolú, y la respectiva Acta de posesión No. 081 del 22 de enero de 2016.

En vista de esa situación, el A quo, en procura de garantizar el derecho al libre acceso de la administración de justicia, le concedió al demandante el término de 10 días para que adecuara la demanda a los lineamientos y

presupuestos procesales del medio de control de nulidad electoral, no obstante el actor, contesta manifestando que; se sostiene en la pretensión de demandar la nulidad de la Resolución No. 055 de 2015 (acto de convocatoria) a través del medio de control de simple nulidad, por considerar que dicho acto administrativo si es plausible de control judicial ante la Jurisdicción de lo contencioso Administrativo.

Así las cosas, el Tribunal considera, que la finalidad del acto administrativo contentivo de la convocatoria a concurso publico de méritos, en este caso, es dar el impulso inicial que desencadena toda la ritualidad subsiguiente enderezada a la vinculación del personal o la elección del empleado en el cargo a proveer según sea el caso, y que los actos expedidos durante el transcurrir de ésta, son actos de trámite, pues solo se considera definitivo el que contiene la lista de elegibles que ha de usarse para proveer los cargos que se sometieron a concurso.

Pues bien, una vez analizado el acto enjuiciado, y teniendo en cuenta lo dicho en apartes anteriores, esta Sala de Decisión arriba a la conclusión que la Resolución No. 055 del 20 de noviembre de 2015, es un acto de contenido electoral de trámite, puesto que con ella se convoca a concurso público para proveer el cargo de Personero Municipal de Santiago de Tolú, es decir, que solo constituye un medio o etapa para alcanzar el fin de la actuación administrativa, la elección y el nombramiento en el mencionado cargo.

En consecuencia, la Resolución No. 055 del 20 de noviembre de 2015, acto demandado, no es un acto administrativo definitivo, y por ende no susceptible de control jurisdiccional, lo que da lugar al rechazo de la demanda, tal como se resolvió en la primera instancia.

Ahora, de manera pacífica, el H. Consejo de Estado ha señalado que los vicios en los actos preparatorios o de trámite que dan origen a la designación, pueden ser estudiados por el juez electoral al ejercer el control de legalidad sobre el acto definitivo³⁶.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2016-00011-00. Auto de 18 de febrero de 2016. Demandado: Consejo Superior de la Judicatura. C.P.: Dr. Alberto Yepes Barreiro. 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.

Por lo expuesto, y sin ahondar en mayores disquisiciones, se confirmará el auto de fecha 9 de junio de 2016, por el cual el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, rechazó la demanda por haberse demandado un acto de trámite y por ende no susceptible de control jurisdiccional, de conformidad con lo expuesto en el numeral 3º del artículo 169 de la Ley 1437 de 2011.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo manifestado, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE,**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMESE el auto apelado, esto es, el proferido por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, el 9 de junio de 2016, mediante el cual se rechazó la demanda.

SEGUNDO: En firme esta decisión, **CANCÉLESE** su radicación, **ENVÍESE** al despacho de origen para su cumplimiento, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N°. 82

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA

Con impedimento.
