EXCEPCIONES PREVIAS – Providencia es susceptible de recurso de apelación / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Procede contra actos que emanan de la función electoral / ACTO DE NOMBRAMIENTO – Pese a que son expresión propia de la función administrativa está enlistado como acto electoral

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 la providencia que decida sobre las excepciones previas y mixtas propuestas sí es pasible del recurso de apelación o de súplica, según el caso. (…) 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 la providencia que decida sobre las excepciones previas y mixtas propuestas sí es pasible del recurso de apelación o de súplica, según el caso. (…) El artículo 139 del CPACA establece que el medio de control de nulidad electoral procede contra actos electorales, los cuales según lo ha entendido esta Sección son aquellos emanados del ejercicio de la función electoral, la cual es distinta de la función administrativa, y por ello, estos deben entenderse como autónomos, especiales y distintos del acto administrativo, comoquiera que el acto electoral tiene su origen en la materialización de la democracia participativa y el derecho a elegir y ser elegido que consagra la Carta Política. (…) Es de advertir que aunque los actos de nombramiento son expresión propia de la función administrativa, como el legislador los enlistó como acto electoral la Sala los conoce como tal, pese a que no responden a la lógica de la función electoral. Ahora bien, debido a esta "doble naturaleza" que el ordenamiento jurídico quiso asignarle al acto de nombramiento, la Sala Electoral ha establecido que, aquel, en principio, puede controlarse mediante dos vías distintas, dependiendo de la pretensión de la demanda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-23-41-000-2018-00165-01

Actor: ALEYDA MURILLO GRANADOS

Demandado: ANDRÉS CAMILO PARDO JIMÉNEZ- COMO DIRECTOR REGIONAL ENCARGADO DEL SENA EN EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER

Asunto: Nulidad Electoral – recurso de apelación excepciones previas

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Público y la parte demandante contra la decisión adoptada por el Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera -Subsección A- en el

marco de la audiencia inicial celebrada el 30 de julio de 2018 y a través de la cual se declaró probada la excepción de *"indebida escogencia del medio de control"* y la de "*falta de competencia".*

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La señora **Aleyda Murillo Granados,** a través de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 del CPACA, demandó la nulidad de la Resolución Nº 2471 de 2017 *"por medio de la cual se ordena una novedad de personal"* expedida por el Secretario General Encargado del Servicio Nacional de Aprendizaje en adelante -SENA-.

Como pretensiones, únicamente, solicitó:

> *"**DECLARE LA NULIDAD** de la Resolución Nº 2471 de 29 de diciembre de 2017 por medio de la cual el doctor (…) Secretario General del SENA nombró como DIRECTOR REGIONAL DEL SENA en el Departamento de Santander, grado 08, al doctor ANDRÉS CAMILO PARDO JIMÉNEZ" (Negritas y mayúsculas en original)*

Como sustento de su petición relató la siguiente situación fáctica

1.1 Desde octubre de 2017, el señor Pardo Jiménez se desempeña en el SENA en el cargo de libre nombramiento y remoción denominado Asesor Grado G05.

1.2 Estando en ejercicio de dicho cargo, el Secretario General Encargado lo designó, en encargo, en el empleo de Director Regional del SENA en Santander, pese a que, según el dicho de la demandante, aquel no cumplía los requisitos para ocupar tal dignidad.

En este sentido explicó que pese a que el artículo 21 de la Ley 119 de 1994[1] establece como requisitos para ser nombrado como director poseer *"título profesional universitario, acreditar una experiencia mínima de tres (3) años en cargos de nivel directivo, en áreas relacionadas con la gerencia administrativa, educativa, de formación profesional o desarrollo tecnológico y estar vinculado a la región."* Lo cierto es que el demandado no solo no cuenta con la experiencia minina exigida, sino que tampoco está vinculado a la región en la que fue designado en el citado empleo.

En este contexto, señaló que el acto acusado es ilegal, comoquiera que se nombró en el cargo de director regional a una persona que no cumplía con los requisitos para el efecto.

2. Las excepciones previas o mixtas propuestas

[1] Reiterado en el Manual de funciones del SENA.

Después de la admisión de la demanda, el SENA y el demandado procedieron a contestarla mediante escritos en los cuales hicieron mención expresa sobre los hechos, se pronunciaron sobre los cargos de nulidad propuestos, solicitaron y aportaron pruebas. Asimismo, formularon, además, las siguientes excepciones previas o mixtas:

2.1 Excepción propuesta por el señor Pardo Jiménez

A través de apoderado judicial, el señor Andres Camilo Pardo formuló la excepción de inepta demanda *"por indebida escogencia del medio de control"*, la cual sustentó en el hecho de que el acto acusado no podía entenderse como un acto electoral, puesto que no es ni un acto de elección, ni de nombramiento, ni mucho menos de llamamiento a proveer vacantes.

Aseguró que a través de la resolución enjuiciada no se realizó un nombramiento, sino que esta se trató de *"un encargo temporal por el término de 3 meses en un cargo que se encontraba vacante definitivamente"*[2], razón por la que, según su criterio, no se encontraban materializados los supuestos para la procedencia del medio de control de nulidad electoral previsto en el artículo 139 del CPACA.

2.2 Excepción formulada por el SENA

La citada autoridad, a través de apoderada judicial presentó la excepción de falta de competencia, comoquiera que, a su juicio, el acto acusado no es un acto electoral, sino uno que materializó una situación administrativa en un empleo público, en este caso un encargo. Por consiguiente, para la autoridad que profirió el acto aquel debe entenderse como un acto administrativo de carácter laboral cuyo análisis le correspondía a la Sección Segunda del tribunal.

En este orden ideas, para el SENA la resolución acusada no responde a las características propias ni del acto electoral, ni de los de contenido electoral *"toda vez que no es el reflejo de ejercicio democrático alguno, ni muchos menos establece pautas o presupuestos que orienten el desarrollo de un certamen electoral",* máxime cuando a través de ella no se hizo un nombramiento, sino que simplemente se materializó un encargo.

3. El auto recurrido

Se trata del adoptado por el Magistrado Ponente del proceso de la referencia en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera -Subsección A-, proferido en la audiencia inicial celebrada el día 30 de julio de 2018, a través del cual: i) declaró probadas las excepciones propuestas y ii) decretó la terminación del proceso.

3.1 Para el efecto, se pronunció en primer lugar, sobre la excepción de *"indebida escogencia del medio de control"* y encontró que con la demanda no se atacaba un acto de elección o de nombramiento como lo exigía el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011,

---

[2] Folio 182

pues como se desprendía de las pretensiones de la misma aquella buscaba la nulidad de un acto de "encargo" que tiene naturaleza distinta al electoral.

Para reforzar esta postura citó el auto del 30 de noviembre de 2017 proferido dentro del radicado 11001-03-28-000-2017-00035-00 CP. Lucy Jeannette Bermudez en el que, según su criterio, se explicó que un encargo temporal no supone la provisión de un empleo. Para el *a quo* esta tesis evidencia que el acto acusado no tiene carácter electoral, debido a que de las pruebas aportadas se observa que *"el señor Andres Camilo ostenta el cargo de asesor del SENA y fue encargado de las funciones de Director Regional del SENA en Santander".*

Asimismo, citó en extenso lo decidido en providencia del 5 de marzo de 2009 dentro del radicado 11001-03-28-000-2008-00010-00 CP. Susana Buitrago Valencia y con fundamento en esta decisión concluyó que en el caso concreto no existía un nombramiento que pudiera ser atacado en nulidad electoral, pues con la resolución censurada no se proveyó el cargo de Director Regional, sino que el demandado simplemente fue encargado de las funciones propias de dicho empleo, en tanto seguía ocupando el cargo de asesor del SENA.

3.2 Decantado lo anterior, la autoridad de primera instancia procedió al análisis de la excepción formulada por el SENA y concluyó que aunque aquella se denominó *"falta de competencia",* lo cierto es que tenía el mismo sustento de la de "*indebida escogencia del medio de control",* razón por la que para desatarla bastaba estarse a lo ya resuelto.

3.3. Finalmente, el *a quo* concluyó que no era posible remitir la demanda a la Sección Segunda del tribunal, habida cuenta que el medio de control de nulidad y restablecimiento tiene otros requisitos, como la conciliación, la cuantía, entre otros.

4. **Del recurso interpuesto**[3]

Inconformes con la decisión anterior, tanto el Ministerio Público como el apoderado de la demandante presentaron recurso de apelación en los siguientes términos:

4.1 El recurso del Ministerio Público:

El Delegado de la Procuraduría sostuvo que:

(i) No compartía la decisión del tribunal de simplemente decretar la terminación del proceso, sin hacer uso de la facultad de adecuación de la demanda. En efecto, para el Ministerio Público en el contexto de acceso a administración de justicia, si la vía procesal invocada por el demandante no es la adecuada, la vocación de la jurisdicción es adecuar el reclamo presentado por la parte actora a las herramientas judiciales pertinentes, máxime cuando, como en casos como el que nos ocupa, lo que está en juego es el interés general.

[3] Los argumentos se encuentran en su integridad en el CD obrante a folio 267 del expediente y el cual hace parte integra del acta de audiencia inicial celebrada el 30 de julio de 2018 minutos 30.00 a 51.00.

Por lo anterior, para la vista fiscal si se consideraba que existía indebida escogencia del medio de control, lo que le correspondía al *a quo* era adecuar la demanda al medio de control pertinente.

(ii) El tribunal erró al concluir que el acto acusado no podía ser analizado por la vía de la nulidad electoral, toda vez que las sentencias citadas como sustento de su decisión no eran aplicables al caso concreto. Para el efecto, el delegado explicó que en el auto de 2017 al que aludió el *a quo* se analizó el caso de un rector que no abandonó tal empleo, sino que encargó del mismo a su vicerrector; circunstancia diametralmente distinta a la planteada en la demanda, pues es claro que el cargo de Director Regional del SENA en Santander estaba totalmente vacante.

Aseguró que lo propio sucedía con la otra providencia invocada por la autoridad de primera instancia, pues en esa oportunidad la discusión giró en torno a la prevalencia de los derechos de los servidores de carrera; situación distinta a la formulada en la demanda, en la que se cuestiona que el demandado no cumplía con los requisitos para ser designado como Director Regional del SENA.

Por lo anterior y ante la impertinencia de los antecedentes citados, a juicio del delegado de la Procuraduría, para resolver el caso concreto debería tenerse en cuenta lo decidido por la Sección Quinta en sentencia de tutela de 24 de mayo de 2018 proferida dentro del expediente 2017-2732-01 actor: Carlos Leonardo Hernández CP. Rocío Araujo Oñate en la que se explicó con detalle la diferencia entre los distintos medios de control del CPACA.
En este sentido, insistió en que los nombramientos en encargo al ostentar tal calidad -nombramientos- pueden controlarse a través de la nulidad electoral, pues así lo dispuso el legislador.

(iii) La interpretación acuñada por el tribunal implicaría, en términos prácticos, que los actos de nombramiento en encargo solo puedan demandarse por los funcionarios de carrera que se sientan afectados con ellos, limitando así la posibilidad de ejercer sobre los mismos un control abstracto de legalidad, ya que bajo la teoría de la autoridad de primera instancia, únicamente, sujetos calificados pueden acudir al aparato judicial para cuestionar su legalidad.

Para la Procuraduría esta tesis contraviene los postulados constitucionales, según los cuales todo acto administrativo puede ser controlado bien bajo la óptica de un interés general o bien bajo la perspectiva de la protección de un interés particular.

(iv) El *a quo* pasó por alto que el acto acusado es un acto de nombramiento, solo que uno a través del cual se proveyó un cargo de libre nombramiento y remoción en la modalidad de encargo, y que por consiguiente, en su condición de acto de nombramiento podía ser controlado bajo los supuestos del medio de control de nulidad electoral.

4.2 El recurso de la demandante

Por su parte, el apoderado de la parte actora señaló que la demanda no pretendía demostrar una violación del derecho preferente de los funcionarios de carrera para acceder al cargo de director regional, caso en el que sí sería procedente la nulidad y restablecimiento, sino que su propósito era evidenciar que el demandado no cumplía con los requisitos para ejercer como director; aspecto que no puede analizarse desde la perspectiva de ese medio de control.

Aseguró que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el acto de encargo es un acto de nombramiento[4], de forma que puede y debe entenderse que el demandado fue nombrado en "encargo" como Director Regional del SENA en Santander, y que por consiguiente, que dicho acto puede ser controlado mediante la nulidad electoral, debido a que el artículo 139 del CPACA así lo permite.

Asimismo, y en consonancia con argumentado por el Ministerio Público, la demandante aseveró que para resolver el recurso debía consultarse la sentencia de tutela proferida el 24 de mayo de 2018 antes referenciada, pues ella permitía sostener que el medio de control adecuado para controvertir la legalidad del acto acusado sí era el de nulidad electoral tal y como se formuló en la demanda.

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 de los recursos propuestos, y las partes se pronunciaron así:

5.1 La apoderada del SENA sostuvo que compartía la decisión adoptada por el tribunal y que se atenía a lo que el ponente decidiera respecto a la concesión de los recursos.[5]

5.2 El demandado simplemente, aseguró que se encontraba conforme con la decisión del *a quo*[6].

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 el Ministerio Público y la parte demandante contra el auto adoptado en audiencia pública celebrada el 30 de julio de 2018, proferido por el Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera -Subsección A-.

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-

---

[4] Al efecto solo citó "*sentencia 000114 de 2017 del Consejo de Estado"* minuto 48:10 del disco contentivo de la audiencia inicial.
[5] Minuto 52:00 CD contentivo de la audiencia inicial.
[6] Minuto 52.15 CD contentivo de la audiencia inicial.

23-36-000-2012-00395-01 la providencia que decida sobre las excepciones previas y mixtas 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

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 la providencia que decida sobre las excepciones previas y mixtas propuestas sí es pasible del recurso de apelación o de súplica, según el caso.

Para lo anterior, la Sección deberá resolver, si acto acusado es de los denominados actos electorales, y en caso negativo, si era posible dar aplicación a la facultad de adecuación prevista en el artículo 171 del CPACA. Por ello, por efectos, metodológicos la Sala realizará algunas consideraciones sobre los actos electorales, para con fundamento en ellas examinar el caso concreto.

4. Sobre el medio de control de nulidad electoral y los actos electorales

Uno de los objetivos principales del legislador al expedir la Ley 1437 de 2011 fue, entre otros, definir expresamente cuando debía utilizarse una u otra de las herramientas judiciales con las que la jurisdicción contenciosa cuenta para controlar las decisiones adoptadas por la administración[7].

---

[7] En la exposición de motivos de la Ley 1437 de 2011 se precisó que las finalidades de la comisión redactora del CPACA eran *"1. Revisar y proponer la actualización del conjunto normativo referente a la actividad administrativa y los procedimientos utilizados por la administración pública, de acuerdo con la Constitución Política de 1991 y con las realidades socioeconómicas del nuevo modelo de estado y de la administración.* ***2. Redefinir el objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa, las clases de acciones y procesos y los poderes del juez conforme con las exigencias constitucionales y las transformaciones institucionales, de manera que se pueda controlar eficazmente la legalidad de las actuaciones de la administración, al tiempo que se garantizan los derechos de los administrados, en el marco de una tutela judicial efectiva****. 3.* ***Incorporar como legislación las doctrinas jurisprudenciales ya decantadas y pacíficas en todos los asuntos y materias que competen a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa****. 4. Fortalecer tanto en la regulación de la actuación administrativa como en la del proceso contencioso-administrativo, la utilización de nuevas tecnologías, con el objetivo de hacerlos eficientes y facilitar a los usuarios el acceso a las autoridades y a la administración de justicia. 5. Definir los*

Para cumplir tal cometido, el principal cambio que se introdujo en el CPACA fue el de eliminar la diferencia entre acción y pretensión, debido a que se entendió que la acción es una sola y que lo que diferencia los distintos medios de control es la pretensión de la demanda y el acto que se controvierte. Por ello, contrario a lo que ocurría en el derogado Decreto 01 de 1984, la Ley 1437 de 2011 estipuló de, forma expresa, cuales son los actos controvertibles a través de cada medio de control así:

Medio de Control	Acto que se puede cuestionar
Nulidad - artículo 137-	Actos generales y particulares solo en los eventos previstos en el artículo 137 del CPACA.
Nulidad y Restablecimiento -artículo 138-	Actos de carácter particular y concreto
Nulidad Electoral - artículo 139-	Actos Electorales: • Elección • Nombramiento. • Llamamiento a proveer vacantes.
Nulidad por Inconstitucionalidad -artículo 135-	-Decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional. - Actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional.

Como puede observarse**,** a partir de la expedición de la Ley 1437 de 2011 lo que determina la procedencia de uno u otro medio de control es **la naturaleza del acto acusado,** de forma que este debe ser el parámetro a tener en cuenta para establecer si el medio de control escogido por la parte actora fue el idóneo o; si por el contrario, atañe al juez, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 171 ibídem, adecuarla, si ello es posible, al trámite correspondiente.

El artículo 139 del CPACA establece que el medio de control de nulidad electoral procede contra actos electorales, los cuales según lo ha entendido esta Sección son aquellos emanados del ejercicio de la función electoral[8], la cual es distinta de la función

---

*elementos de la oralidad en el proceso contencioso-administrativo, en desarrollo de lo previsto en el artículo 1° de la Ley 1285 de 2009, por medio de la cual se reformó la Ley Estatutaria de la Justicia, ley 270 de 1996. 6. Consagrar los mecanismos y recursos de unificación de la jurisprudencia por el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa." (resalta el Despacho) En G*aceta del Congreso 1173 de 17/11/2009 disponible en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1136&p_numero=198&p_consec=24362 consultado el 23 de agosto de 2018.

[8] Sobre la distinción entre función administrativa y función electoral consultar entre otros: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de junio de 2015, radicación 11001-03-28-000-2015-00051-00 CP. Alberto Yepes Barreiro. Ddo. Oneida Pinto- Gobernadora de La Guajira; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 4 de febrero de 2016, radicación 11001-03-28-000-2014-00110-00 CP. Alberto Yepes Barreiro. Ddo. Cámara de Magdalena; y Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de 3 de junio de 2016, radicación 13001-23-33-000-2016-00070-01 C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Demandados: concejales de Cartagena. Sección Quinta, Auto de Ponente de 26 de septiembre de 2017, radicación 11001-03-26-000-2017-00087-00 C.P. Alberto Yepes Barreiro y Sección

administrativa, y por ello, estos deben entenderse como **autónomos, especiales y distintos del acto administrativo,** comoquiera que el acto electoral tiene su origen en la materialización de la democracia participativa y el derecho a elegir y ser elegido que consagra la Carta Política.

Ahora bien, según las voces de la disposición objeto de estudio existen, si se quiere, 4 clases de actos electorales a saber: i) elección popular; ii) elección a cargo de cuerpo colegiado; iii) nombramiento y iv) llamamiento a proveer vacantes, los cuales se pueden distinguir de la siguiente manera:

i) El originado en **la elección popular**, la cual está precedida por voto popular y cuyo acto constituye, por su naturaleza, la expresión más directa de la democracia, pues materializa la voluntad del electorado en la designación de los dignatarios del Estado que se someten a esa forma de escogencia. Un ejemplo de esta clase actos son las designaciones hechas para elegir alcaldes, congresistas, etc.;

ii) El acto de **llamamiento,** que se utiliza para proveer curules ante las vacancias temporales o absolutas que se generen al interior de una corporación pública de elección popular y que son ocupadas por los candidatos no elegidos que según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral;

(iii) El de **elección por cuerpos colegiados** a través del cual, en aplicación del sistema de pesos y contrapesos, se designan servidores públicos, en los diferentes niveles nacional y territorial; y

(iv) Los **actos de nombramiento**, a través de los cuales se proveen los diversos cargos de la función pública a efectos de que el designado adquiera la categoría de servidor público. Así pues, la Sección Segunda de esta Corporación frente a esta clase de acto ha entendido que:

> "*Respecto a la naturaleza jurídica del acto de nombramiento, esta Corporación*[9] *ha señalado que se trata de un acto condición que está sujeto a la verificación de unos presupuestos legales que conducen a formalizar el nombramiento y a completar la investidura de servidor."*[10]

Es de advertir que aunque los actos de nombramiento son expresión propia de la función administrativa, **como el legislador los enlistó como acto electoral la Sala los conoce como tal,** pese a que no responden a la lógica de la función electoral. Ahora bien, debido a esta "doble naturaleza" que el ordenamiento jurídico quiso asignarle al acto de nombramiento, la Sala Electoral ha establecido que, aquel, en principio, puede controlarse mediante dos vías distintas, dependiendo de la pretensión de la demanda.

Quinta, Auto de Ponente de 9 de mayo de 2018, radicación 11001-03-28-000-2018-00009-00 C.P. Alberto Yepes Barreiro.

[9] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 21 de julio de 2011, Consejero ponente Gustavo Gómez Aranguren, número interno 1997-2009: ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 9 de agosto de 2007, Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón, número interno: 0905-2005.

[10] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 4 de septiembre de 2017, radicación 54-001-23-33-000-2012-00114-01 CP. William Hernández Gómez.

Así las cosas, será procedente 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.*"[11]

Por supuesto, en cada caso se deberán cumplir los presupuestos propios de caducidad, legitimación, los requisitos de procedibilidad, y demás presupuestos procesales para la procedencia de cada medio de control, sin que la escogencia de uno u otro dependa del arbitrio del actor, sino de sus pretensiones quienes serán las que determinaran cuando se puede activar uno y otro camino.

Bajo estas consideraciones, la Sala analizará el caso concreto.

5. Caso concreto

Como se referenció en los antecedentes de esta providencia, para los recurrentes el tribunal erró al encontrar probada la excepción de indebida escogencia del medio de control, debido a que, a su juicio, el acto acusado sí es de aquellos cuya legalidad pueda ser estudiada bajo los derroteros de la nulidad electoral, por ser un acto de nombramiento, solo que en la modalidad de encargo.

En este orden de ideas, corresponde a la Sala establecer: **(i)** si la Resolución Nº 2471 de 2017 *"por medio de la cual se ordena una novedad de personal"* expedida por el Secretario General Encargado del SENA es un acto de nombramiento y **(ii)** en caso afirmativo, si aquel puede ser conocido en nulidad electoral o si por el contrario debe ventilarse en nulidad y restablecimiento.

5.1 Sobre la naturaleza del acto acusado

Como se explicó en el capítulo que precede, los actos de nombramiento son aquellos que permiten el acceso a un empleo público. Según la ley, los empleos públicos se clasifican a su vez en cargos de libre nombramiento y remoción o de carrera. Esta distinción es suma importancia, pues la provisión de los mismos dependerá de otra circunstancia.

En efecto, en los primeros [libre nombramiento] existe discrecionalidad del nominador para su provisión; en tanto, en los segundos [de carrera] el acceso a la función pública está garantizado por el principio del mérito, y por ende, usualmente el nombramiento esta precedido de un concurso de méritos.

Ahora bien, según los artículos 23 y 24 de la Ley 909 de 2004, dependiendo de si el cargo es de libre nombramiento y remoción o de carrera, el nombramiento será: (i)

---

[11] Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de sala del 30 de junio de 2016, radicación 68001233300020160048401 CP. Lucy Jeannette Bermudez. Ddo. Robiel Barbosa Otálora – Personero Municipal de Floridablanca.

ordinario; (ii) en periodo de prueba, (iii) en propiedad; (iv) en provisionalidad o (v) encargo[12].

Las anteriores son modalidades en las que puede realizarse un nombramiento, sin que por supuesto el uso de una u otra cambie la naturaleza del acto, es decir, tanto una designación ordinaria, como una en provisionalidad se entienden como actos a través de los cuales se proveen los empleos públicos, lo que sucede es que, según el caso, el nombramiento tendrá connotaciones y consecuencias distintas.

Ahora bien, debe tenerse especial cuidado con la modalidad de encargo, pues si bien esta es una forma de provisión de los empleos- acto de nombramiento-, también puede constituirse como una situación administrativa.[13] Así, el artículo 2.2.5.4.7 del Decreto 1083 de 2015 establece:

> ***"****Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo, en los términos señalados en el siguiente capítulo."*

Para evidenciar la distinción de encargo como provisión del cargo y de encargo como situación administrativa, la Sección ha establecido:

> *"no en todas las ocasiones los encargos deben ser comprendidos como una forma de proveer los empleos públicos, pues, no en pocas ocasiones, se encargan las funciones pero no el cargo, eventos en los cuales dicha situación administrativa no puede ser equiparada a un nombramiento.*
>
> *En otros términos,* ***el encargo del cargo*** *implica un reemplazo del titular del mismo, mientras que en el contexto del* ***encargo de funciones*** *éste continúa ocupándolo, a pesar de que por alguna situación administrativa no puede desempeñar el catálogo de funciones asignado a su empleo."*[14]

Ahora bien, es de señalar que el *"encargo del cargo*" es la verdadera situación que constituye un encargo en el sentido estricto del concepto, habida cuenta que el denominado "*encargo de funciones"* es en realidad una delegación de estas, y por ello,

---

[12] Lo mismo se establece en el artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015 el cual estipula**: *"Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.***

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.

Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan." (Resalta la Sala)

[13] Según lo establecido en los artículos 2.2.5.4.1 y 2.2.5.5.1 del Decreto 1083 de 2015.

[14] Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de ponente de 30 de noviembre de 2017, radicación 11001-03-28-000-2017-00035-00 CP. Lucy Jeannette Bermudez. Ddo. Rector Encargado de la Universidad Surcolombiana.

claramente, no corresponde a una forma de provisión de un empleo que lo es que se pretende hacer a través del encargo.

En igual, sentido también se ha precisado:

> *"En este orden de ideas, haber sido meramente encargado del despacho del Gobernador no significa haberlo reemplazado. No es posible reemplazar a quien* ***no se ha desvinculado del cargo****, a quien* ***continúa siendo el titular pero se encuentra en comisión, o está en licencia, o en vacaciones, o suspendido provisionalmente****.*
>
> ***Solo es posible reemplazar, en toda la extensión de la palabra, y más aún para el periodo para el cual fue elegido, cuando realmente se sustituye al titular, quien deja de serlo.***
>
> ***Por su parte a la situación administrativa del encargo la caracteriza la transitoriedad y la brevedad en el servicio****. Obedece a esta particular condición, que es diferente a cuando el cargo se ejerce en condición de titular (…)"*[15]*. (Negrilla fuera de texto)*

Como puede observarse, tratándose de los "encargos" corresponde al juez determinar si a través de esa modalidad se proveyó verdaderamente el cargo, es decir, si se trata de un verdadero acto de nombramiento pasible de la nulidad electoral; o si por el contrario, se trata de una mera situación administrativa que escaparía de esa órbita.

Quiere decir lo anterior, que el acto **solo** será susceptible de ser controlado en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 139 del CPACA si con él se realiza un "*encargo del cargo"*; por el contrario, si lo que se materializa es un *"encargo de funciones"*[16] aquel desborda las competencias del juez electoral, y por ende, lo que corresponde es remitirlo a la autoridad judicial competente.

En consecuencia, para determinar si existe un acto de nombramiento bajo la modalidad de encargo que sea susceptible de nulidad electoral, lo que debe estar acreditado es que en efecto a través de él se haya dispuesto el acceso a un cargo público, pues solo en esa medida se estará en presencia de un acto de nombramiento.

Es precisamente esta distinción la que se echa de menos en el caso concreto, pues el tribunal dio por sentado que todos los "encargos" son meros traslados de funciones, pasando por alto que a través de esta figura también se puede proveer un cargo.

Para la Sala sostener que solo los actos de nombramiento de carácter ordinario se erigen como verdaderos actos de nombramiento, y por ende, pasibles de nulidad electoral, desconoce que el ordenamiento jurídico previó la posibilidad de que la provisión de cargos- nombramientos- se hiciera por necesidades del servicio en distintas modalidades.

---

[15] Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia de 6 de diciembre de 2012. Radicado: 540012331000-01. Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia (E).
[16] Que es en realidad una verdadera delegación.

Así las cosas, es menester establecer si el acto acusado contiene un verdadero acto de nombramiento, o si por el contrario, como sostuvo la autoridad de primera instancia simplemente se "encargó" al demandado de ciertas funciones.

Al analizar la Resolución Nº 2471 de 29 de noviembre de 2017, se encuentra que independiente de su nombre, aquella constituye en realidad un verdadero acto de nombramiento en la modalidad de encargo, pues es claro que a través de este se dispuso el acceso al empleo de Director Regional del SENA.

En efecto, en el plenario -folio 13 del expediente- obra copia del acto acusado y en él se observa que se designó al señor Pardo Jimenez como Director Encargado del SENA, **ante la vacancia definitiva de dicho empleo.** Asimismo, en el folio 14 obra copia del acta de posesión, en la que se evidencia que el demandado tomó posesión del cargo de director en la modalidad encargo.

Para la Sección, la vacancia definitiva del cargo de Director y la toma de posesión por parte del demandado de dicho empleo evidencian, sin lugar a duda, que a través del acto demandado sí se proveyó, aunque de manera temporal, el cargo de Director Regional del SENA, lo que lo erige como un verdadero acto nombramiento.

En efecto, a través del acto acusado el señor Pardo Jiménez tuvo acceso al cargo de director, pues este empleo se encontraba vacante, es decir, se entiende que el demandado reemplazó o sustituyó al director anterior, lo que erige a la resolución acusada en un verdadero acto de nombramiento, ya que, se insiste, a través del acto acusado se proveyó, solo que bajo la modalidad de encargo, un cargo de libre nombramiento y remoción - que se encontraba vacante[17].

En otras palabras, contrario a lo asegurado por el *a quo,* a través del acto acusado no se *"encargaron al demandado unas funciones",* sino que se aprovisionó de manera temporal un cargo que se encontraba vacante de forma definitiva, lo que significa que se realizó un acto de nombramiento.

Ahora bien, podría pensarse que el hecho de que en el acto acusado se establezca que el demandado no se separaría de las funciones que desempeñaba en el cargo de Asesor G05 denota que en realidad la resolución acusada es un mero "encargo de funciones" y no un nombramiento. Sin embargo, esa circunstancia, en nada cambia o varía la naturaleza del acto acusado, prueba de ello es que la Sección ha conocido demandas contra actos de nombramiento en los que el nombrado seguía desempeñando otro empleo.

Al efecto resulta ilustrativo el proceso electoral Nº 11001-03-28-000-2012-00035-00 en el que la Sección abordó el estudio del acto a través del cual se designó a Aurelio

---

[17] Sobre el punto el artículo 2.2.5.5.43 del Decreto 1083 de 2015 estipula: *"los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva* ***podrán ser provistos*** *a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia temporal, el encargo se efectuará durante el término de ésta. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva."*

Iragorri Valencia como Gobernador Encargado del Valle del Cauca, pese a que este seguía desempeñándose como Consejero Presidencial para Asuntos Políticos, o el proceso 11001-03-28-000-2016-00068-00 en el que la Sección dio trámite a la demanda contra el Decreto 1303 de agosto de 2016 que designó a Jorge Enrique Vélez García como Gobernador encargado de la Guajira sin despojarlo de sus funciones como Superintendente de Notariado[18].

Nótese como en todos los casos, pese a que la designación se realizó en encargo y a que el servidor seguía sin separarse de las funciones del cargo en el que inicialmente fue nombrado, la Sección entendió que esa clase de decretos eran verdaderos actos electorales pasibles del medio de control previsto en el artículo 139 del CPACA; circunstancia que evidencia que el hecho de no haber sido separado de sus funciones en nada desvirtúa que a través de la resolución acusada sí se tuvo acceso al cargo de director regional del SENA en el departamento de Santander.

Aceptar la tesis contraria, es decir, sostener que la provisión de empleos encargo solo es una mera situación administrativa impediría el control abstracto de legalidad de esa clase de actos, pues su análisis estaría restringido a otros medios de control que tienen limitaciones en cuanto la legitimación en la causa; postura que contraviene los postulados de acceso a la administración de justicia y control judicial de las decisiones administrativas.

En suma, conforme a las consideraciones que preceden se concluye que el acto acusado es un acto a través del cual se dispuso el acceso a un cargo público- Director Regional-, solo que en la modalidad de encargo.

5.2 Sobre la posibilidad de que el acto acusado sea conocido en nulidad electoral

Decantado lo anterior, corresponde a la Sala determinar si la legalidad del acto de nombramiento acusado puede cuestionarse en nulidad electoral o se debe recurrir a la nulidad y restablecimiento del derecho.

Revisada la demanda, se observa que la pretensión de la misma se limita a solicitar la anulación del acto de nombramiento del demandado por la supuesta ausencia de requisitos para acceder al cargo, sin que de dicha petición se desprenda restablecimiento automático para la demandada, ni para terceros, no solo porque el cargo que se proveyó es de libre nombramiento y remoción, sino porque, además, no está demostrado que la demandante haga parte de la entidad que profirió el acto acusado o se encuentre dentro de su planta de personal.

En este contexto, y como se observa que con la demanda se busca únicamente un control abstracto de legalidad del acto acusado, sin que se genere algún tipo de

---

[18] El decreto señala: *"1.Designación. Desígnase como gobernador encargado del departamento de La Guajira, al doctor Jorge Enrique Vélez García, identificado con la cédula de ciudadanía No. 71.637.655, quien actualmente se desempeña en el cargo de Superintendente de Notariado y Registro, código 0030, grado 26, sin separase de las funciones propias del cargo del cual es titular, mientras se posesiona el gobernador que resulte elegido." Decreto disponible en http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201303%20DEL%2010%20DE%20AGOSTO%20DE%202016.pdf consultado el 24 de agosto de 2018.*

restablecimiento tácito o implícito para la señora Aleyda Murillo Granados o algún tercero, la Sala estima que la validez de la Resolución Nº 2471 de 29 de diciembre de 2017 sí puede controvertirse mediante el medio de control de nulidad electoral.

3. Conclusión

Conforme a las consideraciones que preceden se concluye que la decisión del *a quo* debe ser revocada, toda vez que: i) la Resolución Nº 2471 de 2017 supuso la provisión del empleo de Director Regional del SENA constituyéndose como un acto de nombramiento y ii) es posible que el citado acto se controle en nulidad electoral, comoquiera que no solo no se persigue restablecimiento del derecho alguno, sino que de las pretensiones tampoco se genera restablecimiento automático ni para las partes, ni para terceros.

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

III. RESUELVE:

Primero: Revocar la decisión de declarar probada la excepción de indebida escogencia del medio de control y de falta de competencia adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera -Subsección A en audiencia inicial del 30 de julio de 2018, y en su lugar, **declarar no probadas** las citadas excepciones, conforme a las razones expuestas. Por consiguiente, se ordena seguir con el trámite procesal correspondiente a la nulidad electoral.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

SC5780-6-1
GP059-6-1