

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

CONSEJERA PONENTE: DOCTORA SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

Bogotá D.C., veintitrés (23) de abril de dos mil quince (2015).-

Expediente No.: 110010325000201301805 00.

No. Interno: 4791-2013.

**Actora: Unidad Administrativa Especial para la
Consolidación Territorial – UACT.**

Demandada: Lina Yojaira Pérez Jiménez.

**Asunto: Control de legalidad - Saneamiento del
proceso. Artículo 207 de la Ley 1437 de 2011.**

Ha venido el proceso de la referencia, con informe de la Secretaría de la Sección Segunda de 7 de noviembre de 2014¹, indicando que se realizaron en debida forma todas las notificaciones ordenadas en el auto admisorio de la demanda de 19 de mayo de 2014, y que en el expediente se encuentran

¹ Folios 127-128 del cuaderno principal del expediente.

todas las constancias del caso; así mismo se señala en el informe secretarial, que la entidad accionante, Unidad Administrativa Especial para la Consolidación Territorial, de ahora en adelante UACT, aportó a la foliatura la prueba documental que le fue solicitada en el mencionado auto; igualmente, la demandada, Señora Lina Yojaira Pérez Jiménez, contestó el libelo introductorio a través de apoderada judicial legalmente constituida.

Encontrándose entonces el proceso en punto para fijarse fecha para la realización de la audiencia inicial², **estudia la Sala los presupuestos procesales de la litis**, advirtiéndose que **el Consejo de Estado no es competente para conocer de esta demanda en única instancia**, como se dispuso en el auto admisorio³ de 19 de mayo de 2014, razón por la cual se ordenará **remitir el expediente al competente**, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. Del control de legalidad que se practica agotada cada etapa del proceso, en aplicación del artículo 207 de la Ley 1437 de 2011.-

En observancia del artículo 207 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede el

² De la que habla el artículo 180 de la ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

³ Folios 53-55 del cuaderno principal del expediente.

Despacho, a efectuar **de oficio** el “**control de legalidad**”, precisándose que la norma en comento señala:

*“**Artículo 207. Control de Legalidad.** Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrear nulidades, los cuales salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes.”.* (Negritas y subrayas fuera de texto).

Esta norma consagra de manera expresa la figura del **saneamiento procesal**, la cual estaba contenida también en el derogado⁴ Código de Procedimiento Civil, en el artículo 101, parágrafo 5º, de la siguiente manera:

*“**Parágrafo 5º. Saneamiento del proceso.** El Juez deberá adoptar las medidas que considere necesarias para evitar nulidades y sentencias inhibitorias”.*

Igualmente, la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, también hace alusión al **saneamiento procesal**, pero señalando de manera precisa que se trata de un **deber del juez**. Al respecto, el canon 42 de la citada ley, numeral 5º, establece:

*“**Artículo 42. Deberes del juez.** Son deberes del juez.*

⁴ El Código de Procedimiento Civil contenido en los Decretos 1400 y 2019 de 1970, fue derogado por el artículo 626, literal c), de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso. Igual razonamiento se consignó en el Auto de 25 de junio de 2014 de la Sala Plena del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, dictado dentro del expediente No. 2012-00395-01 (IJ).

(...)

5. Adoptar las medidas autorizadas en este Código para *sanear* los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e *interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto*. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia.”. (Negrillas y subrayas de la Sala).

Explica la Sala, que el **saneamiento procesal**, llamado también como **principio de expurgación**⁵, es a su vez una materialización de los principios procesales de **eficiencia, efectiva tutela judicial, congruencia y economía procesal**, y podría definirse como el **acto jurídico procesal** propio del Juez, en el que se **verifica** que todos los **elementos jurídicos procesales de la litis** estén presentes, reexaminándose la relación jurídico procesal, para comprobar entre otras cosas, que los **presupuestos procesales de la acción** estén presentes, y que el Juez sustanciador sea el **competente**.

En ese orden de ideas, el principio del **saneamiento procesal** tiene como propósito, que en el transcurso o desarrollo del sumario, los aspectos formales o procesales como por ejemplo una indebida escogencia del mecanismo judicial, no retrasen ni impidan la decisión sobre el fondo, es

⁵ Al respecto puede consultarse al tratadista Alexander Rioja Bermúdez en su obra “CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL”, Editorial Rodhas, 2006. Lima, Perú. Dice el autor, citando al profesor de la Universidad de Munich Wilgelm Kish (ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Revista de Derecho Privado. 1940. Madrid, España): “El saneamiento tiene por finalidad obligar al juez a “purgar” el proceso de obstáculos procedimentales, constituye un mecanismo concentrado, posibilitando de esta manera, que el objeto del proceso pueda ingresar a la etapa probatoria y posteriormente a la decisoria, encontrándose así la causa purificada y excluida de cualquier irregularidad, lo cual fácilmente podrá ser realizado mediante un auto sin necesidad de convocar a audiencia alguna.”. La cita fue extraída de la siguiente dirección web: “<http://blog.pucp.edu.pe/item/75159/el-saneamiento-procesal-necesaria-eliminacion-de-la-audiencia>”.

decir, se busca con esta institución jurídica procesal, librar la causa de errores, defectos, omisiones, vicios, nulidades por efectos formales, o resoluciones judiciales mal dictadas o notificaciones mal diligenciadas, etc.

Hechas las anteriores precisiones sobre el instituto jurídico procesal del saneamiento del proceso, pasa la Corporación a efectuar el análisis del caso en concreto:

2. La demanda y su trámite.-

En ejercicio del medio de control de **Nulidad Simple**, consagrado en el artículo 137 de la ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Unidad Administrativa Especial para la Consolidación Territorial, UACT, a través del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica⁶ de dicha entidad, acudió ante esta Corporación el 19 de diciembre de 2013, con el objeto de demandar⁷ la nulidad de los siguientes actos administrativos expedidos por la misma UACT:

- 1. Resolución No. 0057 de 8 de marzo de 2012**, por medio de la cual se hizo un nombramiento en provisionalidad a la Señora Lina Yojaira Pérez Jiménez, en el cargo de Profesional Universitario,

⁶ Funcionario que tiene la competencia para representar a la entidad en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales, según lo dispuesto en la Resolución No. 000386 de 10 de agosto de 2012, expedida por el Director General de la Unidad Administrativa para la Consolidación Territorial, la cual obra en el expediente a folios 1 a 3 del cuaderno principal del expediente.

⁷ La demanda consta a folios 45-49 del cuaderno principal del expediente.

Código 2044, Grado 11, comunicada el día 8 de marzo de 2012, por la UACT, así como de la correspondiente **acta de posesión⁸ de 3 de mayo de 2012**; y de la

- 2. Resolución No. 00671 de 30 de octubre de 2012**, mediante la cual se prorrogó el nombramiento hecho a la Señora Lina Yojaira Pérez Jiménez en el mencionado cargo de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11.

Apunta la Sala, que leído en su totalidad el libelo introductorio, la entidad demandante, UACT, **no formuló pretensión alguna de restablecimiento del derecho, ni indemnizatoria.**

Como fundamento fáctico para soportar sus pretensiones, alegó la entidad demandante, que la Señora Lina Yojaira Pérez Jiménez, *“no cumple el requisito mínimo de estudio exigido para el ejercicio del empleo de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11, adscrito a Enlaces Municipales – Gerencia Regional Nudo de Paramillo, puesto que su título de pregrado NO corresponde al área de conocimiento y núcleo básico en las disciplinas académicas exigidas por la Resolución 00020 de 2012, Manual*

⁸ Tradicionalmente se ha sostenido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que el acta de posesión no es un acto administrativo *estricto sensu*, pues, la posesión de un empleo no es elemento fundamental para probar el ejercicio del cargo, por cuanto es un simple acto formal (escrito) que tiene por objeto demostrar que se ha prometido el cumplimiento de los deberes que el cargo impone y que se han llenado determinadas exigencias legales que autorizan el ejercicio del mismo, en el se relatan en forma clara, pormenorizada y veraz, los hechos relativos a la toma de posesión. Al respecto se pueden consultar las sentencias de 4 de septiembre de 2008 (Exp. 4150, M.P., Filemón Jiménez), 22 de marzo de 2007 (Exp. 2006-2499, M.P., Ligia López), 5 de septiembre de 2013 (Exp. 2012-0097, M.P., Lucy Jeannette Bermúdez), 3 de marzo de 2011 (Exp. 1985-08, M.P., Gustavo Eduardo Gómez).

Específico de Funciones, Requisitos y Competencias Laborales de la UACT, conforme al título profesional de Trabajadora Social expedido por la Universidad de Antioquia el 24 de mayo de 2007 que posee”, profesión que no está en el listado de las que según el Manual de Funciones de la entidad, puede ostentar quien desempeñe el mencionado cargo.⁹

También señala la UACT, que a través de la Resolución No. 00093 de 20 de marzo de 2013, solicitó a la demandada su consentimiento expreso para proceder a revocar la Resolución No. 00057 de 8 de marzo de 2007, consentimiento que fue denegado por la Señora LINA YOJAIIRA PÉREZ JIMÉNEZ, por medio de oficio de 19 de abril de 2013.

2.1. Admisión de la demanda.-

Mediante auto de 19 de mayo de 2014, la demanda fue admitida por el Consejero encargado del Despacho sustanciador, Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en los siguientes términos:

⁹ Precisó la entidad, que la Resolución No. 0020 de 5 de marzo de 2012, Manual Específico de Funciones, Requisitos y Competencias Laborales de la UACT, para el empleo de Profesional Universitario, adscrito a Enlaces Municipales – Gerencia Regional Nudo de Paramillo, cuyo propósito principal consiste en *“Apoyar el equipo de la Gerencia Regional en la relación y atención de las comunidades desde el municipio donde se asigne...”*, estipuló como requisitos mínimos para su desempeño, entre otros, el siguiente: *“título profesional en Administración Ambiental, Administración de Empresas, Administración de Empresas Agropecuarias, Administración en Servicios de Salud, Administración Industrial, Administración Marítima, Administración Policial, Administración Pública, Biología, Ciencias de la Educación, Ciencias Militares, Ciencia Política, Contaduría Pública, Ecología, Economía, Filosofía, Historia, Antropología, Psicología, Sociología, Agronomía, Ingeniería Agrícola, Ingeniería Agroindustrial, Ingeniería Agronómica, Ingeniería Ambiental, Ingeniería Forestal, Ingeniería Industrial, Manejo Agroforestal, Medicina Veterinaria, Medicina Veterinaria y Zootecnia o Zootecnia.”*.

“1. ADMITIR la demanda presentada en ejercicio del medio de control de **simple nulidad**, en la modalidad de **lesividad**, por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA CONSOLIDACIÓN TERRITORIAL – UACT, la que será tramitada en única instancia mediante el procedimiento previsto por el artículo 149¹⁰ y **Capítulo VI del Título IV** de la Segunda Parte de la Ley 1437 de 2011.”. (Negrillas fuera de texto).

Argumentó el Despacho encargado para admitir la demanda, lo siguiente:

*“Examinado el libelo demandatorio observa el Despacho que **la Entidad se halla legitimada para incoar la acción, por disposición del artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA**; que, además, se encuentran configurados los requisitos formales exigidos por el artículo 162 ibídem.* (Negrillas por fuera del texto original).

A su vez han sido aportados los documentos y anexos exigidos por el artículo 166 del CPACA por lo que procederá su admisión, disponiendo la notificación correspondiente en los términos del artículo 199 de la misma obra.”.

En suma, para los efectos de la presente providencia, se recalca que la demanda de la referencia se admitió como de **Nulidad Simple**, “en la modalidad de **lesividad**”.

¹⁰ El artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula la **“competencia del Consejo de Estado en única instancia”**.

2.2. Contestación de la demanda.-

La Señora Lina Yojaira Pérez Jiménez contestó¹¹ la demanda a través de apoderada judicial legalmente constituida¹², sin proponer excepciones. El argumento central de defensa de la demandada, es que el cargo de Profesional Universitario Código 2040 Grado 11 que ella ejerce, no está adscrito a la Dirección de Enlaces Territoriales, como aduce la entidad, sino a la Gerencia Regional Nudo de Paramillo, y en tal virtud, si se mira el Manual de Funciones, dicho reglamento sí permite que quienes desempeñen el cargo en mención en las Gerencias Regionales, ostenten el título de Trabajo Social, por lo que la supuesta irregularidad endilgada por la Administración no es cierta.

Por su parte, el Señor Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Unidad Administrativa Especial para la Consolidación Territorial, UACT, contestó¹³ su propia demanda alegando que se **allanaba**¹⁴, *“debido a que la pretensión*

¹¹ Véase el memorial de contestación de la demanda a folios 103 – 107 del cuaderno principal del expediente.

¹² Según poder visible a folio 123 del cuaderno principal del expediente.

¹³ Folio 79 del cuaderno principal del expediente.

¹⁴ En sentencia de 26 de abril de 2006, dictada dentro del expediente 15.163, el Consejo de Estado, explicó *“la razón por la cual era viable la coexistencia de la calidad de demandante y de demandado en las acciones de impugnatorias promovidas por la Administración autora del acto, sin que ello genere fraude procesal o inepta demanda”*, citando para el efecto la sentencia de 21 de mayo de 1992, expedida dentro del expediente 1.961, con ponencia del Magistrado Miguel González, la Corporación dijo: *‘Las entidades públicas pueden comparecer al proceso, mediante abogado, bien sea en calidad de demandantes de sus propios actos, como en el sub lite, o como demandadas. El hecho de que en un momento dado puedan coexistir, en una misma entidad, las calidades de demandante y demandada,*

consignada es un asunto de respeto al principio de legalidad y no es un asunto susceptible de conciliación por no contener un contenido patrimonial, de acuerdo con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011.”.

3. Posiciones de la Sección Segunda del Consejo de Estado al admitir estas demandas de la UACT.-

La Sección Segunda del Consejo de Estado ya ha tenido la oportunidad de conocer de demandas similares a la que ahora nos ocupa, en las que la UACT demanda sus propios actos de nombramiento de empleados, precisando la Sala que el trámite dado a cada libelo demandatorio no ha sido uniforme.

En efecto, en los expedientes Nos. 2013-01799-00, 2013-01797-00, 2013-01805-00 y 2013-01798-00, las demandas se han admitido y tramitado por las vías del medio de control de **Nulidad Simple**; mientras que en el expediente 2014-00035-00, se ordenó **adecuar la demanda** y encauzarse como de **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**; y en los procesos 2013-01574-00, 2013-01575-00, 2013-01682-00, 2014-00027-00 y 2013-01599-00, se ordenó la **remisión** de los expedientes al *“tribunal del lugar donde el*

por tratarse de controversias frente a actos de contenido general, del orden departamental, no implica fraude procesal alguno que conlleve a inepta demanda ya que, en última instancia, lo que se busca con el ejercicio de la acción pública de nulidad es el restablecimiento del orden jurídico objetivo...”.

nombrado preste o deba prestar los servicios”, en aplicación del numeral 12, del artículo 151, de la Ley 1437 de 2011.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que estas demandas de **Nulidad Simple** interpuestas por la UACT, en las que impugna actos administrativos propios en virtud de los cuales nombró a sus empleados, han sido tramitadas de diferentes maneras por la Sección Segunda del Consejo de Estado, se hace necesario unificar la posición de la Sala sobre la materia de estudio, para lo cual resulta imprescindible determinar el alcance e identificar los **supuestos de hecho**¹⁵ de la regla de competencia fijada en el **numeral 12, del artículo 151, de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.**¹⁶

Previo a ello, conviene detenernos un instante en analizar dos tópicos necesarios a esta discusión, que son los relativos a: (i) la potestad que tiene la Administración Pública de demandar sus propios actos administrativos, en

¹⁵ La conceptualización del “*supuesto de hecho*” como uno de los pilares de la estructura de la norma jurídica, ha sido propia de la disciplina de la Teoría y/o Filosofía del Derecho, y en especial de autores tales como Kelsen en su famoso libro “*Teoría Pura del Derecho*”, Hart con su texto “*El Concepto de Derecho*”, Austin con su obra “*The Province of Jurisprudence Determined*”, y Bobbio con su libro “*Teoría General del Derecho*”, entre otros. Para los efectos esta providencia, y a partir de los conceptos desarrollados por los autores mencionados, por “*supuesto de hecho*” entendemos toda aquella realidad, circunstancias o situaciones, que están descritas en la previsión de las normas jurídicas como condición para que se dé la consecuencia en estas establecida.

¹⁶ El cual señala, que los Tribunales Administrativos en única instancia y de manera privativa, conocerán de los procesos de “*nulidad contra el acto de elección de los empleados públicos del orden nacional de los niveles asesor, profesional, técnico y asistencial o el equivalente de estos niveles efectuado por las autoridades del orden nacional, los entes autónomos y las comisiones de regulación*”.

el marco de la Ley 1437 de 2011, Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y (ii) al concepto de **acto de elección o electoral**, el cual ha sido estudiado y moldeado paulatinamente por la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

4. De la atribución de la Administración Pública para demandar sus propios actos administrativos.-

Tanto en vigencia del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, como con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el ordenamiento jurídico colombiano ha consagrado, de manera **explícita e implícita**, la atribución de la Administración Pública de demandar sus propios actos administrativos, facultad o competencia que se materializa a través del ejercicio de los **medios de control** pertinentes, los cuales se denominaban **acciones contenciosas**, bajo el esquema procedimental del Decreto 01 de 1984.

A nivel doctrinal¹⁷ e incluso jurisprudencial, con una clara inspiración hispana, se ha sostenido que esta potestad que el ordenamiento jurídico le ha reconocido a la Administración para que impugne sus propios actos

¹⁷ Algunos doctrinantes han visto en esta atribución de la Administración Pública de demandar sus propios actos administrativos, una clara excepción al principio general de derecho "*venire contra factum proprium non valet*", según el cual nadie puede actuar contra sus propios actos. Al respecto puede consultarse a José Manuel Serrano Conde. "*EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LESIVIDAD: ESPECIAL REFERENCIA A LAS RESOLUCIONES DEL JURADO PROVINCIAL DE EXPROPIACION FORZOSA*". La cita fue extraída de la siguiente página web: "http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CC4QFJAC&url=http%3A%2F%2Fwww.serranoalberca-conde.com%2Fpdf%2Frecruso-lesividad-rjurado-provincial.pdf&ei=puoVVarmOpL7gwSrv4DgDg&usg=AFQjCNF2PVngbPT8H3LxA_L34pdTH8QGRA".

administrativos, se ejerce a través de la llamada acción de lesividad, figura jurídica trasplantada del ordenamiento jurídico español¹⁸, que ha tenido una amplia acogida en Colombia.

4.1. Orígenes ibéricos de la "Acción de Lesividad".-

Como bien lo estudió el profesor SANTOFIMIO GAMBOA, en su *"Tratado de Derecho Administrativo"*¹⁹, citando un artículo del catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, titulado *"La Configuración del Recurso de Lesividad"*²⁰, antes que un mecanismo judicial de control de legalidad de los actos administrativos, la lesividad era un recurso administrativo que operaba a modo de beneficio y/o prerrogativa de la administración para revertir los efectos lesivos de sus decisiones en materia de hacienda pública, y que operaba a través de un trámite de declaración administrativa y oficiosa de lesividad²¹. Fue con el

¹⁸ En sentencia de 22 de junio de 2001, expediente 13172, el Consejo de Estado dijo al respecto lo siguiente: *"La administración cuando advierte que expidió un acto administrativo particular que otorgó derechos a particulares puede discutir su legalidad ante el juez administrativo, se constituye pues en demandante de su propio acto, posición procesal que la doctrina española ha calificado como la acción de lesividad, la cual conforma un proceso administrativo especial, entablada por la propia Administración en demanda de que se anule un acto administrativo que declaró derechos a favor de una particular, porque es, además de ilegal, lesivo a los intereses de la Administración, vía en que la carga de la prueba de la invalidez del acto está a cargo de la demandante"*.

¹⁹ Nota al pie 122. Pág. 224. SANTOFIMIO. Tratado de Derecho Administrativo. SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004.

²⁰ EDUARDO GARCÍA ENTERRÍA. 'La configuración del recurso de lesividad', Revista de Administración Pública, n.º. 15, septiembre-diciembre de 1954. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, pp. 115 y 118 a 147.

²¹ También puede consultarse la obra de GARCÍA TREVIJANO, José Antonio. "Los Actos Administrativos". Editorial Civitas. 1991.

trascuro de los años, que este recurso administrativo mutó hasta convertirse en una acción judicial, adoptando la configuración que hoy día exhibe.

4.2. La atribución de la Administración para demandar sus propios actos administrativos, en la legislación colombiana previa al Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo.-

Fue la Ley 130 de 1913, “sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo”²², la que por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico consagró la posibilidad de que la Administración demandara su propio acto, al estipular en su artículo 1º, que la “*jurisdicción contencioso – administrativa*” revisaría los “*actos de las corporaciones o de los empleados administrativos*”, a petición del “*Ministerio Público, de los ciudadanos en general o de las **personas** que se crean vulneradas en sus derechos...*”²³, entendiéndose por personas incluso las de derecho público. Interpretación que se refuerza al revisar los artículos 69²⁴ y 74²⁵ de la citada ley, que estatúa que los

²² Publicada en el Diario oficial No. 15.123 de 19 de febrero de 1914.

²³ Disponía el Artículo 1º de la Ley 130 de 1913: “*La jurisdicción contencioso – administrativa tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición del Ministerio Público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente ley*”.

²⁴ Por su parte, el Artículo 69 ibídem, señala que “*También puede pedirse por el Agente del Ministerio Público, motu proprio, o por orden del Gobernador Respectivo, o del Procurador General de la Nación, la anulación de una ordenanza, u otro acto de una Asamblea Departamental, en el concepto de ser violatorios de la Constitución o la ley*”.

²⁵ Y el Artículo 75 de la Ley 130 de 1913, establecía que: “*También puede pedirse por el Fiscal del Tribunal correspondiente, motu proprio, o por orden del Gobernador del Departamento o del Jefe de la Intendencia o Comisaría, en su caso, la anulación de un Acuerdo, u otro acto de un Concejo, en el concepto de ser violatorios de la Constitución, la ley o la ordenanza departamental*”.

Gobernadores o Jefes de Intendencias o Comisarías, podían solicitarle al Ministerio Público o al Fiscal del Tribunal Correspondiente, que pidiera la anulación de las ordenanzas y los acuerdos, cuando fueran contrarios a Constitución o la Ley.

Posteriormente, la Ley 167 de 1941, *“sobre la organización de la jurisdicción contencioso – administrativa”*²⁶, en su artículo 72, estableció que *“También la Administración, por conducto del respectivo Agente del Ministerio Público, podrá solicitar la anulación de los actos a que se refieren los artículos 62 a 66 de esta Ley, por los motivos en ellos señalados.”*. Precisa la Sala, que los artículos 62 a 66 ibídem, se referían a la acción de **Nulidad Simple** y sus causas.

De acuerdo con lo expuesto, en la legislación previa al Decreto 01 de 1984, no se consagró de manera autónoma o específica una acción o mecanismo explícito de lesividad para que la Administración impugnara por vía judicial sus propios actos administrativos. En efecto, en las Leyes 130 de 1913 y 167 de 1941, el legislador lo que hizo fue conceder a la administración la atribución, muy limitada por cierto, para que, a través del Ministerio Público o del Fiscal del Tribunal Respectivo, pidiera la anulación de los actos expedidos por las Asambleas y Concejos, y sólo por las vías de la acción de nulidad simple, la que como se sabe, siempre ha gozado de la nota de la intemporalidad, de manera que podía ejercerse en cualquier tiempo.

²⁶ Publicada en el Diario Oficial No. 24.853 de 7 de enero de 1942.

En cambio, como se verá más adelante, con el Decreto 01 de 1984, la atribución concedida a la administración de demandar sus propios actos no se limitaba a los que expediesen las Asambleas y los Concejos, como establecían las Leyes 130 de 1913 y 167 de 1941, sino que se extendía a todos los actos expedidos por las autoridades en todos sus órdenes, y tampoco se circunscribía dicha atribución únicamente a la posibilidad de instaurar la acción de Nulidad Simple, sino que también se autoriza a la Administración a interponer las acciones de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y la de Nulidad Electoral, con el objeto de cuestionar la legalidad de sus propios actos.

4.3. La facultad de la administración pública de demandar sus propios actos, en el marco del derogado Decreto 01 de 1984, Código de Procedimiento Administrativo.-

El Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, tampoco consagró de manera puntual o específica un mecanismo judicial autónomo contentivo de la denominada acción de lesividad, pero en varios de sus artículos, al igual que las Leyes 130 de 1913 y 167 de 1941, también permitió **implícita** y **explícitamente** la posibilidad de que la Administración Pública demandare sus propios actos administrativos. Al respecto, en sentencia de 26 de abril de 2006, el Consejo de Estado señaló²⁷:

- *EN FORMA IMPLÍCITA, en los artículos 84 y 85 del C.C.A., al prever la titularidad de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho en las expresiones “**toda persona**”, que en sentido amplio comprenden a las personas de derecho público, como se evidencia*

²⁷ Sección Tercera. Exp. 15.163. Actor: Telecom.

armónicamente del contenido del artículo 149 ibídem, que faculta a las entidades públicas y a las privadas que cumplan funciones públicas para que obren como demandantes o demandadas y para que incoen todas las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo.

- *Y EN FORMA EXPLÍCITA el C. C. A alude en el artículo 136 numerales 2 y 7 a la acción impugnatoria contra actos administrativos ejercida por la persona de derecho público contra su propio acto, cuando al referirse a la caducidad de las acciones hizo las siguientes referencias: "...los actos que reconozcan prestaciones periódicas **podrán demandarse** en cualquier tiempo **por la administración**" y para la generalidad de las acciones de impugnación del acto administrativo particular "cuando la **persona de derecho público demande su propio acto** la caducidad será de dos años contados a partir del día siguiente al de su expedición".*

La Sala trae a colación lo expuesto por el Consejo de Estado en la sentencia arriba trascrita, para precisar que el Decreto 01 de 1984, al consagrar en sus artículos 84, 85 y 227²⁸ que "**toda persona**" podía ejercer las acciones de Nulidad Simple, de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y Nulidad Electoral, estaba **implícitamente** disponiendo que la Administración Pública podía demandar su propio acto, más aún si se tiene en cuenta que el artículo 149 ibídem consagraba que "*las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos Contencioso Administrativos...*". Interpreta la Sala, que de esta específica manera de redacción de las normas en cita, debe entenderse que lo que el legislador en su momento quiso consagrar fue una legitimación universal, en la medida en que las acciones contenciosas pudieran ser ejercidas por todas las personas, incluidas las de derecho público.

²⁸ El artículo 227 del Decreto 01 de 1984 contenía la expresión "cualquier persona", la cual también encerraba a las personas naturales y a las jurídicas de derecho público y de derecho privado cuando estuvieren desempeñando funciones públicas, en armonía con lo dispuesto en el artículo 149 ibídem.

Ahora bien, en el artículo 136, numerales 2º y 7º, el Decreto 01 de 1984 admite de manera **explícita** la posibilidad de que la Administración Pública demande sus propios actos, al normar el numeral 2º que *"los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración"*, y el numeral 7º, que *"cuando una persona de derecho público demande su propio acto la caducidad será de 2 años..."*.

En conclusión, el Decreto 01 de 1984 tampoco consagraba de manera específica un mecanismo judicial autónomo o acción propia de lesividad, sin embargo, del contenido de varios de sus artículos se derivaba la facultad de la Administración de demandar sus propios actos, obviamente respetando los requisitos, presupuestos de procedibilidad, presupuestos procesales, trámite y procedimiento propio de cada una de las en ese entonces llamadas acciones contenciosas.

4.4. La atribución de la Administración de demandar sus propios actos administrativos en el marco de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.-

En la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se conserva la misma técnica legislativa utilizada en la codificaciones precedentes, consistente en no consagrar de manera explícita un mecanismo judicial autónomo o específico (medio de control) para que la Administración demande sus propios actos administrativos, manteniéndose eso sí, la línea legislativa de concederle la atribución, facultad o competencia, para hacer uso de los medios de control dispuestos

para que pueda acudir a la Jurisdicción a enjuiciar sus decisiones, obviamente en las mismas condiciones que los particulares.

En efecto, los artículos 137 y 138 ejusdem, son claros en disponer que los medios de control de Nulidad y de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pueden ser utilizados por **“toda persona”**. De igual modo el artículo 139 ibídem señala, que **“cualquier persona”** puede hacer uso del medio de control de Nulidad Electoral. Además de lo dicho, el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, establece que *“las entidades públicas (...) podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos”*.

A partir de estas disposiciones normativas, se entiende que el legislador de 2011, así como lo hizo en el Decreto 01 de 1984, le atribuyó a la Administración la facultad de usar los medios de control por él establecidos para demandar sus propios actos administrativos.

Pero ello en modo alguno quiere decir, que la Administración puede acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa a solicitar el enjuiciamiento de sus actos administrativos, sin atenerse a los requisitos, presupuestos de procedibilidad, presupuestos procesales, trámite y procedimiento propio de cada una de los medios de control, como si se tratara de una atribución o potestad autónoma que puede ser ejercida de manera discrecional y sin sujeción a la ley. Suponer ello atentaría contra el principio de legalidad y contra todo postulado o pilar fundamental del Estado de Derecho mismo.

Contrario a ello, precisa esta Sala, que esta atribución que tiene la Administración de impugnar sus propios actos administrativos ante esta Jurisdicción, es totalmente reglada y el uso que de ella se haga siempre debe ser respetuosa de los parámetros y presupuestos procesales y sustanciales de cada uno de los medios de control, establecidos en el ordenamiento jurídico.

En apoyo a esta tesis, se señala que tan reglada es esta prerrogativa de la Administración de demandar sus propios actos, que el mismo artículo 237, numeral 1º, de la Constitución Política de 1991, al normar sobre las *“atribuciones del Consejo de Estado”*, señala la de *“desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, **conforme a las reglas que señale la ley**”*. (Se subraya). Y ello quiere decir, ni más ni menos, que las demandas tramitadas ante esta Corporación, deben conocerse respetando siempre las reglas procedimentales fijadas por el ordenamiento jurídico, sin que pueda el Consejo de Estado tramitar a su antojo los asuntos sometidos a su consideración.

Un ejemplo de la naturaleza reglada de la aludida facultad de la Administración de demandar sus propios actos administrativos, es el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, que al regular lo relacionado con la *“revocación de los actos de carácter particular y concreto”* en caso de ser contrario a la Constitución o la ley, en sus incisos 2º y 3º, establece que si el titular de la situación jurídica creada por un acto administrativo niega el consentimiento para su revocatoria, la autoridad deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin necesidad de agotar el procedimiento

previo de la conciliación, y obligatoriamente solicitar la suspensión provisional.

Y es que los medios de control consagrados en la Parte Segunda del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, han sido determinados, fijados y/o diseñados por el legislador, en ejercicio de su atribución y/o competencia, de estirpe constitucional, de libertad de configuración legislativa, y por lo tanto deben ser acatados por el operador jurídico, sin ser desnaturalizados, y mucho menos pueden ser transfigurados o cambiados por el arbitrio del demandante, dado que son mecanismos judiciales de creación legal y se encuentran contenidos en normas procesales de orden público y por consiguiente de obligatorio cumplimiento, cuya instrumentalización no puede quedar al antojo de las partes procesales²⁹.

En conclusión de esta Sala, si bien la Administración está facultada para demandar sus propios actos, sólo puede hacerlo utilizando los medios de control establecidos por el legislador, pero sin desnaturalizarlos, es decir, siempre en el marco de la configuración que de ellos ha realizado aquel³⁰, y sin pretermitir aspectos tales como la competencia funcional y territorial para conocer la demanda³¹, los requisitos de procedibilidad de cada medio de

²⁹ La posición del Consejo de Estado sobre la obligatoriedad de las normas procesales por ser de orden público ha sido inveterada. Así se viene diciendo incluso desde 1960. Al respecto, en fallo de 12 de agosto de 1964, con ponencia del magistrado Alejandro Domínguez Molina, la Corporación dijo: *“También la doctrina y la jurisprudencia tienen sentado que las leyes que fijan el procedimiento a seguir en cada caso, son de orden público y no son susceptibles de variaciones o acomodaciones ni por el juez ni por las partes.”*. Anales T. LXVII. Números 405-406).

³⁰ Artículo 135 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

control³², la oportunidad para presentar la demanda³³, los presupuestos de la acumulación de pretensiones³⁴, etc.

De tal manera que resulta inadmisibles, que por las vías del medio de control de Nulidad, o del de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pretenda la Administración ventilar **pretensiones que el legislador reservó para ser discutidas de manera exclusiva por los rieles del medio de control de Nulidad Electoral**, alterando no sólo el contenido del medio de control, sino la competencia del funcionario judicial que debe tramitar el proceso, como ocurre en el presente caso, tal como se analizará más adelante.

4.5. ¿Qué medio de control puede entonces utilizar la Administración para demandar su propio acto administrativo por medio del cual dispone el nombramiento de un funcionario público?

Para resolver este cuestionamiento, es preciso considerar primero la naturaleza del *acto de nombramiento*:

A pesar que en *strictu sensu*, la praxis indica que son dos fenómenos diferentes³⁵, desde la década de los 70 del siglo pasado la jurisprudencia del

³¹ Artículos 149 a 156 de la Ley 1437 de 2011.

³² Artículos 161 y 162 de la Ley 1437 de 2011.

³³ Artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

³⁴ Artículo 165 de la Ley 1437 de 2011.

Consejo de Estado ha dicho que “*acto de elección o electoral*” y “*acto de nombramiento*”, para efectos de su enjuiciamiento ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, son de la misma estirpe. En efecto, al consultar los anales del Consejo de Estado, la referencia más antigua que sobre esta materia se halló, fue el Auto de Sala Plena de 12 de agosto de 1972, con ponencia del Magistrado Alfonso Castilla Sáiz, en el que se señaló lo siguiente:

“Ciertamente parece extraño el hecho de que el acto por medio del cual se haga un nombramiento el Código le dé el mismo tratamiento que le da a las elecciones en las que se supone la participación de un número plural de personas, no así en los nombramientos, palabra cuyo uso general da a entender la intervención de una persona quien propiamente no elige sino que escoge o selecciona una o varias personas para determinados empleos. No obstante, desde el punto de vista puramente gramatical los dos términos, elección y nombramiento, son sinónimos”.

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado, desde vieja data viene considerando que para efectos de su enjuiciamiento, **acto de elección o electoral** y **acto de nombramiento** son una misma cosa.

³⁵ En efecto en sentencia de 24 de octubre de 2002, con ponencia del magistrado Mario Alario Méndez, el Consejo de Estado subrayó la “*diferencia obvia entre los actos de elección y los actos de nombramiento. Los primeros son aquellos mediante los cuales se designa por votos a alguien para algún cargo; y las elecciones se hacen por voto ciudadano o por corporaciones públicas - Congreso, asambleas, concejos - o juntas, consejos o, en general, entidades colegiadas. Los segundos corresponden a la designación de alguien para un cargo por un nominador simple, como el nombramiento de ministros y directores de departamentos administrativos entre otros, que compete al Presidente de la República. Sin embargo, a efectos de la descripción del acto administrativo para su control en sede judicial no interesa que provenga de un nominador o sea fruto de la suma aritmética de sufragios...*”.

Así, para determinar la procedencia de la acción de Nulidad Electoral, en vigencia del Decreto 01 de 1984, tal determinación no se hacía depender de si el acto a demandar era general o particular, como ocurría cuando se trataba de establecer si lo procedente era la acción de Nulidad o la de Nulidad y restablecimiento del Derecho, sino que lo que se examinaba era la materia de la decisión, es decir, si versaba sobre elecciones. Ahora bien, por vía jurisprudencial se incluyó, que todo lo referente a la designación de funcionarios o empleados, a saber, nombramientos y llamamientos a ocupar cargos, también podría ser enjuiciado por las vías del medio de control de Nulidad Electoral.³⁶

No obstante la claridad de las anteriores premisas, surgió la duda respecto de la debida escogencia de la acción, hoy medio de control, cuando empezaron a demandarse actos administrativos que no contenían declaratorias de elección ni nombramientos, así como tampoco llamamientos a ocupar cargos, pero que en forma expresa versaban sobre temas electorales o de designación, por lo que la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, avanzó en la categorización y dio el paso al llamado **acto administrativo de contenido electoral**,³⁷ que es diferente al acto administrativo de elección o electoral.

³⁶ Al respecto puede consultarse el Auto de 16 de octubre de 2014, proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el expediente 2012-00039-02, con ponencia de la Dra. Lucy Jeannette Bermúdez, en el que se hace un completo recuento de la manera como evolucionó la jurisprudencia sobre este tema.

³⁷ Sobre los **actos de contenido electoral**, el Consejo de Estado, en sentencia de 9 de marzo de 2012, Exp. No. 68001-23-15-000-2011-00717-01, con ponencia del Dr. Mauricio Torres, precisó: “... los actos “de contenido electoral” que la jurisprudencia del Consejo de Estado define como aquellas manifestaciones de voluntad administrativa que se dictan en desarrollo de la legislación electoral, en orden a perfeccionar el proceso y la organización

Al día de hoy, existen entonces, jurisprudencialmente, dos modos de concebir los **actos de elección o electorales**, que son:

1. Como **actos de elección o electorales propiamente dichos**³⁸, que comprenden:
 - a) los actos administrativos relativos a la proclamación de la manifestación del pueblo en las urnas,
 - b) los actos administrativos de nombramiento o designación, y
 - c) los actos administrativos de llamamientos a ocupar cargos; y

electorales (...). Los actos “de contenido electoral” por su relación con el proceso pueden tener el carácter de simple actos de trámite o preparatorios o alcanzar el de actos definitivos. Adquieren el carácter de actos definitivos cuando ponen fin a la actuación o hacen imposible que continúe. Un acto “de contenido electoral” simplemente de trámite, es susceptible de control de legalidad mediante el ejercicio de la acción de nulidad electoral, en cuanto se impugne junto con el de elección. Mientras que los actos “de contenido electoral” definitivos, son susceptibles de control judicial mediante la acción de simple nulidad, del artículo 84 del C.C.A., o de nulidad con restablecimiento del derecho, del artículo 85 del C. C. A. El ejercicio de cualquiera de las citadas acciones depende de los motivos y las finalidades de quien demanda. Así, si los motivos del actor están relacionados con la existencia de un acto “de contenido electoral” definitivo, que viola las normas jurídicas superiores y acciona con la finalidad de mantener incólume el orden jurídico superior, será viable la acción de simple nulidad, por contrario, si los motivos del demandante están determinados por la existencia de un acto “de contenido electoral” definitivo, que además de vulnerar el ordenamiento jurídico lesiona un derecho de carácter subjetivo, la acción pertinente será la de nulidad y restablecimiento del derecho.”.

³⁸ Los cuales pueden ser enjuiciados por las vías de los medios de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y de Nulidad Electoral.

2. Como actos de **contenido electoral**³⁹, tales como los actos administrativos por medio de los cuales se fija calendario electoral⁴⁰, o los que reglamentan procesos de elección⁴¹⁴² o de nombramiento.

³⁹ Los cuales pueden ser impugnados por conducto del medio de control de Nulidad Simple cuando se pretenda únicamente la prevalencia del ordenamiento jurídico, y por la vía de Nulidad y restablecimiento del Derecho cuando se persiga, además de la prevalencia del ordenamiento jurídico, la protección de un derecho subjetivo.

⁴⁰ En la sentencia de 9 de marzo de 2006, Exp. 3853, M.P., María Noemí Hernández, el Consejo de Estado señaló que: *“aunque de trámite, el calendario electoral demandado resulta poniendo fin de manera adelantada al período del citado alcalde, aspecto éste que viene a permitir su control por parte de la jurisdicción y que lo hace susceptible de ser demandado ... porque la Registraduría Nacional del Estado Civil, valiéndose de un CALENDARIO ELECTORAL, que es en esencia un acto de trámite, termina ocultando una actuación administrativa inaceptable, al dar paso materialmente, que no formalmente, a una Revocatoria Directa tácita de un acto administrativo de contenido particular y concreto (Acto de Elección), acto que se disfraza bajo la inofensiva apariencia de un acto de impulsión administrativa enderezado a dar curso a un proceso electoral en ciernes.”*.

⁴¹ A modo de ejemplo se cita la sentencia de 19 de septiembre de 2011, Exp. 2010-00041, M.P., Susana Buitrago Montes, en la que al resolver una acción de Nulidad Simple, se estudió la legalidad de la Resolución No. 552 de 10 de marzo de 2010, expedida por el Consejo Nacional Electoral, *“por medio de la cual se establecen unos procedimientos de control a los escrutinios”*, acto administrativo que el Consejo de Estado calificó como **acto de contenido electoral**.

⁴² Otro ejemplo lo encontramos en el fallo de 21 de mayo de 2014, Exp. 2011-0064-00, M.P., Alberto Yepes, en el que al resolver una demanda de Nulidad Simple, se estudió la legalidad de la Resolución 003 de 13 de enero de 2011 *“Por la cual se fija el valor de las pólizas de seriedad de candidaturas que deben otorgar los grupos significativos de ciudadanos y los movimientos sociales que inscriban candidatos a gobernaciones, asambleas departamentales y alcaldías, concejos municipales y distritales y a juntas administradoras locales, para las elecciones a realizarse en el año 2011”*, expedida por el Consejo Nacional Electoral (CNE), acto administrativo que el Consejo de Estado calificó como **acto de contenido electoral**.

Siguiendo esta evolución doctrinaria de la jurisprudencia del Consejo de Estado, a través de la Sección Quinta, los **actos administrativos de nombramiento**, constituyen una de las especies, de los **actos de elección o electorales propiamente dichos**.

Entonces, los actos administrativos de nombramiento de un funcionario público, puede ser demandados por la misma autoridad que los expidió:

- 1.A través del medio de control de **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**, si la pretensión de nulidad del acto u actos acusados, está aparejada y conexa al restablecimiento de un **derecho subjetivo**⁴³ o a la reparación del daño causado por el acto o los actos demandados⁴⁴; y

⁴³ El artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, reguló el medio de nulidad y restablecimiento del derecho para que los lesionados en un derecho subjetivo obtuvieran además de la nulidad del acto, el restablecimiento de sus derechos y la reparación del daño causado por la decisión anulada; eventos estos en los que el proceso se adelanta conforme con el procedimiento ordinario previsto por los artículos 179 y siguientes del C.P.A.C.A. Aunque parece sutil, la modificación que introdujo el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, es de gran importancia, pues, la lesión del derecho a restablecer recae sobre un derecho subjetivo, calificativo que antes no traía el antiguo artículo 85 del C.C.A, que sólo disponía: "...se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica".

⁴⁴ Como cuando la administración demanda su propio acto de nombramiento de un empleado, y además solicita como restablecimiento del derecho, que se condene al funcionario a devolver los salarios y demás emolumentos percibidos.

2. A través del medio de control de **Nulidad Electoral**, tal como lo establece el artículo 275⁴⁵ de la Ley 1437 de 2011, al enumerar, como causal de anulación de los “*actos de elección o de nombramiento*”, adicional a las previstas en el artículo 137 *ibídem*⁴⁶,

⁴⁵ **ARTÍCULO 275. CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL.** Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

1. Se haya ejercido cualquier tipo de violencia sobre los nominadores, los electores o las autoridades electorales.
2. Se hayan destruido los documentos, elementos o el material electoral, así como cuando se haya ejercido cualquier tipo de violencia o sabotaje contra estos o contra los sistemas de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones.
3. Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales.
4. Los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer.
5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad.
6. Los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges, compañeros permanentes o parientes de los candidatos hasta en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil.
7. Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción.
8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política.

⁴⁶ **ARTÍCULO 137. NULIDAD.** Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

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

la de que “... se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales...”.

5. De la competencia de los tribunales administrativos para conocer privativamente y en única instancia, de los procesos de nulidad contra el “acto de elección”⁴⁷ de los empleados públicos del orden nacional.-

5.1. Génesis de esta regla de competencia en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.-

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.

⁴⁷ Recuérdese que la expresión acto de elección, comprende también, entre otros, a los actos de nombramiento.

A lo largo de nuestra historia republicana se distinguen 4 estatutos tendientes a organizar la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que son la Ley 130 de 1913, la Ley 167 de 1941, el Decreto 01 de 1984 y la Ley 1437 de 2011, que es la norma actualmente vigente.

Ahora bien, respecto de la **competencia para conocer de los procesos relativos a nombramientos realizados por las autoridades del orden nacional**, la **Ley 130 de 1913** nada señaló. En efecto, en dicha ley se fijaron reglas claras para determinar la competencia del Consejo de Estado y de los Tribunales para tramitar juicios contra actos del gobierno y ordenanzas departamentales y acuerdos municipales en materia de impuestos, pensiones, recompensas⁴⁸, empréstitos, expropiaciones y asuntos de cuentas⁴⁹, pero no se consagró en dicho estatuto una regla de competencia que fijara en cabeza del Consejo de Estado o de los Tribunales Administrativos, el conocimiento de los procesos en los que se discutiera la legalidad de los nombramientos efectuados por autoridades del orden nacional.

Contrario a ello, la **Ley 167 de 1941**, *“sobre organización de la jurisdicción contencioso – administrativa”*, en su artículo 189, de manera clara y precisa estipulaba que *“el Consejo de Estado conoce privativamente y en una sola instancia (...) de los juicios que se susciten con motivo de (...) las elecciones o nombramientos hechos por (...) el Gobierno o por cualquier autoridad, funcionario o corporación del orden nacional.”*

⁴⁸ Artículo 85 y siguientes de la Ley 130 de 1913.

⁴⁹ Artículo 82 y siguientes ibídem.

Por su parte, el **Decreto 01 de 1984**, Código Contencioso Administrativo, estatuyó en su artículo 128, numeral 3, que *“el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá (...) privativamente y en única instancia (...) de los (procesos) de nulidad de (...) nombramientos hechos por (...) el Gobierno Nacional o por cualquier autoridad, funcionario, corporación o entidad descentralizada, del orden nacional.”*

De acuerdo con lo expuesto, tanto la Ley 167 de 1941, como el Decreto 01 de 1984, señalaban que el conocimiento de los juicios o procesos donde se discutiera sobre los nombramientos realizados por autoridades del orden nacional, correspondía en única instancia y de manera privativa, al Consejo de Estado.

Esta situación cambió con la **Ley 1437 de 2011**, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que asignó dicha competencia a los Tribunales Administrativos, como a continuación se estudia.

5.2. Configuración de esta regla de competencia en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.-

De acuerdo con el artículo 151, numeral 12, de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

“Los Tribunales Administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

(...)

*12. De los de nulidad contra el **acto de elección** de los empleados públicos del orden nacional de los niveles asesor, profesional, técnico y asistencial o el equivalente a cualquiera de estos niveles efectuado por las autoridades del orden nacional, los entes autónomos y las comisiones de regulación.*

La competencia por razón del territorio corresponde al Tribunal del lugar donde el nombrado preste o deba prestar los servicios.”. (Negritas y Subrayas fuera de texto).

La norma en comento fija una regla clara de competencia en cabeza de los Tribunales Administrativos, asignándoles sin ambages la función jurisdiccional de conocer del medio de control de Nulidad Electoral, en una de las tantas variantes, maneras o posibilidades en que puede estructurarse una causa *petendi* de esta naturaleza, que es cuando se demanda “el **acto de elección** de los empleados públicos del orden nacional de los niveles asesor, profesional, técnico y asistencial o el equivalente a cualquiera de estos niveles efectuado por las autoridades del orden nacional, los entes autónomos y las comisiones de regulación”.

Es preciso reiterar, que a pesar que la Ley 1437 de 2011 se utilizan de manera indistinta y sin mucho rigor conceptual, las expresiones “acto de elección” y “acto de nombramiento”, en virtud a las aclaraciones

conceptuales y jurisprudenciales arriba expuestas, es claro que esta última está contenida en aquella, y que por lo tanto, el citado numeral está estableciendo una regla de competencia en materia de Nulidad Electoral.⁵⁰

Entonces, el **supuesto de hecho**⁵¹ de la norma en cita lo constituyen las demandas en las que se solicite únicamente la nulidad de los **actos de elección**, léase también **nombramiento**, de los empleados públicos del orden nacional de los niveles asesor, profesional, técnico y asistencial o el equivalente a cualquiera de estos niveles efectuado por las autoridades del orden nacional, los entes autónomos y las comisiones de regulación.

De esta manera, cada vez que se presente el supuesto de hecho antes descrito, la consecuencia jurídica que se activa, por estar así dispuesto en la norma, es que el competente para conocer y tramitar dicha demanda será el Tribunal Administrativo del lugar donde el nombrado preste o deba prestar los servicios, y no el Consejo de Estado.

¿Y por qué la Sala considera que el numeral 12 del artículo 151 citado, consagra una regla de competencia para que los Tribunales Administrativos conozcan en única instancia de una de las modalidades en que puede ser utilizado el medio de control de Nulidad Electoral?

⁵⁰ Esta pauta procedimental ha sido tradicional en la jurisprudencia del Consejo de Estado, así por ejemplo, en Auto de marzo 9 de 1973, se dijo que *"las normas de los juicios electorales se aplican a los que se suscitan respecto de los nombramientos hechos por el Gobierno Nacional o por cualquier autoridad del orden nacional"*. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente Jorge Dávila H. Exp. 29. Anales 1973, Primer Semestre, Tomo 84, Nos. 437-438.

⁵¹ Consultar el pie de página No. 16, contenido en la página 9 de esta providencia.

Porque de su texto se desprende que se está refiriendo única y exclusivamente a este medio de control específico, y no al de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pues, no hace mención a pretensión alguna de restablecimiento ni indemnizatoria, y además su redacción concuerda con la del artículo 139 ejusdem, que es el que establece los contornos del medio de control de Nulidad Electoral. Veamos:

Según las voces del artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, *“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.”*.

Como puede apreciarse, el artículo 139 ibídem es claro en señalar, que por conducto del medio de control de Nulidad Electoral se puede demandar, entre otros los **actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden**, mientras que el artículo 151, numeral 12, prescribe que cuando ello ocurra, el competente para conocer de dichas demandas será el Tribunal Administrativo del lugar donde el donde el nombrado preste o deba prestar los servicios.

Otra razón adicional para considerar que el numeral 12, del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011 establece una regla de competencia especial en materia de **Nulidad Electoral** en cabeza de los tribunales administrativos en única

instancia, tiene que ver con que dicho artículo en sus otros numerales se ocupa de determinar la competencia de los tribunales para conocer de otros asuntos en única instancia, así por ejemplo, en los numerales 1º, 2º y 8º se refiere al medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho; en el numeral 3º trata sobre la definición de competencias administrativas entre entidades públicas de los diferentes órdenes; en los numerales 4º, 5º, y 6º reglamenta lo relacionado con la competencia de los tribunales para conocer de las observaciones formuladas por los Gobernadores y Alcaldes a las ordenanzas departamentales y acuerdos municipales; en el numeral 7º habla del recurso de insistencia previsto en la parte primera del Código; en los numerales 9º a 13 se definen aspectos de competencia de los tribunales en única instancia en materia de Nulidad Electoral; y en el numeral 140 se fija la competencia de los tribunales en única instancia respecto del control inmediato de legalidad de los actos de carácter general que sean proferidos durante los estados de excepción que fueren dictados por autoridades del orden territorial.

Destaca la Sala un argumento adicional para estimar que el numeral 12 del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011, se refiere es al medio de control de Nulidad Electoral, argumento que surge de la lectura del numeral 5 del artículo 275 de la Ley ejusdem, en el que se dispone que una de las causales de *“anulación electoral”*, es que *“... se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales...”*. De esta manera, realizando un interpretación sistemática y armónica de los apartes normativos en cita, se evidencia que por conducto del medio de control de Nulidad Electoral es perfectamente posible cuestionar actos administrativos de nombramiento de empleados públicos expedidos por autoridades nacionales, cuando las personas nombradas no reúnan las calidades y

requisitos constitucionales y legales, y los competentes para tramitar este tipo de demandas de Nulidad Electoral, serán en única instancia y de manera privativa, los Tribunales Administrativos, según el lugar donde el nombrado deba prestar sus servicios.

En conclusión de esta Sala, el numeral 12 del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011, establece una especial y concreta regla de competencia en cabeza de los Tribunales Administrativos, para que en única instancia y de manera privativa, conozcan de las demandas de Nulidad Electoral interpuestas contra los actos de elección, léase también nombramientos, expedidos por las autoridades del orden nacional.

6. Antecedente jurisprudencial.-

En Auto de 16 de octubre de 2014, proferido dentro del expediente No. 81001-23-33-000-2012-00039-02⁵², al resolver un recurso de súplica contra la providencia de 1º de julio de 2014 que había decretado la nulidad de todo lo actuado, en un caso similar al de marras, la Sección Quinta dijo que:

“... estando claro que la pretensión del Departamento de Arauca se centra única y exclusivamente en controvertir la legalidad del acto de nombramiento del señor Jhoan J. Giraldo B. como director de la ESE San Vicente de Arauca, por considerar que al momento de proferirse el

⁵² En este caso, la demanda fue presentada por la Gobernación de Arauca, como Nulidad Simple, contra el Decreto 155 del 20 de abril de 2012, expedido por el Sr. Gobernador de Arauca, a través del cual se realizó el nombramiento de JHOAN J. GIRALDO B., como Director del Hospital San Vicente de Arauca, argumentando que no reunía requisitos para ocupar el cargo. En la demanda no se formuló pretensión de restablecimiento.

acto no contaba con la experiencia laboral exigida para el cargo porque los documentos que aportó son apócrifos, también es palmario que de conformidad con lo previsto por los artículos 139 y 275 del C.P.A.C.A., la acción propia para tal propósito es la de nulidad electoral, para cuyo trámite y juzgamiento el legislador ha previsto unas reglas particulares en cuanto a las medidas cautelares, celeridad, garantías, términos⁵³, etc., siendo impropio entonces que se asimile o adelante el contencioso de nulidad electoral por la vía de nulidad, simple, o de nulidad y restablecimiento del derecho⁵⁴, medios de control que se tramitan por cauce diferente.

(...)

“... la única manera de poder juzgar la pretensiones del demandante es a través de la acción de nulidad electoral, siendo este el medio de control adecuado, en tanto recae sobre el acto de nombramiento, acto electoral propiamente dicho, acto administrativo de carácter particular y en el que expresamente no se deprecia restablecimiento alguno, ni

⁵³ En el citado auto, respecto de los términos para contar la caducidad, se afirmó: “*el Consejo de Estado desde tiempo atrás (...) ha considerado que existen situaciones puntuales en que, tratándose de conductas irregulares que han llevado a la administración a errar, el término de caducidad se cuenta cuando el hecho, el daño o la ilegalidad ha quedado al descubierto, en tanto su motivo o causa estaban o permanecían ocultos, figura de inconstitucionalidad o ilegalidad al descubierto que no encuentra la Sala ajena a la hora de evaluar la oportunidad en el ejercicio del medio de control – también llamada acción por la propia Carta Política- de nulidad electoral, por parte del juzgador encargado de evaluar el libelo introductorio.*”.

⁵⁴ Anotó la Sección Quinta en dicho auto, para considerar que a la demanda no debía dársele trámite de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, sino de Nulidad Electoral, que: “*... de manera alguna puede entenderse que el restablecimiento del derecho devenga de la necesidad de romper el vínculo laboral con el demandado para dejar de pagarle salarios y prestaciones sociales (...). ... la extinción del vínculo laboral que une al demandado y a la Administración, no refiere al restablecimiento de derecho subjetivo alguno en beneficio del Departamento de Arauca, sino a los efectos necesarios de la nulidad del acto acusado que se produciría sin necesidad de que se pidan en la demanda. ... la extinción del vínculo laboral como consecuencia de la eventual nulidad del acto acusado, no es un aspecto que se controvierta en el proceso, ni del cual se realice pronunciamiento expreso en la sentencia que le ponga fin. ... por restablecimiento del derecho no puede entenderse la pérdida de los efectos del acto administrativo, como tampoco se evidencia que la Administración tenga un derecho subjetivo a recobrar la vacancia del cargo, pues las entidades territoriales no son titulares de derecho alguno sobre los empleos que integran su estructura orgánica, ya que ninguna norma les reconoce ese derecho...*”.

*tácitamente se advierte que éste se presente automático, no existía razón para que el Consejero Ponente anulara lo actuado por haberse adelantado por un procedimiento diferente, habida cuenta que ambos medios de control se tramitan y deciden bajo el mismo cauce procesal, lo cual conduciría a revocar su decisión, si no fuera porque la Sala encuentra-como ya se señaló, que el trámite que corresponde es el propio del medio de control de nulidad electoral que sí es diferente al previsto para aquéllos (nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho⁵⁵), razón por la cual se **confirmará** los autos suplicados, pero por otras razones, y que se concretan en que el asunto debe tramitarse como acción de nulidad electoral, y bajo tal óptica y reglas deberá iniciarse nuevamente el trámite procesal ante el Tribunal A Quo quien deberá evaluar los requisitos de la demanda –incluyendo el de la oportunidad⁵⁶-, y en caso de encontrarlos reunidos tramitarlo conforme al procedimiento especial consagrado para ésta.”.*

En resumen dijo la Sección Quinta, que como quiera que en el caso estudiado la Administración demandó su propio acto de nombramiento de un funcionario público, sin solicitar restablecimiento alguno, ni pretensión indemnizatoria, lo procedente era adecuar la demanda al medio de control de **Nulidad Electoral**, en vez de tramitarla como de Nulidad Simple, ello en aplicación sistemática y armónica de los artículos 137, 139, 151, 159 y 275 de la Ley 1437 de 2011.

6. Caso concreto.-

⁵⁵ Expuso también la Sección Quinta en esa oportunidad, que: *“la nulidad electoral apareja decisiones consecuenciales de carácter accesorio, no principal, que de manera alguna pueden considerarse connaturales o propias del restablecimiento del derecho. Ello se evidencia cuando se anula la elección, en donde es claro que la vinculación de carácter salarial y prestacional cesará con la persona a quien se le anuló la elección y activará el vínculo con el llamado a ocupar el cargo, sin que por ello devenga en la consideración de un restablecimiento automático. Similar situación es predicable de la designación por nombramiento o llamamiento.”.*

⁵⁶ Requisito que podría ser considerado bajo la tesis de la inconstitucionalidad o ilegalidad al descubierto.

La Unidad Administrativa Especial para la Consolidación Territorial – UACT, fue creada por el Decreto 4161 de 2011⁵⁷, como una entidad “**del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, y patrimonio propio, adscrita al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, perteneciente al Sector de Inclusión Social y Reconciliación.**” (Negrillas fuera de texto). Así las cosas, no queda duda que la Señora Lina Yojaira Pérez Jiménez, al ser nombrada provisionalmente en el cargo de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11, adscrito a una de las Direcciones de la UACT en la ciudad de Medellín, es una **empleada pública del orden nacional, del nivel profesional.**

No se pierda de vista, que el numeral 12, del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011, tal como ya se estudió, al señalar las competencias de los Tribunales Administrativos en única instancia, dispone que las demandas de **Nulidad Electoral** en las que se cuestione la legalidad de **actos de elección** dictados por autoridades del orden nacional, incluyendo los **actos de nombramiento** de funcionarios del nivel asesor, profesional, técnico o asistencial, serán conocidas o tramitadas por el Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde el nombrado preste o deba prestar sus servicios.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la demanda que nos ocupa contiene una única pretensión de nulidad que se dirige contra los actos administrativos proferidos por una autoridad nacional, mediante los cuales se hizo y prorrogó un nombramiento de una funcionaria pública del nivel profesional, y que no se

⁵⁷ Por el cual se crea la Unidad Administrativa Especial para la Consolidación Territorial, y se determinan sus objetivos, estructura y funciones.

formuló pretensión alguna de restablecimiento o indemnizatoria, el medio de control al que debió acudir la UACT para solicitarle a la Jurisdicción de los Contencioso Administrativo la anulación de los mencionados actos administrativos expedida por ella misma, es el de **Nulidad Electoral**, y no el de Nulidad Simple.

Esta tesis se refuerza si se tiene en cuenta que en su demanda la UACT, alega en sustento de su pretensión, básicamente que la señora PÉREZ JIMÉNEZ no reúne requisitos para ser nombrada como Profesional Universitario 2044 - 11, dado que la profesión de Trabajadora Social que ostenta fue descartada por el Manual de Funciones, supuesto de hecho que encaja perfectamente en el numeral 5 del artículo 275, que establece como una causal de *“anulación electoral”*, que *“... se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales...”*.

Ahora bien, frente a esta tesis bien podría alegarse que el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, en su inciso 4º, numeral 1º, permite que se utilice el medio de control de Nulidad para enjuiciar actos administrativos particulares y concretos, 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, y en esa medida un acto de nombramiento, que es particular y concreto, podría atacarse por conducto de este medio de control siempre y cuando no se solicite ni se produzca de manera automática restablecimiento alguno.

Sin embargo, a pesar de la meridiana claridad de este razonar, hay que señalar que dicho argumento es falaz porque no tiene en cuenta, que en el mismo estatuto procedimental, Ley 1437 de 2011, existe una regla jurídica especial y concreta que surge de la lectura armónica y sistemática de los artículos 139, 151 y 275 *ibídem*, en virtud de los cuales, cuando se pretenda demandar un acto de nombramiento⁵⁸, alegando que el nombrado no reúne las calidades y requisitos constitucionales y legales exigidos⁵⁹, sin que se pretenda restablecimiento alguno, el medio de control idóneo a incoar es el de Nulidad Electoral.

En este caso, se reitera, lo que se está demandando por la UACT es la nulidad de unos actos administrativos de nombramiento de una empleada pública del nivel profesional, esgrimiendo para el efecto que la nombrada no reúne requisitos para ocupar el cargo, por lo que a partir de la causa *petendi* señalada, y de los argumentos de hechos y de derecho que la soportan, en criterio de esta Sala, el medio de control idóneo para ventilar esta pretensión es el **Nulidad Electoral** y no el de Nulidad Simple, de acuerdo con las normas procesales citadas.

De continuar tramitándose este asunto por las reglas del medio de control de **Nulidad Simple**, cuando lo cierto es que la **pretensión única formulada es**

⁵⁸ El artículo 139 de la Ley 1437 al establecer lo relacionado con el medio de control de Nulidad Electoral, señala que *“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.”*. (Negrillas fuera de texto).

⁵⁹ El artículo 275, numeral 5, de la Ley 1437 de 2011, especifica que una de las causales de anulación electoral es que *“... se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales y legales...”*.

propia del medio de control de **Nulidad Electoral**, resultaría lesivo al postulado constitucional según el cual las actuaciones judiciales deben observar *“la plenitud de las formas propias de cada juicio”*, postulado que es parte constitutiva del derecho fundamental al debido proceso consagrado por el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, el cual comprende también la garantía de que los juicios deben ser adelantados por el juez natural o competente.

Corolario de lo expuesto, es que en el sub judice, al peticionarse por la UACT únicamente la nulidad de dos actos administrativos suyos, relativos a un nombramiento de una de sus empleadas, sin que adicionalmente haya formulada pretensión alguna de restablecimiento o indemnizatoria, inexorablemente el conocimiento de la controversia de marras, corresponde a los Tribunales Administrativos de manera privativa y en única instancia, ello en aplicación estricta del artículo 151, numeral 12 de la Ley 1437 de 2011, y concretamente al Tribunal Administrativo de Antioquia en razón de la competencia territorial, a donde se ordenará remitir el expediente⁶⁰.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

⁶⁰ Muy ilustrativa es la conclusión a la que llegó el Consejo de Estado en la sentencia de 7 de octubre de 1970, en la que dijo que *“cuando a un juicio electoral se le ha dado la tramitación del ordinario de nulidad, no hay lugar a declarar la nulidad de lo actuado, en razón a que el procedimiento ordinario es más amplio que el propio del juicio electora.”*. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Jorge Dávila H. Anales 1970. 2º semestre. Tomo 79, Nos. 427-428.

RESUELVE

PRIMERO. Remítase, por competencia, al Tribunal Administrativo de Antioquia el expediente de la referencia.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior decisión fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

Presidente

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

ALFONSO VARGAS RINCÓN