



303

**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN QUINTA**

**Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO**

Bogotá D.C., tres (03) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación Número: 17001-23-33-000-2018-00019-01**

**Actor: ALBA MARINA POSADA GUEVARA Y DIANA PATRICIA RINCÓN CANO**

**Demandado: FABIO CARDONA MARÍN, LEYDI CONSTAZA RAMIREZ MONTES, LINA MARIA SERNA JARAMILLO, MARIA JUDITH RAMIREZ GÓMEZ, DALIRIS ARIAS MARÍN Y JULIETA TORO GÓMEZ- COMO JEFES DE CONTROL INTERNO DE LAS DISTINTAS ENTIDADES DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS**

**Asunto: Nulidad Electoral – recurso de apelación excepciones previas**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la decisión adoptada por la Magistrada Ponente del Tribunal Administrativo de Caldas en el marco de la audiencia inicial celebrada el 9 de abril de 2018 y a través de la cual se declararon no probadas, entre otras, la excepción previa de *“falta de competencia”*.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

Las señoras **Alba Marina Posada Guevara y Diana Patricia Rincón Cano**, a través de apoderada judicial, y en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 del CPACA, demandaron la nulidad del Decreto N° 510 del 26 de diciembre de 2017 *“por medio del cual se hacen unas designaciones de periodo fijo para proveer los cargos de jefe de control interno del departamento”* y del Decreto N° 001 de 2018 *“por medio del cual se modifica el artículo primero del Decreto 510 de 26 de diciembre de 2017 por medio del cual se hacen unas designaciones de periodo fijo para proveer los cargos de jefe de control interno del departamento”* ambos proferidos por la Gobernación del Departamento de Caldas.

Como pretensiones solicitaron<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> Se transcriben las de la subsanación de la demanda.



**Radicación:** 17001-23-33-000-2018-00019-01

**Actor:** Alba Marina Posada Guevara y Diana Patricia Rincón Cano

**Demandado:** Acto de nombramiento de Jefes de Control interno de las distintas entidades del Departamento de Caldas.

**Proceso Electoral – Recurso de apelación excepciones previas**

**“PRIMERO.** Se declare nulo el Decreto N° 510 del 26 de diciembre de 2017 proferido por la Gobernación de Caldas “por medio del cual se hacen unas designaciones de periodo fijo para proveer los cargos de jefe de control interno del departamento” y cuyo texto es el siguiente (...)

**SEGUNDO:** Se declare nulo el Decreto N°001 de 2018 proferido por la Gobernación de Caldas “por medio del cual se modifica el artículo primero del Decreto 510 de 26 de diciembre de 2017 por medio del cual se hacen unas designaciones de periodo fijo para proveer los cargos de jefe de control interno del departamento.

**TERCERO:** Se ordene el nombramiento en los cargos de Jefes de Control Interno conforme el principio de mérito, y por ende, al orden de elegibilidad según los puntajes obtenidos en el consolidado final del concurso de méritos realizado por el departamento de Caldas (...)”<sup>2</sup> (Mayúsculas y negritas en original)

Como sustento de su petición relataron la siguiente situación fáctica

**1.1** El artículo 2.2.2.21.4.1 del Decreto 1083 de 2015 dispuso que los jefes de las oficinas de control interno de las entidades territoriales serían designados por el respectivo alcalde o gobernador para un periodo de 4 años.

Dicha disposición fue añadida mediante el artículo 15 del Decreto 648 de 2017 en el que se ordenó que el “*el nombramiento de esos servidores debe[ria] efectuarse teniendo en cuenta el principio de mérito, sin perjuicio de la facultad discrecional de la que gozan las entidades territoriales*”.

**1.2** Atendiendo a los anteriores lineamientos normativos, la Gobernación de Caldas expidió el Decreto 197 de agosto de 2017 “*por medio del cual se implementa, convoca, reglamenta el proceso de conformación de banco de hojas de vida a fin de efectuar la provisión de empleos de jefes asesores de control interno de las entidades y organismos del nivel territorial periodo 2018-2021*”.

En ese acto se dispuso que para la selección se utilizarían los siguientes instrumentos de medición de competencias funcionales y comportamentales:

---

<sup>2</sup> Folios 53 y 54.



Radicación: 17001-23-33-000-2018-00019-01

Actor: Alba Marina Posada Guevara y Diana Patricia Rincón Cano

Demandado: Acto de nombramiento de Jefes de Control interno de las distintas entidades del Departamento de Caldas.

Proceso Electoral – Recurso de apelación excepciones previas

324

INSTRUMENTO DE MEDICIÓN	CARÁCTER	PUNTAJE MÍNIMO	PORCENTAJE
Conocimientos	Eliminatorio	70/100	40
Competencias comportamental	clasificatoria	N/A	30
Entrevista	clasificatoria	N/A	30
Total			100

En todo caso, en el artículo 23 del referido acto se aclaró que el proceso de selección no constituía un concurso de méritos, ni limitaba la facultad discrecional del nominador -gobernador- para proveer esos cargos.

1.3 Mediante Decreto N° 458 de 8 de noviembre de 2017, la gobernación modificó el anterior esquema y determinó que el puntaje mínimo en el componente “conocimientos” no sería de 70 sino de 60 puntos.

1.4 La prueba de conocimientos se realizó el día 30 de noviembre de 2017, en tanto la prueba comportamental y la entrevista se realizaron los días 6 y 11 de diciembre de 2017, respectivamente.

1.5 El 17 de noviembre de 2017 se publicaron los resultados del proceso de selección y aquellos reflejaban dos ponderaciones: una en la se promediaban los 3 aspectos evaluados -conocimientos, comportamiento-entrevista- y otra, en la que el resultado era el promedio, únicamente, entre la prueba de conocimiento y la entrevista, es decir, con exclusión del resultado de la prueba comportamental.

1.6 El 26 de diciembre de 2017 la Gobernación de Caldas expidió el Decreto 510 a través del cual designó como jefes de oficina de control interno de las distintas entidades y organismos de esa entidad a las siguientes personas:

Nombre	Entidad	Promedio prueba conocimiento-comportamental y entrevista	Promedio prueba de conocimiento y entrevista
Julieta Toro Gómez	Gobernación de Caldas	64.5	82
Leydy Constanza Ramírez Montes	Industria Licorera de Caldas	60.9	72



**Radicación:** 17001-23-33-000-2018-00019-01

**Actor:** Alba Marina Posada Guevara y Diana Patricia Rincón Cano

**Demandado:** Acto de nombramiento de Jefes de Control interno de las distintas entidades del Departamento de Caldas.

**Proceso Electoral – Recurso de apelación excepciones previas**

Juan Pablo Herrera Arce	Colegio integrado Nacional Oriente Caldas	56.9	75
Fabio Cardona Marín	Empocaldas	55	75
Lina María Serna Jaramillo	Hospital Universitario Santa Sofía	68.1	79
María Judith Ramírez Gómez	Dirección Territorial de Salud de Caldas	62.3	73
Carlos Alberto Aristizábal	ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio	59.8	81
Nubia del Docorro Ramírez	ESE Hospital Departamental San Antonio de Villamaria.	58.9	75
Raúl Alfonso Aristizábal	ESE Hospital Departamental San José de Neira	64.2	81.5
Daliris Arias Marín	Inficaldas	62.5	77

**1.7** Mediante Decreto N° 001 de 2018, se modificó el anterior acto en lo que atañe a la designación del señor Raúl Alfonso Aristizábal quien sería nombrado ya no en el ESE Hospital Departamental San José de Neira, sino en el ESE Hospital Departamental San Félix de La Dorada.

A juicio de las demandantes, la anterior situación da cuenta de la nulidad del acto acusado, toda vez que la designación se fundamentó en el porcentaje del promedio de la prueba de conocimientos y la entrevista y no en el que resultó de la ponderación entre los 3 ítems evaluados, aspecto que modificó sustancialmente la *"lista de elegibles"*, pues a la larga resultaron nombradas personas que no obtuvieron los puntajes superiores.

En este orden de ideas, aseguraron que pese a que los señores Lina María Cardona, Adrián Alejandro Reyes, Alba Marina Posada y Diana Patricia Rincón obtuvieron los mayores puntajes al ponderar los resultados obtenidos en la prueba de conocimientos, comportamental y la entrevista, ninguno de ellos fue designado como jefe de la oficina de



*Radicación: 17001-23-33-000-2018-00019-01*

*Actor: Alba Marina Posada Guevara y Diana Patricia Rincón Cano*

*Demandado: Acto de nombramiento de Jefes de Control interno de las distintas entidades del Departamento de Caldas.*

*Proceso Electoral – Recurso de apelación excepciones previas*

control interno en alguna entidad u organismo del departamento, razón por la que es evidente que con los designaciones realizadas se transgredió el principio de mérito dispuesto en el Decreto Nacional 648 de 2017, así como los principios de moralidad y transparencia consagrados en la Constitución.

En este sentido, explicaron que en el caso concreto se materializaron las causales de desviación de poder, toda vez que obviando las reglas del “concurso” se nombró con fundamento en un promedio distinto al fijado en el Decreto Departamental 197 de 2017 y de falsa motivación, habida cuenta que desconociendo el principio del mérito se designaron a personas que no tenían derecho para ello.

Conforme a lo anterior solicitaron se declarara la nulidad del acto acusado, y en consecuencia, se nombrara en los citados cargos conforme al principio del mérito, es decir, conforme al orden de elegibilidad según los puntajes obtenidos del promedio que resultó de las pruebas de conocimientos, de comportamiento y la entrevista.

## **2. Las excepciones previas propuestas**

Después de la admisión de la demanda, la Gobernación de Caldas y las personas designadas mediante el decreto acusado procedieron a contestar la demanda, escritos en los cuales hicieron mención expresa sobre los hechos, se pronunciaron sobre los cargos de nulidad propuestos, solicitaron y aportaron pruebas.

Especialmente, las siguientes partes formularon, además, las siguientes excepciones previas:

### **2.1 Excepciones propuestas por los demandados Julieta Toro Gómez, Daliris Arias Marín y Fabio Cardona Marín**

A través de apoderado judicial, los referidos ciudadanos formularon las excepciones de: (i) inepta demanda; (ii) habersele dado al proceso un trámite que no corresponde y (iii) falta de competencia, las cuales desarrollaron en los siguientes términos:

325



**Radicación:** 17001-23-33-000-2018-00019-01

**Actor:** Alba Marina Posada Guevara y Diana Patricia Rincón Cano

**Demandado:** Acto de nombramiento de Jefes de Control interno de las distintas entidades del Departamento de Caldas.

**Proceso Electoral – Recurso de apelación excepciones previas**

2.1.1 Frente a la inepta demanda aseguraron que las accionantes no acreditaron el cumplimiento de lo reglado en el artículo 93 del C.G.P<sup>3</sup>. habida cuenta, que al momento de subsanar la demanda no se presentó una corrección, sino una reforma de la misma, lo que les imponía la carga de integrar la demanda y reforma en un solo escrito.

2.1.2 No habersele dado a la demanda un trámite que corresponde: al respecto argumentaron que en el escrito introductorio se aseguró, con fundamento en el numeral 13 del artículo 151 del CPACA, que el proceso de la referencia debía tramitarse en única instancia, porque se cuestionaba el nombramiento de funcionario del nivel asesor. Sin embargo, lo cierto es que los Jefes de Oficina de Control Interno son servidores del nivel directivo, razón por de acuerdo a lo reglado en el numeral 9º del artículo 152 del CPACA, el proceso podía tramitarse en dos instancias.

2.1.3 Falta de competencia: No obstante lo anterior, afirmaron que el tribunal carecía de competencia para conocer del proceso de la referencia, toda vez que las designaciones se realizaron en entidades con sede en municipios con menos de 70.000 habitantes, razón por la que no se cumplía el presupuesto previsto en numeral 9º del artículo 152 del CPACA.

En este sentido, explicaron que varios de los demandados ejercerían su función en municipios cuya población no alcanzaba tal guarismo, tal era el caso de Riosucio que tan solo cuenta con 62.292 habitantes o de Villamaria que alcanza una población de 57.383 personas según datos certificados por el DANE. Esta circunstancia, según criterio de los demandados, evidenciaba que la competencia para conocer del caso concreto no podría regirse por la norma en comento.

---

<sup>3</sup> **“Artículo 93. Corrección, aclaración y reforma de la demanda.** El demandante podrá corregir, aclarar o reformar la demanda en cualquier momento, desde su presentación y hasta antes del señalamiento de la audiencia inicial.

La reforma de la demanda procede por una sola vez, conforme a las siguientes reglas: (...)3. Para reformar la demanda es necesario presentarla debidamente integrada en un solo escrito.”



*Radicación: 17001-23-33-000-2018-00019-01*

*Actor: Alba Marina Posada Guevara y Diana Patricia Rincón Cano*

*Demandado: Acto de nombramiento de Jefes de Control interno de las distintas entidades del Departamento de Caldas.*

*Proceso Electoral – Recurso de apelación excepciones previas*

826

Con fundamento en lo anterior, aseguraron que este proceso debía ser remitido a los jueces administrativos, ya que eran ellos a los que, con fundamento en el numeral 9º del artículo 155 del CPACA, les correspondía desatar la demanda propuesta por las señoras Alba Marina Posada y Diana Patricia Rincón Cano.

Finalmente, señalaron que esta situación configuraba una nulidad procesal insaneable que imponía decretar la nulidad de todo lo actuado.

## **2.2 Excepciones propuestas por la demandada Leydi Constanza Ramírez Montes**

La citada ciudadana, a través de apoderado judicial presentó las excepciones previas de inepta demanda, toda vez que no se solicitó la nulidad de los actos mediante los cuales los demandados tomaron posesión de su cargo. Asimismo, formuló la excepción de indebida integración del Litis consorcio necesario, toda vez que el DAFP no fue vinculado al proceso, pese a que fue esta entidad la que acompañó el procedimiento adelantado por la Gobernación de Caldas.

## **3. El auto recurrido**

Se trata del adoptado por la Magistrada Ponente del proceso de la referencia en el Tribunal Administrativo de Caldas, proferido en la audiencia inicial celebrada el día 9 de abril de 2018, a través del cual se declararon no probadas las excepciones previas propuestas por la parte demandada.

**3.1** Para el efecto, se pronunció en primer sobre las excepciones planteadas por el apoderado de los señores Julieta Toro Gómez, Daliris Arias Marín y Fabio Cardona Marín en los términos que la Sala resume así:

**3.1.1** Frente a la excepción de inepta demanda, la Ponente aseguró que la argumentación propuesta por los demandados no podía acogerse, habida cuenta que ellos mismos reconocían que la demanda cumplió todo los requisitos para ser admitida, máxime cuando la anomalía que se presentaba podía ser evidenciada por el juez a efectos de integrar una proposición jurídica completa.



**Radicación:** 17001-23-33-000-2018-00019-01

**Actor:** Alba Marina Posada Guevara y Diana Patricia Rincón Cano

**Demandado:** Acto de nombramiento de Jefes de Control interno de las distintas entidades del Departamento de Caldas.

**Proceso Electoral – Recurso de apelación excepciones previas**

**3.1.2** Frente al vicio según el cual no se le dio a la demanda el trámite que corresponde, la Magistrada del Tribunal coligió que aquel se acogía de manera parcial, ya que si bien el proceso debía tramitarse en dos instancia, no era cierto que *“el despacho haya adoptado un trámite diferente al que le corresponde, pues en el presente caso el desarrollo adjetivo se ha ceñido a las normas previstas en los artículos 275 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 para el proceso electoral de primera instancia”*.

**3.1.3** Frente a la falta de competencia, la directora del proceso en el tribunal señaló que no se compartía la hermenéutica propuesta por los demandados, debido a que el artículo 152.9 del CPACA si le atribuía al tribunal la competencia para conocer del proceso en primera instancia. En este sentido, explicó que la última parte de la citada disposición, esto es, lo referente al número de habitantes de la población *“se circunscribe en el contexto del artículo, a los nombramiento efectuados por autoridades del orden municipal y no cubija aquellas designaciones hechas por autoridades nacionales o departamentales”*.

En este orden de ideas, coligió que los actos fueron expedidos por la máxima autoridad del departamento, por lo que el criterio de número de habitantes de los municipios en los que los demandados prestarán sus servicios no tiene la capacidad de alterar la competencia del tribunal.

**3.2** Decantado lo anterior, se procedió al análisis de las excepciones formuladas por la señora **Leydi Constancia Ramírez Montes**. Así las cosas, frente a la excepción de inepta demanda, se concluyó que aquella no estaba llamada a prosperar, debido a que desde la perspectiva de la nulidad electoral el acto definitivo es únicamente el de nombramiento, y en consecuencia, la parte actora no debía cuestionar también los actos de posesión.

Por su parte, frente la excepción de indebida integración de Litis consorcio se coligió que aquella tampoco estaba probada, ya que el hecho de que el DAFP hubiese acompañado el procedimiento que precedió al nombramiento no se constituía en una razón que indicara que su presencia era indispensable para adoptar una decisión de fondo, pues no tuvo participación directa en los actos acusados.





*Radicación: 17001-23-33-000-2018-00019-01*

*Actor: Alba Marina Posada Guevara y Diana Patricia Rincón Cano*

*Demandado: Acto de nombramiento de Jefes de Control interno de las distintas entidades del Departamento de Caldas.*

*Proceso Electoral – Recurso de apelación excepciones previas*

827

#### **4. Del recurso interpuesto<sup>4</sup>**

Inconforme con la decisión anterior, solo el apoderado de los señores Julieta Toro Gómez, Daliris Arias Marín y Fabio Cardona Marín interpuso recurso de apelación, **únicamente**, contra la decisión de no declarar probada la excepción de falta de competencia. Para el efecto, reiteró en su integridad los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, esto es, que el proceso debía ser remitido a los jueces, porque algunos de los demandados debían ejercer su función en municipios con menos de 70.000 habitantes,

#### **5. El traslado del recurso**

De conformidad con el numeral 1º del artículo 244 del CPACA, en el marco de la audiencia inicial se dio traslado del recurso propuesto a las partes así:

**5.1** La demandante se opuso a la prosperidad de la alzada, habida cuenta que la competencia si se encuentra en el tribunal, porque así lo precisa el numeral 9º del artículo 152 del CPACA.

**5.2** En tanto el **apoderado de la Gobernación y el de la señora Leidy Ramírez** coadyuvaron el recurso presentado, pues entendieron que como los nombrados ejercerían su función en un municipio con menos de 70.000 habitantes no podía aplicarse la norma en cita, sino el artículo 155 que consagra la competencia residual de los jueces administrativos en materia electoral.

**5.3** El **Ministerio Público** solicitó que se confirmará, la decisión, toda vez que no cabía duda que el acto acusado fue proferido por una autoridad departamental.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

En los términos de los artículos 125, 150, 152.9 y 180.6 del CPACA, corresponde a la Sección decidir la apelación presentada por la parte

---

<sup>4</sup> Los argumentos se encuentran en su integridad en el CD obrante a folio 310 del Expediente y el cual hace parte integra del acta de audiencia inicial celebrada el 9 de abril de 2018.



**Radicación:** 17001-23-33-000-2018-00019-01

**Actor:** Alba Marina Posada Guevara y Diana Patricia Rincón Cano

**Demandado:** Acto de nombramiento de Jefes de Control interno de las distintas entidades del Departamento de Caldas.

**Proceso Electoral – Recurso de apelación excepciones previas**

demandada contra el auto adoptado en audiencia pública celebrada el 9 de abril de 2018, proferido por la Magistrada Ponente del Tribunal Administrativo de Caldas.

Al respecto, la Sala considera oportuno reiterar que, de conformidad con el inciso final artículo 180.6 del CPACA y de acuerdo con la posición adoptada por la Sala Plena de esta Corporación en auto de unificación del 25 de junio de 2014 en el radicado 25000-23-36-000-2012-00395-01(49299), la providencia que decida sobre las excepciones previas propuestas sí es pasible del recurso de apelación o de súplica, según el caso.

## **2. Oportunidad y trámite del recurso**

La Sala observa que el recurso de apelación se presentó dentro de la oportunidad legal correspondiente y al mismo se le dio el trámite que impone el numeral 1º del artículo 244 del CPACA que enuncia que:

**“ARTÍCULO 244. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS.** *La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. Si el auto se profiere en audiencia, la apelación deberá interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de la misma. De inmediato el juez dará traslado del recurso a los demás sujetos procesales con el fin de que se pronuncien y a continuación procederá a resolver si lo concede o lo niega, de todo lo cual quedará constancia en el acta. (...)*”

## **3. Problema jurídico**

Ahora bien, de acuerdo a lo expuesto le corresponde a la Sala analizar si debe revocar, confirmar o modificar la decisión a través de la cual el Tribunal Administrativo de Caldas declaró no probada la excepción de falta de competencia.

## **4. Caso concreto**

**4.1** Según la doctrina la competencia es uno de los aspectos más importantes a la hora de recurrir a la administración de justicia, debido a que es esta figura la que permite determinar *“cuál de todos los funcionarios que tienen jurisdicción es el indicado para conocer de un determinado*



Radicación: 17001-23-33-000-2018-00019-01

Actor: Alba Marina Posada Guevara y Diana Patricia Rincón Cano

Demandado: Acto de nombramiento de Jefes de Control interno de las distintas entidades del Departamento de Caldas.

Proceso Electoral – Recurso de apelación excepciones previas

asunto”<sup>5</sup>. Ahora bien, desde el punto de vista teórico se han acuñado varios criterios determinadores de competencia a saber: objetivo<sup>6</sup>, subjetivo<sup>7</sup>, territorial y funcional<sup>8</sup>, y se ha entendido que la conjunción de todos ellos determinarán cuando una autoridad judicial es competente para conocer de cierto asunto.

Dada la relevancia de este concepto el legislador en el artículo 168 del CPACA estipuló que si al recibir la demanda el juez estima que no es competente, deberá remitir el expediente al competente a la brevedad.

Asimismo, el artículo 133 del C.G.P, aplicable por disposición del artículo 306 del CPACA erigió la falta de competencia como un vicio que afecta la validez del proceso pero, contrario a lo asegurado por el recurrente, determinó que “cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente”.

En este orden de ideas, es evidente que la competencia es un presupuesto indispensable para el curso del proceso, y por ende, la falta de competencia puede erigirse como un vicio de aquel, que se subsana remitiendo el expediente a la autoridad judicial correspondiente. Es de anotar que a diferencia de lo que sucedía en el pasado, en ciertos casos, lo actuado frente al incompetente conservara su validez.

4.2 Ahora bien, en el caso concreto, se alegó como excepción previa la falta de competencia del Tribunal de Caldas para tramitar el proceso de la referencia, toda vez que el artículo 152.9 del CPACA establece que dicha autoridad judicial solo puede conocer de la demanda contra actos de nombramiento de empleados del nivel directivo cuando el municipio tenga más de 70.000 habitantes.

En este sentido, se adujo que como en sub judice estaba demostrado que las entidades territoriales en las que los jefes de oficina de control interno

<sup>5</sup> López Blanco. Hernán Fabio. *Código General del Proceso*. Parte General. Ediciones Dupré. 2016. Pág. 230.

<sup>6</sup> Relacionado con la materia objeto de demanda. López Blanco. Ob. Cit. Pág. 231

<sup>7</sup> “la competencia se radica en determinados funcionarios en consideración a la calidad del sujeto que debe intervenir en la relación procesal”. López Blanco. Ob. Cit. Pág. 241

<sup>8</sup> Relacionado con la instancia en la que debe conocer el funcionario judicial –única-primera o segunda instancia-, pues adscribe la competencia “a funcionarios diferentes partiendo de la base de que existen diversos grados jerárquicos dentro de quienes administran justicia” Ob. Cit. Pág. 256.



**Radicación:** 17001-23-33-000-2018-00019-01

**Actor:** Alba Marina Posada Guevara y Diana Patricia Rincón Cano

**Demandado:** Acto de nombramiento de Jefes de Control interno de las distintas entidades del Departamento de Caldas.

**Proceso Electoral – Recurso de apelación excepciones previas**

se desempeñarían no tenían ese número poblacional, el tribunal de Caldas no podía seguir adelante con el conocimiento de este asunto.

La norma en comento establece un factor de competencia funcional y objetivo, en los siguientes términos:

*“Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:*

(...)

*9. De la nulidad del acto de nombramiento de los empleados públicos del nivel directivo o su equivalente **efectuado** por autoridades del orden nacional y por las autoridades Distritales, Departamentales o Municipales, en municipios con más de setenta mil (70.000) habitantes o que sean capital de departamento.”*

De la simple lectura de la norma objeto de estudio, la Sala colige que la hermenéutica propuesta por la parte recurrente no está llamada a prosperar, pues la regla de competencia fijada en dicho artículo está atada a categoría de la autoridad que profirió el acto de nombramiento y no al lugar donde el servidor designado prestara sus servicios. Ese y no otro es el sentido que de la expresión “*afectuado*” se desprende.

En efecto, aquel término denota que lo que determina cuando los tribunales pueden conocer en primera instancia de las demandas presentadas contra los nombramientos de los empleados del nivel directivo **es la categoría de la autoridad que profiere dicho acto** y no el número de habitantes con el que cuente el lugar donde la función pública se realizará, pues ese no fue el parámetro que el legislador estableció para fijar la competencia.

En este orden de ideas, si el acto de nombramiento es proferido por una autoridad del orden nacional o departamental, resulta inocuo que el lugar donde se prestará efectivamente el servicio tenga una población menor a 70.000 habitantes, ya que lo que determina la competencia del tribunal es la clase de autoridad que efectuó la designación, esto es, nacional, departamental o municipal.

Así pues, un correcto entendimiento de la norma objeto de estudio permite a la Sala colegir, sin ambages, que la cifra relacionada con el



Radicación: 17001-23-33-000-2018-00019-01

Actor: Alba Marina Posada Guevara y Diana Patricia Rincón Cano

Demandado: Acto de nombramiento de Jefes de Control interno de las distintas entidades del Departamento de Caldas.

Proceso Electoral – Recurso de apelación excepciones previas

329

número de habitantes solo adopta relevancia cuando el acto de nombramiento de un servidor del nivel directivo es expedido por una autoridad del orden municipal distinta de la capital del departamento, pues en ese evento para que la competencia del tribunal se active, en primera instancia, será menester acreditar que la autoridad municipal pertenece a una entidad territorial que cuenta con más de 70.000 habitantes.

Lo anterior aplicado al caso concreto, impone a la Sala colegir que la decisión adoptada en el auto de 9 de abril de 2018 debe confirmarse, habida cuenta que independiente del número de habitantes que tenga el lugar donde los demandados prestaran sus servicios como Jefes de Control Interno -Villamaria, Riosucio, Neira, etc.-, lo cierto que está demostrado que tanto el Decreto N° 510 de diciembre de 2017 como el Decreto 01 de 2018 -actos que nombraron empleados del nivel directivo- fueron expedidos por el Gobernador de Caldas, es decir, por una autoridad del orden departamental; aspecto suficiente para activar la competencia del tribunal en primera instancia, según la adecuada interpretación del numeral 9° del artículo 152 del CPACA.

Así las cosas, se confirmará en su integridad la decisión de no declarar probada la excepción de falta de competencia.

4.3 Ahora bien, no escapa a la Sala que mediante la tercera pretensión de la demanda se busca que los cargos de Jefes de Oficina de Control Interno en las entidades y organismos del Departamento de Caldas se provean conforme al principio del mérito y en el orden de legibilidad asignado por la ponderación de los tres ítems evaluados.

Para la Sección es evidente que dicha petición genera un restablecimiento para las demandantes, quienes no solo participaron en el procedimiento de selección, sino que, además, según su mismo dicho, tendrían “derecho” a ser nombradas en tales dignidades.

En este orden de ideas, y como por la naturaleza misma del medio de control de nulidad electoral aquel no es compatible con pretensiones de restablecimiento bien sean implícitas o explícitas, la Sala estima pertinente reiterar cuales son las diferencias entre el medio de control de nulidad y nulidad y restablecimiento y cuales las posibilidades que tiene



**Radicación:** 17001-23-33-000-2018-00019-01

**Actor:** Alba Marina Posada Guevara y Diana Patricia Rincón Cano

**Demandado:** Acto de nombramiento de Jefes de Control interno de las distintas entidades del Departamento de Caldas.

**Proceso Electoral – Recurso de apelación excepciones previas**

el juez cuando una demanda de nulidad electoral encubre en realidad una de nulidad y restablecimiento.

Por disposición de la ley, los actos electorales en especial los actos de nombramiento pueden ser controvertidos, principalmente a través de dos vías a saber: mediante el medio de control previsto en el artículo 139 del CPACA -nulidad electoral-, o a través del descrito en el artículo 138 ibídem- nulidad y restablecimiento-.

El uso de uno y otra herramienta dependerá de la finalidad que se busque al activar el aparato judicial. En este sentido, la Sección ha concluido que debe acudirse a *“La nulidad electoral cuando la pretensión es discutir la legalidad del acto declaratorio de elección o acto electoral propiamente dicho y, la nulidad y restablecimiento del derecho, cuando el propósito pretensional sea la obtención de un restablecimiento, expreso si se solicita por postulación de parte, o tácito, implícito o automático, cuando del planteamiento de la causa petendi así se advierta”*<sup>9</sup>.

Así pues, si lo que busca es controvertir la legalidad en abstracto de un acto electoral se debe acudir al medio previsto en el artículo 139 del CPACA; por el contrario, si lo que se pretende no solo es un control de legalidad, sino, adicionalmente, el resarcimiento de un derecho deberá invocarse el medio de nulidad y restablecimiento. Esto es de suma importancia porque el uso de una u otra herramienta judicial tendrán consecuencias distintas tanto desde el punto de vista procesal, como desde las cargas procesales que cada uno comporta para las partes.

Por ello, la Sección ha concluido que es menester que el juez en uso de sus poderes de adecuación (artículo 171 del CPACA), dirección del proceso e interpretación de la demanda examine si la vía procesal invocada por la parte actora es la adecuada, y en caso negativo, en garantía del derecho de acceso a la administración de justicia la adecue salvaguardando los presupuestos propios de cada medio de control.

En consecuencia, si en la demanda se busca realizar, únicamente, un control objetivo de legalidad del acto electoral -usualmente de

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de Sala del 30 de junio de 2016, radicación 68001233300020160048401 CP. Lucy Jeannette Bermúdez Ddo. Personero de Floridablanca. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de Sala del 7 de julio de 2016, radicación 7600123330072016-00252-01 CP. Lucy Jeannette Bermúdez Ddo. Concejales de Tuluá.



Radicación: 17001-23-33-000-2018-00019-01

Actor: Alba Marina Posada Guevara y Diana Patricia Rincón Cano

Demandado: Acto de nombramiento de Jefes de Control interno de las distintas entidades del Departamento de Caldas.

Proceso Electoral – Recurso de apelación excepciones previas

nombramiento- sin reclamar, además, restablecimiento alguno, el medio de control idóneo será la nulidad electoral.

Por el contrario, cuando pese a que la demanda se denomine formalmente “nulidad electoral” porque se pretende la anulación de un acto de tales características pero, además, se busque ya sea de forma expresa o tácita, la obtención de un restablecimiento, se estará en presencia de una nulidad y restablecimiento, pues la finalidad de este medio de control es precisamente resarcimiento de un derecho que se considera conculcado.

En este último evento en aplicación de los poderes de dirección y corrección del proceso le corresponderá al juez adecuar el trámite a la vía procesal correspondiente, o en su defecto *“debe rechazar cualquiera pretensión de restablecimiento o reparación de daño subjetivo que se pretenda derivar del acto electoral.”*<sup>10</sup>

En este sentido, es de aclarar que como el acto de nombramiento por disposición legal es pasible de la nulidad electoral, y como a través de este mecanismo no es viable perseguir pretensiones de restablecimiento ya sean expresas o tácitas, la Sección ha admitido que es perfectamente posible *“que coexistan demandas de nulidad electoral y de nulidad y restablecimiento del derecho dirigidas contra un mismo acto”*<sup>11</sup>, en este caso de nombramiento.

Lo anterior aplicado al caso concreto, impone colegir que, salvo que las demandantes en la continuación de la audiencia inicial renuncien a la tercera pretensión de la demanda, el Tribunal debe ajustar el proceso de la referencia al trámite procesal de una nulidad y restablecimiento, habida cuenta que la parte actora no busca simplemente la anulación del Decreto N° 510 de diciembre de 2017 y el que lo modificó, sino que pretenden<sup>12</sup>, además, ser designadas como Jefes de Oficina de Control Interno de entidades u organismos del Departamento de Caldas, pretensión que escapa a la órbita del medio de control de nulidad electoral.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de Sala del 30 de junio de 2016, radicación 68001233300020160048401 CP. Lucy Jeannette Bermúdez Ddo. Personero de Floridablanca

<sup>11</sup> Ibídem

<sup>12</sup> Conforme a la tercera pretensión de la demanda.



**Radicación:** 17001-23-33-000-2018-00019-01

**Actor:** Alba Marina Posada Guevara y Diana Patricia Rincón Cano

**Demandado:** Acto de nombramiento de Jefes de Control interno de las distintas entidades del Departamento de Caldas.

**Proceso Electoral – Recurso de apelación excepciones previas**

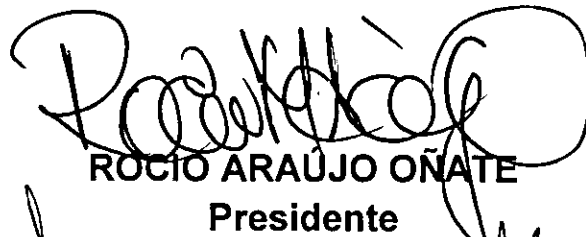
En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado,

### III. RESUELVE:

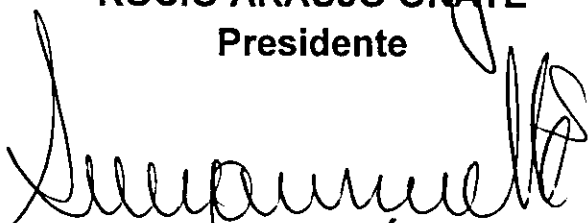
**Primero: Confirmar** la decisión de no declarar probada la excepción de falta de competencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas en audiencia inicial del 9 de abril de 2018.

**Segundo: Devolver** al Tribunal de origen para lo de su cargo

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
Presidente



**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Consejera



**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Consejero



**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

