



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, tres (3) de octubre de dos mil trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

TEMAS:

MEDIO DE CONTROL IDÓNEO PARA DIRIMIR EL CONFLICTO - NULIDAD ELECTORAL Y NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - FINALIDAD Y CARACTERÍSTICAS, TEORÍA DE LOS MÓVILES Y LAS FINALIDADES FRENTE AL CASO CONCRETO, EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE ELECCIÓN DE GERENTE DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

INSTANCIA:

SEGUNDA

Decide la Sala Unitaria de Decisión¹ la apelación interpuesta por la parte demandante en oposición a la providencia de fecha 13 de septiembre de 2013, proferida por el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO dentro de la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de C.P.A.C.A.² mediante la cual se declaró la nulidad de todo lo actuado hasta el auto admisorio de la demanda, en atención a la falta de competencia de ese despacho, con el argumento de la indebida escogencia del medio de control invocado, debiéndose intentar el de Nulidad Electoral y no el de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, como lo hizo la parte actora.

¹ Artículo 125 del C.P.C.A.C.A.

² Véase fol. 505 y ss. acta de audiencia. Anexos.



1. ANTECEDENTES

1.1 LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

MILENA MARÍA PEREIRA PEÑARTE presentó demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el MUNICIPIO DE SINCELEJO - JUNTA DIRECTIVA DE LA E.S.E SAN FRANCISCO DE ASÍS DE SINCELEJO, LA CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE COLOMBIA “IDEAS” y SALWA RAPAG CARMICHEL tercera interesada, para que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto 498 del 12 de julio de 2012, expedido por el alcalde del Municipio de Sincelejo, por medio del cual se realizó el nombramiento del Gerente de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO UNIDAD DE SALUD SAN FRANCISCO DE ASÍS.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó:

- Que se proceda por parte del Alcalde del municipio de Sincelejo a nombrarla en calidad de Gerente de la E.S.E SAN FRANCISCO DE ASÍS DE SINCELEJO, para el período 2012-2016.
- Que se ordene a las entidades demandadas a dar cumplimiento al fallo dentro del término de 30 días en lo dispuesto por el artículo 192 del C.P.A.C.A.
- Que se condene al municipio de Sincelejo a reconocer y pagar todas las prestaciones sociales a las que tiene derecho, por el tiempo comprendido entre el 12 de julio hasta la fecha del fallo.
- Que como consecuencia de lo anterior, se ordene al municipio de Sincelejo a cancelar las prestaciones sociales, tales como: Cesantías, intereses a la



cesantía, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, auxilio o prima de alimentación, dotación y calzado, aportes patronales a pensión, subsidio de transporte a que tiene derecho con ocasión al cargo de Gerente de la mencionada E.S.E, que debió ostentar desde el día 12 de julio de 2012.

- Que se condene al Municipio de Sincelejo, a que sobre las sumas que resultare pagar a su favor, le reconozca y pague las sumas necesarias para hacer ajustes de valor, conforme al IPC, o al por mayor en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A.
- Que se condene al Municipio de Sincelejo, a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A. reconozca y pague a su favor, los intereses moratorios conforme al artículo 195 *ibídem*.
- Que se condene al Municipio de Sincelejo-Junta Directiva de la E.S.E UNIDAD DE SALUD SAN FRANCISCO DE ASÍSCORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE COLOMBIA “IDEAS”, al pago de las costas procesales y agencias en derecho conforme a lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A.

1.2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA³

EL JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, mediante auto del 13 de de septiembre de 2013, declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso, hasta el auto admisorio de la demanda, en atención a la nulidad procesal propuesto por el ente demandado MUNICIPIO DE SINCELEJO y por SALWA RAPAG CARMICHEL tercera interesada, donde se argumentó que el medio de control intentado por la parte actora fue el equivocado, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto debatido, que tratándose de la nulidad de un acto de elección, el medio de control adecuado sería el de

³ Véase video de audiencia inicial a partir del minuto 26:27. (Archivo 20130913-091007).



Nulidad Electoral y no el de Nulidad y Restablecimiento del Derecho como lo hizo la actora, y por consiguiente también se configuraría la falta de competencia del despacho en esa instancia, siendo competencia del Tribunal Administrativo de Sucre.

Indica el *A quo*⁴, tener vocación de prosperidad las causales de nulidad procesal invocadas, por cuanto, la naturaleza de la nulidad electoral es para hacer control de los actos de elección y de nombramiento de los servidores públicos, mientras que el de nulidad y restablecimiento del derecho es para todos los actos que afecten derechos subjetivos.

Señaló además, que del análisis de los artículos 138 y 139 de la Ley 1437 de 2011, en conjunto con los artículos 275 a 293 *ibídem*, se muestra que el medio de control electoral fue diseñado para examinar si los actos que regulan materias electorales o los que declaran elecciones fueron expedidos en forma contraria al ordenamiento jurídico o desconocimiento de las reglas normativas que se imponen para el efecto, así las cosas la Resolución 498 del 12 de julio de 2012, por medio del cual se designa a SALWA RAPAG CARMICHEL, como Gerente de la ESE SAN FRANCISCO DE ASÍS, es un típico acto de nombramiento y en esa medida su juzgamiento solo puede adelantarse a través del medio de control de nulidad electoral, como así lo aceptado la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Manifiesta, que el derecho afectado debe ser consolidado cierto y no expectativas para que proceda la nulidad y restablecimiento del derecho, haciendo énfasis en lo expuesto por el Consejo de Estado, cuando dice que solamente son viables aquellas que i) están dirigidas a restaurar el orden jurídico abstracto vulnerado por un acto ilegal o inconstitucional, ii) buscan retrotraer la situación abstracta anterior a la elección o nombramiento irregular iii) las que tienen como objetivo sanear la irregularidad que constató el acto ilegal. *A contrario sensu*, en el medio de control de carácter electoral no son viables las pretensiones dirigidas a obtener el

⁴ Véase video a partir del minuto 1:18. (Archivo 20130913-094703).



reconocimiento de derechos concretos o la declaración de situaciones subjetivas a favor de la parte demandante.

Afirmó, que teniendo en cuenta lo dicho, la competencia sería del Tribunal Administrativo de conformidad a lo dispuesto por el numeral 9 del artículo 152 del C.P.C.A, por lo que concluye decretar la nulidad de todo lo actuado hasta el auto admisorio de la demanda y la remisión del expediente al competente según su argumento, porque la naturaleza de la Nulidad Electoral es para hacer el control de los actos de elección y de nombramiento de los servidores públicos y el de Nulidad y Restablecimiento del Derecho para aquellos que afecten derechos subjetivos, que el derecho afectado debe ser consolidado y cierto, y no meras expectativas, y la competencia es del Tribunal Administrativo porque el fin que persigue es la nulidad de un acto de nombramiento.

1.3. EL RECURSO DE ALZADA⁵

Inconforme con la decisión adoptada, la parte demandante interpuso recurso de apelación de manera verbal, solicitando sea concedida para efectos que el Superior se pronuncie sobre su procedencia y lo sustentó en los siguientes términos:

Manifestó, que contrario a lo expuesto por el despacho, lo solicitado no se trata a una mera expectativa, toda vez que el concurso como tal, no se ciñó a los parámetros establecidos para ello, por lo que existe un derecho concreto, que si bien es cierto no es de carácter económico, si lo es de carácter subjetivo en cuanto a la defensa que tiene de esos mismos derechos legales.

En ese sentido, solicitó, que se revoque la decisión y en consecuencia sea el superior quien conozca del asunto.

⁵ Ver video audiencia inicial a partir del minuto 14:00. (Archivo 20130913-094703).



Como fundamento del recurso interpuesto, cita una sentencia del 12 de abril de 2012, del CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “B” MP. GERARDO ARENAS MONSALVE radicado: 250002325000.

1.4. TRASLADO DEL RECURSO⁶

El Juez de primera instancia, de conformidad con el artículo 244 del C.P.A.C.A, corrió traslado del recurso a las partes demandadas, CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE COLOMBIA “IDEAS”, E.S.E SAN FRANCISCO DE ASÍS DE SINCELEJO, el MUNICIPIO DE SINCELEJO y SALWA RAPAG CARMICHEL tercera interesada , quienes manifestaron estar de acuerdo con la decisión tomada por el despacho, en razón a que efectivamente el medio de control intentado por el actor no fue el correcto, como quiera que no existe un derecho concreto, si no una mera expectativa, por lo cual debió tramitarse la demanda por el medio de control de Nulidad Electoral.

2. CONSIDERACIONES

En atención a las posturas del *A quo* y de cada una de las partes del proceso, corresponde a esta Corporación determinar resolver el siguiente problema jurídico:

¿Cuándo previo un procedimiento administrativo de elección, una persona de la que participó en el mismo cree que sus derechos subjetivos fueron vulnerados por considerar que posee el derecho a ser nombrada en el cargo, qué medio de control es procedente para proteger sus derechos?

Partiendo de lo anterior, la Sala abordará el análisis del tema puesto a su juicio, desarrollando los siguientes temas: **i)** El procedimiento administrativo de elección de Gerente de las Empresas Sociales del Estado, **ii)** Medio de control idóneo para dirimir el conflicto-Nulidad Electoral y Nulidad y Restablecimiento del Derecho-

⁶ Véase video a partir del minuto 16:56. (Archivo 20130913-094703).



finalidad y características, **iii)** Teoría de los móviles y las finalidades frente al caso concreto, y **iv)** Caso concreto.

2.1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE ELECCIÓN DE GERENTE DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

Es importante partir el estudio del tema puesto a consideración de la Sala del tema del procedimiento de elección de los gerentes de las E.S.E.'s, atendiendo a que en el *sub judice* se busca la nulidad de un acto administrativo contenido el Decreto 498 del 12 de julio de 2012, por medio del cual se nombra al Gerente de la E.S.E SAN FRANCISCO DE ASÍS DE SINCELEJO.

El tema en estudio, encuentra su regulación legal en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, norma que en su aparte pertinente consagra:

“Artículo 28. *De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.*

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento, o previo concurso de méritos.

...” (Subrayas de la Sala).

De la anterior norma y de su desarrollo encontrado en su Decreto reglamentario 800 de 2008, se infiere que para la elección del gerente de las E.S.E.'s. las Juntas Directivas inician una actuación administrativa denominada Concurso de Méritos Abierto y Público, procedimiento que culmina con el acto de elección, el que es expedido por el respectivo nominador según los estatutos de la entidad, previa expedición por parte de la Junta de la correspondiente terna, con la aclaración de que el nominador queda sujeto al orden de puntajes otorgados a los integrantes de la terna, conforme lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia C-181 de



2010, en la que declaró la exequibilidad condicionada de los apartes subrayados del artículo 26 de la Ley 1122 de 2007, ya transcrita.

Lo anterior llevado al caso concreto, nos permite determinar, que si bien es cierto, se pretende la nulidad de un acto administrativo por medio del cual se hace un nombramiento de Gerente de una Empresa Social del Estado, también lo es que, la naturaleza de la pretensión incoada, lleva implícito el reconocimiento de un derecho subjetivo y concreto, como quiera que lo que se busca es que se restablezca un derecho que se vio afectado por posible irregularidad en el proceso de selección de Gerente de la ya mencionada E.S.E, de donde se desprende un interés meramente particular y no general, como quiera que considera la parte actora verse afectada por la decisión adoptada en dicho acto administrativo, es decir, su pretensión en modo alguno va dirigida a proteger el orden de legalidad en abstracto, sino en concreto.

Partiendo de lo anterior, y ante la existencia de varias vías procesales para atacar este tipo de actos administrativos, es menester que se estudien dichos causes.

2.2. MEDIO DE CONTROL IDÓNEO PARA DIRIMIR EL CONFLICTO: NULIDAD ELECTORAL Y NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. FINALIDAD Y CARACTERÍSTICAS DE AMBOS MEDIOS

Considera pertinente esta Colegiatura señalar, en primera medida, lo que es solicitado por la parte actora dentro del libelo de pretensiones, como quiera que la *causa petendi* en conjunto con la reseña fáctica, es lo que establece la naturaleza del medio de control incoado.

La parte demandante acude a la jurisdicción contenciosa administrativa a través del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO en aras de buscar la nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto 498 del 12 de julio de 2012, emitido por el Alcalde del municipio de



Sincelejo, donde se efectúa el nombramiento del Gerente de la E.S.E SAN FRANCISCO DE ASÍS DE SINCELEJO.

Su pretensión principal, a renglón seguido dice *“Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto 498 del 12 de julio de 2012 expedido por el Alcalde del Municipio de Sincelejo Sucre”*

En razón a lo anterior solicitó que: *“Una vez anulado el acto administrativo antes mencionado , se me restablezca el derecho conculcado y se proceda por parte del Alcalde del Municipio de Sincelejo a nombrarme como Gerente de la E.S.E San Francisco de Asís de Sincelejo para el periodo 2012-2016”*.

En primer lugar, es importante traer a colación lo dispuesto por el artículo 138 del C.P.A.C.A.

“Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.”

De la anterior norma, se puede evidenciar claramente que la misma se caracteriza porque se ejerce no para garantizar la legalidad en abstracto, sino para que previa verificación de la ilegalidad del acto, obtener el reconocimiento de una situación jurídica particular y la adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento o reparación de un derecho que el actor cree tener, por lo que lleva implícito la existencia de un interés particular, por lo que podrá ejercerla quien **considere** que su derecho ha sido lesionado.



Aunado a lo expuesto se debe resaltar igualmente su carácter subjetivo, cuando dice *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho suyo”*, por consiguiente, es en razón a esta característica, que se convierte en el instrumento idóneo para la defensa de un interés particular que ha sido vulnerado por la expedición del acto administrativo, ejerciéndola solo quien demuestre un interés específico, es decir, el afectado por la expedición del acto administrativo, sin que en las etapas iniciales del proceso sea menester demostrar la existencia del derecho pretendido para incoar este medio de control, dado que para ello esta la sentencia que definirá si en verdad el derecho que el actor cree lesionado existe.

Una vez hecho el análisis de la anterior normativa que rige el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, procede la Sala a efectuar el estudio sobre las normas procesales que rigen la Nulidad Electoral.

El artículo 139 del C.P.A.C.A dispone:

“Artículo 139. Nulidad electoral. Cualquiera persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección.

En todo caso, las decisiones de naturaleza electoral no serán susceptibles de ser controvertidas mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la Ley 472 de 1998.”

Lo anterior, denota una característica clara, y es que del texto mismo de la norma se puede extraer que es una acción pública, en el sentido que puede ser interpuesta de manera directa por cualquier persona, que fue establecida para efectos de examinar si el acto declaratorio de elección o de nombramiento está



viciado de nulidad, pero quizás la característica mas importante es aquella que se encuentra en su finalidad, y es que a través de ella, se pretende la defensa y la restauración de la legalidad y del orden jurídico **en abstracto**, lo que la diferencia en gran manera con la de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que además de pretender preservar el principio de legalidad, se pretende la defensa de **un interés particular** que según quien la ejerce ha sido vulnerado por la expedición del acto administrativo.

Teniendo en cuenta el anterior análisis normativo de ambos medios de control, se puede concluir, que la característica que delimita la naturaleza jurídica de la nulidad de carácter electoral a la de nulidad y restablecimiento del derecho no está dada el tipo de acto que se demande sino por el fin perseguido por el actor lo que se determina en lo pretendido y en la legitimidad aducida para ejercerla, de hecho, el medio de control de nulidad, general o el especial de contenido electoral, pretende única y exclusivamente dejar sin efectos jurídicos un acto administrativo, ello es precisamente lo que diferencia las nulidades objetivas de las subjetivas como la nulidad y restablecimiento del derecho, pues esta última busca, además de la nulidad del acto administrativo demandado, el restablecimiento de un derecho individual y concreto que el demandado cree tener, hecho este que lo legitima por activa para su iniciación, sin que en la admisión o en las etapas iniciales del proceso sea menester que este demuestre un derecho cierto, dado que, se reitera, para eso esta la sentencia que definirá la existencia o no del derecho en discusión.

Para determinar lo anterior, la jurisprudencia ha creado una serie de parámetros conocidos como la teoría de los móviles y finalidades, tema que entra a abordar la Sala.

2.3. TEORÍA DE LOS MÓVILES Y LAS FINALIDADES FRENTE AL CASO CONCRETO

La **TEORÍA DE LOS MÓVILES Y LAS FINALIDADES**, ha sido considerada por la doctrina y la jurisprudencia contencioso administrativa como



cuerpo teórico con arreglo al cual se determina la procedencia, en casos concretos, de los medios de control, por una parte los objetivos de nulidad y nulidad electoral, y por la otra el subjetivo de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que surge de la necesidad de establecer cuál era la forma en que procedían estas dos tipos de acciones frente de los actos administrativos, en tanto que ambas incluyen como pretensión la nulidad de los mismos, independientemente de la generalidad o particularidad de cada uno de ellos, convirtiéndose en el instrumento adecuado para determinar el medio de control idóneo de controvertir actos administrativos de carácter particular de acuerdo con el fin perseguido por el actor.

Al respecto, ha dicho el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

*“A partir del 1959 la jurisprudencia de esta Corporación introdujo una modificación referente a la procedibilidad de las acciones de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho al considerar, en ese momento, que el criterio del legislador para distinguir las acciones de nulidad y de plena jurisdicción era el de la preexistencia del derecho. Así se expresó en esa oportunidad: **“La razonabilidad de esa diferencia está en relación directa con los objetivos y finalidades de las dos acciones, ya que la primera sólo tiene por mira la restauración de la legalidad y del orden jurídico general al obtenerse por la jurisdicción ... la nulidad del acto jurídico que se dice causante del respectivo quebrantamiento, y por el contrario, la segunda, más que volver por el imperio de la normalidad legal violentada, desde un punto de vista genérico y altruista, lo que procura dentro del llamado por la ley ‘restablecimiento del derecho’, no es cosa distinta a la de que se declare a cargo del Estado una indemnización no siempre de orden moral simplemente, sino de índole patrimonial.”***

*Posteriormente, el 10 de agosto de 1961, esta Corporación aborda nuevamente el tema con ponencia del Magistrado Carlos Gustavo Arrieta Alandete precisando, en aquella oportunidad, que son los motivos determinantes de la acción y las finalidades que a ella ha señalado la ley, los elementos que sirven para identificarla jurídicamente y para calificar su procedencia. En efecto, señaló que: **“los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores y que su finalidad es las de someter la administración pública al imperio del derecho objetivo.”***



El 29 de octubre de 1996, la Sala Plena de la Corporación en sentencia de 29 de octubre de 1996, M.P. Daniel Suárez Hernández, precisó que, además de los casos expresamente previstos en la ley, la acción de simple nulidad también procede contra los actos particulares y concretos cuando: “la situación de carácter individual a que se refiere el acto, comporte un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos.”

(,,,).....

En este mismo sentido, el Despacho que sustancia la presente causa mediante sentencia de 22 de mayo de 2008 precisó que **“De conformidad con la Teoría de los Motivos y Finalidades, sostenida por esta Corporación, no es la naturaleza del acto que se demanda el que determina el tipo de acción incoada sino los objetivos y las consecuencias que de ella se derivan, las que finalmente estructuran la clase de acción propuesta. La acción objetiva de nulidad tiene como finalidad única la de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta y la subjetiva de nulidad y restablecimiento, adicional a lo anterior, el restablecimiento del derecho y la reparación del daño.”**(Negrillas de la Sala).

En igual sentido existe un pronunciamiento de la H. Corte Constitucional frente al tema, que por su interés, la Sala considera pertinente traer a colación:

“...la procedencia de la acción de simple nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho no está determinada por el contenido del acto administrativo demandado, ni por los efectos que de éstos se puedan derivar, sino por la naturaleza de la pretensión que se formule, pues: “La promoción o iniciación del proceso, su desarrollo e instrucción y la posterior decisión, encuentran como referente válido la declaración de voluntad del demandante o lo que éste pida que se proteja, sin que tenga por qué incidir en la actuación la condición del acto violador o sus efectos más próximos.”⁸(Negrillas de la Sala).

En base a lo expuesto, considera esta Judicatura, que lo que determina la idoneidad misma del medio de control a instaurar, no es el móvil mismo, o su

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “B”. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. providencia del 12 de agosto de 2010. Radicación número: 68001-23-15-000-2008-00712-01(1560-09). Actor: TIBERIO VILLAREAL RAMOS. Demandado: MUNICIPIO DE RIONEGRO – SANTANDER.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-426 de 2002. M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL.



contenido, sino la pretensión como tal, si bien es cierto ambas nulidades pretenden la defensa del orden jurídico en abstracto, también lo es que la Nulidad y Restablecimiento del Derecho en su naturaleza subjetiva, busca, además de la nulidad del acto administrativo demandado, el restablecimiento de un derecho individual y concreto.

Analizado lo anterior se pasará a estudiar:

2.4. CASO CONCRETO

Observa la Sala, que en el caso concreto, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, la parte actora solicitó ante el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE SINCELEJO la nulidad del Decreto 498 del 12 de julio de 2012 acto mediante el cual, el Alcalde municipal de Sincelejo- Sucre, nombró como Gerente de la E.S.E SAN FRANCISCO DE ASÍS DE SINCELEJO a SALWA RAPAG CARMICHEL.

La parte demandante sustentó su pretensión de nulidad en la supuesta violación a las normas constitucionales que rigen la elección del cargo de Gerente de las Empresas sociales del Estado, artículos 28 de la Ley 1122 de 2007, 22 del Decreto 785 de 2005 y 2, 13, 25 y 29 superiores, desconociendo las obligaciones en ellas contenidas de dar protección al trabajo, como quiera que el trato discriminatorio de los entes demandados ha desplegado una conducta ilegal , por cuanto al momento de evaluarse su hoja de vida, se desconocieron los postulados plasmados en las normas antes citadas, ya que sin justificación legal alguna la universidad que adelantó el proceso de selección dejó de calificar su experiencia, con la excusa de no reunir los requisitos para ostentar el mencionado cargo.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo, mediante auto del 21 de enero de 2013⁹, admitió la demanda, las entidades

⁹ Fol. 96. Cuaderno principal.



demandadas haciendo uso de su derecho a la defensa contestaron la demanda, el MUNICIPIO DE SINCELEJO, y SALWA RAPAG CARMICHEL, tercera interesada propusieron incidente de nulidad¹⁰, fundados en la causal de nulidad de falta de competencia consagrada en el artículo 140 del C.P.C, por la indebida escogencia del medio de control.

Posteriormente el *A quo* en audiencia inicial celebrada el día 13 de septiembre de 2013¹¹, accedió a lo solicitado por los demandados y decretó la nulidad de todo lo actuado hasta el auto admisorio de la demanda, en atención a la causal de nulidad consagrada en el artículo 140 numeral 2° del C.P.C, denominada falta de competencia, por considerar que el medio de control intentado no era el adecuado, por cuanto lo que se pretende demandar es un acto administrativo de nombramiento y elección lo correcto sería interponer la Nulidad Electoral y no la Nulidad y Restablecimiento del Derecho como lo hizo el actor.

Por lo anterior, la parte actora interpuso el recurso de apelación contra dicha decisión, el que fue sustentado oralmente en la misma audiencia.

Arribando al fondo del asunto, sea lo primero advertir, que esta Corporación, no comparte los argumentos expuestos por los demandados en el incidente de nulidad propuesto, ni lo esgrimido por el *A-quo* en la providencia dictada, como quiera que para esta Judicatura el medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO es idóneo para dirimir el asunto debatido en el *sub lite*, habida consideración que si hablamos de la nulidad electoral estamos hablando de una finalidad objetiva, que lo que busca es la preservación del orden jurídico general y abstracto, sin interés alguno en particular más que la preservación del ordenamiento legal en sentido amplió, y atendiendo a que la pretensión de la actora va encaminada a buscar la nulidad de un acto administrativo que a su consideración vulnera sus derechos, y el derecho a obtener el restablecimiento respectivo, claramente estamos en presencia de un

¹⁰Fol. 227 a 243. Cuaderno principal

¹¹Fol. 465 a 479. Cuaderno principal.



derecho subjetivo y concreto que la actora pretende o cree vulnerado por el acto demandado, bajo un interés meramente particular y no general, teniendo en cuenta que, como se indicó anteriormente, lo correcto es atender a la naturaleza misma de la pretensión antes que al contenido mismo del acto administrativo, sin que sea de recibo para este Tribunal lo aducido por el *A quo* de que la actora posee una mera expectativa y no un derecho, dado que eso es precisamente lo que se encuentra en discusión dentro del proceso y sin que sea en modo alguno exigible para iniciar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el tener un derecho cierto, dado que la norma ya estudiada legitima a quien **CREA TENER UN DERECHO**, legitimación esta que en las etapas iniciales del proceso se deduce del hecho de que la actora demuestra que participó en el proceso de selección del gerente de la E.S.E.'s tantas veces aludida y ocupó en la terna el puesto dos (fol. 116 C.1).

Por consiguiente, es claro para Sala, que el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por llevar implícita una naturaleza subjetiva, individual, y atendiendo a que solo a través de esta la persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, como efecto de la vigencia de un acto administrativo viciado de nulidad, puede solicitar que se declare la nulidad del mismo y como consecuencia se le restablezca su derecho o se repare el daño, por lo que es el instrumento jurídico válido para que se tramite el presente asunto, siendo de contera de competencia del juez administrativo del circuito de Sincelejo (artículo 155 numeral 2 del C.P.A.C.A.), dado que en este tipo de asunto se ven involucrados los factores objetivos cuantía (menos de 50 S.M.L.M.V. fol. 16 C.1) y naturaleza del asunto (laboral no proveniente de un contrato de trabajo), y el factor territorial (lugar donde debieron prestarse los servicios, artículo 156 numeral 3 *ibídem*).

Por lo expuesto, considera la Sala que el *A quo* erró al declarar la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda, por falta de competencia, e indebida escogencia del medio de control, dado que atendiendo a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, se dejó sentado que el medio intentado



por la actora es el adecuado para dirimir el conflicto, en atención a la naturaleza de su pretensión, y por ello la competencia se encuentra radicada en cabeza del juez administrativo del circuito de Sincelejo, razones suficientes para **REVOCAR** el auto apelado y ordenar continuar con el trámite del presente proceso en el estado en que se encuentra en la actualidad.

DECISIÓN: En mérito de lo manifestado, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE,**

RESUELVE:

PRIMERO: REVÓCASE el auto apelado, esto es el proferido por el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE en audiencia inicial del 13 de septiembre de 2013, que declaró la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda por falta de competencia por ejercicio inadecuado del medio de control, y en su lugar, **ORDÉNESE** continuar con el trámite del presente proceso en el estado en que se encuentra en la actualidad.

SEGUNDO: En firme esta decisión, **CANCÉLESE** su radicación, **ENVÍESE** al despacho de origen para que siga con el conocimiento del asunto, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS
Magistrado