

**ACCION ELECTORAL - Son demandables actos de elección y de nombramiento / ACCION ELECTORAL - Puede ser ejercida por cualquier personal / ACCION ELECTORAL - Es una especie de la acción de nulidad**

Dada la trascendencia que tiene la designación de un funcionario público, por voluntad del legislador, artículos 136 [12] y 229 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, los actos de elección y nombramiento, actos particulares, son demandables en ejercicio de la acción de nulidad electoral, por cualesquier persona. Tal posibilidad surge del objeto de la acción de nulidad como género, el que es compartido por la electoral como especie, porque es popular, la sentencia tiene efectos erga omnes y no tiene restablecimiento del derecho.

**TEORIA DE LOS MOTIVOS Y FINALIDADES - Aplicación en materia electoral**

De conformidad con la doctrina de los motivos y las finalidades, si se pretende demandar un acto administrativo de nombramiento porque es ilegal y en especial vulnera un derecho subjetivo de otra persona con el propósito de que se retire del ordenamiento jurídico para que a ésta se le proteja la respectiva garantía, habrá de demandarse mediante la acción de nulidad con restablecimiento, por el titular del derecho conculcado. Pero si se pretende demandar un acto de nombramiento porque se considera ilegal con el propósito de que se mantenga incólume el orden jurídico, habrá de demandarse mediante la acción de nulidad electoral.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 84 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 85 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136 - NUMERAL 12 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 229

#### **CONSEJO DE ESTADO**

##### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

##### **SECCION QUINTA**

**Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO**

**Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil once (2011)**

**Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00114-00**

**Actor: JUAN CARLOS MARTINEZ SINISTERRA Y OTRO**

**Demandado: GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**

La Sala procede a resolver el recurso ordinario de súplica interpuesto por la parte demandante contra el auto de 5 de noviembre de 2010, por el cual la Magistrada Sustanciadora rechazó la demanda presentada en el proceso de la referencia con el argumento de que no se corrigió en la forma ordenada en el

auto de 21 de septiembre de 2010, confirmado mediante auto de 22 de octubre del mismo año.

## I.

Los señores Juan Carlos Martínez Sinisterra y Luís Felipe Campos Saavedra, actuando por medio de apoderado debidamente constituido, en ejercicio de la acción establecida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandaron la anulación del Decreto 2925 de 5 de agosto de 2010, por el cual el Gobierno Nacional designó al señor Francisco José Lourido Muñoz, como Gobernador del Valle del Cauca, y a título de restablecimiento del derecho, se ordenara que la designación de gobernador se hiciera considerando un miembro del grupo significativo de ciudadanos denominado "*Por un Valle Seguro*", como a su juicio lo disponía el artículo 303 [2] de la Constitución Política.

La demanda así presentada fue repartida al despacho de la H. Consejera de Estado doctora María Nohemí Hernández Pinzón, que al resolver sobre su admisión encontró que la acción incoada era improcedente pues se demandaba un acto que por virtud de la ley sólo era susceptible de control judicial a través de la acción electoral; así, por auto de 21 de septiembre de 2010, la inadmitió para que se corrigiera.

Mediante escrito de 24 de septiembre de 2010 los demandantes recurrieron, en ejercicio del recurso ordinario de súplica, el auto inadmisorio aduciendo, en esencia, que en otro asunto de similares contornos al de la referencia la misma ponente había aceptado la posibilidad de que se demandara, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, actos de nombramiento (se refieren al expediente radicado bajo el número 2008 - 00008, demandante: Orlando Duque Quiroga, demandado: Congreso de la República, en el que se demandó la proposición 080 de la Plenaria de la Cámara de Representantes, en cuanto revocó la 058, por virtud de la cual se trasladó al demandante a la Comisión de Acusaciones).

El recurso así presentado fue aclarado a través de escrito de 27 de septiembre de 2010, en el que se adujo que se interponía el de reposición.

Por auto de 22 de octubre de 2010, el despacho sustanciador confirmó la decisión de inadmisión arguyendo que por voluntad del legislador extraordinario, artículo 229 del Código Contencioso Administrativo y demás disposiciones conexas, los actos de nombramiento eran demandables por medio de la acción de nulidad electoral sin que importara que una vez se decretara la nulidad de un nombramiento el cargo debiera proveerse de determinada manera; así también, que a su juicio la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos de nombramiento era procedente si con la anulación se generaba, en forma automática, el restablecimiento del derecho, situación que no se presentaría en el sub lite y, que el precedente al amparo del cual se solicitó que se revocara el auto inadmisorio no resultaba aplicable en el sub lite, pues en ese asunto la anulación del acto que se demandó generaría el restablecimiento automático, a saber: la reinstalación del demandante en una comisión en la que fue elegido de la que por virtud del acto demandado, resultó retirado.

En firme el auto que inadmitió la demanda y comoquiera que los accionantes no se allanaron a corregirla en los términos del auto de 21 de septiembre de 2010, la Consejera ponente dispuso su rechazo por auto de 5 de noviembre de 2010.

Los demandantes presentaron recurso ordinario de súplica contra la anterior decisión.

Adujeron que presentaron su demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no de la electoral por razón de la caducidad; que no era cierto, como lo aducía la Magistrada Ponente, que la nulidad de los actos de nombramiento se debiera tramitar por el proceso electoral pues la norma que se citaba como fundamento de tal aseveración, el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo, se refería a la individualización del acto impugnado cuando se ejercía el contencioso electoral, el mismo razonamiento para las normas conexas; que tampoco era cierto que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sólo procediera en los eventos en que la anulación del acto representara un restablecimiento automático de la respectiva prerrogativa; que las consideraciones de la providencia de 22 de octubre de 2010, por la cual se resolvió el recurso de reposición presentado contra el auto inadmisorio, servían para sustentar la viabilidad de su demanda pues sólo a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el grupo significativo de ciudadanos *“Por un*

*Valle Seguro* podría obtener que se le devolviera una prerrogativa violada por el acto de nombramiento, así: que se designara del seno de su movimiento al Gobernador que debía reemplazar al destituido Juan Carlos Abadía en cuanto fue elegido con su aval, tal como lo establece el artículo 303 de la Carta, según el cual la designación debió hacerse por el Gobierno Nacional, respetando la filiación de la persona a reemplazar.

## II.

En efecto, los demandantes en el proceso de la referencia, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, establecida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, impugnaron el acto de designación del señor Francisco José Lourido Muñoz como Gobernador del departamento del Valle del Cauca, aduciendo que tal nombramiento debió hacerse considerando a una persona que hiciera parte del grupo significativo de ciudadanos que avaló la candidatura del gobernador que debía ser reemplazado, es decir, que hiciera parte del denominado *“Por un Valle Seguro”*.

Sostuvieron que, en cuanto el artículo 303 de la Constitución Política prevé *“[E]n caso que faltare menos de dieciocho (18) meses el Presidente de la República designará un gobernador para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador elegido”*, esta norma establece un deber para el Presidente que respecto del Grupo inscriptor se torna en un derecho.

Entonces demandaron un acto administrativo particular de aquellos que la doctrina califica como acto bifronte<sup>1</sup>, pues además de erigir en gobernador al señor Lourido Muñoz, les cercenó el derecho a que tal designación se hiciera considerando el nombre de uno de los miembros del Grupo.

En los términos del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el contencioso subjetivo está dispuesto para:

---

<sup>1</sup> BERROCAL Guerrero, Luis Enrique, Manual del Acto Administrativo, Ediciones Librería del Profesional, Quinta Edición, página 156 “El cual es definido por éste [García – Trevijano Fos] como aquel que tiene un doble efecto para varias personas, favorable para una y de gravamen para otra.”

*“Artículo 85. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente.*

Es decir, para que una persona que considera que un acto administrativo particular viola alguno de sus derechos, demande la anulación y la restitución de su garantía (*in natura*, es decir, como restablecimiento del derecho, o *in genere*, como reparación del daño).

Ahora, dada la trascendencia que tiene la designación de un funcionario público, por voluntad del legislador, artículos 136 [12] y 229 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, los actos de elección y nombramiento, actos particulares, son demandables en ejercicio de la acción de nulidad electoral, por cualesquier persona.

Tal posibilidad surge del objeto de la acción de nulidad como género, el que es compartido por la electoral como especie, porque es popular, la sentencia tiene efectos *erga omnes* y no tiene restablecimiento del derecho, en tanto que conforme al artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, tal acción está dispuesta para:

*“Artículo 84. Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.*

*Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.*

*También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro”.*

O sea, que cualquier persona puede ejercer esta acción para que se declare la nulidad de un acto administrativo que vulnera el ordenamiento jurídico, con el propósito de que éste se mantenga incólume.

Por otra parte, de conformidad con la doctrina de los motivos y las finalidades, si se pretende demandar un acto administrativo de nombramiento porque es ilegal y en especial vulnera un derecho subjetivo de otra persona con el propósito de que se retire del ordenamiento jurídico para que a ésta se le proteja la respectiva garantía, habrá de demandarse mediante la acción de nulidad con restablecimiento, por el titular del derecho conculcado. Pero si se pretende demandar un acto de nombramiento porque se considera ilegal con el propósito de que se mantenga incólume el orden jurídico, habrá de demandarse mediante la acción de nulidad electoral.

Tal como se precisó antes, los demandantes, en ejercicio del contencioso subjetivo, demandaron el acto de nombramiento en cuanto consideraron que violó un derecho del grupo significativo de ciudadanos “Por un Valle Seguro”, adujeron que se hallan legitimados para impugnar porque obraron como inscriptores del Gobernador reemplazado, de manera que, es un caso especial y excepcional en el que se procura por el restablecimiento de un derecho político e independiente del fundamento legal de las pretensiones, la acción así presentada resultaba procedente y era preciso disponer su admisión. Por tanto, como la H. Consejera Ponente ordenó que se corrigiera y luego dispuso el rechazo, el auto recurrido amerita ser revocado como se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

### III.

Por lo expuesto se **resuelve**:

Revocar el auto de 5 de noviembre de 2010, a través del cual la H. Consejera Sustanciadora rechazó la demanda presentada en el proceso de la referencia.

Devuélvase el proceso al despacho sustanciador para que provea sobre la admisión de la demanda.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

**MAURICIO TORRES CUERVO**

**Presidente**

**SUSANA BUITRAGO VALENCIA**

**VIRGILIO ALMANZA OCAMPO**

**Secretario**