

LEY 1437 DE 2011 - Medios de control ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo / LEY 1437 DE 2011 - Adecuación del medio de control a las pretensiones de la demanda

En la parte segunda del C.P.A.C.A. título III, el Legislador se ocupó de los diferentes medios de control ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, entre otros, en el artículo 137 desarrolló el de nulidad, previsto para censurar actos administrativos de carácter general, sin perjuicio de que “si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.”; mientras que en el artículo 138 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. Ahora, el mismo título III en el artículo 139 refirió al medio de control de nulidad electoral, mediante el cual “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.”, acción -denominación que deviene de la propia Carta- que tiene previsto un procedimiento especial en el título VIII (artículos 275 a 296) y un breve término de caducidad (artículo 164 numeral 2º literal a). El artículo 171 del C.P.A.C.A., al igual que lo hace el 86 del C.P.C. (ahora artículo 90 del C.G.P.), autoriza al juez para que adecue el trámite de la demanda cuando la parte actora haya señalado una vía procesal inadecuada, para lo cual naturalmente deberá examinar el contenido y finalidad de las pretensiones y del objeto mismo de la demanda. La adecuación del medio de control a las pretensiones de la demanda es un asunto que corresponde establecer de acuerdo con criterios objetivos fijados por la ley, en salvaguarda de la seguridad jurídica, sin que se permita a los demandantes optar por el que más les convenga para eludir cargas procesales o el propio término de caducidad. Como se dijo, el artículo 139 dispuso expresamente que sea por conducto del medio de control de nulidad electoral que se debe examinar la legalidad de los actos de nombramiento cuando no se persiga restablecimiento de derecho alguno por parte de quien se considere titular de derecho subjetivo. La acción -hoy el medio de control- adecuada es de gran relevancia, pues de ella penden la determinación y cumplimiento de presupuestos procesales de la acción y de la demanda, tales como: el requisito de procedibilidad, la caducidad de la acción y las formalidades de la demanda. El cambio introducido con la reciente Ley 1437 de 2011 ya ha sido objeto de análisis por la comunidad jurídica, por cuanto ya no constituye una carga para quien acude a la administración de justicia el señalamiento del medio de control, sino a esta misma determinarlo, razón por la que no podrá haber decisiones inhibitorias con fundamento en una “indebida escogencia de la acción” (hoy medio de control), pero este avance, por demás afortunado y garantista, no reduce la preponderancia de su aplicación, en tanto es el operador jurídico, sobretodo quien recibe de primera vez el escrito de postulación, el llamado a direccionar en forma acorde a derecho el medio de control pertinente a las necesidades del actor, así que su causa petendi y su formulación pretensional darán las pautas y los límites al juez para encausar su proceso.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Finalidad / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Finalidad / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Finalidad

Es bien conocido que la esencia del medio de control de nulidad simple es proteger el orden jurídico objetivo, así que la decisión judicial recae exclusivamente en pronunciarse sobre la permanencia o retiro del acto, general o particular, del ordenamiento del derecho sin que se permita adicionar otra declaración, independientemente de que con ello se afecten situaciones particulares, derechos e incluso se ocasionen daños. En tanto, es claro que por regla general, toda decisión judicial referente a la presunción de legalidad del acto administrativo causará un efecto concreto más o menos importante en la comunidad o en algún o algunos individuos. Por su parte, la esencia de otro de los medios de control como lo es la nulidad y el restablecimiento del derecho está determinada porque ese restablecimiento es pretensión consecencial a la declaratoria de nulidad del acto administrativo, encontrándose en éste un criterio finalístico consistente en que el propósito expreso, mediante la formulación pretensional, o tácito, a través de la inferencia que el operador jurídico haga, permite concluir que en el trasfondo hay una necesidad o utilidad de quien demanda de restablecer el derecho que considera vulnerado por el acto que ha sido o se declarará nulo, lleva ínsito un interés particular y concreto. Pero ese restablecimiento deprecado o de carácter automático debe corresponder en forma directa al resarcimiento del derecho ínsito y directo y sin elucubración o suposición en la materia que contiene el acto administrativo cuya presunción ha sido quebrada mediante la declaratoria de nulidad. Finalmente, el medio de control de la nulidad electoral al ser autónomo de los dos anteriores debe mirarse desde su propia óptica, en tanto se defiende el orden jurídico abstracto político, democrático y de dirección de las entidades del Estado entendido en sentido amplio, pero es claro que recaerá sobre persona o personas en concreto, en tanto, su fin último es depurar las elecciones o nombramientos de quienes dirigen los destinos públicos.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011

LEY 1437 DE 2011 - Medios de control de nulidad / MEDIOS DE CONTROL - Parámetros que permiten el entendimiento para su utilización / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Procede cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia no se genere el restablecimiento de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - La lesión del derecho a resolver recae sobre un derecho subjetivo / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - La acción contra el propio acto surgirá cuando la administración demande su propio acto de elección, nombramiento o de llamamiento a ocupar el cargo

En la Ley 1437 de 2011, se encuentran parámetros que permiten el entendimiento del carácter adecuado del medio de control, como el que se advierte en el artículo 137 que permite incoar nulidad simple contra acto administrativo de contenido particular y concreto con la advertencia de que procede “cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero”, estableciendo la consecuencia en el párrafo de que “si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas” de la nulidad y restablecimiento del derecho. Se concluye entonces lo siguiente: i) Dónde se mira el restablecimiento del derecho: a) en la pretensión en forma expresa; b) en la pretensión en forma tácita, el llamado restablecimiento automático “si se desprendiere que se persigue” y c) que la sentencia a adoptar evidencie su producción o generación cuando se trate de la nulidad y restablecimiento respecto de actos generales. En este último evento debe interpretarse desde el hipotético y a futuro, en tanto la forma como quedó

redactada la norma, determina que la decisión ha sido adoptada en sentencia, pero el análisis sobre si procede o no el medio de control es una de las precisiones iniciales en el proceso. ii) Qué determina que sea objeto de restablecimiento del derecho: la modificación introducida por el nuevo Código resulta relevante a fin de determinar quién está legitimado para incoar la nulidad y el restablecimiento del derecho. Actualmente, aunque parece sutil la modificación que introdujo el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, se advierte de gran importancia, en tanto 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". Para la Sala el margen de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se ha reducido a legitimar por activa a quien es detentador del derecho subjetivo (margen restrictivo C.P.A.C.A. y ya no de cualquier derecho amparado en norma jurídica (margen amplio C.C.A.). iii) la acción de demandar su propio acto: La acción de demandar el propio acto por parte de las entidades públicas, se encuentra sometida a los requisitos, presupuestos de procedibilidad, presupuestos procesales y trámite y procedimiento propio de cada uno de los medios de control en el que se apoye la administración según su causa petendi. En materia de nulidad y restablecimiento del derecho se ha dicho también que la entidad puede optar por el mecanismo de la revocatoria directa o demandar el propio acto conforme al artículo 138 C.P.A.C.A., al referirse el legislador en los términos de "toda persona", pero que indefectiblemente tendrá que hacerlo cuando no le sea posible utilizar dicha revocatoria por parte de la entidad que expidió el acto respectivo, por ejemplo, cuando no logra obtener el consentimiento de quien le beneficia el acto administrativo particular y concreto. En materia de nulidad electoral, la acción contra el propio acto surgirá cuando la administración demande su propio acto de elección, nombramiento o de llamamiento a ocupar el cargo con los límites y dentro de los presupuestos sustanciales y procesales del medio de este medio de control. Así que la acción de demandar el propio acto por parte de las entidades públicas está sometida a los requisitos, presupuestos de procedibilidad, presupuestos procesales y trámite y procedimiento propio de cada una de los medios de control en el que se apoye la administración según su causa petendi.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO -
Demanda del propio acto / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Caducidad para demandar su propio
acto**

La demanda del acto propio y la nulidad y restablecimiento del derecho, si bien la única alusión a la demanda del propio acto por parte de la administración estaba prevista en la norma sobre caducidad de la acción en el C.C.A (art. 136-7), esta es predicable exclusivamente para la acción –ahora medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho, pues establecía un período más amplio –dos años- frente a la acción del mismo género presentada por particulares -cuatro meses-, por vía jurisprudencial se consideró la posibilidad de que la administración impugnara sus propios actos ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por las causales de nulidad de los actos administrativos y para restablecer su propio derecho que se auto-vulneró o que le resulta perjudicial con la expedición de su propio acto por contrariar el ordenamiento jurídico y no pueda revocarlo directamente por no poder cumplir con los requisitos de dicha figura. Valga la aclaración, en tanto el antiguo término de los dos (2) años no puede predicarse respecto de la demanda del propio acto en nulidad simple, pues esta carece de

caducidad por tratarse de una acción pública, ni tampoco es aplicable a la acción de demandar el propio acto en la modalidad de nulidad electoral, en tanto la caducidad era de veinte (20) días y hoy de treinta (30) días por razones de defensa de la democracia y de la función pública, en tanto es necesario definir quiénes dirigen los destinos del país en forma rápida, pronta y con celeridad. Nuevamente, el parámetro del derecho subjetivo cobra vigencia para determinar en qué momento la administración podrá demandar el propio acto en nulidad y restablecimiento del derecho y recuperar su derecho subjetivo, lo cual se refleja en el tema de la caducidad del medio de control que fue unificado en cuatro (4) meses. Actualmente, la acción de demandar el propio acto está prevista en el artículo 138 del C.P.A.C.A. al señalar una legitimación universal ("Toda persona") en la que se incluye a la entidad pública frente a su propio acto y que se armoniza con el artículo 159 ibidem que consagra la posibilidad de que las entidades públicas obren también como demandantes "en los procesos contencioso administrativos", es decir en cualquiera de los medios de control consagrados para los actos, hechos operaciones y contratos de la autoridad, incluyendo los propios de quien incoa la demanda respectiva.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011

RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA - Contra auto que decreto la nulidad de todo lo actuado / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Es el adecuado en tanto el acto demandado recae sobre el acto de nombramiento

En el asunto en estudio, al examinar el petitum de la demanda, se concluye sin dubitación que el Departamento de Arauca no solicitó restablecimiento del derecho subjetivo con ocasión de la nulidad del acto administrativo enjuiciado (Decreto 155 de 20 de abril de 2012) como bien lo señaló en el fundamento de su recurso. En efecto, la parte formuló auténticas pretensiones de nulidad del acto de nombramiento del demandado pues no aludió a restablecimiento de algún derecho subjetivo en su favor, ni resulta posible inferirlo. En efecto, el Decreto 155 de 20 de abril de 2012 expedido por el señor Gobernador de Arauca es un acto de designación en cargo unipersonal susceptible de ser atacado por la acción de demandar el acto propio por la entidad que lo expidió, en la modalidad de nulidad y restablecimiento si la pretensión de nulidad del acto está aparejada y conexas al restablecimiento de un derecho subjetivo o la reparación del daño causado por el acto administrativo demandado; y, de demanda contra el acto propio en la modalidad de nulidad electoral porque recae sobre el acto de nombramiento entendido como acto de carácter particular al que le cabe ser impugnado, conforme a las voces del artículo 275 del C. de P. A. y de lo C.A., por las causales de la nulidad simple (art. 137) y por las taxativas y específicas de la nulidad electoral. No podría ser susceptible de acción de nulidad simple, a fin de no predicarle caducidad, en tanto se trata de un acto electoral propiamente dicho, las causales de la nulidad simple fueron subsumidas por el legislador en la nulidad electoral, razón por la cual la caducidad es de treinta (30) días (literal a numeral 2 art. 164 Ley 1437 de 2011) propia de la nulidad electoral. 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 Javier Giraldo Ballén como director de la ESE San Vicente de Arauca, por considerar que al momento de proferirse el 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, términos, 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 derecho, medios de control que se tramitan por cauce diferente. Por las anteriores razones, y teniendo en cuenta que el juzgador de primera instancia tramitó el asunto bajo los cauces del medio de control de nulidad simple y que el Magistrado Ponente anuló lo actuado por considerar que el medio de control que correspondía era el de la nulidad y restablecimiento del derecho, cuando en opinión de esta Sala la única manera de poder juzgar las 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 depreca restablecimiento alguno, ni 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 derecho), 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 oportunidad-, y en caso de encontrarlos reunidos tramitarlo conforme al procedimiento especial consagrado para ésta.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 137 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 139 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 275

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá D.C., dieciséis (16) de octubre dos mil catorce (2014)

Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00039-02

Actor: DEPARTAMENTO DE ARAUCA

Demandado: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA

Procede la Sala a pronunciarse acerca del recurso de súplica interpuesto por la parte demandante y el tercero coadyuvante de las pretensiones, Iván Darío Santaella, en contra de los dos autos de 1° de julio de 2014, mediante los cuales el Consejero Ponente decretó la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda, inclusive.

I. ANTECEDENTES

1. Manifestando actuar en ejercicio del medio de control de nulidad (artículo 137 C.P.A.C.A.), el Departamento de Arauca solicitó:

“1.- Que se declare la nulidad total del Decreto No. 155 del 20 de abril de 2012, expedido por el doctor JOSE FACUNDO CASTILLO CISNEROS, Gobernador de Arauca, a través del cual se realizó el nombramiento de JHOAN JAVIER GIRALDO BALLEEN, como Director del Hospital San Vicente de Arauca.

2.- Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del anterior acto administrativo departamental, solicito se declare extinguida la situación jurídica de índole particular y concreta, originada con la expedición del Decreto No 155 del 20 de abril de 2012 y con la posesión de JHOAN JAVIER GIRALDO BALLEEN, como director del Hospital San Vicente de Arauca.”

En síntesis, la entidad territorial demandante pretende que se declare la nulidad de su propio acto, por medio del cual nombró al demandado como Director del Hospital San Vicente de Arauca ESE. (fls. 1 a 26)

2. Por auto de 19 de octubre de 2012 el Tribunal Administrativo de Arauca suspendió provisionalmente los efectos del acto acusado -Decreto 155 de 20 de abril de 2012-, decisión que fue recurrida en apelación por el demandado (fls. 58 a 73), habiéndose concedido la impugnación en el efecto devolutivo ante el Consejo de Estado¹.

3. A su vez, el 12 de julio de 2013, en la audiencia inicial, el *a quo* negó las excepciones propuestas por el demandado de “*habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde*” y “*caducidad de la acción*”. El demandado argumentó que al ser el acto demandado un nombramiento, la naturaleza del asunto es de índole electoral, razón por la cual, el medio de control de nulidad ejercido por la actora no es el adecuado, pues de conformidad con el artículo 139 del C.P.A.C.A. es el de nulidad electoral el pertinente para cuestionar la legalidad de los actos de nombramiento; además, para el momento en que se presentó la demanda, la acción se encontraba caducada.

¹ Esta impugnación fue repartida inicialmente a la Sección Primera, quien mediante auto de 15 de mayo de 2014 ordenó remitir el expediente a la Sección Quinta para que sea estudiada la competencia.

4. Así, el proceso es remitido a la Sección Primera quien a su vez mediante auto de 15 de mayo de 2014 lo envía a la Sección Quinta del Consejo de Estado para resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandado en contra del auto que declaró la suspensión provisional del acto acusado y del que negó la prosperidad a las excepciones, respectivamente.

5. En la Sección Quinta el Magistrado Ponente, mediante sendos autos de 1° de julio de 2014, declaró la nulidad procesal desde la admisión de la demanda, inclusive, por considerar que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es el procedente para solicitar la nulidad del acto acusado porque el Departamento de Arauca necesita restablecer el derecho que considera conculcado con la expedición de su propio acto; por ello, le asiste *“interés particular, más allá de la sola preservación de la legalidad objetiva, que tiene que ver con poder designar en el empleo a quien legalmente corresponda y el derecho a defender su patrimonio ...”*. Agregó que, *“[E]l hecho de que la materia del acto demandado en este caso corresponda a un nombramiento, perteneciente al género electoral, no hace variar la acción propia para su control judicial cuando, como en este caso, quien la instaura es la propia Administración que expidió el acto y lo que pretende es lograr la consecuencia que acarrea la declaratoria de nulidad del acto...”* (fls. 101 y 102)

6. El Departamento de Arauca y el tercero coadyuvante de las pretensiones, en un solo escrito, interpusieron recurso de súplica en contra de los referidos autos de 1° de julio de 2014. Manifestaron que el demandado, para acreditar los requisitos exigidos para el ejercicio del cargo, presentó documentos con irregularidades; hecho que fue conocido con posterioridad a la posesión del servidor público, razón por la cual se presentó en su contra denuncia ante la Fiscalía General de la Nación y queja ante la Procuraduría General de la Nación. Además, en defensa de la primacía del interés general sobre el particular, el departamento ejerció la acción de demandar su propio acto contra el acto de nombramiento en beneficio del ordenamiento jurídico y la legalidad.

Agregarón que en el C.P.A.C.A. no existe la limitación que preveía el artículo 136-7 del C.C.A. de ejercer la acción de demandar su propia decisión dentro de los dos (2) años siguientes a la expedición del acto acusado, razón por la cual, debe entenderse que la demanda puede presentarse sin límite temporal.

Recalaron que las anomalías en los documentos presentados por el demandado para su nombramiento se detectaron tiempo después de los cuatro (4) meses que se prevé como término de caducidad por el C.P.A.C.A. para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Anotaron que con la demanda pretenden *“preservar la normatividad vigente objetivamente. Aquí no se pide restablecimiento del derecho, se ha solicitado con vehemencia la protección de la legalidad. No hay un interés particular del departamento en ello.”*

Por último, señalaron que en caso de que se considere necesario, puede solicitarse a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación que certifiquen el trámite que se ha dado a las investigaciones que cursan en contra del demandado. (fls. 118 a 135)

7. El demandado, por conducto de su apoderado, se opuso a la prosperidad del recurso porque consideró que la Administración puede demandar sus propios actos por conducto de los diferentes medios de control, y no únicamente por el de simple nulidad; además, no es cierto que la demanda pueda presentarse en cualquier tiempo. Agregó que, resulta impertinente dar curso a las pretensiones del departamento por conducto del medio de control de simple nulidad, pues en caso de una eventual sentencia favorable, en su criterio, se presentaría el restablecimiento automático del derecho del tercero coadyuvante, quien ocupó el segundo lugar en el concurso que se realizó a efecto de proveer el cargo de Director del Hospital San Vicente de Arauca. Señaló que debe respetarse el término de caducidad de los medios de control, y que esto no implica de manera alguna vulneración al derecho de acceso a la justicia. (fls. 138 a 141)

II. CONSIDERACIONES

1. De la procedencia del recurso interpuesto

En el asunto en estudio se interpuso recurso de súplica contra los autos de 1° de julio de 2014 por medio de los cuales el Magistrado Ponente decretó la nulidad procesal de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda. Este recurso es procedente de conformidad con lo previsto por el artículo 246 del C.P.A.C.A. conforme al cual este medio de impugnación *“procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia o durante el trámite de la apelación de un auto.”*; pues

el auto que [*“decreta las nulidades procesales”*] de conformidad con el numeral 6° del artículo 243 *ibídem* es susceptible de recurrirse en apelación.

2. Cuestión previa

Adujeron los recurrentes que, si se consideraba necesario, a título de pruebas, se solicitara a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación que certificaran el trámite que se le ha dado a las investigaciones que cursan en contra del demandado con ocasión de las posibles irregularidades en los documentos que presentó a efecto de acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el cargo de Director del Hospital San Vicente de Arauca.

La Sala advierte que el C.P.A.C.A. no se refirió a la posibilidad de solicitar el decreto de pruebas en el trámite del recurso de súplica, razón por la cual tal pedimento resulta abiertamente impertinente. Pero además, la petición de pruebas que realizó la parte actora no resulta procedente en razón a que el objeto del recurso es examinar la decisión del Magistrado Ponente de decretar la nulidad procesal al considerar que el medio de control ejercido por el Departamento de Arauca ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no es el que corresponde a sus pretensiones, aspecto este que no guarda relación con las posibles irregularidades en los documentos presentados por el demandado para propender por su nombramiento, ni con las actuaciones que haya adelantado la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación en las correspondientes investigaciones; razón por la cual, la prueba solicitada también deviene en innecesaria² y por todo ello, en ejercicio de las previsiones de los artículos 38.2 del C.P.C. y 43.2 del C.G.P., esta petición será rechazada por ser abiertamente improcedente.

3. Estudio del recurso

Como dan cuenta los antecedentes, el asunto en estudio se originó en la demanda que presentó el Departamento de Arauca en contra del Decreto 155 de 20 de abril de 2012, mediante el cual la entidad territorial nombró a Jhoan Javier Giraldo

² La necesidad de la prueba es una noción que comprende hechos que deben ser materia de prueba sin tener en cuenta a quién le corresponde suministrarla, por ello es objetiva, y se refiere a ciertos y determinados hechos, es decir, aquellos que en cada proceso deben probarse, en este orden de ideas se le identifica a la necesidad de la prueba como concreta. DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Ed. Fidenter. Buenos Aires 1972. Pág. 186.

Ballén Director del Hospital San Vicente de Arauca, a la cual se le dio el trámite previsto para el medio de control de nulidad.

Mediante los autos recurridos, el Despacho del Consejero Alberto Yepes Barreiro decretó la nulidad procesal porque consideró que es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el procedente para obtener la nulidad del acto de nombramiento acusado y *“el correspondiente restablecimiento del derecho que la entidad pretende defender”*.

Por su parte, el Departamento de Arauca alegó que con el ejercicio del medio de control no pretende cosa distinta al beneficio del ordenamiento jurídico y la legalidad para *“preservar la normatividad vigente objetivamente”* la cual se vio conculcada con las irregularidades en los documentos presentados por el demandado, que fueron advertidas tiempo después de su posesión.

Teniendo en cuenta las anteriores precisiones es claro que en esta oportunidad, al resolver la súplica interpuesta contra los referidos autos, lo primero que debe dilucidar esta Sala es cuál es el medio de control adecuado para controvertir la legalidad del acto de nombramiento acusado, a fin de determinar si es el de nulidad y restablecimiento del derecho como lo consideró el Magistrado Ponente, el de nulidad (simple), como lo ha indicado el demandante, o el de nulidad electoral como lo ha manifestado el demandado y lo consideró la Sección Primera de esta Corporación al remitir el asunto por distribución interna de competencias a la Sección Quinta.

Será entonces, luego de colegir lo anterior, que se pueda analizar y establecer aspectos procesales como el procedimiento a seguir, el término de caducidad del medio de control, asuntos que refieren a la obligación de rango constitucional de la observancia de las formas propias de cada juicio, y que se concretan en la garantía–derecho al debido proceso.

Así, en aras de abordar la temática principal antes mencionada, lo que *prima facie* se advierte es que en la parte segunda del C.P.A.C.A. título III, el Legislador se ocupó de los diferentes medios de control ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, entre otros, en el artículo 137 desarrolló el de nulidad, previsto para censurar actos administrativos de carácter general, sin perjuicio de que *“si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un*

*derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.*³; mientras que en el artículo 138 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.

Ahora, el mismo título III en el artículo 139 refirió al medio de control de nulidad electoral, mediante el cual *“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.”*⁴, acción -denominación que deviene de la propia Carta- que tiene previsto un procedimiento especial en el título VIII (artículos 275 a 296) y un breve término de caducidad (artículo 164 numeral 2° literal a).

El artículo 171 del C.P.A.C.A., al igual que lo hace el 86 del C.P.C. (ahora artículo 90 del C.G.P.), autoriza al juez para que adecue el trámite de la demanda cuando la parte actora haya señalado una vía procesal inadecuada, para lo cual naturalmente deberá examinar el contenido y finalidad de las pretensiones y del objeto mismo de la demanda.

La adecuación del medio de control a las pretensiones de la demanda es un asunto que corresponde establecer de acuerdo con criterios objetivos fijados por la ley, en salvaguarda de la seguridad jurídica, sin que se permita a los demandantes optar por el que más les convenga para eludir cargas procesales o el propio término de caducidad.

Como se dijo, el artículo 139 dispuso expresamente que sea por conducto del medio de control de nulidad electoral que se debe examinar la legalidad de los actos de nombramiento cuando no se persiga restablecimiento de derecho alguno por parte de quien se considere titular de derecho subjetivo.

La acción -hoy el medio de control- adecuada es de gran relevancia, pues de ella penden la determinación y cumplimiento de presupuestos procesales de la acción

³ Parágrafo.

⁴ Negrillas y subrayas fuera del texto.

y de la demanda, tales como: el requisito de procedibilidad, la caducidad de la acción y las formalidades de la demanda.

El cambio introducido con la reciente Ley 1437 de 2011 ya ha sido objeto de análisis por la comunidad jurídica, por cuanto ya no constituye una carga para quien acude a la administración de justicia el señalamiento del medio de control, sino a esta misma determinarlo, razón por la que no podrá haber decisiones inhibitorias con fundamento en una “indebida escogencia de la acción” (hoy medio de control), pero este avance, por demás afortunado y garantista, no reduce la preponderancia de su aplicación, en tanto es el operador jurídico, sobretodo quien recibe de primera vez el escrito de postulación, el llamado a direccionar en forma acorde a derecho el medio de control pertinente a las necesidades del actor, así que su *causa petendi* y su formulación pretensional darán las pautas y los límites al juez para encausar su proceso.

Es bien conocido que la esencia del medio de control de nulidad simple es proteger el orden jurídico objetivo, así que la decisión judicial recae exclusivamente en pronunciarse sobre la permanencia o retiro del acto, general o particular, del ordenamiento del derecho sin que se permita adicionar otra declaración, independientemente de que con ello se afecten situaciones particulares, derechos e incluso se ocasionen daños. En tanto, es claro que por regla general, toda decisión judicial referente a la presunción de legalidad del acto administrativo causará un efecto concreto más o menos importante en la comunidad o en algún o algunos individuos.

Por su parte, la esencia de otro de los medios de control como lo es la nulidad y el restablecimiento del derecho está determinada porque ese restablecimiento es pretensión consecencial a la declaratoria de nulidad del acto administrativo, encontrándose en éste un criterio finalístico consistente en que el propósito expreso, mediante la formulación pretensional, o tácito, a través de la inferencia que el operador jurídico haga, permite concluir que en el trasfondo hay una necesidad o utilidad de quien demanda de restablecer el derecho que considera vulnerado por el acto que ha sido o se declarará nulo, lleva ínsito un interés particular y concreto.

Pero ese restablecimiento deprecado o de carácter automático debe corresponder en forma directa al resarcimiento del derecho ínsito y directo y sin elucubración o

suposición en la materia que contiene el acto administrativo cuya presunción ha sido quebrada mediante la declaratoria de nulidad.

Finalmente, el medio de control de la nulidad electoral al ser autónomo de los dos anteriores debe mirarse desde su propia óptica, en tanto se defiende el orden jurídico abstracto político, democrático y de dirección de las entidades del Estado entendido en sentido amplio, pero es claro que recaerá sobre persona o personas en concreto, en tanto, su fin último es depurar las elecciones o nombramientos de quienes dirigen los destinos públicos.

Esos breves planteamientos sobre los medios de control de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho y de nulidad electoral, en la praxis jurídica resultan de fácil manejo cuando se está frente a temas de índole pecuniaria o monetaria, tal vez por el lucro y la utilidad económica que en forma evidente genera el tema del dinero como medio de pago. Pero ese entendimiento empieza a complicarse cuando la materia no es monetaria y en aquellos eventos en los que demanda persona ajena al interés propio, personal y particular del titular del interés, en tanto, la favorabilidad de las pretensiones no recaerá ni beneficiará su derecho propio o cuando se está frente a la nulidad electoral dado su carácter propio y especial.

Igual dilema acontece cuando quien presenta el medio de control es una entidad pública con el propósito de retirar el acto que siendo propio es, a su juicio, ilegal o inconstitucional o presenta alguno de los vicios que permiten su nulidad, prevista en forma expresa en el antiguo artículo 136 numeral 7 del C.C.A. al consagrar *“Cuando una persona de derecho público demande su propio acto la caducidad será de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de su expedición”*. Si bien es cierto, dicha regla no se encuentra establecida en el C.P.A.C.A, el nuevo Código en su artículo 159, conservando el espíritu del artículo 149 del C.C.A, consagra la posibilidad de que las entidades públicas obren también como demandantes *“en los procesos contencioso administrativos”*, es decir en cualquiera de los medios de control consagrados para los actos, hechos operaciones y contratos de la autoridad, incluyendo los propios de quien incoa la demanda respectiva.

Huelga recordar que el tratamiento de la acción adecuada -hoy medio de control- ha sido objeto de ires y venires, que la jurisprudencia de turno ha ido dilucidando.

Criterio como la aplicación de la naturaleza del acto administrativo, en el que a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho le correspondía el acto particular o concreto y al acto de carácter general, la de nulidad simple, fue revaluado mediante la tesis jurisprudencial de la teoría de los fines y de los móviles del acto administrativo, que finalmente y en tiempo presente, se positivizó en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho al disponer en los artículos 137 y 138 la procedencia de ambas acciones independientemente de la naturaleza, general o particular, del acto administrativo.

Mientras tanto la nulidad electoral parecía salvarse de esa discusión, en tanto su determinación no dependía del acto general o particular, sino de la materia de la decisión, es decir, si versaba sobre elecciones y agregándose, por vía jurisprudencial, todo lo referente a la designación de funcionarios o empleados, a saber, nombramientos y llamamientos a ocupar cargos.

Pero esa aparente claridad empezó a resquebrajarse cuando se demandaron actos que no contenían declaratorias de elección ni nombramientos, pero que en forma expresa versaban sobre temas electorales o de designación, por lo que la jurisprudencia dio el paso a los llamados actos de contenido electoral y cuando las demandas además de solicitar la nulidad de la elección o del nombramiento agregaban pretensiones para modificar, restablecer, compensar el derecho particular del elegido o del perdedor en la designación.

Surge entonces el interrogante, de cómo determinar en forma cierta que el interesado es quien está gobernando el tipo de medio de control y con ello todo el tema de la operancia de la caducidad, bajo el derrotero de que los medios de control (antes acciones contencioso administrativas) son determinados por el legislador, deben ser seguidos por el operador jurídico y no pueden ser manipulados al arbitrio del demandante, dado que son de creación legal y normas como la caducidad son de los llamados dispositivos de orden público que no pueden quedar al antojo de las personas.

Pues bien, en la Ley 1437 de 2011, se encuentran parámetros que permiten el entendimiento del carácter adecuado del medio de control, como el que se advierte en el artículo 137 que permite incoar nulidad simple contra acto administrativo de contenido particular y concreto con la advertencia de que procede “cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que

se produjere no se genere el restablecimiento de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero", estableciendo la consecuencia en el párrafo de que "si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas" de la nulidad y restablecimiento del derecho.

Se concluye entonces lo siguiente:

i) **Dónde se mira el restablecimiento del derecho**: a) en la pretensión en forma expresa; b) en la pretensión en forma tácita, el llamado restablecimiento automático *"si se desprendiere que se persigue"* y c) que la sentencia a adoptar evidencie su producción o generación cuando se trate de la nulidad y restablecimiento respecto de actos generales.

En este último evento debe interpretarse desde el hipotético y a futuro, en tanto la forma como quedó redactada la norma, determina que la decisión ha sido adoptada en sentencia, pero el análisis sobre si procede o no el medio de control es una de las precisiones iniciales en el proceso.

ii) **Qué determina que sea objeto de restablecimiento del derecho**: la modificación introducida por el nuevo Código resulta relevante a fin de determinar quién está legitimado para incoar la nulidad y el restablecimiento del derecho.

Actualmente, aunque parece sutil la modificación que introdujo el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, se advierte de gran importancia, en tanto la lesión del derecho a restablecer recae sobre un derecho **subjetivo**⁵, 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"*.

Para la Sala el margen de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se ha reducido a legitimar por activa a quien es detentador del derecho subjetivo (margen restrictivo C.P.A.C.A. y ya no de cualquier derecho amparado en norma jurídica (margen amplio C.C.A.).

⁵ Sobre el punto: *"...es necesario tener un interés directo en el resultado de la sentencia, de manera que es preciso alegar la titularidad del derecho desconocido por la Administración y el perjuicio que ocasionó, y para obtener sentencia favorable hay que demostrar el contenido de ambas pretensiones, esto es, la legalidad y la del daño..."* ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá. Legis. 2ª ed. 2012. Pág. 228.

iii) **la acción de demandar su propio acto:** La acción de demandar el propio acto por parte de las entidades públicas, se encuentra sometida a los requisitos, presupuestos de procedibilidad, presupuestos procesales y trámite y procedimiento propio de cada uno de los medios de control en el que se apoya la administración según su *causa petendi*.

Ha de recordarse que anteriormente se hablaba lesividad, nombre dado por la jurisprudencia y la doctrina a la posibilidad de que la administración pudiera impugnar su propia decisión en defensa exclusivamente del orden jurídico superior en la que se estará frente a la demanda de su propio acto en nulidad simple o para hacer cesar o bien la vulneración de su derecho -ahora subjetivo- o bien la situación que le resultaba perjudicial a su patrimonio en la que la demanda del propio acto es aquella que corresponde a la nulidad y restablecimiento del derecho.

La palabra lesividad es un término que se encuentra vinculado al Derecho Español⁶ como un recurso administrativo cuando la administración considere que su acto es lesivo a los intereses o bienes públicos.

⁶ De interés resulta, la siguiente alusión del origen de la lesividad en el derecho español: "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. En este interesante estudio se aborda la **evolución histórica de lesividad**, que por lo demás es propia del derecho español. Específicamente se analizan las raíces del concepto de hacienda pública, donde se recibió como un remedio judicial para impugnar actos en firme del propio demandante. Ahora bien, **en su concepción inicial la lesividad no se vinculó a un juicio de legalidad de los actos de la administración sino a perjuicios o lesiones que la hacienda pública pudiera sufrir con ocasión de la vigencia de una decisión administrativa**. "El concepto de lesión, como el más vulgar de los 'perjuicios', tiene un perfil exacto en el derecho y se refiere concretamente no a un supuesto de invalidez objetiva de un acto por infracción formal de las normas sino, por el contrario, a un acto perfectamente válido pero que, sin embargo, implica la consecuencia de un perjuicio económico para una de las partes [...] no se está contemplando el caso ordinario de la nulidad o anulabilidad de los actos administrativos, sino específicamente el de desmanes administrativos de liquidación de créditos que, siendo perfectamente válidos, han producido, sin embargo, una lesión económica en contra de la hacienda". El fundamento de esta primera concepción de la institución, según García de Enterría, se produjo a partir del denominado *privilegium fisci* o especie de presunción de minoridad de la hacienda que llevaba al reconocimiento de la *in integrum restitutio* o acción rescisoria por lesión de la hacienda. En esta perspectiva, a la lesividad inicialmente se le concibió, no como una acción de nulidad, sino como el antiguo beneficio de la causa de rescisión por causa de lesión. Modernamente la institución se ha transformado sustancialmente pasando a convertirse en un mecanismo de control de legalidad, esto es, se presenta una evidente "Involucración de los motivos de nulidad en los motivos de lesión como fundamento del recurso". Nota al pie 122. Pág. 224. SANTOFIMIO. Tratado de Derecho Administrativo. SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004.

En planteamientos doctrinarios nacionales la acción de demandar el acto propio se ha entendido viable para los eventos en los que se discute la presunción de legalidad del acto administrativo, sin detenerse en el medio de control. En efecto:

“En el contexto de nuestro Código Contencioso Administrativo, la acción de lesividad adopta una doble connotación naturalística. Por una parte, la de una típica acción objetiva, cuya pretensión básica y directa es la protección al ordenamiento jurídico, cuando a través de su ejercicio la Nación o las entidades públicas buscan tan solo obtener la nulidad de sus actos administrativos en beneficio del ordenamiento jurídico y la legalidad. En estos casos, la acción se rige por las reglas de la acción de nulidad, compartiendo sus características de intemporal, general e indesistible, pudiéndose intentar en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.

*Por otra parte, la de una **acción subjetiva, individual, temporal y desistible cuando lo que se pretenda con la nulidad de sus propias decisiones sea el restablecimiento de un derecho de la correspondiente entidad pública y amparado en una norma jurídica.** Para todos los efectos estamos en presencia de una verdadera acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, la caducidad para su ejercicio, según lo dispone el artículo 136 CCA conforme a las modificaciones introducidas por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, es de dos años contados a partir del día siguiente al de su expedición. Si la entidad pública pretende demandar actos diferentes a los propios la caducidad será de cuatro meses”⁷.*

En materia de nulidad y restablecimiento del derecho se ha dicho también que la entidad puede optar por el mecanismo de la revocatoria directa o demandar el propio acto conforme al artículo 138 C.P.A.C.A., al referirse el legislador en los términos de “*toda persona*”, pero que indefectiblemente tendrá que hacerlo cuando no le sea posible utilizar dicha revocatoria por parte de la entidad que expidió el acto respectivo, por ejemplo, cuando no logra obtener el consentimiento de quien le beneficia el acto administrativo particular y concreto.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera⁸ se refirió al tema de la siguiente manera:

“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,

⁷ SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004. Pág. 226.

⁸ Sentencia de 22 de junio de 2001. Exp. 13172.

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”.

Ahora bien, en materia de simple nulidad frente al acto general, la explicación dada por algunos pronunciamientos es que si el acto fuera de carácter general, la administración tiene el mecanismo de la derogatoria de sus propios actos abstractos para lo cual no necesita habilitación judicial alguna⁹, pero olvidó que los efectos del acto general tuvieron vigencia y existieron antes de la derogatoria, eventos en los cuales entonces la administración sí puede demandar su propio acto general mediante el medio de control de nulidad en la modalidad de demanda de su propio acto.

Explicativa resulta la sentencia de 26 de abril de 2006¹⁰:

“A. ACCION DE NULIDAD CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROMOVIDA POR EL AUTOR DEL ACTO: La legislación en Colombia le permite a la Administración impugnar su propia decisión¹¹ en defensa de sus propios intereses, para poner fin, mediante sentencia judicial, a una situación irregular motivada en su propio acto, para así hacer cesar los efectos vulneradores, en tanto éste contraviene el orden jurídico superior y, algunas veces, para hacer cesar la situación que resultaba perjudicial¹² y lesiva patrimonialmente con el acto administrativo.

Si bien la Administración posee mecanismos para que al interior de ella retire sus propios actos, como acontece con la revocatoria directa (art. 69 C. C. A.) o con la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad (art. 4 C. N), en ocasiones estos mecanismos no pueden emplearse porque la situación evaluada no encuadra en los supuestos que se prevén para la aplicación de aquellas; de ahí la necesidad del ejercicio de la acción por parte del mismo autor del acto, consagrada actualmente en el Código Contencioso Administrativo de la siguiente manera:

-EN FORMA IMPLICITA, 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 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

⁹ Consejo de Estado. Sección Primera. Auto de 2 de agosto de 1990. Exp. 1482. Actor: Oswaldo Cetina.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Exp. 15.163. Actor: Telecom.

¹¹ Ver concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 7 de febrero de 1997. No. 955. Solicitante: Ministerio del Interior. C. P. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

¹² SECCIÓN CUARTA. Sentencia de 26 de marzo de 1999. Exp. 9.244. Actor: U. A. E. DIAN. C. P. Dr. Delio Gómez Leyva.

acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo¹³. Sobre el tema, resulta útil la jurisprudencia del Consejo de Estado que 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. En sentencia de 21 de mayo de 1992¹⁴ esta 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, 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...”.

-Y EN FORMA EXPLICITA 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”.

Aunque históricamente aquella acción adaptada al Derecho Colombiano del derecho español, no es una creación actual pues fue objeto de consagración en ordenamientos de vieja data, muy anteriores al actual Código Contencioso Administrativo. El legislador **de 1913 en la ley 130**, sobre la creación del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y de los Tribunales Seccionales, indicó que a través de órganos judiciales se ventilarían esas acciones, que para ese entonces eran equivalentes a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho actual, en tanto la revisión judicial se consagraba frente a los actos que fueran “lesivos de derechos civiles”, caso en el cual se procedía a petición de quienes tuvieran interés en ello...”¹⁵. Y también el legislador **de 1941, con la ley 167** plasmó en forma autónoma tal acción, en el artículo 72¹⁶.

La doctrina española en sentir de García - Trevijano alude, en la obra “Actos Administrativos”, a dos etapas en la vía de lesividad: **la primera**, la declaración de lesividad que presupone la declaración previa y propia de la Administración sobre el reconocimiento del carácter lesivo del acto que pretende anularse, es decir, revisión de oficio sobre el acto; y **la segunda** etapa de “impugnación en la vía Contencioso Administrativa, con el objeto

¹³ Sobre el tema ver sentencias Sección Cuarta, de 31 de marzo de 2000. Exp. 9935, C. P. Dr. Julio Correa, y de 26 de marzo de 1999. Exp. 9244, C. P. Dr. Delio Gómez. Ambas demandante: U. E. A DIAN.

¹⁴ SECCIÓN PRIMERA, exp. 1.961. Actor: Departamento del Quindío. C. P. Dr. Miguel González Rodríguez.

¹⁵ SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, sentencia de 3 de marzo de 2004, exp. IJ-030, C. P. Dr. Manuel Urueta Ayola.

¹⁶ Ibidem nota al pie 5 y sentencias de 6 de mayo de 1994, SECCIÓN SEGUNDA, actor: I. S. S.. C. P. Dra. Dolly Pedraza de Arenas y de 26 de octubre de 1990, SECCIÓN CUARTA, actor: Carlos Rodríguez. C. P. Dr. Carmelo Martínez Conn.

de intentar obtener una sentencia favorable en la que efectivamente se anule el acto”.

En el Derecho Colombiano, a diferencia del derecho español, no procede la declaración administrativa oficiosa de lesividad y no es, por tanto, requisito previo a la judicialización del acto administrativo cuando la propia administración, autora del acto, lo demanda. En Colombia la demanda de la administración contra sus propios actos administrativos se asimila entonces a lo que en derecho español constituye la segunda etapa, esto es la impugnación en la vía contenciosa administrativa. Como corolario de lo expuesto, en Colombia el legislador le permite a la Administración, entendida en sentido amplio, acudir directamente a los estrados judiciales para impugnar la legalidad del acto administrativo y retrotraer sus efectos por vicio en la causa o en las condiciones de hecho o de derecho¹⁷; requiere entonces del pronunciamiento judicial que quiebre la presunción de legalidad y se ponga fin a la situación irregular que la misma administración creó”.

En materia de nulidad electoral, la acción contra el propio acto surgirá cuando la administración demande su propio acto de elección, nombramiento o de llamamiento a ocupar el cargo con los límites y dentro de los presupuestos sustanciales y procesales del medio de este medio de control.

Así que la acción de demandar el propio acto por parte de las entidades públicas está sometida a los requisitos, presupuestos de procedibilidad, presupuestos procesales y trámite y procedimiento propio de cada una de los medios de control en el que se apoye la administración según su *causa petendi*.

iv) **la demanda del acto propio y la nulidad y restablecimiento del derecho**, si bien la única alusión a la demanda del propio acto por parte de la administración estaba prevista en la norma sobre caducidad de la acción en el C.C.A (art. 136-7), esta es predicable exclusivamente para la acción –ahora medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho, pues establecía un período más amplio – dos años- frente a la acción del mismo género presentada por particulares -cuatro meses-, por vía jurisprudencial se consideró la posibilidad de que la administración impugnara sus propios actos ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por las causales de nulidad de los actos administrativos y para restablecer su propio derecho que se auto-vulneró o que le resulta perjudicial con la expedición

¹⁷ La doctrina argentina asocia el vicio en la causa con el exceso de poder, así lo indica claramente Manuel María Díez en su obra “*El acto administrativo*”, cuando dice: “*todo vicio en la causa del acto o en las condiciones de hecho o de derecho que influyen en la voluntad del órgano para la emanación del acto, motivo mismo, constituyen un exceso de poder... El acto en este supuesto es dictado por la autoridad administrativa en los límites de su competencia y en la forma prescriptiva, pero son realizar el fin previsto en la ley...*”. Buenos Aires. Argentina. Tipográfica Editora Argentina S. A. 1993. Pág. 220.

de su propio acto por contrariar el ordenamiento jurídico y no pueda revocarlo directamente por no poder cumplir con los requisitos de dicha figura.

Valga la aclaración, en tanto el antiguo término de los dos (2) años no puede predicarse respecto de la demanda del propio acto en nulidad simple, pues esta carece de caducidad por tratarse de una acción pública, ni tampoco es aplicable a la acción de demandar el propio acto en la modalidad de nulidad electoral, en tanto la caducidad era de veinte (20) días y hoy de treinta (30) días por razones de defensa de la democracia y de la función pública, en tanto es necesario definir quiénes dirigen los destinos del país en forma rápida, pronta y con celeridad.

Nuevamente, el parámetro del derecho subjetivo cobra vigencia para determinar en qué momento la administración podrá demandar el propio acto en nulidad y restablecimiento del derecho y recuperar su derecho subjetivo, lo cual se refleja en el tema de la caducidad del medio de control que fue unificado en cuatro (4) meses, como bien lo refiere la doctrina¹⁸:

“El artículo anterior [se refiere al 164 de la Ley 1437 de 2011 ‘Oportunidad para presentar demanda’] consagra, caso por caso, el término dentro del cual debe acudirse a la jurisdicción para que la demanda sea oportuna, para lo cual toma en cuenta dos elementos, el tiempo para hacerlo y el momento a partir del cual empieza a contar.

1. En cuanto a la definición del plazo en el cual debe demandar, la ley lo hace depender de dos factores: la legitimación para actuar y la causa de la petición. En general, y buscando superar el casuismo de la ley, puede decirse que las demandas cuyas pretensiones se proponen alegando un mero interés, o sea las ciudadanas y las públicas, pueden presentarse en cualquier tiempo, al igual que aquellas planteadas por una entidad pública en interés de la legalidad; al paso que las demandas cuyas pretensiones deban ser propuestas por quien tenga un interés directo en la sentencia de fondo poseen término para ejercer el derecho. En este último caso, los plazos difieren según la causa petendi, y pueden calificarse como sigue:

*- De **cuatro meses**, cuando **la causa del daño sea un acto administrativo**, salvo estos asuntos:*

- a) El contencioso electoral, que es de treinta días hábiles.*
- b) La anulación de cartas de naturaleza, de diez años.*
- c) La nulidad de los actos de adjudicación de baldíos, de dos años.*
- d) Cuando se trate de la revisión judicial del expediente administrativo de... baldíos..*
- e) Cuando se demanda la expropiación agraria,...*

¹⁸ Ibidem (1). Págs. 269 y 270.

- De dos años, cuando la causa del daño sea un hecho jurídico, un contrato o se propongan pretensiones de repetición.

*- De cinco años, cuando se trate de ejecutivos originados en contratos, o en decisiones judiciales... en cualquier materia y de laudos arbitrales contractuales estatales.”
(...)”.*

Actualmente, la acción de demandar el propio acto está prevista en el artículo 138 del C.P.A.C.A. al señalar una legitimación universal (“Toda persona”) en la que se incluye a la entidad pública frente a su propio acto y que se armoniza con el artículo 159 ibidem que consagra la posibilidad de que las entidades públicas obren también como demandantes “en los procesos contencioso administrativos”, es decir en cualquiera de los medios de control consagrados para los actos, hechos operaciones y contratos de la autoridad, incluyendo los propios de quien incoa la demanda respectiva.

v. La demanda del acto propio en nulidad simple es la posibilidad que tiene la administración para demandar su propio acto y, acontecen dos eventos: o no solicita restablecimiento alguno o siguiendo la previsión del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 no se evidencie que se persigue aquel o que de la sentencia que se profiera no se genere restablecimiento automático de su derecho subjetivo a su favor o de un tercero.

vi. La demanda del acto propio en nulidad electoral es la facultad de la administración de demandar su propio acto de elección, de nombramiento o de llamamiento a ocupar el cargo por las causales taxativas previstas en el artículo 275 del C.P.A.C.A., y por los eventos previstos en el artículo 137 de este código: expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse; por incompetencia; por su forma irregular; por desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa; por falsa motivación; por desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

De tal suerte, que al producirse la simbiosis de las causales de nulidad simple en las de nulidad electoral, cuando se esté frente a un acto electoral, la demanda debe encausarse exclusivamente bajo los límites, parámetros, presupuestos, requisitos, trámite y procedimiento de nulidad electoral.

Quedando incólume la demanda del acto propio en nulidad simple para aquellos eventos en que la administración demanda su propio acto pero siempre que se

trate de un acto de contenido electoral, pero no electoral (designación mediante elección, nombramiento o llamado a ocupar) propiamente dicho.

En el asunto en estudio, al examinar el *petitum* de la demanda, se concluye sin dubitación que el Departamento de Arauca no solicitó restablecimiento del derecho subjetivo con ocasión de la nulidad del acto administrativo enjuiciado (Decreto 155 de 20 de abril de 2012) como bien lo señaló en el fundamento de su recurso. En efecto, la parte formuló auténticas pretensiones de nulidad del acto de nombramiento del demandado pues no aludió a restablecimiento de algún derecho subjetivo en su favor, ni resulta posible inferirlo.

En efecto, el Decreto 155 de 20 de abril de 2012 expedido por el señor Gobernador de Arauca es un acto de designación en cargo unipersonal susceptible de ser atacado por la acción de demandar el acto propio por la entidad que lo expidió, en la modalidad de nulidad y restablecimiento si la pretensión de nulidad del acto está aparejada y conexas al restablecimiento de un derecho **subjetivo o la reparación del daño** causado por el acto administrativo demandado; y, de demanda contra el acto propio en la modalidad de nulidad electoral porque recae sobre el **acto de nombramiento entendido como acto de carácter particular** al que le cabe ser impugnado, conforme a las voces del artículo 275 del C. de P. A. y de lo C.A., por las causales de la nulidad simple (art. 137) y por las taxativas y específicas de la nulidad electoral.

No podría ser susceptible de acción de nulidad simple, a fin de no predicarle caducidad, en tanto se trata de un acto electoral propiamente dicho, las causales de la nulidad simple fueron subsumidas por el legislador en la nulidad electoral, razón por la cual la caducidad es de treinta (30) días (literal a numeral 2 art. 164 Ley 1437 de 2011) propia de la nulidad electoral.

Ahora bien, cuando se está frente al evento en el que convergen la posibilidad de postulación bajo la demanda contra el acto propio en dos modalidades de medio de control -restablecimiento del derecho y electoral- el operador jurídico debe acudir a la pretensión expresa o a deducir si existe restablecimiento automático, a partir de las menciones que en la causa petendi en forma vedada o tácita haga el actor o si de la sentencia a proferir se generara alguna clase de restablecimiento a favor del actor o a favor del tercero.

Retomando la postulación hecha en la demanda de que se trata se encuentra además de la declaratoria de nulidad del acto de nombramiento, la siguiente: "2.- *Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del anterior acto administrativo departamental, solicito se declare extinguida la situación jurídica de índole particular y concreta, originada con la expedición del decreto No. 155 del 20 de abril de 2012 y con la posesión de JHOAN JAVIER GIRALDO BALLEEN, como Director del Hospital San Vicente de Arauca*" (fl. 2 copia cdno. prinpal)

Pretensión consecuencial que en momento alguno puede considerarse la manifestación expresa para proteger un derecho subjetivo que le es propio o el de un tercero, en tanto la pretensión no plantea eventos de subjetividad, como por ejemplo, el no estar obligado a mantener la mencionada vinculación o referentes al pago de remuneraciones o prestaciones.

Ha de recordarse que tradicionalmente, 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.

Lo anterior se debe a que la designación como forma de proveer los cargos, en cualquiera de las mencionadas modalidades, por regla general, genera situaciones legales y reglamentarias de vinculación generadoras de erogaciones del erario y de derechos patrimoniales salariales y prestacionales, así que para efectos de lograr diferenciar la nulidad electoral de la nulidad y restablecimiento, en esta última, las censuras deben devenir de conflictos o divergencias laborales - entendidas en sentido amplio- a partir de la situación legal y reglamentaria derivada de la designación, o fundamentarse en aspectos que en la *causa petendi* excedan a la estricta taxatividad del contenido del tema electoral al que deben limitarse las causales derivadas del artículo 137 (nulidad simple) y las específicas electorales del artículo 275.

Ahora, 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 -pretensión no formulada en la

demanda-; debe aclararse que 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. Así pues, 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. De esta manera, 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, a diferencia de los asociados a quienes el ordenamiento sí les reconoce derechos subjetivos¹⁹.

Por otra parte, la Sala llama la atención en que el adecuado medio de control no puede someterse, por muy loable que parezca, a solucionar los yerros de la administración en tanto al parecer el nombramiento se logró por medios ilegales o falsos en la acreditación de los requisitos mínimos para el cargo, pues en estos casos el artículo 5 de la Ley 190 de 1995 dispone:

*“En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público... sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo..., se procederá a solicitar su revocación..., según el caso, **inmediatamente** se advierta la infracción.*

Cuando se advierta que se ocultó información o se aportó documentación falsa para sustentar la información suministrada en la hoja de vida, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria a que haya lugar, el responsable quedará inhabilitado para ejercer funciones públicas por tres (3) años. (Aparte subrayado condicionalmente exequible, en el entendido que esta es una sanción accesoria a la decisión adoptada en proceso disciplinario o penal C-631 de 1996).

¹⁹ Sin que ello sea óbice para que la Administración en los casos previstos por el artículo 5° de la Ley 190 de 1995 (*“ARTÍCULO 5o. En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción...”*), adelante el trámite y acciones que le corresponde.

Además, históricamente el Consejo de Estado desde tiempo atrás e incluso en vigencia del C.C.A. en su jurisprudencia²⁰ 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.

Así, 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 Javier Giraldo Ballén como director de la ESE San Vicente de Arauca, por considerar que al momento de proferirse el 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, términos, 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 derecho, medios de control que se tramitan por cauce diferente.

Por las anteriores razones, y teniendo en cuenta que el juzgador de primera instancia tramitó el asunto bajo los cauces del medio de control de nulidad simple y que el Magistrado Ponente anuló lo actuado por considerar que el medio de control que correspondía era el de la nulidad y restablecimiento del derecho, cuando en opinión de esta Sala la única manera de poder juzgar la pretensiones

²⁰ En sentencia de 2 de marzo de 2006. Sección Tercera. Exp. 15785, se dijo: *“...el concepto de daño al descubierto, evento en el cual la jurisprudencia ha entendido que puede ser, en veces, el momento a partir del cual se cuenta el término de caducidad, porque en el mundo exterior se revela el conocimiento del hecho dañoso originante del daño. En efecto: El inciso 4º del artículo 136 del C. C. A, antes de la reforma que introdujo la ley 446 de 1998, Partiendo de esa disposición la Sala ha explicado que por lo general el término de caducidad se cuenta partir del acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa etc; **pero que por excepción el término de caducidad debe contarse a partir del día en que se conoce la existencia del hecho dañoso**”* (subrayas fuera de texto).

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 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 derecho), 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 oportunidad²¹-, y en Caso de encontrarlos reunidos tramitarlo conforme al procedimiento especial consagrado para ésta.

En mérito de lo expuesto la Sección Quinta del Consejo de Estado,

RESUELVE

PRIMERO: RECHAZAR por improcedente la solicitud de pruebas elevada por los suplicantes.

SEGUNDO: CONFIRMAR los autos de 1° de julio de 2014 mediante los cuales se decretó la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda, inclusive, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: DEVOLVER el proceso al Despacho del Magistrado Ponente para que una vez ejecutoriado este auto lo remita al Tribunal de primera instancia para lo de su cargo.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

²¹ *Requisito que podría ser considerado bajo la tesis de la inconstitucionalidad o ilegalidad al descubierto.*

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Salvamento de voto

GABRIEL DE VEGA PINZON
Conjuez