

ACTOS EXPEDIDOS DURANTE EL DESARROLLO DE CONCURSO DE MÉRITOS - No pueden ser controlados a través del medio de control de nulidad electoral / ACTO DE NOMBRAMIENTO DE PROCURADOR JUDICIAL EN CONCURSO DE MÉRITOS- Procede el medio de control de nulidad y restablecimiento de nulidad y restablecimiento del derecho / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO –Inoperancia

Es cierto que el Decreto 3264 de 2016 cuya nulidad se pretende, nombró al demandante] en el cargo de Procurador Judicial II Administrativo, por lo que, en principio podría considerarse susceptible del medio de control de nulidad electoral, en la medida que se está proveyendo un cargo de la función pública. No obstante, considera el Despacho oportuno resaltar que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que en aquellos casos en que se llevan a cabo las etapas de un concurso de méritos, los actos resultantes del mismo no pueden ser controlados a través de dicho medio sino por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la medida que jurídicamente son actos administrativos laborales que reconocen una prerrogativa a quien obtuvo la mayor calificación. En otras palabras, no estamos ante un acto de elección de la administración, sino en la consolidación de un derecho en cabeza de aquella persona que cumplió los requisitos y obtuvo el puntaje establecido para poder ocupar la vacante, a través del concurso de méritos correspondiente. (...) El término de caducidad del medio de control ejercido por la demandante empezó a correr el 27 de agosto de 2016, día siguiente a cuando le fue comunicado el acto acusado (-26-08-2016-) y vencía el 27 de diciembre de ese año, no obstante la actora, transcurridos 3 meses y 16 días del plazo previsto por el legislador, presentó el 13 de diciembre de 2016 solicitud de conciliación prejudicial, suspendiéndose en consecuencia dicho término hasta tanto se llevare a cabo la diligencia de conciliación, lo que ocurrió el 9 de marzo de 2017. En ese orden, a partir del día siguiente -10-03-2017- se reanudó el término de caducidad, quedando 14 días para presentar la acción, esto es, hasta el 23 de marzo de 2017, observándose que la demanda fue presentada el 21 del mismo mes y año, es decir, faltando 2 días para que venciera el plazo previsto por el legislador. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la acción procedente en relación con los actos expedidos en desarrollo de un concurso de méritos, ver: Consejo de Estado – Sección Quinta, Auto de 6 de agosto de 2019, Radicación 20001-23-33-000-2019-00104-01, C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez ;sentencia del 4 de febrero de 2016, radicación 11001-03-28-000-2014-00110-00 CP. Alberto Yepes Barreiro; auto de Sala del 19 de mayo de 2016, radicación 68001-23-33-000-2016-00131-01 CP. Alberto Yepes Barreiro

FUENTE FORMAL : LEY 1437 DE 2011 (CPACA) - ARTÍCULO 139 / LEY 1437 DE 2011 (CPACA) – ARTÍCULO 164 7 LEY 1437 DE 2011 (CPACA) - ARTÍCULO 138

RETIRO DEL SERVICIO DEL PROCURADOR EN PROVISIONALIDAD POR NOMBRAMIENTO EN EL CARGO DE EMPLEADO EN CARRERA / LITIS CONSORCIO NECESARIO CON LOS QUE INTEGRAN LA LISTA DE ELEGIBLES – Improcedencia

El Despacho considera que en el presente asunto no corresponde vincular como litisconsorte necesario a los demás concursantes que integran la lista de elegibles, en razón a que el acto acusado de nulidad es de carácter particular frente a la situación jurídica de la señora Vence Peláez quien fue retirada del servicio que desempeñaba en provisionalidad en la Procuraduría General de la Nación, una

vez fue nombrado en periodo de prueba el señor Martínez Rivera, de tal forma que una posible decisión de declarar su invalidez y el consecuente restablecimiento del derecho, solo surtiría efectos entre ellos como destinatarios del Decreto 3264 de 2016.

INEPTITUD DE LA DEMANDA / INEXISTENCIA DE FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LAS PRETENSIONES

Frente la ineptitud sustantiva de la demanda por no presentar los fundamentos de derecho del acto acusado en el sub juez, se resalta que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterativa en señalar que el fallador debe superar la rigidez de un sistema procesal basado en formalismo que incide de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales y propender por garantizar la búsqueda de la certeza en el caso concreto y en ese sentido, la falta de tal deber por parte de la interesada no impide al juez estudiar el fondo del asunto, en tanto, es claro que lo pretendido por los demandantes es la nulidad del decreto que retiró a la señora Vence Peláez del servicio y el consecuente reintegro, pues en su sentir, aquel fue expedido con base en una resolución que transgredió postulados constitucionales, razón por la cual, se confirma la decisión de no declarar prospera la mencionada excepción.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "B"

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 25000-23-42-000-2017-01317-01(5130-19)

Actor: KARINA VENCE PELÁEZ, JUAN CARLOS SALAMANCA HERRERA, MARÍA LUCÍA SALAMANCA VENCE, JESÚS DAVID SALAMANCA VENCE, MOISÉS VENCE ZABALETA, MOISÉS VENCE ZABALETA, MOISÉS VENCE JIMÉNEZ, KIANA VENCE PELÁEZ, LIANA FONSECA VENCE Y LUCAS FONSECA VENCE

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y NAIRO ALEJANDRO MARTÍNEZ RIVERA (TERCERO INTERVINIENTE)

Referencia: RESUELVE RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTO QUE DECLARÓ IMPRÓSPERA LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA APODERADA DEL TERCERO INTERVINIENTE. DECISIÓN: CONFIRMAR DECISIÓN QUE DECLARÓ NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA APODERADA DEL TERCERO INTERVINIENTE. AUTO INTERLOCUTORIO.

Ha venido el proceso de la referencia con informe de la Secretaría de la Sección Segunda de 25 de septiembre de 2019¹, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del señor Nairo Alejandro Martínez Rivera en su calidad de tercero interviniente², contra la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección F, en audiencia inicial celebrada el 22 de agosto de 2019, mediante la cual se declararon no probadas las excepciones de falta de integración de litisconsorcio necesario, inepta demanda por: i) no presentar los fundamentos de derecho de la pretensión, ii) por falta de individualización de las pretensiones y iii) por indebida acumulación de pretensiones y medios de control, caducidad e insuficiencia de poder.

ANTECEDENTES

De la demanda³.

2. Los demandantes interpusieron demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación – Procuraduría General, con el objeto de solicitar:

i) La inaplicación de la Resolución 040 de 20 de enero de 2015, «por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la entidad» y de la Resolución 345 del 8 de julio de 2016, «por medio del cual se establece una lista de elegibles», así como «la totalidad de los actos administrativos de carácter general proferidos en el marco de dicho concurso.»⁴

ii) La nulidad del Decreto 3264 de 8 de agosto de 2016 comunicado el 26 de agosto de 2016, por el cual, el Procurador General de la Nación, nombró en periodo de prueba al señor Nairo Alejandro Martínez Rivera en el cargo de Procurador Judicial II Administrativo de Bogotá y en consecuencia, dio fin a la vinculación en provisionalidad de la señora Karina Vence Peláez.

3. A título de restablecimiento del derecho solicitaron se ordene a la entidad demandada a reintegrar a la señora Karina Vence Peláez en el cargo de

¹Folio 265.

² Vinculado al proceso mediante auto admisorio de fecha 12 de julio de 2017, visible a folio 73 y reverso del expediente.

³Folio 1 a 20.

⁴ Transcripción literal, folio 10 del expediente.

Procurador 139 Judicial II Administrativa de Bogotá, o en uno de igual o superior jerarquía, así como el reconocimiento y pago del sueldo, prestaciones y demás consecuenciales dejadas de percibir con ocasión al retiro del servicio.

4. Solicitó se condene a la Procuraduría General de la Nación al pago a favor de la totalidad de los demandantes, de los siguientes conceptos: lucro cesante, daño moral y daño a la salud o vida relación.

Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes supuestos fácticos:

5. La señora Karina Vence Peláez indicó haber laborado en la Procuraduría General de la Nación, en el cargo de Procuradora 139 Judicial II Administrativa, desde el 1 de marzo de 2010 y que dicha entidad pública mediante Resolución 040 de 20 de enero de 2015, dio apertura al concurso de méritos para proveer 744 cargos en carrera administrativa de Procuradores Judiciales I y II, dentro del cual participó.

6. Precisó que el 20 de abril de 2015 se publicó en la página web de la entidad demandada, la lista de los preseleccionados, llevándose a cabo el examen de conocimiento y la prueba comportamental el 13 de septiembre de 2015.

7. Posteriormente, los días 7 de octubre y 4 de noviembre de 2015, la Procuraduría General de la Nación, público en su página web, los resultados de las mencionadas pruebas, frente a los cuales se presentaron varias reclamaciones con el fin de solicitar los respectivos cuadernillos junto con su hoja de respuestas, las cuales fueron negadas mediante las Resoluciones 001401, 001403, 001404, 001405, 001406, 001407, 001410, 001417, 001420 y 001421 de fecha 3 de noviembre de 2015.⁵

8. Manifestó que frente a tales decisiones, los concursantes decidieron interponer acción de tutela en aras de obtener los cuadernillos y sus plausibles respuestas, que culminó en una orden judicial en ese sentido. Argumentó que del análisis de la prueba escrita y sus respuestas, se logró evidenciar que en el concurso de méritos en cuestión ningún concursante logró acreditar el puntaje mínimo requerido (75) para acceder a los cargos provistos en aquel, de tal forma que de conformidad con

⁵ «Presentada por los concursantes Carmen Teresa Villamizar, Patricia Canto Molina, Luz Estella García Forero, María Claudia Duran Chaparro, Martha Alexandra Vega Roberto, Juan Carlos Mantilla Ronderos, Claudia Elsa Garzón Soler, Martha Ligia Patrón López, Claudia Marín Jiménez Solanilla, Hernando Aníbal García Dueñas, Clara Piedad Rodríguez Castillo, Edwin Alexander Ospina Riaño, Nelson Camelo Cubides Rosana Caballero Torres y María Martina Sánchez Triana, entre otros.» Folios 4 y 5

el artículo 215 del Decreto 262 de 2000⁶, la entidad pública demandada debió declarar desierto el concurso.

9. Indicó que mediante las Resoluciones 337 a 349 del 8 de julio y 357 del 11 de julio de 2016, la Procuraduría General de la Nación publicó la lista de elegibles de las diferentes convocatorias y que mediante Decreto 3264 de 8 de agosto de 2016, el Procurador General de la Nación, nombró al señor Nairo Alejandro Martínez Rivera en el cargo que era desempeñado por la señora Karina Vence Peláez, esto es, Procurador 139 Judicial II Administrativo de Bogotá, en consecuencia retirándola del servicio, decisión que le fue comunicada el 26 de agosto de 2016.

De la contestación de la demanda.

10. La apoderada del señor **Nairo Alejandro Martínez Rivera**⁷, quien actúa en el proceso como tercero interviniente vinculado oficiosamente mediante auto admisorio de fecha 12 de julio de 2017, se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que no «existe ninguna causal que invalide los actos administrativos de elección y nombramiento en dicho cargo, ni el acto que declaró la terminación laboral en provisionalidad de la demandante Karina Vence Peláez.»⁸. Presentó las siguientes excepciones como previas:

i). **No comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios por la parte pasiva.** Sobre el punto, indicó que la presente demanda debió incorporar a los demás concursantes que fueron elegidos para proveer los cargos de procuradores ofertados en el concurso de mérito en cuestión, pues ante la posible

⁶ Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas Para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

[...]

ARTICULO 215. DECLARACION DE DESIERTO DEL CONCURSO. El concurso deberá ser declarado desierto, mediante resolución motivada, en los siguientes casos: 1) Cuando el número de aspirantes que acrediten los requisitos exigidos sea inferior a cinco (5), salvo cuando se presenten las necesidades del servicio a que se refiere el artículo 201 de este decreto. 2) Cuando ningún concursante hubiere superado la prueba eliminatoria.

3) Cuando en un concurso de ascenso no se hubieren admitido por lo menos cinco (5) empleados inscritos en carrera. PARAGRAFO. Declarado desierto un concurso, deberá hacerse nueva convocatoria, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes, si no hay lugar a efectuar nombramientos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 190 de este decreto.

⁷Folio 86 a 117.

⁸ Transcripción literal folio 87.

inaplicación de la Resolución 040 de 2015⁹, a todas las relacionadas en la lista de elegibles, se les vulneraría su derecho al debido proceso.

ii). **Ineptitud sustantiva de la demanda por no presentar los fundamentos de derecho de la pretensión tendiente a que se declare la nulidad del Decreto 3264 de 8 de agosto de 2016**¹⁰. Manifestó que la parte actora omitió la exigencia procesal que prevé el numeral 4 del artículo 162 del CPACA¹¹, en tanto no precisó el conjunto normativo que se desconoce o vulnera con la expedición del Decreto 3264 de 8 de agosto de 2016.

iii) **Ineptitud sustantiva de la demanda por falta de individualización de pretensiones**. Al respecto, indicó que la parte demandante omitió la exigencia procesal prevista en el artículo 163 del CPACA¹² que establece la obligación de individualizar con precisión cada uno de los actos a demandar, puesto, que en las pretensiones de la demanda, solicitó de manera general la inaplicación de los demás actos administrativos que fueron expedidos en el marco del mencionado concurso de méritos, los cuales, se encuentran debidamente relacionados en la página web de la Procuraduría General de la Nación.

iv) **Ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones y medio de control**. Sostuvo que no son acumulables en el presente asunto la pretensión de nulidad de las Resoluciones 040 de 20 de enero de 2015¹³ y de la Resolución 345 de 2016¹⁴, con la tendiente a que se declare la nulidad del Decreto 3264 de 8 de agosto de 2016¹⁵, en tanto los primeros actos señalados son de carácter general y por tanto, la actuación procesal que procedía contra los mismos es la acción de nulidad simple, cuya competencia le

⁹ por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la entidad.

¹⁰ Por medio del cual se hace un nombramiento en periodo de prueba a favor del señor Nairo Alejandro Martínez Rivera y en consecuencia se da fin a la vinculación a provisionalidad de la señora Karina Vence Peláez, folios 34 y 35.

¹¹ «**ARTÍCULO 162. CONTENIDO DE LA DEMANDA.** Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

[...]

4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.»

¹² **ARTÍCULO 163. INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PRETENSIONES.** Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

¹³ por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la entidad.

¹⁴ por medio del cual se establece una lista de elegibles.

¹⁵ Por medio del cual se hace un nombramiento en periodo de prueba a favor del señor Nairo Alejandro Martínez Rivera y en consecuencia se da fin a la vinculación a provisionalidad de la señora Karina Vence Peláez, folios 34 y 35.

corresponde en única instancia al Consejo de Estado y no como lo pretende la parte actora a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

v). **Caducidad.** Preciso que de conformidad con el artículo 164 del CPACA¹⁶ que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término de caducidad de la acción será de 30 días, que se contabilizan a partir del día siguiente a la publicación del acto; por consiguiente, dado que los actos de nombramiento en periodo de prueba de los procuradores judiciales II para asuntos administrativos fueron publicados en la página web de la entidad demandada el 22 de septiembre de 2016, la parte demandante tenía hasta el 4 de noviembre de 2016 para presentar demanda ante esta jurisdicción, observándose que fue interpuesta el 21 de marzo de 2017, fuera del término previsto por el legislador para tal efecto.

vi). **Insuficiencia de Poder.** Finalmente, indicó que la parte demandante solo otorgó poder para declarar la nulidad del Decreto 4262 de 12 de agosto de 2016¹⁷ y no para las demás pretensiones relacionadas en la demanda.

12. La apoderada de la **Nación – Procuraduría General de la Nación** se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que «el acto administrativo acusado fue proferido de conformidad con la constitución y la ley, atendiendo a la guarda y protección de los derechos de los aspirantes a la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la Procuraduría General de la Nación.»¹⁸

De la providencia apelada¹⁹.

13. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección F en audiencia inicial celebrada el 22 de agosto de 2019, encontró no probadas

¹⁶ «ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

[...]

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

[...]

a) Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1o del artículo 65 de este Código.»

¹⁷ Transcripción literal visible a folio 99 del expediente.

¹⁸ Transcripción literal, folio 132.

¹⁹ Folio 250 a 255.

las excepciones previas propuestas por la apoderada del señor **Nairo Alejandro Martínez Rivera**²⁰, quien actúa en el proceso como tercero interviniente, al considerar lo siguiente:

14. En relación con la **falta de integración de litis consorcio necesario por la parte pasiva**, indicó con fundamento en el artículo 148 del CPACA²¹, que la decisión de inaplicar un acto administrativo solo produce efectos entre las partes del proceso, de tal forma que, no es dable considerar que se afectarían a las demás personas que fueron nombradas en las otras plazas de Procuradores Judiciales II provistas con la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. 345 de 2016 y en ese sentido, no resulta imperativa su vinculación al proceso.

15. Frente a **Ineptitud sustantiva de la demanda por no presentar los fundamentos de derecho de la pretensión segunda**, precisó que del «[...] acápite denominado “NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN” de la demanda, se encuentra que la parte actora es clara en plantear que en su criterio el Decreto 3264 de 2016, acto acusado en el sub lite, se encuentra viciado de nulidad porque la Resolución No. 040 de 2015 que sustentó la expedición de dicho acto acusado, es irregular al transgredir las disposiciones de los artículos 13, 113, 125, 279 y 290 de la Constitución Política. Se observa igualmente que en el mismo acápite y en los hechos de la demanda la parte actora desarrolla el concepto de violación con base en el planteamiento referido. Lo anterior es suficiente para considerar que la demanda satisface el requisito previsto en el numeral 4º del artículo 162 del CPACA. [...]»²²

16. Respecto a la **inepta demanda por falta de individualización de pretensiones**, indicó que la parte actora no desconoce la exigencia procesal prevista en el artículo 163 del CPACA²³, en la medida que aquella no se configura sobre la pretensión de inaplicar actos administrativos, pues una decisión en ese sentido no deriva en la nulidad del mismo. Por otra parte, argumentó que si bien en principio esta jurisdicción solo debe pronunciarse sobre la solicitud de

²⁰Folio 86 a 117.

²¹ «ARTÍCULO 148. CONTROL POR VÍA DE EXCEPCIÓN. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte.»

²² Reverso del Folio 251.

²³ «ARTÍCULO 163. INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PRETENSIONES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron. Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.»

inaplicación de las resoluciones individualizadas en la demanda, también lo es, que la mencionada petición procede de parte o de oficio, de tal forma que en caso de encontrarse que otro acto administrativo de carácter general que se haya expedido en el marco del concurso de méritos en cuestión deba ser inaplicado, ello sería legalmente procedente.

17. Sobre la **ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones y medios de control** manifestó que el artículo 148 del CPACA²⁴ «no establece que la solicitud de inaplicación proceda únicamente frente a algún tipo de acto administrativo, ya sea general o específico, ni que tal inaplicación no proceda cuando los medios de control de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho puedan ser ejercidos. Así, el hecho de que contra las Resoluciones 040 de 2015²⁵ y 345 de 2016²⁶ pueda ejercerse o se encuentre en trámite el medio de control de nulidad simple, no imposibilita que contra dicho acto administrativo pueda pedirse la inaplicación excepcional frente a un determinado caso concreto de nulidad y restablecimiento del derecho, independientemente de los efectos que pueda llegar a tener la decisión de un medio de control de nulidad simple frente a una solicitud de inaplicación [...]»²⁷

18. En relación con la **caducidad** indicó, contrario a lo señalado por la apoderada del tercero interviniente, que el término extintivo de la acción en este caso no es el previsto para el medio de control de nulidad electoral, sino para el de nulidad y establecimiento del derecho, que de conformidad con el literal d) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA²⁸, opera dentro de los 4 meses siguientes a la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo cuya invalidez se pretende.

²⁴ «ARTÍCULO 148. CONTROL POR VÍA DE EXCEPCIÓN. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte.»

²⁵ por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la entidad.

²⁶ por medio del cual se establece una lista de elegibles.

²⁷ Transcripción literal visible a folio 252 y 253 del expediente.

²⁸ «ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

[...]

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

[...]

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;»

19. Así las cosas, observó que «el decreto acusado fue comunicado el 26 de agosto de 2016, la solicitud de conciliación extrajudicial se radicó el 13 de diciembre del mismo año, la audiencia de conciliación se realizó el 9 de marzo de 2017, y la demanda se radicó el día 21 del mismo mes y año, esto es, 2 días antes de que se venciera el término de 4 meses de caducidad [...]»²⁹

20. Finalmente, frente a la **insuficiencia de poder**, encontró debidamente otorgado los poderes conforme el artículo 74 del CGP³⁰ y además indicó que exigir que en el mandato conferido por la parte actora se efectúe otras especificaciones o aclaraciones para conocer de fondo el asunto constituiría un exceso ritual manifiesto en detrimento de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Del recurso de apelación.

21. La apoderada del señor **Nairo Alejandro Martínez Rivera**³¹, quien actúa en el proceso en calidad de tercero interviniente, manifestó su inconformidad frente a la decisión del *aquo* de declarar no probadas las excepciones propuestas, al considerar lo siguiente:

22. Sobre la **falta de integración de litis consorcio necesario por la parte pasiva o terceros intervinientes**, señaló que resulta necesario vincular en la presente litis a las personas que hacen parte de la lista de elegibles del cargo de Procurador Judicial II Administrativo contenida en la Resolución 345 de 2016³², correspondiente a los puestos 30 a 94, en razón a que una decisión accediendo a las pretensiones de la demanda les afectaría si se tiene en cuenta que como restablecimiento se pretende el reintegro a un cargo de igual o superior jerarquía «que son los otros que fueron provistos con la lista de elegibles.»

23. En cuanto a la **ineptitud sustantiva de la demanda por no presentar los fundamentos de derecho de las pretensiones**, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, e insistió en que la parte actora

²⁹ Transcripción literal, reverso del folio 253.

³⁰ «ARTÍCULO 74. PODERES. Los poderes generales para toda clase de procesos solo podrán conferirse por escritura pública. El poder especial para uno o varios procesos podrá conferirse por documento privado. En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados. [...]»

³¹ Reverso del folio 254 a 255; Minutos: 41:01 a 01:00:08

³² por medio del cual se establece una lista de elegibles.

omitió la exigencia procesal prevista en el numeral 4 del artículo 162 del CPACA³³, en tanto no señaló las normas que fueron transgredidas con la expedición de las resoluciones que pretende se inapliquen por ilegales y el acto acusado. Adicional a ello, agregó que la pretensión de nulidad del mencionado acto debe ser parcial, en tanto solo censura la decisión de desvincular a la señora Karina Vence Peláez del cargo, pero no el nombramiento del señor Nairo Alejandro Martínez Rivera.

24. Respecto a la **inepta demanda por falta de individualización de pretensiones** considera que la parte actora al no señalar que otros actos administrativos generales proferidos en el marco del concurso de méritos en cuestión eran demandados en el sub iudice, desconoció el artículo 163 del CPACA³⁴ que establece de manera taxativa que en la demanda se deben relacionar en forma concreta e individual los actos acusados.

25. Frente a la excepción de **inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones y medios de control**, reiteró que en la presente demanda se está acumulando indebidamente la pretensión de inaplicación de las Resoluciones 040 de 2015 y 345 de 2016, con la nulidad de las mismas, según fue expresado en el hecho quinto de la demanda, y del decreto particular acusado, pues el estudio de invalidez de los actos generales mencionados debe tramitarse bajo una acción de nulidad simple, cuya competencia es exclusiva del Consejo de Estado en única instancia, pues así lo ha establecido la jurisprudencia de dicha Corporación³⁵ y no bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho como pretende la demanda. Solicitó se tenga en cuenta los demás argumentos sobre el punto, señalados en la contestación de la demanda.

26. Sobre la **insuficiencia de poder**, señaló que si bien es cierto en alguno de los poderes otorgados se establece el objeto de la demanda, esto es, la nulidad del Decreto 3264 de 2016, en aquel conferido por la señora Karina Vence Peláez, no se especifica en forma concreta la finalidad del mismo, en tanto solo se establece

³³ «ARTÍCULO 162. CONTENIDO DE LA DEMANDA. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

[...]

4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.»

³⁴ «ARTÍCULO 163. INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PRETENSIONES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.»

³⁵ Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, Auto de 20 de febrero de 2018, Rad. 2017-00008-00, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Auto de 3 septiembre de 2006, Rad. 2001-00515-011734-03. Actor Jorge Eliecer Pérez Gonzalez.

que se designa apoderado para incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho, desconociendo de tal forma lo previsto en el artículo 74 del CGP³⁶, que establece que en el poder se debe indicar el acto acusado, es decir el objeto del mandato.

27. En cuanto a la **caducidad**, insiste en que el término que resulta aplicable es el previsto para el medio de control de nulidad electoral, en la medida que si bien se pretende la inaplicación de unos actos administrativos generales, también se solicita en el hecho quinto de la demanda, la nulidad de los mismos, por consiguiente el plazo extintivo que le resulta aplicable es el de la acción mencionada, máxime cuando las decisiones acusadas son de nombramiento. Por otro lado, solicitó se tenga en cuenta los demás argumentos relacionados sobre este punto en la contestación de la demanda.

28. La apoderada de la **Nación – Procuraduría General de la Nación**³⁷ manifestó su inconformidad con la decisión de declarar no probada la excepción de inepta demanda por falta de integración de litis consorcio necesario, en tanto considera que la lista de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tendría efectos frente a quienes fueron nombrados con base en la misma, por lo que, a tales beneficiarios les asiste un interés legítimo para actuar en el proceso, máxime si la actora requiere su reintegro al cargo o en uno similar.

II. CONSIDERACIONES

Procedencia.

29. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³⁸, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual modo y en

³⁶ «ARTÍCULO 74. PODERES. Los poderes generales para toda clase de procesos solo podrán conferirse por escritura pública. El poder especial para uno o varios procesos podrá conferirse por documento privado. En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados. [...]»

³⁷ Folio 255 del expediente, Minutos: 01:00:09.

³⁸ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

concordancia con el artículo 125 y el artículo 243 *Ibídem*, el Despacho es competente para decidir de plano el recurso.

Problema jurídico.

30. Atendiendo los motivos de oposición aducidos por la parte demandada y el tercero interviniente, contra la decisión que resolvió las excepciones en la audiencia inicial, observándose por parte de este Despacho que son varios los problemas jurídicos dentro del sub iudice, razón por la cual, se analizará cada de uno de manera individual. En consecuencia, **los problemas jurídicos** a resolver son los siguientes:

i) Establecer, si en el sub iudice resulta aplicable el término de caducidad previsto para el medio de control de nulidad electoral, teniendo en cuenta que se pretende la nulidad del decreto que en virtud del concurso de méritos desarrollado nombró en periodo de prueba al señor Nairo Alejandro Martínez Rivera en el cargo de Procurador Judicial II Administrativo y en consecuencia, desvinculó a la señora Karina Vence Peláez del servicio, o si por el contrario, al pretenderse la invalidez de un acto administrativo de carácter particular el plazo extintivo que rige el presente asunto es el previsto para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Una vez dilucidado lo anterior, corresponde determinar si la demanda fue presentada en oportunidad o si por el contrario, operó la caducidad del medio de control.

ii) Determinar, si en el sub lite se debe vincular como litis consortes necesarios a las demás personas que hacen parte de la lista de elegibles del concurso de méritos en cuestión, o si por el contrario, al pretenderse la nulidad de un decreto de carácter particular que solo surte efectos entre la señora Karina Vence Peláez y el señor Nairo Alejandro Martínez Rivera, no corresponde su vinculación al presente proceso.

iii) Definir, si la parte actora omitió las exigencias procesales previstas en los artículos 162 y 163 del CPACA, relativas a no contener la demanda los

fundamentos de derecho del acto acusado y no haberse individualizado de manera concreta en aquellas las pretensiones, así como una indebida acumulación de pretensiones y escogencia del medio de control, en consecuencia configurándose una ineptitud sustantiva.

iv) Resolver, si el poder otorgado por la parte actora es insuficiente al no determinarse en aquel el objeto del mismo, o si por el contrario, cumple con las exigencia del artículo 76 del Código General del Proceso.

31. Bajo ese contexto, el Despacho se pronunciará sobre los siguientes aspectos:

i) de la caducidad del medio de control de nulidad electoral y nulidad y restablecimiento del derecho; ii) de la falta de integración de litisconsorcio necesario; iii) de la ineptitud sustantiva de la demanda y iv) de la insuficiencia de poder.

De la caducidad del medio de control de nulidad electoral y nulidad y restablecimiento del derecho.

32. El medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es un mecanismo judicial que tiene como fin establecer si el acto de elección, nombramiento o llamamiento que va a proveer vacantes se encuentra acorde con el ordenamiento jurídico. Dice la norma:

«ARTÍCULO 139. NULIDAD ELECTORAL. Cualquier 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. [...].»

33. Este medio de control cuenta con un término de caducidad que es de treinta (30) días que se encuentra establecido en el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que al tenor literal señala:

«ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

[...]

a) Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia

pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1o del artículo 65 de este Código. En las elecciones o nombramientos que requieren confirmación, el término para demandar se contará a partir del día siguiente a la confirmación.»

34. Por su parte, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho constituye un mecanismo judicial que tiene como finalidad discutir la legalidad de un acto administrativo de carácter particular y obtener el consiguiente restablecimiento del derecho y reparación del daño ocasionado. Igualmente, la norma preve la posibilidad de que se instaure la presente acción contra actos de carácter general siempre que se pretenda el restablecimiento del derecho vulnerado a favor del particular afectado y que se interponga dentro de los 4 meses siguientes a su publicación. Dice la norma:

«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.»

35. Finalmente se resalta que este medio de control cuenta con un término de caducidad de 4 meses contados al día siguiente de comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso, pues así lo dispone el literal d) del numeral 2 del artículo 164 *ibídem*³⁹.

³⁹ «ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

[...]

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

[...]

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o

36. Ahora bien, adentrándonos al caso en concreto, se tiene que la apoderada del señor Nairo Alejandro Martínez Rivera, quien actúa en calidad de tercero interviniente, considera que el término de caducidad que se debe tener en cuenta en el presente caso es el de 30 días previsto para el medio de control de nulidad electoral, en razón a que en su sentir, el demandante no solo pide la inaplicación de las resoluciones generales que dieron apertura al concurso de mérito y publicaron la lista de elegibles respectivamente, sino que también solicitó su nulidad, aunado al hecho de que el Decreto 3264 de 2016 cuya invalidez se pretende en el sub júdice, corresponde un acto de nombramiento.

37. Al respecto, resalta el Despacho que si bien es cierto en el hecho quinto de la demanda la parte actora aduce que en su sentir la Resolución 040 de 2015, cuya inaplicación se pretende se encuentra viciada de nulidad, también lo es, que en el acápite de pretensiones claramente solicitó únicamente la invalidez del Decreto 3264 de 8 de agosto de 2016, por el cual se nombró en periodo de prueba al señor Nairo Alejandro Martínez Rivera en el cargo de Procurador Judicial II Administrativo, y en consecuencia, dio por terminada la vinculación en provisionalidad de la señora Karina Vence Peláez. Tal como pasa a ver a continuación:

«III. Pretensiones

1. Que se inapliquen por su ilegalidad, la Resolución 040 de 20 de enero de 2015 [...] y la Resolución 345 de 20115 [...] Así como la totalidad de los actos administrativos de carácter general proferidos en el marco de dicho concurso.

2. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto 3256 de 8 de agosto de 2016, por medio del cual el Procurador General de la Nación, declaró la insubsistencia del nombramiento que le venía hecho al demandante señora Karina Vence Peláez [...].»⁴⁰

38. De otro lado, es cierto que el Decreto 3264 de 2016 cuya nulidad se pretende, nombró al señor Nairo Martínez Rivera en el cargo de Procurador Judicial II Administrativo, por lo que, en principio podría considerarse susceptible del medio

publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;»

⁴⁰ Transcripción literal que obra a folio 10 del expediente.

de control de nulidad electoral, en la medida que se está proveyendo un cargo de la función pública. No obstante, considera el Despacho oportuno resaltar que la jurisprudencia de esta Corporación⁴¹ ha establecido que en aquellos casos en que se llevan a cabo las etapas de un concurso de méritos, los actos resultantes del mismo no pueden ser controlados a través de dicho medio sino por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la medida que jurídicamente son actos administrativos laborales que reconocen una prerrogativa a quien obtuvo la mayor calificación.

39. En otras palabras, no estamos ante un acto de elección de la administración, sino en la consolidación de un derecho en cabeza de aquella persona que cumplió los requisitos y obtuvo el puntaje establecido para poder ocupar la vacante, a través del concurso de méritos correspondiente. Dice el máximo órgano de lo contencioso administrativo:

«En consecuencia, como en las designaciones por concurso de mérito, el nominador se limita a “elegir” al mejor candidato, de conformidad con las evaluaciones realizadas, aquel no puede demandarse en nulidad electoral, pues en esta clase de designaciones el acto simplemente reconocerá el derecho de un candidato a ocupar el cargo por ser el mejor.

Esta diferencia es la que la Sección ha traído a colación para cimentar, además, la distinción entre función electoral y función administrativa y la que ha justificado la existencia de la nulidad electoral como un medio de control autónomo e independiente para cuestionar los actos originados, únicamente, en la función electoral. En este sentido se ha precisado:

El juicio de legalidad del acto electoral y del acto administrativo se efectúe por medios de control diferentes. Así, el acto electoral -cuyo propósito es concretar la democracia participativa, materializando así, el fin funcional del derecho relativo a la organización y legitimación del poder-, se examina en un proceso especial de nulidad electoral; mientras que el acto administrativo –que propende por concretar los fines del Estado, principalmente el de satisfacer las necesidades públicas-, se controla en los procesos de nulidad y nulidad y restablecimiento.

Lo anterior significa que los actos resultantes de un concurso de méritos no pueden ser controlados a través del medio de control de nulidad electoral, habida cuenta que aquellos son, jurídicamente, actos administrativos de carácter laboral.

Si esto es así y la naturaleza del acto originado en un concurso de méritos dista sustancialmente de ser un acto electoral, sino que es un acto administrativo que reconoce una prerrogativa a quien obtuvo la mayor

⁴¹ Consejo de Estado – Sección Quinta, Auto de 6 de agosto de 2019, Radicación 20001-23-33-000-2019-00104-01, C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Al efecto consultar entre otros: 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. Representantes de Magdalena. Sección Quinta, auto de Sala del 19 de mayo de 2016, radicación 68001-23-33-000-2016-00131-01 CP. Alberto Yepes Barreiro.

calificación dentro de un concurso de méritos, mal podría concluirse que su legalidad pueda ser estudiada a través de la nulidad electoral, que solo esta instituida, se insiste, para ejercer un control objetivo de legalidad.

Por el contrario, se estima que esta clase de designaciones deben controlarse, única y exclusivamente a través del medio de nulidad y restablecimiento de carácter laboral.”»⁴²

40. Establecido que el medio de control procedente es el de nulidad y restablecimiento del derecho, corresponde analizar si la demanda fue instaurada en oportunidad. Al respecto, se tiene que el término de caducidad del medio de control ejercido por la demandante empezó a correr el **27 de agosto de 2016**, día siguiente a cuando le fue comunicado el acto acusado (-26-08-2016-) y vencía el 27 de diciembre de ese año, no obstante la actora, transcurridos **3 meses y 16 días** del plazo previsto por el legislador, presentó el 13 de diciembre de 2016 solicitud de conciliación prejudicial, suspendiéndose en consecuencia dicho término hasta tanto se llevare a cabo la diligencia de conciliación, lo que ocurrió el **9 de marzo de 2017**.

41. En ese orden, a partir del día siguiente -10-03-2017- se reanudó el término de caducidad, quedando 14 días para presentar la acción, esto es, hasta el 23 de marzo de 2017, observándose que la demanda fue presentada el 21 del mismo mes y año, es decir, **faltando 2 días** para que venciera el plazo previsto por el legislador.

42. Conforme a todo lo expuesto, se establece que la demanda fue presentada dentro de la oportunidad legal y por tanto no prospera esta excepción.

De la falta de integración de litisconsorcio necesario.

43. Al respecto, el Despacho considera que en el presente asunto no corresponde vincular como litisconsorte necesario a los demás concursantes que integran la lista de elegibles, en razón a que el acto acusado de nulidad es de carácter particular frente a la situación jurídica de la señora Karina Vence Peláez quien fue

⁴² Consejo de Estado – Sección Quinta, Auto de 6 de agosto de 2019, Radicación 20001-23-33-000-2019-00104-01, C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

retirada del servicio que desempeñaba en provisionalidad en la Procuraduría General de la Nación, una vez fue nombrado en periodo de prueba el señor Nairo Alejandro Martínez Rivera, de tal forma que una posible decisión de declarar su invalidez y el consecuente restablecimiento del derecho, solo surtiría efectos entre ellos como destinatarios del Decreto 3264 de 2016.

44. A más de ello, tal como dispuso el aquo, la norma⁴³ que preve la inaplicación de los actos administrativos, sean estos de carácter general o particular, solo tienen efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte la misma, de manera que no es indispensable la presencia dentro del litigio de todos los concursantes que integran la lista de elegibles del mencionado concurso para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de la presente litis solo le es atribuible a la señora Karina Vence Peláez y al señor Nairo Martínez Rivera, por lo que, se confirma la decisión de declarar impróspera la excepción.

De la ineptitud sustantiva de la demanda.

45. Aduce, la apoderada del tercero interviniente que la parte demandante incurrió en una ineptitud sustantiva de la demanda, por i) no presentar los fundamentos de derecho de sus pretensiones; ii) falta de individualización de pretensiones; y iii) por indebida acumulación de pretensiones y medio de control.

46. Frente la ineptitud sustantiva de la demanda por **no presentar los fundamentos de derecho del acto acusado** en el sub júdice, se resalta que la jurisprudencia de esta Corporación⁴⁴ ha sido reiterativa en señalar que el fallador debe superar la rigidez de un sistema procesal basado en formalismo que incide de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales y propender por garantizar la búsqueda de la certeza en el caso concreto y en ese sentido, la falta de tal deber por parte de la interesada no impide al juez estudiar el fondo del asunto, en tanto, es claro que lo pretendido por los demandantes es la nulidad del decreto que retiró a la señora Karina Vence Peláez

⁴³ «ARTÍCULO 148. CONTROL POR VÍA DE EXCEPCIÓN. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte.»

⁴⁴ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, Sentencia de 30 de mayo de 2019, Rad. 2013-00709-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

del servicio y el consecuente reintegro, pues en su sentir, aquel fue expedido con base en una resolución que transgredió postulados constitucionales, razón por la cual, se confirma la decisión de no declarar prospera la mencionada excepción.

47. Frente al planteamiento del tercero interviniente relativo a que en el sub júdice procede es la nulidad parcial del acto acusado en la medida que lo discutido es la desvinculación de la señora Karina Vence Peláez y no el nombramiento en periodo de prueba del tercero interviniente, considera el Despacho que ello es un asunto que le corresponde determinar al fallador de primera instancia en el fondo del asunto, pues se debe establecer si la parte actora tiene o no derecho a lo pretendido, razón por la cual, no habrá pronunciamiento alguno al respecto.

48. En cuanto a la **inepta demanda por falta de individualización de pretensiones** sustentada en que la parte actora además de la inaplicación de las Resoluciones 040 de 20 de enero de 2015, «por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la entidad» y 345 del 8 de julio de 2016, «por medio del cual se establece una lista de elegibles», también solicitó la de los actos generales expedidos en el marco del concurso, sin relacionar de manera concreta y específica cada uno de ellos, considera el Despacho que la norma⁴⁵ es clara cuando señala que dicha exigencia procesal se refiere a relacionar con precisión los actos administrativos cuya **nulidad se pretende**, lo que, en nada se relaciona con la inaplicación de las mencionadas resoluciones, pues, contrario a lo considerado por la parte apelante, en el presente asunto en ningún momento se está discutiendo la validez de las mismas, por ende, no hay lugar a declarar la prosperidad de la excepción.

49. De otra parte, es cierto como lo dispuso el aquo, que la solicitud de inaplicación de conformidad con el artículo 148 del CPACA procede de parte o de oficio, y si bien en principio corresponde efectuar tal análisis respecto de las Resoluciones 040 de 20 de enero de 2015 y 345 de 8 de julio de 2016, relacionadas de manera concreta por la parte actora, también lo es, que de encontrarse acreditado que cualquier otro acto general expedido en el marco del

⁴⁵ «ARTÍCULO 163. INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PRETENSIONES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron. Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.»

mencionado concurso deba ser inaplicado, una decisión en ese sentido se encuentra conforme al ordenamiento jurídico.

50. La apoderada del tercero interviniente considera que existe una **ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones y medio de control**, fundamentada en el hecho que la actora, aparte de la inaplicación de las resoluciones generales que dieron apertura al concurso de méritos y que contiene la lista de elegibles del mismo, pretende su nulidad y la del acto particular que la retiró del servicio, pretensiones que en su sentir no son acumulables si se tiene en cuenta que para ello la norma (Art. 165 del CPACA) dispone que sean conexas y que el juez sea competente para conocer de las mismas, lo que no ocurre en el sub júdice, en tanto la invalidez de los actos administrativos generales debe tramitarse por el medio de control de nulidad y simple y su conocimiento corresponde solamente al Consejo de Estado en única instancia, pues así lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación⁴⁶.

51. Al respecto, se reitera que en la presente demanda la parte actora no ha solicitado la nulidad de las Resoluciones 040 de 2015 y 345 de 2016, actos generales expedidos en el marco del concurso de méritos en cuestión, pues en el acápite de pretensiones solicitó solamente su inaplicación y la declaración de invalidez del decreto particular que desvinculó a la señora Karina Vence Peláez del servicio, de tal forma que no existe la indebida acumulación de pretensiones que alega la parte apelante ni una falta de competencia del juez para conocer de aquellas, pues en ningún momento se está discutiendo sobre la validez de los actos generales en mención.

52. Además, se trae a colación que este Despacho en auto de 27 de noviembre de 2018, ya había determinado que la competencia para conocer del presente asunto en primera instancia correspondía al Tribunal Administrativo Cundinamarca, puesto que los «actos demandados no se profirieron por el mencionado funcionario, en ejercicio de su tarea de «supremo director del Ministerio Público» sino, en desarrollo de su facultad nominadora.»⁴⁷

⁴⁶ Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, Auto de 20 de febrero de 2018, Rad. 2017-00008-00, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Auto de 3 septiembre de 2006, Rad. 2001-00515-011734-03. Actor Jorge Eliecer Pérez Gonzalez.

⁴⁷ Transcripción literal que obra a folio 228 del expediente.

53. De otro lado, la apoderada del tercero interviniente solicita se tenga en cuenta la jurisprudencia que fundamentó este punto en la contestación de la demanda, según la cual, el artículo 165 del CPACA⁴⁸ solo permite la acumulación de pretensiones siempre que el juez sea competente para conocer de todas y que se pueda tramitar a través de una misma acción, no obstante se tiene, que el radicado 2007-0008-00, correspondiente a un auto proferido por la suscrita, no corresponde con la transcripción realizada por el apelante en el escrito de contestación, pues es una providencia a través de la cual se rechaza la demanda por no subsanar la falencia relativa a una indebida acumulación de pretensiones, sin que en aquella se hiciera pronunciamiento de fondo alguno sobre el tema.

54. Por su parte, frente al radicado 2001-00515-011734-03 se establece que no corresponde a ninguno de los procesos proferidos por esta Corporación, no obstante en gracia de discusión de tenerse por cierto, el aparte transcrito en la contestación de la demanda sobre esa providencia, se tiene que aquella no resulta aplicable en el presente asunto en la medida que no existe identidad fáctica y jurídica, pues del escrito se logra inferir que la parte demandante de ese caso incurrió en una indebida acumulación de pretensiones al solicitar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho la nulidad de actos generales y particulares, lo que no ocurre en el sub júdice, pues como se expuso solo se pretende la invalidez de un decreto de carácter particular.

55. Finalmente, sobre la discusión respecto cuál es el medio de control adecuado que se debió instaurar en el sub júdice, se reitera como se expuso en acápites precedentes, que los actos resultantes de un concurso de méritos son susceptibles del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

De la insuficiencia de poder.

⁴⁸ «ARTÍCULO 165. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES. En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.
2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.
3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.
4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.»

56. Al respecto, se observa que los poderes especiales otorgados por la parte actora a su apoderada, cumplen con las exigencias del artículo 74 del Código General del Proceso, si se tiene en cuenta que en ellos se determina el asunto de la siguiente manera:

«[...] para que en mi nombre y representación, inicie, tramite, y lleve hasta su terminación demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.»

57. Ahora, si bien, no se establece de forma específica que se pretende la nulidad del decreto que retiró a la señora Karina Vence Peláez del cargo en provisionalidad que desempeñaba en la Procuraduría General de la Nación, también lo es que i) de la demanda es claro que se discute la legalidad del mencionado acto administrativo y que se solicita el reintegro al cargo y ii) dar por terminado el proceso, por una omisión en ese sentido, desconoce el deber que le asiste al juez de dejar de lado la rigidez de un sistema procesal basado en formalismo, incidiendo de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales, el acceso a la administración de justicia y la obligación de propender por garantizar la búsqueda de la certeza, por lo que, no se declara la prosperidad de la mencionada excepción.

Por lo anteriormente expuesto, este Despacho

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la decisión proferida en audiencia inicial por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección F celebrada el 22 de agosto de 2019, que declaró no probadas las excepciones de falta de integración de litisconsorcio necesario, inepta demanda por: i) no presentar los fundamentos de derecho de la pretensión, ii) por falta de individualización de las pretensiones y iii) por indebida acumulación de pretensiones y medios de control, caducidad e insuficiencia de poder, propuestas por la apoderada del señor Nairo Alejandro Martínez Rivera, quien actúa en calidad de tercero interviniente en la presente litis.

SEGUNDO: Por la Secretaría de la Sección Segunda, devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo de origen para lo de su cargo y déjense las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Consejera de Estado

Relatoría: AJSD/Dcsg/Lmr.

