



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá, D.C., doce (12) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

Referencia: Medio de control de nulidad
Radicación: 11001-03-24-000-2022-00427-00
Demandante: Jorge Manuel Ortiz Guevara
Demandado: Nación – Presidencia de la República y otro

Auto

De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, en concordancia con el numeral segundo del artículo 101 del Código General del Proceso (en adelante CGP), procede el Despacho a pronunciarse sobre las excepciones previas en el presente proceso judicial.

I. ANTECEDENTES

I.1. El ciudadano Jorge Manuel Ortiz Guevara presentó demanda en contra del Decreto nro. 1893 de 14 de septiembre de 2022, expedido por el Presidente de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, con miras a que se accediera a las siguientes pretensiones:

«DECLARACIONES

1º. Que es nulo, por inconstitucional e ilegal, el Decreto 1893 de 14 de septiembre de 2022, expedido por el señor Presidente de la República de Colombia.

2º Una vez ejecutoriada la sentencia que le ponga fin a la presente acción, se comuniquen a la autoridad administrativa que profirió el acto, para los efectos legales consiguientes».

Mediante auto de 21 de febrero de 2023, se inadmitió la demanda, en tanto no se acreditó haber enviado copia de la demanda y sus anexos a las entidades demandadas.

Dentro de la oportunidad, el demandante mediante memorial de 3 de marzo de 2023 presentó subsanación, en ese sentido, acompañó soporte del envío a la parte demandada.

Por auto de 29 de marzo de 2023, el Despacho encontró debidamente subsanada la demanda y la admitió, ordenando el trámite de ley. La decisión se envió por correo electrónico el 24 de abril de 2023, como consta a índices



nro. 15 y 16 del expediente electrónico, por lo que el término para contestar la demanda corrió hasta el 9 de junio de 2023.

El 8 de junio de 2023, el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de apoderada judicial, contestó la demanda y allegó los antecedentes administrativos del acto acusado, como consta a índice nro. 20 del expediente electrónico; ese mismo día, el apoderado judicial del Presidente de la República, mediante memorial visible a índice nro. 21, presentó contestación de la demanda y planteó excepciones previas.

Los escritos de contestación fueron remitidos con copia a la parte demandante, como consta en el acuse de recibo obrante en los índices 20 y 21, referidos anteriormente.

I.2. Las excepciones previas

En el escrito de contestación de la demanda, el apoderado judicial formuló las siguientes excepciones previas:

I.2.1. Falta de competencia

Indica que, al analizar el contenido del acto objeto de la demanda se observa que contiene la decisión del Gobierno Nacional de designar en comisión a la señora Verónica del Socorro Alcocer García como Embajador en Misión Especial para atender algunos asuntos de interés del presidente de la república.

De lo anterior se evidencia que el acto en cuestión contiene una designación y se erige como un acto administrativo de contenido electoral, pasible del medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 del CPACA y su procedimiento definido en los artículos 275 y siguientes, cuya competencia reside en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en primera instancia, y no en el Consejo de Estado en única instancia.

I.2.2. Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde

Sostiene que el presente proceso fue admitido al amparo del medio de control de nulidad simple, cuyo trámite y procedimiento, propio del proceso ordinario, está regulado en los artículos 168 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, siendo lo correcto que se redefina este proceso como de nulidad electoral, la consecuencia natural es que se sujete al procedimiento especial definido en los artículos 275 y siguientes de la misma codificación.

Ambos procedimientos difieren en aspectos sustanciales y no es posible subsumir uno dentro de otro. Hay diferencias profundas en cuanto a las causales para la demanda, la designación de las partes, los términos de



las actuaciones, en fin, diferencias que sustentan la proposición de esta excepción

I.2.3. Caducidad de la acción

Finalmente, manifiesta que, si bien es cierto que la demanda se admitió al amparo del medio de control de nulidad simple, que no está sujeto a término alguno de caducidad, la especificidad del acto acusado lo engloba en un acto de contenido electoral, sujeto al medio de control de nulidad electoral, que está sujeto a un término de caducidad de 30 días, previsto en el artículo 162, numeral 2, literal (a) del CPACA.

En ese sentido, explica que el acto de designación fue expedido el 14 de septiembre de 2022, el término para proponer la demanda de nulidad electoral caducó el 27 de octubre de 2022, mientras que la demanda se radicó en la Secretaría del Consejo de Estado el 18 de noviembre de 2022, como consta en el aplicativo Samai. La demanda fue ejercida luego de configurada la caducidad y así deberá declararse.

I.3. Traslado de las excepciones

La Secretaría de la Sección Primera, invocando el artículo 201A del CPACA, corrió traslado de las contestaciones de la demanda el 21 de junio de 2023, como consta a índice nro. 24 del expediente electrónico; la Secretaría indicó que el término transcurrió del 22 al 26 de junio de 2023.

El 27 de junio de 2023, el demandante allegó escrito pronunciándose sobre las excepciones.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Generalidades sobre las excepciones en los procesos contenciosos administrativos

Sea lo primero advertir que los medios exceptivos son una herramienta con la que cuenta el demandado para ejercer sus derechos de contradicción y defensa durante el trámite procesal. Así, el Legislador contempló tres (3) tipos, a saber, las previas, las mixtas y las de fondo.

La última, es decir, las de fondo, son aquellas que tienen por objeto controvertir las pretensiones en que se funda el libelo introductorio y, por lo tanto, deben ser resueltas al momento de proferir sentencia, pues con ella se controvierte el derecho sustancial que se reclama vía jurisdiccional.

Por su parte, las excepciones previas y mixtas tienen como finalidad sanear el proceso en su parte inicial en aras de evitar pronunciamientos



inhibitorios, o en caso contrario, terminarlo cuando las falencias tengan tal connotación que sean insuperables.

Ahora bien, el carácter mixto se explica en que pueden proponerse para sanear el proceso, y además atacar el medio de control, por lo que pueden, eventualmente, ser resueltas en la sentencia definitiva, siempre que el juez carezca de los suficientes elementos para resolverla en la oportunidad correspondiente. De igual forma, el numeral 3 del artículo 42 de la Ley 2080 establece que, en cualquier estado del proceso, cuando el juzgador encuentre probadas las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, podrá dictar sentencia anticipada.

Vistas así las cosas, y entendiendo que las excepciones previas y las mixtas buscan atacar el ejercicio del medio de control al existir inconsistencias en la forma en la que fue presentada la demanda, se advierte que la finalidad de este tipo de herramientas es sanear los mencionados vicios en aras de evitar una decisión inhibitoria o, en su defecto, impedir la continuación del proceso en caso de que la naturaleza de las citadas falencias no permita su trámite. Es decir, se refieren a situaciones acontecidas de manera previa a que se trabaje la *litis*, momento éste en el cual existe una verdadera controversia ventilada ante los jueces de la República; de modo que las irregularidades que tengan que ver con situaciones propias del devenir procesal una vez admitida la demanda, tendrán que ser ventiladas en la etapa de saneamiento.

Bajo tal perspectiva, es claro para el Despacho que los medios exceptivos señalados en los artículos 100 del CGP y 180 del CPACA no son taxativos, y que, en tal medida, corresponde al operador judicial valorar en cada caso en concreto cuáles de las excepciones invocadas en la contestación de la demanda, se ajustan o no dentro del análisis antes descrito.

En materia contenciosa administrativa la oportunidad para plantearlas es en la contestación a la demanda y en la contestación a la reforma a la demanda.

Ahora bien, el momento de resolver las excepciones presentadas fue variado inicialmente por el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, y posteriormente por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, que modificó el parágrafo 2º del artículo 175 del CPACA, pues con anterioridad a tales normativas su análisis debía acometerse en la audiencia inicial.

En este punto es importante precisar que el artículo 86 de la Ley 2080 de 2021 definió la regla de transición normativa y aplicación de esta norma procesal; por lo tanto, comoquiera que en el caso en estudio, para el momento en que se presentó la demanda (18 de noviembre de 2022) ya se encontraba vigente el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, que modificó la resolución de las excepciones, esta es la norma aplicable en el presente trámite.



En este contexto, para resolver las excepciones propuestas, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 38 de la ley en comento, el cual, a su vez, remite a lo señalado en los artículos 100, 101 y 102 del CGP.

2.2. El caso concreto

2.2.1. Las excepciones propuestas de falta de competencia y haberle dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde

En el caso objeto de examen, inicia el Despacho por señalar que, las excepciones formuladas de falta de competencia y haberle dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde se encuentran previstas en los numerales 1º y 7º del artículo 100 del CGP, por lo que son autónomas, pero en atención a que se fundan en argumentos conexos y que el trámite ordenado al proceso depende del medio de control precedente, se resolverán de manera conjunta.

Precisado lo anterior, corresponde al Despacho establecer si el medio de control de nulidad es el que procede para examinar la legalidad del Decreto 1893 de 14 de septiembre de 2022 «*Por medio del cual se confiere una comisión de servicios*», o si, por el contrario, lo es el de nulidad electoral, como lo alega el apoderado judicial del Presidente de la República, pues manifiesta que en el acto acusado se realiza un nombramiento y el Presidente comisiona como embajadora a la doctora Verónica Del Socorro Alcocer García, por lo que su conocimiento debe ser asumido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Frente a los medios de control que incumben en el presente asunto, esto es, los de nulidad y nulidad electoral, se precisa sobre el primero que procede por regla general contra actos administrativos de carácter general y en casos excepcionales o por mandato legal contra particulares; también contra circulares de servicios, actos de certificación y registro. Por su parte, el medio de control de nulidad electoral procede para examinar los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como los actos de nombramiento o llamamiento a proveer vacantes¹

Ahora bien, al revisar el contenido del acto acusado de manera integral, advierte el Despacho que se expide en uso de las facultades conferidas por el numeral 2º del artículo 189 de la Constitución Política, que autoriza al Presidente para nombrar a los agentes diplomáticos y consulares; a partir

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 30 de agosto de 2018, radicación: 25000234100020180016501, C.P. Alberto Yepes Barreiro; auto de 27 de junio de 2019, radicación: 11001-03-28-000-2019-00016-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez. Respecto de los actos objeto del medio de control, ha precisado la Sección Quinta lo siguiente: «“(iv) Los actos de nombramiento, a través de los cuales se proveen los diversos cargos de la función pública a efectos de que el designado adquiera la categoría de servidor público.”».



de lo cual, en los considerandos del acto acusado, expresamente se dispone que *«el señor Presidente de la República ha determinado nombrar a la doctora VERÓNICA DEL SOCORRO ALCOCER GARCÍA para que, en condición de Embajador en Misión Especial, participe en el Funeral de Estado de la Reina Isabel II, en la 77ª Asamblea General de las Naciones Unidas y en el Funeral de Estado para el Ex Primer Ministro Abe Shinzo, que se llevarán a cabo en las ciudades de Londres, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; Nueva York, Estados Unidos; y Tokio, Japón».*

Con ocasión de esta decisión del Presidente de la República, decretó *«comisionase a la doctora Verónica del Socorro Alcocer García como Embajador en Misión Especial»* y reconocer los correspondientes viáticos.

Ahora bien, examinado el régimen legal de las comisiones, se tiene que, en el artículo 2.2.5.1² del Decreto 1083 de 2015 se establece que los empleados públicos pueden encontrarse en distintas situaciones administrativas; que, conforme al artículo 2.2.5.5.1³ ibidem, una de ellas es la comisión, que está descrita como aquella en la que el empleado cumple misiones definidas por el nominador⁴, para prestar servicios, adelantar estudios, desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o de periodo y para atender invitaciones de gobiernos extranjeros o de organismos internacionales⁵.

Respecto al servicio exterior, el Decreto 274 de 2000 define la comisión como la designación o la autorización al funcionario perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular, para desempeñar transitoriamente cargos o para realizar actividades relacionadas directa o indirectamente con la Misión y las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores⁶, e

² ARTÍCULO 2.2.5.1 Objeto. El presente Título tiene por objeto reglamentar el régimen de administración de personal, la competencia y procedimiento para el nombramiento, posesión y revocatoria del nombramiento, vacancia y formas de provisión de los empleos, movimientos de personal y las situaciones administrativas en las que se pueden encontrar los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en los órdenes nacional y territorial. PARÁGRAFO . Las disposiciones contenidas en el presente Título no son aplicables a los trabajadores oficiales, quienes se rigen en su relación laboral por su contrato de trabajo, convención colectiva, pacto colectivo o reglamento interno de trabajo.

³ 8 ARTÍCULO 2.2.5.5.1 Situaciones administrativas. El empleado público durante su relación legal y reglamentaria se puede encontrar en las siguientes situaciones administrativas: 1. En servicio activo. 2. En licencia. 3. En permiso. 4. En comisión.

⁴ RTÍCULO 2.2.5.5.23 Competencia para conceder las comisiones. Cuando el funcionario comisionado sea un Ministro o Director de Departamento Administrativo, la comisión se conferirá mediante decreto ejecutivo. Las comisiones se deben conferir por el nominador respectivo o su delegado, salvo las comisiones de estudios al exterior de los empleados públicos de las entidades del sector central y de las Entidades Descentralizadas, que reciban o no aportes del Presupuesto Nacional, las cuales serán conferidas mediante resolución motivada suscrita por el Ministro o Director del Departamento Administrativo del Sector Administrativo respectivo.

⁵ 10 ARTÍCULO 2.2.5.5.22 Clases de comisión. Las comisiones pueden ser: 1. De servicios. 2. Para adelantar estudios. 3. Para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o de periodo, cuando el nombramiento recaiga en un empleado con derechos de carrera administrativa. 4. Para atender invitaciones de gobiernos extranjeros o de organismos internacionales.

⁶ ARTÍCULO 46. Definición. La comisión es la designación o la autorización al funcionario perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular, para desempeñar transitoriamente cargos o para realizar actividades relacionadas directa o indirectamente con la Misión y las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores o que tengan por finalidad el desempeño de responsabilidades diferentes a las que habitualmente le corresponderían al funcionario en desarrollo de sus funciones o en cumplimiento de las tareas propias de la categoría a la que perteneciere dentro del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular.



identifica como clases la de estudios, desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción, para situaciones especiales y de servicio⁷.

En este sentido, le asiste razón al apoderado judicial del Presidente de la República y, en cuanto a que el medio de control procedente para examinar la legalidad del acto demandado es el de nulidad electoral, pues, según el contenido del acto acusado, existiría al parecer un nombramiento por parte del Presidente de la República, asunto que no podrá ser ajeno al debate procesal y que impone que medio de control electoral y su trámite especial como el adecuado para adelantar el presente proceso.

Conforme a lo anterior, el Despacho **i)** declarará probada la excepción previa establecida en el numeral 1 del artículo 100 del CGP; en consecuencia, **ii)** adecuará el medio de control al de nulidad electoral y **iii)** ordenará remitir el presente expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que, conforme al literal c) del el numeral 7º del artículo 152⁸ ibidem, es el competente.

Finalmente, teniendo en cuenta que se declaró probada la excepción previa de falta de competencia, encuentra el Despacho que, corresponde al Tribunal resolver sobre la de caducidad propuesta, lo anterior si se tiene en cuenta que los artículos 100⁹ (numeral 1º) y 138¹⁰ del CGP, establecen que luego de declararse la falta de competencia lo actuado con posterioridad se encuentra viciado de nulidad.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN PREVIA establecida en el numeral 1 del artículo 100 del CGP, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

⁷ ARTÍCULO 47. Clases. Las actividades especiales o las circunstancias excepcionales que sustentan las comisiones de los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular, dan lugar a las siguientes modalidades: a. De estudios. b. Para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción. c. Para situaciones especiales. d. De Servicio.

⁸ ARTÍCULO 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

7. De los siguientes asuntos relativos a la nulidad electoral:

c) De la nulidad de los actos de elección o llamamiento a ocupar curul, según el caso, distintos de los de voto popular, y de los de nombramiento, sin pretensión de restablecimiento del derecho, de empleados públicos del nivel directivo, asesor o sus equivalentes en los órdenes nacional, departamental y distrital, así como de los municipios de setenta mil (70.000) habitantes o más, o que sean capital de departamento, independientemente de la autoridad nominadora. Igualmente, de los que recaigan en miembros de juntas o consejos directivos de entidades públicas de los órdenes anteriores, siempre y cuando la competencia no esté atribuida expresamente al Consejo de Estado;

⁹ **Artículo 133. Causales de nulidad.** El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.

¹⁰ **Artículo 138. Efectos de la declaración de falta de jurisdicción o competencia y de la nulidad declarada.** Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará.

La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas.

El auto que declare una nulidad indicará la actuación que debe renovarse.



Radicación: 11001-03-24-000-2022-00427-00

Demandante: Jorge Manuel Ortiz Guevara

SEGUNDO: ADECUAR el presente medio de control al de nulidad electoral, conforme a la razones expuestas.

TERCERO: REMITIR el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.