

COSA JUZGADA MATERIAL - Objeto / COSA JUZGADA - Elementos formales y materiales para su configuración / COSA JUZGADA - Efectos

A la cosa juzgada o "res judicata" se le ha asimilado al principio del "non bis in idem" y tiene por objeto que los hechos y conductas que ya han sido resueltas a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley, no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes, porque lo antes decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, es inmutable al tener plena eficacia jurídica. Desde un punto de vista genérico, la cosa juzgada está regulada por los artículos 303 del C.G.P. y 189 del CPACA, en los cuales se establecen los elementos formales y materiales para su configuración. El elemento formal implica que no es posible volver sobre una decisión tomada en providencia ejecutoriada, dentro del mismo proceso, o en otro en el que se debata la misma causa petendi e idénticos fundamentos jurídicos, lo cual tiene como propósito garantizar la estabilidad y la seguridad del orden jurídico. Por su parte, el material, hace alusión a la intangibilidad de la sentencia en firme, pues se tiene por cierto que la actividad jurisdiccional se ocupó plenamente de la relación objeto de la contienda y que ésta fue decidida con la plenitud de las formas propias del juicio. Para ahondar en el tratamiento del tema es necesario ver lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 189 del CPACA. (...) la sentencia que niega la anulación del acto acusado produce el efecto de cosa juzgada frente a todos, pero sólo en relación con la causa o los motivos de impugnación alegados, lo que significa que por esos mismos motivos no podrá instaurar la misma parte o un tercero una nueva acción de nulidad contra el acto que fue objeto de la primera decisión. Pero en cambio, la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tiene fuerza de cosa juzgada erga omnes (para todo el mundo y sin importar la causa petendi o los argumentos alegados), situación que impide que pueda presentarse un nuevo pronunciamiento en relación con el acto acusado.

NOTA DE RELATORIA: Sentencias de 27 de noviembre de 2008, Rad. 2000-00803, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero. De 18 junio de 1984. Rad. 5985. M.P. Bernardo Ortiz A. Sección Cuarta. De 19 de marzo de 2009, Rad. 2004-00203, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. C-543 de 1192 Corete Constitucional.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 189 / CODIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTICULO 303

RECURSO DE APELACION - Contra auto que resolvió excepciones / COSA JUZGADA - No existe identidad de causa petendi y de concepto de la violación / NOTARIO - Nombramiento no desconoció el orden establecido en la lista de elegibles

En el presente caso, se cuestiona la legalidad del acto de elección del señor Fernando Téllez Lombana como Notario 58 del Círculo de Bogotá mediante Decreto No. 1855 de 2013. Contra las decisiones tomadas en audiencia inicial, el apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho y el demandado, respectivamente, interpusieron recurso de apelación. El primero adujo que no se debe excluir del presente proceso al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República en la medida en que el Presidente expidió el acto acusado y, por tanto, debe estar representado por dicha dependencia. Por su parte, el señor Lombana Téllez insistió en la existencia del fenómeno de cosa juzgada. La Sala anticipa que en el caso objeto de estudio, no se evidencia que se presente el fenómeno de la cosa juzgada material. Los razonamientos hechos, permiten a la Sala concluir que: a) Tanto en el proceso electoral No. 2013-02800,

que dio origen a las sentencias de primera y segunda instancia del 3 de julio y del 4 de diciembre de 2014, proferidas, respectivamente, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera y por el Consejo de Estado, Sección Quinta, como en el que ahora ocupa la atención de la Sala (proceso No. 2013-02808), la demanda recae sobre el acto de nombramiento del señor Fernando Téllez Lombana como Notario 58 del Circuito de Bogotá. Es decir, que existe identidad de objeto. b) Sin embargo, no existe identidad de causa petendi y de concepto de la violación, lo cual, como se anticipó, desvirtúa la existencia de cosa juzgada. En efecto, en el actual proceso (No. 2013-02808-01), el demandante considera que no puede existir un derecho de preferencia de los notarios para que ocupen una notaría diferente a aquellas para la cual concursaron, sino que cada vez que se presente una vacante su provisión debe hacerse mediante un nuevo concurso. Que, por tal razón, al no existir un nuevo concurso para proveer el cargo de Notario 58 de Bogotá, el nombramiento del señor Téllez Lombana es ilegal, pues "...se encuentra en la lista de elegibles vigente hasta diciembre de 2013, pero quienes la integran solo tienen vocación para ser nombrados en la notaría Sesenta y Seis (66) del Circuito de Bogotá, que ya fue adjudicada y está ocupada, y que fue la única notaría ofertada dentro del Circuito Notarial de Bogotá". Por su parte, dentro del proceso No. 2013-02800, el cargo principal consistió en que el nombramiento del demandado como Notario 58 del Circuito de Bogotá desconoció el orden de la lista de elegibles, pues existían participantes con mejor derecho. Que, por ende, se transgredió el principio del mérito que debe regir el acceso a la carrera notarial. Sobre estos precisos reparos esta Sala en sentencia del 4 de diciembre de 2014 consideró que "[a] la persona [que] figura en el o los respectivos listados en turno de elegibles, le asiste el derecho ineludible de ser nombrado, siempre y cuando no haya ingresado a la carrera notarial dentro de esa misma categoría". Que, en efecto, el hecho de aceptar un nombramiento en una notaría de inferior categoría por pertenecer a la lista de elegibles, no implica que se pierda el derecho a ser nombrado en otra notaría de superior categoría, frente a la cual, también se encuentra en lista de elegibles" Que bajo esos parámetros, al comprobarse que el señor Téllez Lombana figuraba en el puesto 8º de la lista de elegibles para el circuito de Bogotá, ésta designación "...no desconoció el orden establecido en la lista de elegibles, toda vez que todos los participantes que lo antecedían ingresaron a la carrera notarial en un circuito perteneciente a la primera categoría, con lo cual, como se expuso en líneas anteriores, se agotó el objeto del concurso para ellos". c) Entonces, es claro que la sentencia del 4 de abril de 2014, Exp. 2013- 02800-03, que se encuentra debidamente ejecutoriada, sólo tiene fuerza de cosa juzgada material relativa, pues el asunto en ella debatido no es idéntico al que ahora plantea el señor Luis Agustín Castillo. Es decir, no existe identidad de hechos, censuras y causa petendi. En otras palabras, tal decisión es oponible a todos, hayan o no intervenido en el proceso, pero sólo en lo que tiene que ver con los reparos o motivos de impugnación que se alegaron en dicho proceso, que, valga la pena aclarar, si bien guardan relación con el presente caso, no son exactamente los mismos que propone el señor Luis Agustín Castillo. Dentro de este contexto, se negará la excepción de cosa juzgada que propuso el demandado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá, D. C., nueve (9) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-41-000-2013-02808-03

Actor: LUIS AGUSTIN CASTILLO ZARATE

Demandado: NOTARIO 58 DEL CIRCULO DE BOGOTA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusieron el apoderado de la parte demandante y el Ministerio de Justicia y Derecho contra la decisión del 20 de febrero de 2015 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera, que resolvió las diferentes excepciones que se presentaron dentro del proceso de la referencia. Para tal efecto, se tiene:

ANTECEDENTES

- El señor Luis Agustín Castillo Zárate, en ejercicio de la acción de nulidad electoral, solicitó que se declarara la nulidad de los siguientes nombramientos de notarios del círculo de Bogotá: i) de Mauricio Eduardo García-Herreros como Notario 12 y ii) de Fernando Téllez Lombana Eduardo como Notario 58.

- Por auto del 18 de septiembre de 2013, se le concedió al actor un término de 3 días para que separara sus pretensiones en demandas diferentes, pues existía indebida acumulación.

- En cumplimiento de dicha providencia, el demandante solicitó que se declare la nulidad parcial del Decreto No. 1855 del 29 de agosto de 2013, proferido por "...el Gobierno Nacional en cabeza del señor Presidente de la República...", mediante el cual nombró en propiedad como Notario Cincuenta y Ocho del Círculo de Bogotá, al señor Fernando Téllez Lombana, así como de la Resolución No. 9434 del 5 de septiembre de 2013, expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro por medio de la cual se confirmó dicho nombramiento.

-Mediante auto del 20 de noviembre de 2013, se remitió por competencia el proceso de la referencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

-Esa Corporación, mediante auto del 30 de julio de 2014, admitió la demanda y ordenó las notificaciones del caso.

-Por auto del 9 de febrero de 2015, se fijó como fecha para la celebración de la audiencia el día 20 de febrero de 2015.

-En esa diligencia, el magistrado conductor del proceso, después de precisar que no había irregularidad alguna que sanear, al referirse a la excepción que propuso el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, que denominó “indebida representación judicial de la Nación”, manifestó:

“(…) la excepción está sustentada en el hecho de que la actuación demandada no fue desarrollada por el Presidente de la República sino por el Gobierno Nacional y en nombre de la Nación, la cual debe estar representada en los procesos contenciosos administrativos por las autoridades señaladas en el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011. Al respecto, se observa que el Presidente de la República no forma parte del Consejo Superior de la Carrera Notarial ni ha intervenido en el desarrollo del concurso de notarios; el hecho de que su firma se encuentre en algunos decretos es consecuencia directa del concurso o de órdenes judiciales frente a las que no cabía margen de discrecionalidad o arbitrariedad alguna. De tal suerte, que en ese caso se configura la excepción de indebida representación del demandado prevista en el numeral 5º del artículo 97 del CPC. Como lo ha precisado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, si bien en asuntos como el de la referencia en el que el acto administrativo acusado es suscrito por el Presidente de la República y al propio tiempo por el Ministro respectivo, la participación de aquel es residual y subsidiaria, razón por la cual la representación de la Nación debe efectuarse a través del Ministerio de Justicia y de Derecho, tal como lo establece el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, norma según la cual en los procesos contencioso administrativos la entidad, órgano y organismo estatal estará representado por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contratarlo General de la República o Fiscal General de la Nación, o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o que produjo el hecho. En el presente asunto el Ministro de Justicia y del Derecho ejercer la representación legal de la Nación y, por consiguiente, el medio exceptivo está llamado a prosperar. Por lo tanto, se excluye de este proceso como parte demandada a la Presidencia de la República”.

De igual manera, manifestó que la excepción de existencia de cosa juzgada que propuso el demandado en un escrito aparte de la contestación de la demanda se presentó “en forma extemporánea e igualmente no se anexó la prueba por medio de la cual se podría estudiar dicha excepción”.

-Contra esas decisiones el apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho y el demandado, respectivamente, interpusieron recurso de apelación. El primero adujo que no se debe excluir del presente proceso al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República en la medida en que el Presidente expidió el acto acusado y, por tanto, debe estar representado por dicha dependencia. Por su parte, el señor Lombana Téllez insistió en la existencia del fenómeno de cosa juzgada.

CONSIDERACIONES

Competencia

En los términos de los artículos 180 del CPACA, corresponde a esta Sección decidir la apelación que interpuso el demandante contra la decisión de primera instancia del 20 de febrero de 2015.

Asunto objeto de estudio

En el presente caso, se cuestiona la legalidad del acto de elección del señor Fernando Téllez Lombana como Notario 58 del Círculo de Bogotá mediante Decreto No. 1855 de 2013.

El magistrado conductor del proceso en el trámite de la audiencia inicial determinó que:

Debía excluirse del presente asunto al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, pues el Ministerio de Justicia y del Derecho es el llamado a ejercer la representación de la Nación.

Que la excepción de cosa juzgada que propuso el demandado, se propuso de forma extemporánea. Que, además, tampoco obraba elemento alguno que permitiera evidenciarla.

- La Sala revocará la decisión de excluir del trámite al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, con fundamento en las siguientes razones:

Es evidente que el acto de nombramiento del demandado como Notario 58 del Círculo de Bogotá fue expedido por el Presidente de la República junto con el Ministro de Justicia y del Derecho.

Por consiguiente, era lógico que la notificación de la demanda se efectuase tanto al señor Presidente de la República como al señor Ministro, autoridades que para el caso en particular constituyen el gobierno nacional¹, que, valga la pena aclarar, de forma ineludible deben estar representadas en el proceso.

Es decir, a juicio de la Sala, en lo que atañe a la defensa del Ministerio de Justicia y de Derecho, ésta se encuentra a cargo del Ministro o de quien haya designado para tal efecto. Dicha representación no tiene la potencialidad de comprender la del Presidente de la República, pues se trata de una autoridad diferente.

Así, la intervención del Presidente de la República en el trámite del presente proceso de nulidad electoral debe ejercerse por intermedio del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, pues en los términos del Decreto 3443 de 2010, por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Bajo tales precisiones, la vinculación de dichas autoridades así cumplida atendió lo que prevé el artículo 159 del CPACA, conforme al cual “la entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el ministro, director de departamento administrativo...”.

Por tal razón, contrario a lo expuesto por el a quo, no estaba llamada a prosperar la excepción de indebida representación judicial de la Nación.

-En relación con la excepción de cosa juzgada que propuso el demandado, la Sala pone de presente que, como regla general, es durante el término de traslado de la demanda, específicamente, con la contestación de la demanda, la etapa procesal pertinente para que el demandado, en ejercicio del derecho de defensa y contradicción, proponga las excepciones del caso.

¹ El Gobierno Nacional en los términos del artículo 115 Superior, está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos: *“El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno”*.

En efecto, según las voces del artículo 175 del CPACA. “el demandado tendrá la facultada de contestar la demanda mediante escrito que, entre otras cosas, contendrá... 3. Las excepciones”.

Asimismo, según los términos del artículo 282 del Código General del Proceso, “...cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia”.

En el presente caso, el señor Téllez Lombana contestó la demanda mediante escrito del 2 de septiembre de 2014. En esa oportunidad no manifestó argumento alguno en relación con la posible configuración del fenómeno de cosa juzgada.

Sólo hasta el día 13 de enero de 2015, mediante memorial que obra a folio 525 del expediente, solicitó al magistrado conductor del proceso que declarara excepción de cosa juzgada, pues, a su juicio, existe identidad de causa y objeto respecto del proceso No. 2013-02800-01, que se decidió en segunda instancia por parte de la Sección Quinta del Consejo de Estado mediante sentencia del 4 de diciembre de 2014.

Es decir, si bien ya había fenecido la etapa procesal para contestar la demanda, ante un nuevo hecho -la notificación de la citada decisión-, el a quo en aras de garantizar los principios de eficiencia y economía procesales, debió pronunciarse de fondo sobre la excepción en cuestión.

Como no lo hizo, lo procedente es que en esta etapa, la Sala resuelva tal aspecto, para lo cual se tendrá en cuenta lo siguiente:

A. De la cosa juzgada material

A la cosa juzgada o "res judicata" se le ha asimilado al principio del "non bis in idem"² y tiene por objeto que los hechos y conductas que ya han sido resueltas a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley, no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes, porque lo antes decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, es inmutable al tener plena eficacia jurídica.

² Consejo de Estado. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. MP. Luis Rafael Vergara Quintero. Exp. 2000-00803.

Desde un punto de vista genérico, la cosa juzgada está regulada por los artículos 303 del C.G.P. y 189 del CPACA, en los cuales se establecen los elementos formales y materiales para su configuración.

El elemento formal implica que no es posible volver sobre una decisión tomada en providencia ejecutoriada, dentro del mismo proceso, o en otro en el que se debata la misma causa petendi e idénticos fundamentos jurídicos, lo cual tiene como propósito garantizar la estabilidad y la seguridad del orden jurídico.

Por su parte, el material, hace alusión a la intangibilidad de la sentencia en firme, pues se tiene por cierto que la actividad jurisdiccional se ocupó plenamente de la relación objeto de la contienda y que ésta fue decidida con la plenitud de las formas propias del juicio.

Para ahondar en el tratamiento del tema es necesario comenzar por reproducir lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 189 del CPACA, que a la letra dice:

“Artículo 189. Efectos de la sentencia. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios.

Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento, producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes.

La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor. Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley.

En los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad demandada, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia que resuelva definitivamente el proceso, cuando resulte imposible cumplir la orden de reintegro del demandante al cargo del cual fue desvinculado porque la entidad desapareció o porque el cargo fue suprimido y no existe en la entidad un cargo de la misma naturaleza y categoría del que desempeñaba en el momento de la desvinculación, podrá solicitar al juez de primera instancia la fijación de una indemnización compensatoria.

De la solicitud se correrá traslado al demandante por el término de diez (10) días, término durante el cual podrá oponerse y pedir pruebas o aceptar la suma estimada por la parte demandada al presentar la solicitud. En todo caso, la suma se fijará teniendo en cuenta los parámetros de la legislación laboral para el despido injusto y el auto que la señale solo será susceptible de recurso de reposición”.

Esta Corporación con relación a la figura de la cosa juzgada, ha precisado:

"...; pero cuando la decisión judicial es negativa para la pretensión propuesta, el fenómeno de la cosa juzgada se restringe exclusivamente a las causales de nulidad alegadas y al contenido del petitum que no prosperó, porque aún cuando la norma en principio ha quedado vigente por haberse negado la nulidad, es susceptible de ser demandada por otras causas con diferente petitum y dejar de regir para ese efecto". Sentencia de junio 18 de 1984. Expediente 5985. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C.P. Bernardo Ortiz A.).

De esta forma, la sentencia que niega la anulación del acto acusado produce el efecto de cosa juzgada frente a todos, pero sólo en relación con la causa o los motivos de impugnación alegados, lo que significa que por esos mismos motivos no podrá instaurar la misma parte o un tercero una nueva acción de nulidad contra el acto que fue objeto de la primera decisión.

Pero en cambio, la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tiene fuerza de cosa juzgada erga omnes (para todo el mundo y sin importar la causa

petendi o los argumentos alegados), situación que impide que pueda presentarse un nuevo pronunciamiento en relación con el acto acusado³.

Sobre este punto, esta Corporación en sentencia del 19 de marzo de 2009, se pronunció en el siguiente sentido:

“(…)

En lo atinente a la connotación de cosa juzgada, la doctrina y la jurisprudencia han llegado a distinguir dos clases de la misma, denominadas cosa juzgada formal y cosa juzgada material o sustancial, las cuales, siguiendo al tratadista Eduardo J. Couture, dependen o están determinadas por las circunstancias de la impugnabilidad y de la inmutabilidad del asunto jurídico de que se trate, de suerte que habrá cosa juzgada formal cuando pese a que se han surtido o agotados los recursos, la eficacia de la decisión judicial es transitoria. “Se cumplen y son obligatorias tan sólo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir; pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo en presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse”, en voces del citado tratadista; quien concluye que “Existe cosa juzgada sustancial cuando a la condición de inimpugnable en el mismo proceso, se une la inmutabilidad de la sentencia aun en otro juicio posterior”. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Exp. 2004-00203.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-543 de octubre 1° de 1992, al respecto dijo: “La cosa juzgada, que confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, se funda en el principio de la seguridad jurídica, la cual para estos efectos, reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces.”⁴.

B. Del caso concreto

³ Sobre este punto, la doctrina se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“Cuando un acto ha sido declarado nulo por ilegalidad, esta ilegalidad se reputa objetivamente establecida y por consiguiente producirá efectos respecto de todo el mundo (efectos en el espacio). Pero como también la anulación borra el acto del ordenamiento, en tal forma que puede considerarse como si no hubiera existido jamás, sin que sea necesario hablar de retroactividad, porque la sentencia implica la invalidación del acto desde la misma fecha de expedición, se entiende que esos mismos efectos están mirados desde una perspectiva temporal (efectos en el tiempo). Con todo, esta posición no es absoluta y presenta ciertos atenuantes. En primer lugar, la nulidad del acto de nombramiento de un funcionario lo invalida desde su origen pero los actos por él expedidos entre su nombramiento y la sentencia de nulidad son válidos...”. Weil citado por BETANCOUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Librería Señal Editora, Medellín, 2009, pág. 520.

⁴ M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expedientes. D-056 y D-092.

La Sala anticipa que en el caso objeto de estudio, no se evidencia que se presente el fenómeno de la cosa juzgada material. Para efectos de sustentar esta afirmación, se pone de presente que, en el sub examine, aparece que:

Que el señor Luis Agustín Castillo, en nombre propio, presentó demanda de nulidad electoral contra el nombramiento del señor Fernando Téllez Lombana como Notario 58 del Círculo de Bogotá (Folio 1-24). Ese proceso electoral fue identificado con el número 2013-02808.

En síntesis, como sustento de la demanda aduce que el “...favorecido no concursó para ocupar el cargo en el que fue nombrado, como se desprende de la mera lectura del Decreto Ejecutivo 1855, que en ningún párrafo o aparte se dice que haya realizado un concurso notarial para la provisión de la Notaria 58 y menos aún que su beneficiario haya ganado tal cargo mediante concurso”.

Que el nombramiento “...violó además el inciso segundo del artículo 131 de la Constitución Política de Colombia, los derechos fundamentales a la igualdad, a acceder a cargos públicos y al debido proceso, que tienen los abogados en general y específicamente por no ser notarios carecen de la preferencia a que se refiere el numeral 3º del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, norma inexistente por inconstitucional”. Que la designación en cuestión “....se realizó acudiendo a la lista de elegibles del segundo concurso notarial, la cual fue expedida por el Acuerdo 29 de 2011 del Consejo Superior de la Carrera Notarial. Aunque esta lista de elegibles se encuentra vigente, no tiene vocación para realizar tal designación, según clara y reiterada jurisprudencia (T-654 de 2011)”, según la cual las plazas que no correspondan a la convocatoria o que con posterioridad resulten vacantes requerirán de un nuevo concurso.

Alega que ante la vacancia que se presentó en dicha notaria, el Gobierno Nacional ha debido declarar tal situación y nombrar un notario en interinidad.

Aunado a lo anterior, considera que:

“(...)[El demandado concursó en el segundo concurso notarial, que terminó en diciembre de 2011 con la publicación de la lista de elegibles para la Notaria 66 del Círculo de Bogotá, que fue la única notaria ofertada en dicho concurso para Bogotá, y en la cual fue nombrado el doctor Oscar Fernando Martínez. En el inciso segundo del artículo segundo de la Ley 588 de 2008, leemos. En caso de vacancia si no hay lista vigente de elegibles, podrá el nominador designar notarios

en interinidad, mientras el organismo competente realiza el respectivo concurso. Y no hay lista de elegibles aplicable - aunque haya vigente una - cuando el único cargo a proveer ya fue ocupado con un integrante de esa misma lista, pues así las cosas no hay cargo a proveer. El doctor Fernando Téllez Lombana se encuentra en la lista de elegibles vigente hasta diciembre de 2013, pero quienes la integran solo tienen vocación para ser nombrados en la notaria Sesenta y Seis (66) del Círculo de Bogotá, que ya fue adjudicada y está ocupada, y que fue la única notaria ofertada dentro para (sic) para el Círculo Notarial de Bogotá. La jurisprudencia de la Corte Constitucional es clara en señalar que quienes integran la lista de elegibles sólo pueden acceder mediante ellas para ocupar cargos ofertados mediante convocatoria al respectivo concurso y no los que posteriormente queden vacantes, pues tales vacantes requieren de un nuevo concurso”.

(...) el régimen de privilegios para la designación de notarios en propiedad, anterior a la Constitución de 1991, del cual es expresión inequívoca el numeral 3º del Decreto 178 del Decreto 960 de 1970, por cuanto favorece a unos (los que para ser nombrados notarios en propiedad no necesitan concursar) en detrimentos de otros (los que aunque quieren concursar no pueden hacerlo porque los concursos para proveer notarias vacantes no son convocados), evidentemente pasó a ser inconstitucional con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, que consagra como derechos fundamentales los de igualdad, el acceso a los cargos públicos y el debido proceso. (...) La organización gremial de los notarios no puede seguir manejando el notariado como feudo propio ni situarse por encima de la Constitución Política, ni los notarios puede “tener derecho de preferencia”, para ocupar otros cargos de notarios distintos a aquellos para los cuales concursaron. Los notarios que pretendan cambiar de notaria deben presentarse a un nuevo concurso para conseguirlo. El traslado de notarios sin que medie concurso y el no llamamiento a concurso para proveer los cargos vacantes de notarios, constituye un hecho contrario a los derechos fundamentales a la igualdad, a ocupar cargos públicos y al debido proceso.

Que por auto del 16 de enero de 2014, el a quo rechazó la demanda, decisión que fue revocada por la providencia del 17 de julio de ese mismo año, proferida por la Sección Quinta de esta Corporación. (Folios 221-224).

Que, como consecuencia de la referida revocatoria, el Tribunal Administrativo Cundinamarca, mediante auto del 30 de julio de 2014, admitió la demanda y ordenó las notificaciones del caso. (Folios 233-235).

Que en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se tramitó también otro proceso de nulidad electoral, identificado con el No. 2013-2800-00, promovido por otro ciudadano (el señor Juan Francisco Forero Gómez) pero en contra del mismo

acto de nombramiento del señor Téllez Lombana como Notario 58 del Círculo de Bogotá.

Que, en síntesis, el sustento de esa demanda fue el siguiente:

“(…) Que el acto acusado desconoció la lista de elegibles, pues nombró al señor Téllez Lombana como Notario 58 de Bogotá cuando existían personas mejor ubicadas en dicha lista y que, por tanto, tenían mejor derecho que el demandado.

Que del artículo 11 del Decreto 3454 de 2006, modificado por el artículo 1º del Decreto 926 de 2007, se concluye que “habrá tantas listas de elegibles como círculos convocados, razón por la cual no puede interpretarse como única la lista contenida en el Acuerdo 29 de 2011, cuando contienen decisiones independientes entre sí”.

Manifestó que no existe disposición alguna que prevea cuál es la consecuencia que se genera por estar inscrito para más de un círculo notarial o por pertenecer a más de una lista de elegibles. Por consiguiente, no es posible que se excluya a los participantes por el hecho de aceptar la correspondiente nominación en un círculo notarial diferente. Que esta circunstancia imposibilitaría que el participante siga apareciendo en la lista de elegibles de ese preciso círculo, mas no respecto de las demás categorías y círculos notariales.

Que en el caso concreto, si bien los primeros 5 participantes fueron designados en el círculo notarial de Bogotá (excepto uno que luego prefirió otro círculo), es lo cierto que quienes figuraban en el puesto 6º y 7º habían sido nombrados para el círculo de Medellín. Por tal razón, ellos tenían la primera opción para ser nombrados en la Notaria 58 de Bogotá, toda vez que no habían perdido su derecho. Sin embargo se nombró al demandado, quien ocupó el lugar 8º en la lista de elegibles en Bogotá” (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

Que en este proceso de nulidad electoral No. 2013-2800-00 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, mediante sentencia del 3 de julio de 2014, denegó las súplicas de esa demanda.

Que esa negativa se confirmó mediante sentencia del 4 de diciembre de 2014, proferida por esta Sección, pero por las razones expuestas en la parte motiva de dicha providencia, que corresponden al siguiente contenido:

“(…)

Jurisprudencia sobre el concurso de méritos contenido en el Acuerdo No. 011 de 2010

En reciente pronunciamiento, esta Sala, después de analizar las características, condiciones y requisitos del concurso de méritos para ingresar a la carrera notarial⁵, que tuvo lugar con la convocatoria contenida en el Acuerdo No. 011 de 2010, consideró que éste no constituía un único concurso que se agotaba con el nombramiento del participante en cualquier círculo notarial, sino que, por el contrario, se estaba en presencia de “tres concursos”, uno por cada categoría de círculo notarial”, los cuales se agotaban para la persona que ingresa a la carrera notarial dentro de esa categoría y no respecto de la demás”.

⁵ De acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional y en los términos del artículo 131 de la Constitución Política, el concurso de méritos es la única manera que existe a fin de ingresar a la carrera notarial. Así, el nombramiento se hará teniendo en cuenta el estricto orden que la lista de elegibles prevea para cada caso en particular, la cual es presentada por el Consejo Superior de la Carrera Notarial.

Que, en efecto, el hecho de que para cada categoría se exigieran requisitos distintos y de que se practicaran pruebas diferentes⁶, permitía concluir que aquel

⁶ Al respecto se precisó que “Lo anterior significa que los aspirantes, una vez admitidos al concurso de acuerdo con el resultado obtenido en la fase de análisis de méritos y antecedentes, en el cual verificaban el cumplimiento de los requisitos exigidos **para cada categoría**, debían presentar una prueba escrita de carácter eliminatorio, **la cual variaba también de acuerdo con la categoría** del círculo notarial inscrito. En ese orden, la Universidad Nacional de Colombia como organizadora del concurso de méritos, publicó un instructivo para entender la manera como presentarían las pruebas y sobre el particular, señaló:

“Se ensamblarán siete (7) cuadernillos de prueba identificados con los códigos C1, C2, C3, C4, C5, C6 y C7. En la tabla 1 se presenta el número de preguntas que responderá cada examinado de acuerdo con la(s) categoría(s) de la(s) notaría(s) que aspira, así como el tipo de cuadernillo que recibirá.

Es importante tener en cuenta que un examinado puede concursar para diversas notarías en diferentes categorías.

Categoría del círculo notarial en el cual se encuentra(n) la(s) notaria(s) a la(s) que aspira	Prueba	No. De preguntas
	Primera	
	Segunda	
	Tercera	
	X	
C1		
80		
X		
C2		
80		
X		
C3		
60		
X		
X		
C4		
80		
X		
X		
C5		
80		
X		
X		
C6		
100		
X		
X		
X		
C7		
100		

participante que se inscribió en tres categorías, lo hizo para tres concursos. Máxime si se tiene en cuenta que “i) los participantes podían inscribirse a más de un círculo notarial⁷ y ii) por cada círculo se expidió una lista de elegibles (sin importar las categorías)”.

Bajo esas premisas, se concluyó que.

“(…) una vez “la persona figura en el o los respectivos listados en turno de elegibles, le asiste el derecho ineludible de ser nombrado, siempre y cuando no haya ingresado a la carrera notarial dentro de esa misma categoría. En efecto, tiene razón el delegado del Ministerio Público, quien consideró que “no es posible inferir que por razón de la designación del concursante en un cargo de categoría inferior al cual figura en la lista de elegibles se pierda el derecho a ser nombrado en el cargo en el que está en turno en la lista”.

En ese orden de ideas, tiene razón el demandante, quien considera que el hecho de aceptar un nombramiento en una notaría de inferior categoría por pertenecer a la lista de elegibles, no implica que se pierda el derecho a ser nombrado en otra notaría de superior categoría, frente a la cual, también se encuentra en lista de elegibles”.

Así las cosas, retomando lo probado en el expediente, para la Sala es evidente que, el nombramiento del demandado desconoció el orden establecido en la lista de elegibles, toda vez que, como se dijo, si bien la mayoría de quienes lo antecedían ya ingresaron a la carrera notarial en un círculo perteneciente a la

*De acuerdo con la información presentada en la tabla 1, si un concursante aspira solamente a notarías que se encuentran en círculos de tercera categoría presentará la prueba C3 que contiene 60 preguntas. Si un concursante se presenta para notarías ubicadas en círculos de primera categoría presentará la prueba C1 y contestará 80 preguntas. Por otro lado, si un concursante aspira a notarías en primera y segunda categoría responderá la prueba C6 que contiene 100 preguntas, y si aspira a notarías en las tres categorías presentará la prueba C7 que contiene 100 preguntas. Cada prueba puede estar conformada por uno, dos o tres componentes; un componente de núcleo común que será contestado por todos los concursantes sin excepción, un componente de énfasis para segunda categoría y otro para primera.(...). Aunque las pruebas pueden variar en cuanto a componentes, longitud, contenidos y nivel de dificultad de acuerdo con las **categorías** de las notarías a las que aspira el concursante, éstas comparten unas características comunes relacionadas con los tipos de preguntas, procesos cognitivos y dimensión del conocimiento a evaluar, y los procedimientos empleados para analizar y calificar las pruebas” (Negrillas fuera de texto).*

*En efecto, en la fase de análisis de méritos y antecedentes, para quien aspiró a las tres categorías, el concurso verificó el cumplimiento de los requisitos mencionados en precedencia, que el Decreto Ley 960 de 1970 fijó para ocupar **cada una de las categorías notariales** y por otro lado, las pruebas variaron en cuanto a sus componentes, longitud, contenidos y nivel de dificultad **de acuerdo con las categorías de las notarías a las que aspiró el concursante.***

⁷ Mediante sentencia del 11 de marzo de 2010, el Consejo de Estado, Sección Segunda, declaró la nulidad de la expresión “y quienes se presenten a más de un círculo notarial” que estaba contenida en el artículo 4º del Decreto 2454 de 2006 y que preveía esa circunstancia como causal de eliminación del concurso.

primera categoría, con lo cual se agotó el objeto del concurso para ellos, otros, aún no han ingresado en esta categoría, es decir, con ocasión de este concurso, y por ende, tenían derecho a ser llamados en lugar del demandado” (negrilla y subrayado fuera de texto original).

(...)

De conformidad con lo expuesto, para la Sala es evidente que el nombramiento del demandado NO desconoció el orden establecido en la lista de elegibles, toda vez que todos los participantes que lo antecedían ingresaron a la carrera notarial en un círculo perteneciente a la primera categoría, con lo cual, como se expuso en líneas anteriores, se agotó el objeto del concurso para ellos.

Es decir, a diferencia de los otros asuntos que conoció esta Sala en segunda instancia y que terminaron con la declaratoria de nulidad de los respectivos actos de nombramiento de los Notarios 66 de Bogotá y 31 de Medellín⁸, los aspirantes que se encontraban en mejor posición en la lista de elegibles respecto del demandado ingresaron efectivamente a la primera categoría notarial, pues sus nombramientos se hicieron en notarias pertenecientes a los círculos de Bogotá, Medellín y Bucaramanga.

Situación diferente es que el actor considere que a pesar de haber ingresado a dicha categoría notarial, los aspirantes ubicados en el 6º y 7º lugar de la lista de elegibles, respectivamente, conservaban el derecho a optar por una notaría en Bogotá, lo cual no es admisible según la jurisprudencia de esta Sala.

Se reitera que los participantes mantienen su derecho a ser nombrados y, por tanto, conservan su posición en la lista de elegibles, siempre y cuando han aceptado el nombramiento en una notaría de inferior categoría y aspiran a una notaría de orden superior, pues con fundamento en el principio del mérito tienen derecho a ser designados en el cargo para el cual concursaron, bajo la aclaración de que respecto de la carrera notarial, con la convocatoria del año 2010, se efectuaron tres concursos (uno respecto de cada categoría notarial) y, por tanto, existieron tres listas de elegibles.

Como la anterior hipótesis no se presenta en el caso objeto de estudio, a juicio de la Sala, es claro que el nombramiento del señor Fernando Téllez Lombana no desconoció el principio del mérito que rige la carrera notarial, pues a efectos de tal designación se observó el estricto orden de la lista de elegibles.

⁸ Expedientes. 2013-02805 y 2014-0005.

El hecho de que los señores Héctor Adolfo Sintura Varela y Mauricio Emilio Amaya hubiesen sido nombrados en el círculo de Medellín en notarias de categoría uno, implica que se agotó el concurso respecto de ellos. Por tanto, no tenían derecho a ser llamados para proveer la Notaria 58 de Bogotá de primera categoría, pues, se reitera, ya habían ingresado a la carrera notarial en idéntica categoría⁹.

Por estas razones, había lugar a denegar las pretensiones de la presente demanda, pero por los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, como se anticipó, se impone confirmar la sentencia apelada”.

Los anteriores razonamientos permiten a la Sala concluir que:

a) Tanto en el proceso electoral No. 2013-02800, que dio origen a las sentencias de primera y segunda instancia del 3 de julio y del 4 de diciembre de 2014, proferidas, respectivamente, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera y por el Consejo de Estado, Sección Quinta, como en el que ahora ocupa la atención de la Sala (proceso No. 2013-02808), la demanda recae sobre el acto de nombramiento del señor Fernando Téllez Lombana como Notario 58 del Círculo de Bogotá. Es decir, que existe identidad de objeto.

b) Sin embargo, no existe identidad de causa petendi y de concepto de la violación, lo cual, como se anticipó, desvirtúa la existencia de cosa juzgada.

En efecto, en el actual proceso (No. 2013-02808-01), el demandante considera que no puede existir un derecho de preferencia de los notarios para que ocupen una notaría diferente a aquellas para la cual concursaron, sino que cada vez que se presente una vacante su provisión debe hacerse mediante un nuevo concurso.

Que, por tal razón, al no existir un nuevo concurso para proveer el cargo de Notario 58 de Bogotá, el nombramiento del señor Téllez Lombana es ilegal, pues “...se encuentra en la lista de elegibles vigente hasta diciembre de 2013, pero quienes la integran solo tienen vocación para ser nombrados en la notaria Sesenta y Seis (66) del Círculo de Bogotá, que ya fue adjudicada y está ocupada, y que fue la única notaria ofertada dentro del Círculo Notarial de Bogotá”.

⁹ Valga la pena aclarar que la persona que se encontraba en segundo lugar en la lista de elegibles, fue nombrado inicialmente en el círculo notarial de Bogotá, pero luego prefirió el círculo notarial de Bucaramanga, que también es de primera categoría.

Por su parte, dentro del proceso No. 2013-02800, el cargo principal consistió en que el nombramiento del demandado como Notario 58 del Círculo de Bogotá desconoció el orden de la lista de elegibles, pues existían participantes con mejor derecho. Que, por ende, se transgredió el principio del mérito que debe regir el acceso a la carrera notarial.

Sobre estos precisos reparos esta Sala en sentencia del 4 de diciembre de 2014 consideró que "...[a] la persona [que] figura en el o los respectivos listados en turno de elegibles, le asiste el derecho ineludible de ser nombrado, siempre y cuando no haya ingresado a la carrera notarial dentro de esa misma categoría".

Que, en efecto, el hecho de aceptar un nombramiento en una notaría de inferior categoría por pertenecer a la lista de elegibles, no implica que se pierda el derecho a ser nombrado en otra notaría de superior categoría, frente a la cual, también se encuentra en lista de elegibles"

Que bajo esos parámetros, al comprobarse que el señor Téllez Lombana figuraba en el puesto 8º de la lista de elegibles para el círculo de Bogotá, ésta designación "...NO desconoció el orden establecido en la lista de elegibles, toda vez que todos los participantes que lo antecedían ingresaron a la carrera notarial en un círculo perteneciente a la primera categoría, con lo cual, como se expuso en líneas anteriores, se agotó el objeto del concurso para ellos".

c) Entonces, es claro que la sentencia del 4 de abril de 2014, Exp. 2013-02800-03, que se encuentra debidamente ejecutoriada, sólo tiene fuerza de cosa juzgada material relativa, pues el asunto en ella debatido no es idéntico al que ahora plantea el señor Luis Agustín Castillo. Es decir, no existe identidad de hechos, censuras y causa petendi.

En otras palabras, tal decisión es oponible a todos, hayan o no intervenido en el proceso, pero sólo en lo que tiene que ver con los reparos o motivos de impugnación que se alegaron en dicho proceso, que, valga la pena aclarar, si bien guardan relación con el presente caso, no son exactamente los mismos que propone el señor Luis Agustín Castillo.

Dentro de este contexto, se negará la excepción de cosa juzgada que propuso el demandado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión del a quo de excluir del presente asunto al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

SEGUNDO. NEGAR la excepción de cosa juzgada que propuso el señor Luis Agustín Castillo.

TERCERO. En firme esta providencia, DEVUÉLVASE la actuación al Tribunal de origen para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

ALBERTO YEPES BARREIRO