

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA.

Bogotá D.C., marzo (7) de dos mil ocho (2008)

Proceso número 170012331000200700194 01

Radicado interno número 2007-0194

Demandante: Departamento de Caldas

Demandado: Carlos Arturo Pérez Molano.

Apelación de auto

I.

1º.- El doctor Germán Andrés Rincón Rodríguez, actuando en nombre del Departamento de Caldas, en ejercicio de la acción de nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandó ante el Juez Administrativo de Caldas, la nulidad parcial de los siguientes actos administrativo: a) Resolución Nro 0841 del 4 de mayo de 2005 por medio de la cual se fija la lista de elegibles del concurso público para proveer cargos de docentes y directivos docentes en el Departamento de Caldas; b) Resolución Nro 1273 del 17 de junio de 2005 por medio de la cual se modifica la Resolución anterior; c) Decreto Departamental Nro 01255 del 21 de junio de 2005 por medio del cual se efectúan unos nombramientos en período de prueba; y d) Decreto Nro 0230 del 28 de febrero de 2007 por medio del cual se nombra en propiedad a unos docentes y directivos docentes que superaron el período de prueba; actos todos proferidos por la Entidad que representa.

Como consecuencia de lo anterior, solicita el actor, a título de restablecimiento del derecho, se deje sin efecto alguno la inclusión en lista de elegibles y los

posteriores nombramientos efectuados al señor Carlos Arturo Pérez Molano, así como todos los actos administrativos que se hubieran expedido como consecuencia de los demandados.

Lo anterior, por cuanto el señor Carlos Arturo Pérez Molano, aunque superó todas las etapas del concurso para proveer cargos docentes en el Departamento de Caldas, concretamente en el área de tecnología e informática, acreditó título de TECNÓLOGO EN SISTEMAS cuando lo requerido de acuerdo a la Ley era TECNÓLOGO EN EDUCACIÓN.

2º.- Por auto de 4 de julio de 2007, el Juzgado Tercero Administrativo de Caldas, declaró la falta de competencia para conocer de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurada por el Departamento de Caldas, pues en su concepto, lo que se pretende es la nulidad de los actos de nombramiento del docente Carlos Arturo Pérez Molano, expedidos por el Gobernador de Caldas y ello debe tramitarse por la vía de la acción pública de Nulidad Electoral.

3º.- Mediante auto del 25 de octubre de 2007, el Tribunal Administrativo de Caldas avocó conocimiento de la acción pública de Nulidad Electoral y rechazó la demanda de plano por presentarse el fenómeno de la caducidad de la acción, pues dicha acción cuenta con un término de caducidad de 20 días contados a partir de la publicación del acto mediante el cual se nombró al docente y el Departamento la ejercitó fuera de este lapso.

4º.- El demandante impetra recurso de apelación contra dicha providencia, en cuanto el C.C.A. consagra la posibilidad de que las Entidades Públicas demanden la nulidad de sus propios actos, a lo que se ha denominado acción de Lesividad. Además, considera el demandante que los actos demandados crean situaciones jurídicas particulares a favor del señor Carlos Arturo Pérez Molano, razón por la cual no le era viable a la administración revocarlos directamente por cuanto no era posible contar con el consentimiento del mencionado señor, en los términos del artículo 73 del C.C.A..

Según el demandante, la acción electoral no era la procedente en el presente caso, pues no sólo se estaba demandando el acto mediante el cual se nombró en propiedad al señor Carlos Arturo Pérez Molano, sino que también se buscaba la nulidad de otra serie de actos anteriores a éste los cuales no estaban referidos al nombramiento propiamente dicho y que la Entidad considera igualmente contrarios a la Ley. Considera que el concepto del Tribunal de Caldas deja a la Administración Departamental atada a una situación, que aunque involuntaria y de buena fe, es a todas luces ilegal, toda vez que el señor Carlos Arturo Pérez Molano no acreditó título idóneo para aspirar a pertenecer a la carrera administrativa docente.

5º.- El Tribunal mediante providencia del 22 de noviembre de 2007 concedió el recurso de apelación contra la providencia proferida por esa Corporación el 25 de octubre de 2007.

II.

Para resolver, SE CONSIDERA:

El artículo 181 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998, artículo 57, respecto a la procedencia del recurso de apelación dispone:

“ Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales de los Jueces y los siguientes autos proferidos en la misma instancia por dichos organismos, en pleno o en una de sus Secciones o Subsecciones, según el caso; o por los Jueces Administrativos:

1. El que rechace la demanda.

()... El recurso contra los autos mencionados deberá interponerse directamente y no como subsidiario de la reposición.

Por regla general el recurso se concederá en el efecto suspensivo.”

De acuerdo con la norma transcrita, el recurso propuesto por el actor debe tramitarse en esta Sala, habida consideración de que la providencia recurrida

se encuentra enlistada en la anterior disposición como susceptible de ser controvertida mediante el recurso de apelación.

La Entidad Territorial demandante solicita la nulidad del acto administrativo por medio del cual se nombró en periodo de prueba y del acto que nombró en propiedad en carrera administrativa especial docente al señor Carlos Arturo Pérez Molano, así como de los actos intermedios o previos que se dictaron en el concurso público.

El Juez Tercero Administrativo de Caldas declaró la falta de competencia para conocer de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurada por el Departamento, pues en su concepto la nulidad de los actos de nombramiento del docente Carlos Arturo Pérez Molano, expedidos por el Gobernador de Caldas, deben tramitarse por la vía de la acción pública de Nulidad Electoral.

Mediante auto del 25 de octubre de 2007, el Tribunal Administrativo de Caldas avocó conocimiento de la acción pública de Nulidad Electoral y rechazó la demanda de plano por presentarse el fenómeno de la caducidad de la acción.

No puede compartir la Sala el criterio del Juez Administrativo, ni la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Caldas por las razones que a continuación se exponen:

El Departamento de Caldas solicita en la demanda la nulidad de actos de nombramiento de carácter particular y concreto.

El acto de nombramiento es pasible de la acción de nulidad electoral cuando lo único que procura el demandante es la protección del principio de legalidad, vale decir el respeto del ordenamiento jurídico, pero la misma no resulta procedente cuando quien acude a la jurisdicción procura la nulidad de esta clase de decisiones porque, además de la pretensión anulatoria, lo que en el fondo persigue es el restablecimiento de un derecho que estima le ha sido lesionado por razón de un acto que considera es ilegal.

El fundamento fáctico de las pretensiones se hace consistir en que el Departamento de Caldas adelantó un concurso de méritos para proveer cargos docentes en el área de tecnología e informática y que, si bien el señor Carlos Arturo Pérez Molano superó todas las etapas del mismo, acreditó título de Tecnólogo en Sistemas cuando lo requerido era Tecnólogo en Educación, razón por la cual resulta ilegal su inclusión en la lista de elegibles y el nombramiento en periodo de prueba y luego en propiedad que se le hizo por medio del Decreto Departamental 0230 del 28 de febrero de 2007, cuya copia aparece visible a folios 75 a 83.

En tales condiciones, se trabó una relación de carácter laboral entre el docente Carlos Arturo Pérez Molano y el Departamento de Caldas, que generó derechos y obligaciones a las partes y que en cuanto a la Entidad Territorial se refiere, afecta su derecho patrimonial, que la parte accionante estima lesionado en la medida en que expresa estar pagando emolumentos con base en un acto que considera a todas luces ilegal.

Como quiera que el Departamento estima que con el acto de nombramiento, que reconoce es ilegal, se ha lesionado su derecho en cuanto no está obligado a mantener la mencionada vinculación ni a seguir pagando remuneraciones basadas en un acto contrario al ordenamiento jurídico, puede ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con base en lo normado en los artículos 149 del C.C.A. y 136 numeral 7, del mismo Estatuto, que textualmente consagran:

“ARTÍCULO 149. Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en este código si las circunstancias lo ameritan.

(...)

ARTICULO 136.

...7. 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.”

Se trata de una especie de privilegio que la Ley le otorga a la Administración pública cuando, frente a los actos ilegales expedidos por la misma, se ve en la necesidad de acudir a la jurisdicción en procura de la anulación de dicho acto y del restablecimiento de su derecho, en este caso, de quedar liberada de la obligación de mantener una vinculación con un particular y de pagarle los salarios y prestaciones, para de esta forma proteger el derecho de su patrimonio público.

Nótese que la norma no hace distinción alguna respecto de los actos expedidos por la Administración, que estima son lesivos del ordenamiento jurídico, por lo que puede apoyarse en esta norma para demandar la nulidad del acto en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En el caso sub examine el Departamento de Caldas, basado en estas normas, acude a la jurisdicción procurando la nulidad del Decreto por el cual se hizo el nombramiento en periodo de prueba y luego en propiedad del docente Pérez Molano, y además, de los actos previos o intermedios dictados en el proceso de selección.

La Sala debe precisar que, como reza la norma, cuando la Administración pide la nulidad de sus propios actos, porque además de la ilegalidad considera que dichos actos lesionan sus derechos, los mismos, incluyendo los de nombramiento, son posibles de demandar a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de acción de lesividad.

Por lo dicho anteriormente, es claro que la Administración ha hecho uso de la acción propia y especial para demandar su propio acto, sin que pueda encaminarse su trámite al establecido para la acción de nulidad electoral. La acción de nulidad electoral tiene la naturaleza de acción pública y tiene como objetivo la protección del ordenamiento jurídico, pero no el restablecimiento del derecho, ya sea que éste se solicite o que opere de manera autónoma.

En el presente caso, el Departamento de Caldas entabla la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el marco de la acción de lesividad, pues la Administración Departamental reconoce un error en su propio acto al haber aceptado el título de Tecnólogo en Sistemas como requisito valido que permitió al docente la participación en el proceso de selección que culminó con su nombramiento en período de prueba y posteriormente con su nombramiento en propiedad, sin acreditar un requisito indispensable de acuerdo al artículo 116 de la Ley 115 de 1994.

Precisado como está, que en el presente caso no resulta viable por vía de interpretación, desconocer la acción ejercida por la Entidad Territorial demandante, esto es, la de nulidad y restablecimiento del derecho, existe mérito suficiente para revocar el auto recurrido y en su lugar, disponer que regrese el asunto por competencia al Juzgado Tercero Administrativo de Caldas, de conformidad con lo previsto en el artículo 134B del C.C.A., que en su tenor literal expresa:

“Artículo 134 B. *Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:*

... 2 De los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, cuando se trate de controversias que se originen en una relación laboral legal y reglamentaria o cuando se controviertan actos administrativos de carácter laboral expedidos por autoridades del orden nacional, con excepción de los actos referentes a la declaración de nulidad de empresa y a la calificación de huelga, cuya competencia corresponde al Consejo de Estado en única instancia”.

En este orden de ideas, el Tribunal Administrativo de Caldas no era competente para avocar el conocimiento de la acción, pues la competencia para conocer de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de acuerdo al artículo 134B del C.C.A., le corresponde al Juez Administrativo, siendo claro que aún no ha operado el fenómeno de la caducidad que para los actos que demanda la Administración es de 2 años contados a partir de la expedición de los mismos, de acuerdo al numeral 7 del artículo 136 del C.C.A..

Por tal razón, se revocará la providencia del Tribunal Administrativo de Caldas de fecha 25 de octubre de 2007, disponiéndose su envío al Juez Administrativo

para que se dé el trámite correspondiente, partiendo de una revisión cuidadosa de los requisitos legales de la demanda, en particular lo relativo a la representación legal y judicial del Departamento.

Por lo expuesto **se resuelve:**

1º Revocar el auto de fecha 25 de octubre de 2007, proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala de Decisión, mediante el cual se avocó conocimiento de la acción pública de nulidad electoral y se rechazó de plano la demanda por caducidad de la acción.

2º Remítase el expediente al Juzgado Tercero Administrativo de Caldas para que decida sobre la admisión de la demanda.

NOTIFÍQUESE.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Presidenta

MARIA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

Salva Voto

GILBERTO OROZCO OROZCO

Conjuez

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

MAURICIO TORRES CUERVO

Salva Voto

VIRGILIO ALMANZA OCAMPO

Secretario