

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO – Finalidad. Legitimación en la causa por activa. Regulación legal

El medio de control, antes acción, de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, regulado por el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, fue diseñado para que, una vez anulados los actos administrativos generales o particulares contrarios a la Constitución o la ley, puedan restablecerse los derechos subjetivos afectados por la irregularidad o pueda restituirse las cosas al estado anterior a la ilegalidad. Entonces, la demanda únicamente puede ser presentada por la persona que tiene interés jurídico para restablecer su derecho particular, concreto y subjetivo. Y, las pretensiones de la demanda en ejercicio de este medio de control, cuyo ámbito limita la competencia del juez contencioso administrativo, expresarán dos peticiones diferenciadas: de un lado, la que busca retirar del ordenamiento jurídico el acto administrativo general o particular ilegal o inconstitucional y, de otro, la que como consecuencia directa e inmediata de la anterior, busca restablecer el derecho afectado al demandante, reparar el daño causado o la devolución de pagos indebidamente cobrados. Por lo tanto, es natural que la sentencia que resuelve el litigio formulado en ejercicio de este medio de control, no sólo se refiera a la validez del acto administrativo general o particular, sino también a las consecuencias dañinas del mismo que generaron la afectación de derechos individuales o concretos.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 138 / LEY 130 DE 1913 / LEY 167 DE 1941 / DECRETO 01 DE 1984

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO – Indemnización, consecuencia necesaria de la anulación del acto. Protección de derechos subjetivos

Se advierte entonces cómo el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 instituye el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho con precisos caracteres que lo diferencian de otros medios de control. En efecto, a través de este medio de control, antes acción, no puede perseguirse una pretensión indemnizatoria que no resulta de la anulación de un acto administrativo definitivo, pues, ésta es la condición necesaria para restablecer un derecho e indemnizar el perjuicio derivado del acto administrativo que se anula, si es el caso. Puntualizando, este medio de control se reserva para proteger directamente el derecho subjetivo del administrado que ha sido vulnerado por un acto general o particular de la administración. De ahí que envuelva dos pretensiones que se complementan

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO – Falta de legitimación en la causa por activa. No titularidad del derecho subjetivo

La FGN a través de la presente demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pretende la nulidad de la Resolución No. 2131 de 9 de octubre de 2014, por medio de la cual la CNSC ordenó la reincorporación de la señora BOLAÑOS GARCÍA, y a renglón seguido, pide que se le restablezca el derecho a la referida señora, disponiéndose su reintegro pero en otra de las entidades receptoras del personal del suprimido DAS. De acuerdo con lo expuesto, teniendo en cuenta las pretensiones formuladas en la demanda, la FGN no está legitimada para entablar el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que nos ocupa, dado que no es la titular del derecho subjetivo cuya lesión correspondería revisar. En el caso que ocupa la atención de la Sala no es viable el Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por faltar uno de los elementos

fundamentales de éste, es decir, la legitimación en la causa por activa, amén de que a la luz de las normas que gobiernan el referido mecanismo judicial, la FGN no demostró su condición de lesionada de un interés o derecho de naturaleza subjetiva. No es entonces una situación que de manera directa ni inmediata afecte derechos de naturaleza subjetiva en cabeza de la FGN, sino que se trata de un asunto puramente de legalidad atinente a la competencia del órgano que expidió el acto administrativo demandado, esto es, la CNSC.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD SIMPLE – Procede contra actos particulares cuando su nulidad no conlleva el restablecimiento de un derecho, por existir falta de legitimación en la causa por activa por no ser el demandante titular del derecho subjetivo

El artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, incorporó y elevó a rango legal la teoría de los móviles y finalidades elaborada por la jurisprudencia del Consejo de Estado desde la década del sesenta del siglo pasado, permitiendo que por los cánones de la Nulidad Simple, que en un principio estuvo reservada para enjuiciar actos administrativos de carácter general, se demanden también actos administrativos de contenido particular, pero siempre que se cumplan con alguno de los 4 presupuestos que la norma señala. En el caso sub examine, se configura el primer presupuesto, que hace referencia a que no se genere restablecimiento automático de un derecho a partir de la sentencia de nulidad, pues, como viene expuesto, en el sub lite no hay lugar a estudiar la pretensión de restablecimiento formulada en la demanda, ya que, la FGN no es titular del derecho subjetivo invocado, y por lo tanto, no está legitimada para solicitar tal restablecimiento en nombre de la señora BOLAÑOS GARCÍA.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 137

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil quince (2015).-

Radicación número: 11001-03-25-000-2015-00590-00(1643-15)

Actor: FISCALIA GENERAL DE LA NACION (FGN)

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)

Asunto: Auto que adecúa demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y ordena tramitarla como Nulidad Simple.-

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda de la Corporación de 20 de mayo de 2015¹, para proveer sobre la admisión de la demanda de la referencia.

I. LA DEMANDA.-

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011², la Fiscalía General de la Nación³, actuando a través de apoderada judicial⁴, acudió ante esta Corporación⁵ con el objeto de demandar la nulidad de la Resolución No. 2131 de 9 de octubre de 2014⁶, por medio de la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil⁷, le ordenó reincorporar a su planta de cargos, a la señora MARTHA BEATRÍZ BOLAÑOS GARCÍA⁸ en el cargo de Auxiliar Grado I.

A título de restablecimiento, solicita la FGN, que *“se ampare el derecho de naturaleza subjetivo a favor de la señora MARTHA BEATRÍZ BOLAÑOS GARCÍA, reincorporándola a un empleo igual o equivalente al que desempeñaba en el Departamento Administrativo de Seguridad⁹, en las demás entidades receptoras del personal del extinto DAS, las cuales sí hacen parte de los sujetos cuya carrera administrativa y provisión del empleo, sí corresponde al ámbito de competencia de la CNSC.”*

1.1. Fundamentos fácticos de la demanda.-

Los hechos que soportan la demanda, relatados por la FGN, son resumidos por el Despacho en los siguientes términos:

i). La señora MARTHA BEATRÍZ BOLAÑOS GARCÍA laboró en el DAS desde el 12 de diciembre de 1988, siendo su último cargo el de Auxiliar de Servicios Código 325 Grado 02, respecto del cual ostentaba derechos de carrera.

¹ Folio 66 del expediente.

² Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

³ En adelante FGN.

⁴ Según poder visible a folio 1º del expediente.

⁵ El 11 de mayo de 2015.

⁶ “Por medio de la cual se resuelve la solicitud de reincorporación de la señora MARTHA BEATRÍZ BOLAÑOS GARCÍA”.

⁷ En adelante CNSC.

⁸ Identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.918.033.

⁹ En adelante DAS.

ii). Con ocasión de la supresión del DAS, ordenada por el Decreto 4057 de 31 de octubre de 2011¹⁰, y la consecuente supresión de su cargo, la referida señora indicó a la Subdirección de Talento Humano del DAS - en supresión -, el 3 de julio de 2014, que dada su condición de madre cabeza de familia y de persona discapacitada, a cambio de recibir una indemnización por la supresión de su cargo, prefería ser reincorporada a una de las entidades dispuestas por dicho Decreto como receptoras del personal del DAS - en supresión -, esto es, Fiscalía General de la Nación, Unidad Administrativa Especial de Migración, Policía Nacional y Unidad Nacional de Protección, entre otras.

iii). El Subdirector de Talento Humano del DAS - en supresión -, a través de oficio de 11 de julio de 2014, envió a la CNSC el expediente administrativo contentivo de la historia laboral de la señora BOLAÑOS GARCÍA para efectos de que se adelantara el proceso de reincorporación a cualquiera de las entidades receptoras.

iv). La CNSC, a través de oficio de 24 de julio de 2014 solicitó a las entidades receptoras información sobre las vacantes existentes en sus plantas de personal equivalentes al cargo de Auxiliar de Servicios Código 325 Grado 02, que la señora BOLANOS GARCÍA desempeñaba en el DAS, para efectos de disponer la reincorporación. Todas las entidades contestaron pero la FGN guardó silencio.

v). La señora BOLAÑOS GARCÍA interpuso acción de tutela ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹¹, órgano que mediante fallo de 11 de septiembre de 2014¹², dispuso, en amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida, trabajo y acceso a cargos públicos, ordenar a la FGN que informara a la CNSC si en su planta de cargos existían vacantes de empleos equivalentes al de Auxiliar de Servicios Código 325 Grado 02 que la referida señora ocupaba en el DAS. Así mismo, ordenó el Tribunal, que una vez contara con esa información, la CNSC debía resolver la solicitud de reincorporación de la actora, decretando su reintegro a la FGN o a otra de las entidades receptoras, en caso de que en la FGN no existieran vacantes.

¹⁰ “Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones”

¹¹ Expediente No. 250002337000201401005-00. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A. Magistrada Ponente PATRICIA AFANADOR ARMENTA.

¹² Al ser consultada la página web de la Rama Judicial, se advierte que en estos momentos el expediente de tutela se encuentra al “Despacho” para resolver una solicitud de nulidad formulada por la Fiscalía General de la Nación.

vi). En atención a que la FGN informa a la CNSC que en su planta de cargos existen 7 vacantes del empleo Auxiliar I que son equivalentes al de Auxiliar de Servicios que ocupaba la actora en el DAS, la CNSC a través de la Resolución No. 2131 de 9 de octubre de 2014, aquí demandada, ordena a la FGN, en cumplimiento del mencionado fallo de tutela, *“la reincorporación de la señora MARTHA BEATRIZ BOLAÑOS GARCÍA”* en uno de esos 7 cargos vacantes de Auxiliar I.

1.2. Cargos de la demanda.-

En la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho se alega básicamente, la falta de competencia del órgano que expidió el acto administrativo demandado, puesto que, por mandato expreso de las Leyes 270 de 1996¹³, 909 de 2004¹⁴ y 938 de 2004¹⁵, y del Decreto Ley 020 de 2004¹⁶, la FGN cuenta con su propio régimen de carrera especial que es administrado por la Comisión Especial de Carrera de la Fiscalía, por lo que la CNSC carece de competencia para decidir sobre asuntos relacionados con la planta de cargos de la FGN.

II. CONSIDERACIONES.-

Antes de estudiar la conformidad de la demanda incoada por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN con el artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, el cual regula su presentación en debida forma, se precisa determinar, si en este caso, es procedente formal y materialmente enjuiciar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la Resolución No. 2131 de 9 de octubre de 2014, en atención a que al parecer se trata de un acto de ejecución expedido para dar cumplimiento a una orden de tutela, los cuales, en principio no son demandables.

Una vez establecido lo anterior, de ser el caso, procederá el Despacho a revisar la procedencia del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, para lo cual será necesario estudiar sus características y presupuestos, y en esa medida, en aplicación del artículo 171 ibídem que concede al juez la facultad de

¹³ Estatutaria de la Administración de Justicia.

¹⁴ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

¹⁵ Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

¹⁶ “Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas”

adecuar la demanda, determinar si hay lugar a ello, y ordenar su admisión y trámite por los cánones del medio de control de Nulidad Simple.

2.1. Naturaleza del acto administrativo demandado.-

De conformidad con lo dicho por la doctrina¹⁷ y la jurisprudencia, tanto foránea como nacional, el acto administrativo es la manifestación unilateral de la voluntad de la administración que crea, extingue o modifica un derecho o una situación jurídica.

El Consejo de Estado¹⁸ al decidir una demanda de nulidad contra algunos apartes del Concepto JDS – 023434 de 20 de agosto de 1999, emitido por el Secretario General del Banco de la República, en relación con el acto administrativo, dijo:

“(...) Esta Corporación ha señalado de manera reiterada y uniforme que los actos administrativos son manifestaciones de voluntad proferidos unilateralmente por la administración que tienen la virtualidad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de distinto orden y que ordinariamente están revestidos por formas tradicionales - como decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos, etc. En ocasiones la administración omite la formulación tradicional enunciada y se expresa a través de oficios, memorandos, circulares, conceptos, etc., formas que de manera corriente no se utilizan para proferir actos administrativos. La circunstancia anotada suscita dudas acerca de si los oficios, memorandos, circulares o conceptos anotados contienen o no actos administrativos. La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que cuando dichos documentos expresan una manifestación unilateral de voluntad de la administración con la aptitud de producir efectos jurídicos se está en presencia de un acto administrativo y que, en caso contrario, se debe reconocer la inexistencia del acto y, en consecuencia, la ausencia de un objeto sobre cual pueda recaer pronunciamiento judicial alguno de legalidad. En el caso específico de los conceptos es posible que expresen una manifestación de voluntad de la naturaleza descrita, caso en el cual constituyen actos administrativos cuya legalidad puede ser controlada por vía judicial; o que se limiten a expresar opiniones destinadas a ilustrar el juicio de los particulares o de los

¹⁷ GORDILLO, Agustín. EL ACTO ADMINISTRATIVO. Tomo III. 10ª Edición. Buenos Aires. F.D.A. 2011. También se puede consultar a BOCANEGRA SIERRA, Raúl. LECCIONES SOBRE ACTO ADMINISTRATIVO. 3ª Edición. Civitas. 2006. Igualmente BOCANEGRA SIERRA, Raúl. TEORÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO. 1ª Edición. Iustel S.A. 2005. Así mismo a SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. ACTO ADMINISTRATIVO, PROCEDIMIENTO, EFICACIA, VALIDEZ. 2ª Edición. Universidad Externado de Colombia. Además PÉREZ ORTÍZ, Romeo. EFICACIA Y VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Universidad Nacional de Colombia. 2013. También BERROCAL GUERRERO, Luis. MANUAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO: SEGÚN LA LEY, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA. 6ª Edición. Librería del Profesional. Así mismo RICO PUERTA, Luis Alonso. EL ACTO ADMINISTRATIVO. 1ª Edición. Universidad de Medellín. 2013. También RODRÍGUEZ ARANA, Jaime y SANÍN, Luis Ángel. DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL. Tomo II. Netbiblo S.SL. 2009.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil once (2011) Radicación número: 11001-03-27-000-2003-00071-01 Actor: CESAR CAMILO CERMEÑO CRISTANCHO Demandado: BANCO DE LA REPUBLICA Referencia: ACCION DE NULIDAD.

servidores públicos acerca de un tema cualquiera, caso en el cual no son controlables judicialmente (...)”.

Así mismo, el acto administrativo tiene unos elementos que de manera sucinta se relacionan a continuación: la autoridad que tiene competencia para emitirlo; la motivación, es decir, las razones fácticas y jurídicas que sirven de fundamento para su expedición; el contenido del acto que hace referencia al resultado final obtenido; el fin del acto administrativo, esto es, el objetivo perseguido y la forma que tiene que ver con las solemnidades dispuestas por la ley. También existen actos administrativos fictos o presuntos que tienen su origen en las peticiones de los administrados y en el silencio de la administración; los mismos pueden ser negativos o positivos.

Igualmente existen actos de ejecución que son aquellos que no contienen una manifestación de la voluntad de la administración, sino que por el contrario, con ellos se atiende una decisión judicial, como por ejemplo, lo ordenado por una sentencia que la administración debe cumplir, los cuales, por no tener la condición de crear, modificar o extinguir derechos, no son objeto de medio de control alguno.

Sobre los actos de ejecución, el Consejo de Estado¹⁹ ha dicho:

“(...) La resolución transcrita (...) que ordenó el reintegro del actor fue expedida para dar cumplimiento a una sentencia de tutela dictada por la Corte Constitucional, es decir, que en principio es un acto de ejecución, tal como lo calificó el Tribunal, pues jurídicamente todo acto que se limite a ordenar el cumplimiento de una sentencia tiene tal connotación. No obstante lo anterior, esta corporación ha aceptado una excepción consistente en que si bien los actos administrativos de ejecución no son demandables, si la administración al proferirlo se aparta del verdadero alcance de la decisión o de las súplicas del actor, que para el caso sería aparte del reintegro, el pago de las sumas que por concepto de salarios y prestaciones dejó de percibir desde el retiro hasta su reintegro, agregándole o suprimiéndole algo, resulta incuestionable que el acto no es de simple ejecución como quiera que nace a la vida jurídica un nuevo acto administrativo que sería a todas luces controvertible ante la jurisdicción. Lo anterior conlleva a concluir que con la expedición del acto administrativo demandado se genera un hecho nuevo no decidido en la sentencia a la que se está dando cumplimiento, es decir, existe una situación jurídica nueva no discutida ni definida en el fallo. Entonces, como lo que motivó la nueva demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, fue el no pronunciamiento sobre la referida pretensión que en últimas es el objeto del

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCION “A” Consejero Ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCON Bogotá DC; abril siete (07) del año dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00152-01(1495-2010) Actor: SEVERO ACOSTA TARAZONA Demandado: LA NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA.

acto acusado, se observa que ello comprende un hecho nuevo que amerita control jurisdiccional (...).”.

En este orden de ideas, se entra a analizar el acto administrativo demandado por la FGN, esto es, la Resolución No. 2131 de 9 de octubre de 2014, *“por medio de la cual se resuelve la solicitud de reincorporación de la señora MARTHA BEATRÍZ BOLAÑOS GARCÍA”*, con la finalidad de establecer si se trata de un acto de ejecución, o si además, se crean situaciones nuevas lo que lo convertiría en un acto administrativo pasible de control jurisdiccional.

La situación fáctica que presenta la demanda que instauró la FGN da cuenta que la señora MARTHA BEATRÍZ BOLAÑOS GARCÍA, en su condición de ex empleada de carrera administrativa del DAS y en su situación de madre cabeza de familia y discapacitada, instauró acción de tutela para obtener su reintegro a alguna de las entidades receptoras del DAS – en supresión -; mecanismo judicial que fue resuelto a su favor por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que resolvió mediante fallo de 11 de septiembre de 2014, ordenar a la CNSC lo siguiente:

“A. ORDÉNASE a la FGN que dentro de los 3 días siguientes a la notificación de esta sentencia, remita a la CNSC, la información que le fue solicitada por esa entidad mediante el Oficio No. 2014EE22129 de 24 de julio de 2014, respecto de si existen vacantes definitivas en la planta de personal de la FGN en el empleo de Auxiliar de Servicios Generales III y remitir la totalidad de los cargos que se encuentren en vacancia definitiva respecto del citado empleo.

B. ORDÉNASE a la Coordinadora de la Provisión de Empleo Público de la CNSC que dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba la información suministrada por la FGN, si hay vacantes en esa entidad, resuelva la solicitud de reincorporación de la señora MARTHA BEATRÍZ BOLAÑOS GARCÍA en un empleo igual o equivalente al suprimido, término dentro del cual debe ser vinculada.

En caso de que no existan vacantes en la FGN se ordenará a la Coordinadora de la Provisión de Empleo Público de la CNSC que dentro de los 2 meses siguientes a la fecha en que reciba la información suministrada por la FGN, resuelva acerca de la solicitud de reincorporación de la señora MARTHA BEATRÍZ BOLAÑOS GARCÍA en un empleo igual o equivalente al suprimido en las demás entidades receptoras del extinto DAS, término dentro del cual debe ser vinculada.”.

En atención a la orden impartida en el fallo de 11 de septiembre de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la CNSC expidió la Resolución No. 2131 de 9 de octubre de 2014, por medio de la cual ordenó reincorporar a la

señora BOLAÑOS GARCÍA a la FGN en un cargo de Auxiliar I, respecto del cual la FGN le certificó que tenía en su planta 7 vacantes, y que dicho empleo era equivalente al de Auxiliar de Servicios Generales que la referida señora ocupaba en el DAS.

Pues bien, para responder la pregunta que se ha formulado en el sub lite, se analiza la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁰ respecto de lo que ha considerado como acto de ejecución, para luego entrar a verificar la situación fáctica que se presenta en el sub lite. La Corporación, en la providencia aludida anteriormente señaló que existe una excepción respecto de la impugnación del acto de ejecución que ocurre cuando la administración se aparta del verdadero alcance de la decisión proferida, pues, nace a la vida jurídica un nuevo acto administrativo que sería controvertible ante la jurisdicción. Por tanto, si con la expedición del acto administrativo demandado se genera un hecho nuevo no decidido en la sentencia a la que se está dando cumplimiento, significa que se presenta una situación jurídica nueva no discutida ni definida en el fallo, pues, se trata de un acto administrativo que puede ser objeto de control jurisdiccional.

Del estudio de la Resolución impugnada en este caso, a través de la cual se dio cumplimiento a la sentencia de tutela de 11 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se observa que si bien es cierto que dicho acto se cumple la mencionada sentencia, lo cual lo convertiría en un mero acto de ejecución, también lo es que no se puede aceptar tal afirmación porque al analizar las razones por las cuales se profirió, se concluye que en su expedición ocurrieron circunstancias que impiden que se tenga como un verdadero acto de ejecución, las cuales se pasan a enumerar:

1. En el fallo aludido, el juez de tutela ordenó a la CNSC, emitir el respectivo acto administrativo reincorporando a la señora BOLAÑOS GARCÍA en la FGN o en cualquiera de las otras entidades receptoras del personal del DAS – en supresión -, circunstancia que le confirió un cierto grado de discrecionalidad a la CNSC, lo cual, de suyo, habilita a la jurisdicción para revisar la legalidad de este acto administrativo, pues, su expedición implicó el ejercicio de un ámbito de discrecionalidad por parte de la CNSC.

²⁰ Ibídem

2. La FGN argumenta, que ni el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al proferir el fallo de tutela, ni la CSNC al expedir la Resolución No. 2131 de 9 de octubre de 2014, tuvieron en cuenta que la CSNC no tiene competencia sobre la planta de personal de la FGN, puesto que por orden de las Leyes 270 de 1996, 909 de 2004 y 938 de 2004, y del Decreto Ley 020 de 2004²¹, la FGN cuenta con su propio régimen de carrera especial que es administrado por la Comisión Especial de Carrera de la Fiscalía.

Ahora bien, se observa de las motivaciones del fallo de tutela, así como del acto demandado, que en efecto, ni el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ni la CNSC, se detuvieron a estudiar si esta última tenía competencia o facultad para disponer un reintegro en la planta de cargos de la FGN.

Conforme a lo expuesto, no cabe duda que la Resolución No. 2131 de 9 de octubre de 2014, que es el acto objeto de acusación en el presente asunto, no es propiamente un acto de ejecución sino un verdadero acto administrativo, el cual, si bien se expide en cumplimiento de un fallo de tutela, allí se advierte una circunstancia de orden legal sobre la cual se formuló un cargo de nulidad, como es la competencia de la CNSC para disponer el reintegro de una ex empleada del DAS a la FGN, que no puede pasar desapercibida en esta oportunidad.

3. Significa lo anterior que la competencia de la CNSC para proferir dicho acto administrativo se encuentra en entre dicho, por cuanto la sentencia del juez de tutela, en sentir de la FGN rebasó la ley, y en su cumplimiento la entidad acató la orden por fuera de las competencias que la ley le arrogó, por tanto, la FGN puede perfectamente acudir a la jurisdicción encargada de juzgar los actos administrativos para impugnar la resolución, que en acatamiento de un fallo de tutela, según su dicho, también la hace incurrir en el error de aceptar un reintegro a su planta de cargos por fuera de los parámetros señalados en la ley.

Al respecto, anota el Despacho que el inciso 2 del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, establece que una de las causales de nulidad de todo acto administrativo es el haber sido expedido sin competencia.

²¹ “Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas”

4. La Resolución por la cual se da cumplimiento a la sentencia de tutela, en este caso, es un acto administrativo que contiene la manifestación de la voluntad de la administración que creó una situación jurídica particular contra la cual se puede ejercer el control de legalidad que le corresponde al juez administrativo, de conformidad con la Constitución y la ley; y máxime cuando se observa que el juez de tutela en el fallo de marras no hizo ninguna reflexión acerca de la competencia de la CNSC para disponer el reintegro de una ex empleada del DAS en la FGN.

5. En este orden de ideas, en el sub lite, al expedirse el acto administrativo aquí acusado, se generó un hecho nuevo producto del cumplimiento de la sentencia de tutela, toda vez que aparece una situación jurídica que no se discutió en el fallo de tutela, esto es, la competencia de la CNSC para disponer el reintegro de una ex empleada del DAS en la FGN, lo que supone un debate sobre la competencia del órgano que expide el acto administrativo, asunto que es del resorte del juez administrativo y no del juez constitucional, quien protege derechos fundamentales.

Entonces, en respuesta a la pregunta que se formuló en este apartado, se debe decir con toda firmeza que la Resolución No. 2131 de 9 de octubre de 2014, expedida por la CNSC en cumplimiento de un fallo de tutela, no es un acto de ejecución sino un verdadero acto administrativo porque creó una situación jurídica particular que consistió en disponer el reintegro de una ex empleada del DAS a la planta de personal de la FGN, sin reparar que esta última por disposición legal posee una carrera administrativa especial respecto de la cual la CNSC no tiene competencia.

Esta Corporación en reciente pronunciamiento y con ponencia de la suscrita, sobre la procedibilidad de impugnar los actos mediante los cuales se da cumplimiento a una sentencia de tutela, dijo:

“(…) A juicio de la tutelante las autoridades judiciales desconocieron el precedente jurisprudencial por el Consejo de Estado en el cual se ha determinado que los actos administrativos que se profieran en cumplimiento de una decisión judicial no gozan de inmunidad, sino que los mismos pueden ser valorados en sede jurisdiccional, cuando con ellos se transgredan derechos de las personas; aunado a ello, aseguró que se desconocieron los principios de la Ley 1437 de 2011 en la cual se ha previsto la prevalencia del derecho sustancial frente al procedimental.

Al respecto, se debe precisar que las autoridades judiciales accionadas realizaron un análisis de las pruebas allegadas al proceso y una interpretación acorde con las normas que rigen el proceso de nulidad y

restablecimiento del derecho, en donde se infirió que el Auto N° 108541 de 29 de noviembre de 2013, no era un acto de trámite sino un acto de ejecución, en el cual se había dado cumplimiento a la Sentencia T-568 de 2012 proferida por la Corte Constitucional.

La Sala debe precisar, que en efecto el Consejo de Estado en situaciones excepcionales ha previsto que los actos que se profieran en cumplimiento de una decisión, puedan ser cuestionados ante la jurisdicción, siempre y cuando el mismo vaya más allá de la orden impartida, es decir, que crea, modifica o extingue una situación diferente a la decisión adoptada.

Al respecto el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha previsto que:

“(…) cabe advertir que, por regla general, según reiterada jurisprudencia de esta Corporación²², los actos de ejecución que se dicten para el cumplimiento de una sentencia judicial o de una conciliación judicial debidamente aprobada, como sucede en este caso, no son actos administrativos definitivos, lo que excluye cualquier análisis o pronunciamiento de fondo en torno a éstos, salvo que la administración, al dar cumplimiento al fallo o al acuerdo conciliatorio, adopte decisiones que constituyan realmente actos administrativos en cuanto a su contenido, en desconocimiento de los mismos.

Es decir, respecto del acto de liquidación de una sentencia o de una conciliación judicial no proceden las acciones contenciosas ante esta Jurisdicción, dado que no se trata de actos administrativos definitivos, o sea, mediante los cuales se finalice una actuación administrativa o se impida su continuación, sino que son meros actos de cumplimiento o ejecución²³, excepto que en ellos se establezcan puntos nuevos que creen o modifiquen situaciones jurídicas. Dicho de otro modo, “[t]odo acto que se limite a generar el cumplimiento de la sentencia es un acto de ejecución. No obstante, si la administración al proferir el acto de ejecución se aparta del alcance del fallo, agregándole o suprimiéndole algo, resulta incuestionable que en el nuevo temperamento no puede predicarse que el acto sea de simple ejecución, pues nace un nuevo acto administrativo, y por lo mismo, controvertible judicialmente”²⁴ (...)²⁵.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 17.367, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, en la que se reitera: Sección Primera: sentencias de 7 de febrero de 2008, exp. 11001-03-15-000-2007-01142-01(AC); 27 de julio de 2006, exp. 20001-23-31-000-2003-02048-01; 20 de septiembre de 2002, exp. 25000-23-24-000-2000-0321-01(7764), 21 de febrero de 2002, exp. 66001-23-31-000-1998-0378-01(7193), 26 de octubre de 2000, exp. No. 5967; 14 de septiembre de 2000, exp. 6314, 4 de septiembre de 1997, exp. 4598, 6 de marzo de 1999, exp. 3.939, y Auto de 19 de diciembre de 2005, exp. 25000-23-24-000-2004-00944-01; Sección Tercera: Sentencia de 9 de agosto de 1991, exp. 5934, auto de 7 de marzo de 2002, exp. 25000-23-26-000-1999-2525-01(18051), auto de 5 de abril de 2001, exp. 17.872. Y Sala Plena de la Corporación providencias de 31 de marzo de 1998, exp: C-381 y C-387 de 1998.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 5 de abril de 2001, exp. 17.872, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de agosto de 1991, exp. n.º 5934, C.P. Julio César Uribe Acosta.

²⁵ Consejo de Estado –Sección Tercera – Subsección B, Sentencia de 8 de febrero de 2012, Radicación numero: 15001-23-31-000-1997-17648-01(20689), M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

Ahora bien, debe precisarse que la anterior posición se encuentra acorde con lo señalado en el Auto proferido por el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, de 17 de abril de 2013, radicado N° 05001 23 33 000 2012 00301 01 (0469-2013), M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, pues lo que hace es una claridad frente a la procedencia excepcional de una acción jurisdiccional para cuestionar el acto que da cumplimiento a la una decisión judicial, en este se refiere que:

*“(…) Es necesario subrayar que si bien esta Corporación ha expresado que los actos administrativos que dan cumplimiento a una decisión judicial son actos de ejecución (sic) y únicamente tendrían control jurisdiccional si suprimen o cambian lo ordenado por la providencia judicial, la verdad es que pese a la impropiedad de la nomenclatura del precedente, sustancialmente **lo que está es reconociendo cuál es el tema de controversia en esta clase de acciones, pero de ningún modo descartando ab initio la opción de control (…)**”.*

Así las cosas, la Sala encuentra que la decisión adoptada por las autoridades judiciales, de rechazar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, se encuentra acorde con la línea pacífica del Consejo de Estado, pues tanto en primera como en segunda instancia se valoró la situación particular y se llegó a la conclusión de que el acto demandado había dado estricto cumplimiento a la Sentencia T-568 de 2012 proferida por la Corte Constitucional.”²⁶

Como se observa de la jurisprudencia de esta Corporación, es procedente acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controvertir el acto administrativo por medio del cual la Administración da cumplimiento a una sentencia de tutela, toda vez que en estos casos la entidad atiende la decisión contenida en ella y mediante la cual se protege el derecho fundamental que presuntamente se vulneró, sin embargo, puede demandarlo cuando considera que la decisión del juez de tutela ordena tener en cuenta situaciones que la ley no contempla, como por ejemplo, incluir en la liquidación de la pensión un factor salarial en un porcentaje distinto al señalado en la norma que lo regula, o habilitar a una entidad para que actúe por fuera del marco de sus competencias.

Habiendo quedado claro que en ocasiones los actos administrativos que ejecutan una orden judicial pueden ser controvertibles ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por las circunstancias antes explicadas con suficiencia, procede el Despacho a estudiar lo atinente a las características del medio de control, antes acción, de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, así como a revisar lo concerniente a la titularidad o legitimidad para interponerlo.

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B. C.P.: Dra. SANDRA Lisset Ibarra Vélez. 24 de junio de 2015. Expe. 11001-03-15-000-2015-01215-00. Acción de Tutela.

2.2. Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Características y ámbito de aplicación.-

En el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, se regula el medio de control, antes acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, mediante el cual se le concede a quienes se crean lesionados en un derecho amparado por la ley, la posibilidad de solicitar la declaratoria de nulidad de los actos administrativos generales o particulares y el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, en aras de lograr su pleno restablecimiento o la reparación del daño. La norma citada es del siguiente tenor:

“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.”.

El medio de control, antes acción, de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, regulado por el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, fue diseñado para que, una vez anulados los actos administrativos generales o particulares contrarios a la Constitución o la ley, puedan restablecerse los derechos subjetivos afectados por la irregularidad o pueda restituirse las cosas al estado anterior a la ilegalidad. Entonces, la demanda únicamente puede ser presentada por la persona que tiene interés jurídico para restablecer su derecho particular, concreto y subjetivo.

Y, las pretensiones de la demanda en ejercicio de este medio de control, cuyo ámbito limita la competencia del juez contencioso administrativo, expresarán dos peticiones diferenciadas: de un lado, la que busca retirar del ordenamiento jurídico el acto administrativo general o particular ilegal o inconstitucional y, de otro, la que como consecuencia directa e inmediata de la anterior, busca restablecer el derecho afectado al demandante, reparar el daño causado o la devolución de pagos indebidamente cobrados. Por lo tanto, es natural que la sentencia que resuelve el litigio formulado en ejercicio de este medio de control, no sólo se

refiera a la validez del acto administrativo general o particular, sino también a las consecuencias dañinas del mismo que generaron la afectación de derechos individuales o concretos.²⁷

Respecto del medio de control, antes acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, la doctrina la define como una *“acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible”*²⁸ a través de la cual, *“toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño.”*

Conviene resaltar que la indemnización de perjuicios se puede perseguir bajo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando el origen de estos se le atribuye directamente a un acto administrativo, caso en el cual tiene como condición *sine qua non* la declaración de nulidad del acto administrativo general o particular que se indique como causante del daño o vulnerador del derecho, pues como se dijo, se trata de actos que crean situaciones jurídicas particulares y concretas, por ende, su anulación genera también una situación igual, en tanto vuelve las cosas al estado anterior respecto de la parte demandante.

Se advierte entonces cómo el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 instituye el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho con precisos caracteres que lo diferencian de otros medios de control. En efecto, a través de este medio de control, antes acción, no puede perseguirse una pretensión indemnizatoria que no resulta de la anulación de un acto administrativo definitivo, pues, ésta es la condición necesaria para restablecer un derecho e indemnizar el perjuicio derivado del acto administrativo que se anula, si es el caso.

²⁷ Precisamente para diferenciar la acción de nulidad simple de la de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 4 de marzo de 2004, expediente 3138, con ponencia del Magistrado Darío Quiñones Pinilla, manifestó: *“como su nombre lo dice, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho pretende, de un lado, que se retire del ordenamiento jurídico una norma contraria a la ley o a la Constitución y, de otro, que como consecuencia de lo anterior se proteja de manera directa los derechos subjetivos del demandante y se reparen los perjuicios causados con el acto administrativo que se anula. Ahora, el hecho de que un acto administrativo general produzca efectos individuales no implica un restablecimiento automático del mismo, pues quedaría sin efectos la acción de nulidad simple. De hecho, toda norma general tiene como finalidad última la regulación de conductas humanas o situaciones fácticas concretas, por lo que no podría decirse que en todos esos casos en los que la regulación general afecta derechos concretos debe discutirse mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho.”*

²⁸ Santofimio, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II. Universidad Externado de Colombia, 3ª Ed, 1998. Pág. 544.

Puntualizando, este medio de control se reserva para proteger directamente el derecho subjetivo del administrado que ha sido vulnerado por un acto general o particular de la administración. De ahí que envuelva dos pretensiones que se complementan, a saber:

- (i) La anulación del acto administrativo general o particular contrario al ordenamiento jurídico; y
- (ii) como consecuencia necesaria de ello, el restablecimiento del derecho transgredido o la reparación del daño.

2.3. Demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Titularidad. Legitimación en la causa por activa.-

Las normas que han regulado la jurisdicción de lo contencioso administrativo desde sus inicios, de manera general y reiterada han estatuido que el legitimado para interponer lo que hoy se conoce como medio de control, antes acción, de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, es toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo.

En efecto, en un primer momento, la Ley 130 de 1913, *“Sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo”*, establecía en sus artículos 52 y 72, que *“todo ciudadano”* tenía *“derecho de pedir al respectivo Tribunal Administrativo Seccional que se declare nulo”* un Acuerdo u otro acto de un Concejo, así como una Ordenanza u otro acto de una Asamblea Departamental, *“que se considere contrario a la Constitución o la ley”*, pero los artículos 71 y 77, hacían la salvedad de que si estos actos se estimaban violatorios *“de la Constitución, o de la ley, en el concepto de ser lesivos de derechos civiles, sólo la persona o personas que se crean agraviadas pueden entablar el juicio administrativo encaminado a obtener la declaración de nulidad. Por tanto, en este juicio intervienen únicamente como partes, tales personas y el Agente del Ministerio Público...”*.

En vigencia de la Ley 130 de 1913, aún no se habían configurado los conceptos de acto administrativo, ni el de acción contenciosa, y mucho menos el de medio de control, pero dicha normatividad ya consagraba la regla según la cual, si la solicitud de nulidad del Acuerdo Municipal u Ordenanza Departamental, se fundaba en la violación de la Constitución o la Ley por ser lesivos de derechos

civiles, sólo podían iniciar el “juicio administrativo” quienes se creyeran “agraviados”.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo tuvo un segundo momento histórico marcado por la Ley 167 de 1941, *“Sobre organización de la jurisdicción contencioso administrativa”*, la cual en su artículo 67 establecía lo siguiente:

“La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho.”.
(Destaca el Despacho).

Para el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, la legitimación en la causa por activa para reclamar que se restablezcan los derechos *“establecidos o reconocidos por una norma de carácter civil o administrativo”* que fueran conculcados por actos administrativos, la ostentaban las personas que se creyeren “lesionadas” en tales derechos.

La tercera etapa histórica de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se identifica con el Decreto Ley 01 de 1984, *“Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo”*, estatuto procesal que con mayor claridad y precisión en los conceptos jurídicos, consagra en su artículo 85 la *“acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho”*, en los siguientes términos:

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

Siguiendo el criterio adoptado por las Leyes 130 de 1913 y 167 de 1941, el Decreto 01 de 1984, al establecer la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, también dispuso que el legitimado para interponer una demanda de este tipo es toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica.

Idéntico estándar normativo asumió el legislador al expedir la reciente Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la cual, al normar en su artículo 138 lo relativo al medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, dispuso lo siguiente:

“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.”.

Como puede apreciarse, el legislador mantuvo en nuestro ordenamiento jurídico el presupuesto material según el cual, el legitimado para solicitar que se le restablezca su derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por las vías del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, es todo aquél que se crea lesionado en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica.

Como lo señaló el Consejo de Estado mediante providencia del 15 de noviembre de 1990 (Exp. 2339), al referirse a la misma característica de la acción, hoy medio de control, de Nulidad y Restablecimiento del Derecho:

*“Quepa recordar que la acción de restablecimiento del derecho envuelve dos pretensiones. La primera, la de anulación del acto administrativo, es semejante a la única que integra la acción llamada “de nulidad”, es decir, la nulidad de los actos (art. 84), procediendo ésta cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o falsamente motivados, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiera”; **la única diferencia que señala la ley en cuanto hace a esta pretensión común de ambas “acciones” es que la de “restablecimiento del derecho”, además de lo anterior, exige que la persona que la incoa “se crea lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica”.***

(...).

*Ahora bien, como se venía explicando ut supra, la acción de restablecimiento del derecho (la misma que antes se conocía con el nombre de “acción de plena jurisdicción” (CCA, art. 667, L. 167/41) y hoy “acción de nulidad y restablecimiento del derecho” (D.L. 2304/89, art. 15), aunque en verdad es típicamente de carácter subjetivo (“Toda persona que se crea lesionada en un derecho suyo...”), guarda estrecha armonía con la acción de nulidad simple (tutelar el derecho objetivo), puesto que como se deriva de la simple lectura del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo vigente, **los motivos que se pueden invocar por el demandante, en una***

u otra acción, son comunes. De allí que una de las pretensiones que contempla la acción de restablecimiento del derecho sea la anulación del acto administrativo y que otra, consecuencia de los resultados favorables de ésta, el restablecimiento en su derecho. Más, lógicamente, que ese restablecimiento está supeditado a que el derecho subjetivo del interesado exista, porque si no existe, mal puede restablecerse en algo que nunca ha estado en el patrimonio jurídico de esa persona.

Esto último fue lo que observó el tribunal en el caso particular del actor, y vio cómo las simples irregularidades de los actos que declaró nulos no lesionaron ningún derecho suyo, por lo cual denegó esa pretensión (...). Que la acción necesariamente debe ser planteada contemplando el demandante las dos solicitudes inseparables, la de la nulidad del acto y la del restablecimiento del derecho, no significa que el juez administrativo debe acceder indubitablemente a ésta última, dado que en un juicio concreto es posible que el pretendido derecho que se requiere restablecer, no exista". (negrillas y subrayas fuera de texto).

En idéntico sentido, la Corte Constitucional, en la sentencia C-199 de 1997²⁹, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, sobre la "titularidad" de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, señaló lo siguiente:

"... cuando se pretende ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, debe partirse del argumento según el cual, quien la invoca considera que el respectivo acto administrativo vulnera o desconoce el ordenamiento superior, y que con ello, además, afecta un derecho particular, cuyo titular pretende su reparación o restablecimiento. Si por el contrario, de lo que se tratase fuese únicamente de obtener la anulación del acto, pues simplemente se ejercería la acción de nulidad.

Por lo anterior, estima la Corte que el precepto acusado tiene un sólido sustento en la Constitución Política, ya que no sólo se ajusta al ordenamiento superior, que consagra el derecho político de los ciudadanos a ejercer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley, así como la atribución en cabeza del legislador de desarrollar acciones y recursos para la defensa de la integridad del orden jurídico y de los derechos individuales, sino que además se constituye en un mecanismo que garantiza la efectividad de los derechos y la integridad normativa, lo que se ajusta a las disposiciones superiores."

Entonces, el medio de control, antes acción, de Nulidad y Restablecimiento del Derecho se ejerce no sólo para garantizar el principio de legalidad en abstracto, sino que también con ella se pretende la defensa de un interés particular que ha

²⁹ Por la cual se resolvió negativamente una Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989. El problema jurídico a resolver fue resumido por la Corte en los siguientes términos: "Cuestiona el demandante la constitucionalidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, al condicionar el ejercicio de la acción de nulidad a la solicitud concomitante del restablecimiento del derecho, lo cual en su criterio impide la operancia del principio de legalidad, el cual se fundamenta en que el interés particular debe ceder al general, así como al exigir como presupuesto para ejercerla, la existencia de un derecho particular vulnerado, por lo que sólo podrá ser promovida por el afectado."

sido vulnerado por la expedición del acto administrativo. Esta acción sólo puede ser ejercida por quien demuestre un interés específico, es decir, el afectado por el acto.

En conclusión, la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho únicamente puede ser presentada por la persona que tiene interés jurídico para que se le restablezca su derecho particular, concreto y subjetivo, es decir, sólo puede ejercerse por quien se considere afectado en un derecho suyo amparado por un precepto legal.

Así las cosas, la demanda de Nulidad y Restablecimiento de la referencia no reúne los presupuestos materiales establecidos en el 138 de la Ley 1437 de 2011, puesto que la FGN no es la titular del eventual derecho subjetivo agraviado o lesionado, sino que el mismo está en cabeza de la señora BOLAÑOS GARCÍA.

Ello se comprueba con sólo releer la pretensión de restablecimiento contenida en la demanda, cuyo tenor es el siguiente:

“SEGUNDA. Como consecuencia de la anterior declaración se ampare el derecho de naturaleza subjetivo y a favor de la señora MARTHA BEATRIZ BOLAÑOS GARCÍA reincorporándola a un empleo igual o equivalente al que desempeñaba en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, en las demás entidades receptoras del personal del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, las cuales sí hacen parte de los sujetos cuya carrera administrativa y provisión del empleo, si corresponde al ámbito de competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil”.

Entonces, recapitulando tenemos que la FGN a través de la presente demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pretende la nulidad de la Resolución No. 2131 de 9 de octubre de 2014, por medio de la cual la CNSC ordenó la reincorporación de la señora BOLAÑOS GARCÍA, y a renglón seguido, pide que se le restablezca el derecho a la referida señora, disponiéndose su reintegro pero en otra de las entidades receptoras del personal del suprimido DAS.

De acuerdo con lo expuesto, teniendo en cuenta las pretensiones formuladas en la demanda, la FGN no está legitimada para entablar el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que nos ocupa, dado que no es la titular del derecho subjetivo cuya lesión correspondería revisar.

Dicho de otro modo, en torno al medio de control, antes acción, de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, uno de los presupuestos necesarios para su procedibilidad es el de la legitimación por activa, el cual por tratarse de un mecanismo judicial de naturaleza subjetiva, según el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, depende o está determinado por la existencia de un interés directo e inmediato en relación con el acto administrativo o, lo que es igual, por la circunstancia de que el acto administrativo afecte de manera directa e inmediata un derecho o interés jurídicamente protegido de personas determinadas.

Así las cosas, lo que se ha de considerar para establecer si la FGN está o no legitimada para accionar en el sub lite por las vías de la Nulidad y Restablecimiento del Derecho, es la ocurrencia o no de los presupuestos o elementos que determinan el interés directo en este asunto específico.³⁰

Vale la pena resaltar, en cuanto a la legitimidad en la causa por activa, esto es, que el demandante tenga capacidad jurídica y procesal para actuar, que la Corporación, en providencia de 1° de febrero de 2007 (Expediente núm. 2006-01475, con ponencia del Magistrado Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), precisó lo siguiente:

“Una cosa es la capacidad para ser parte, que la tiene toda persona por el solo atributo de la personalidad jurídica, es decir, por el solo hecho de ser persona y otra, la capacidad para comparecer en juicio por sí misma. La capacidad para ser parte lo habilita para ser sujeto de una relación procesal como demandante, demandado, interviniente; por consiguiente, toda persona natural o jurídica, de derecho privado o público, tiene capacidad para ser parte en el proceso. Para que la concurrencia de la parte en el proceso sea válida y sus actos produzcan efectos procesales, además de tener esa capacidad de goce, debe actuar dentro del proceso con los requisitos adjetivos que legitiman su actuación y que le da la denominada legitimatio ad procesum. (PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, 4ª. Edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., pág. 173).” (Resaltado fuera del texto)

Pues bien, de lo anterior se colige que en el caso que ocupa la atención de la Sala no es viable el Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por faltar uno de los elementos fundamentales de éste, es decir, la legitimación en la causa por activa, amén de que a la luz de las normas que gobiernan el referido

³⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, Bogotá, D. C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011), Radicación número: 66001-23-31-000-2002-01156-01, Actor: LUIS FELIPE GRAJALES RUIZ, Demandado: CURADOR URBANO NUMERO 2 DEL MUNICIPIO DE DOSQUEBRADAS – RISARALDA, .Referencia: APELACION SENTENCIA

mecanismo judicial, la FGN no demostró su condición de lesionada de un interés o derecho de naturaleza subjetiva.

No es entonces una situación que de manera directa ni inmediata afecte derechos de naturaleza subjetiva en cabeza de la FGN, sino que se trata de un asunto puramente de legalidad atinente a la competencia del órgano que expidió el acto administrativo demandado, esto es, la CNSC.

En consecuencia, la FGN carece de legitimación en la causa por activa para interponer, respecto del acto administrativo atacado, el medio de Control de Nulidad y restablecimiento del Derecho.

La Corporación ha reiterado en múltiples ocasiones que no es la voluntad del demandante la que determina la acción a incoar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino que la misma debe corresponder a las expresamente dispuestas por el legislador para ello, dependiendo de las pretensiones que se aducirán en la demanda³¹: nulidad simple de un acto administrativo, nulidad de un acto administrativo y restablecimiento del derecho vulnerado, declaraciones y condenas en torno a un contrato estatal, declaraciones de responsabilidad patrimonial del Estado e indemnización de perjuicios.³²

³¹ La posición del Consejo de Estado sobre la obligatoriedad de las normas procesales por ser de orden público ha sido inveterada. Así se viene diciendo incluso desde 1960. Al respecto, en fallo de 12 de agosto de 1964, con ponencia del magistrado Alejandro Domínguez Molina, la Corporación dijo: “*También la doctrina y la jurisprudencia tienen sentado que las leyes que fijan el procedimiento a seguir en cada caso, son de orden público y no son susceptibles de variaciones o acomodaciones ni por el juez ni por las partes.*”. Anales T. LXVII. Números 405-406).

³² En auto de la Sección Segunda de 23 de abril de 2015, con ponencia de la suscrita, se dijo al respecto lo siguiente: “*A partir de estas disposiciones normativas, se entiende que el legislador de 2011, así como lo hizo en el Decreto 01 de 1984, le atribuyó a la Administración la facultad de usar los medios de control por él establecidos para demandar sus propios actos administrativos.*

Pero ello en modo alguno quiere decir, que la Administración puede acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a solicitar el enjuiciamiento de sus actos administrativos, sin atenerse a los requisitos, presupuestos de procedibilidad, presupuestos procesales, trámite y procedimiento propio de cada una de los medios de control, como si se tratara de una atribución o potestad autónoma que puede ser ejercida de manera discrecional y sin sujeción a la ley. Suponer ello atentaría contra el principio de legalidad y contra todo postulado o pilar fundamental del Estado de Derecho mismo.

Contrario a ello, precisa esta Sala, que esta atribución que tiene la Administración de impugnar sus propios actos administrativos ante esta Jurisdicción, es totalmente reglada y el uso que de ella se haga siempre debe ser respetuosa de los parámetros y presupuestos procesales y sustanciales de cada uno de los medios de control, establecidos en el ordenamiento jurídico.(...)

Y es que los medios de control consagrados en la Parte Segunda del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, han sido determinados, fijados y/o diseñados por el legislador; en ejercicio de su atribución y/o competencia, de stirpe constitucional, de libertad de configuración legislativa, y por lo tanto deben ser acatados por el operador jurídico, sin ser desnaturalizados, y mucho menos pueden ser transfigurados o cambiados por el arbitrio del demandante, dado que son mecanismos judiciales de creación legal y se encuentran contenidos en normas procesales de orden público y por consiguiente de obligatorio cumplimiento, cuya instrumentalización no puede quedar al antojo de las partes procesales.

En conclusión de esta Sala, si bien la Administración está facultada para demandar sus propios actos, sólo puede hacerlo utilizando los medios de control establecidos por el legislador; pero sin desnaturalizarlos, es decir, siempre en el marco de la configuración que de ellos ha realizado aquel, y sin pretermitir aspectos tales

Por tal razón, en aplicación del artículo 171 de la Ley 1437 de 2011, procede el Despacho a revisar si el libelo encajaría en el medio de control de Nulidad Simple, para efectos de su adecuación.

2.4. Del medio de control de Nulidad cuando se ejercita contra actos administrativos particulares.-

Dispone el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, que:

“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

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

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.

2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.

3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.

4. Cuando la ley lo consagre expresamente.

Parágrafo. *Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.”.*

El artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, incorporó y elevó a rango legal la teoría de los móviles y finalidades elaborada por la jurisprudencia del Consejo de Estado desde la década del sesenta del siglo pasado, permitiendo que por los cánones de la Nulidad Simple, que en un principio estuvo reservada para enjuiciar actos administrativos de carácter general, se demanden también actos administrativos

como la competencia funcional y territorial para conocer la demanda, los requisitos de procedibilidad de cada medio de control, la oportunidad para presentar la demanda, los presupuestos de la acumulación de pretensiones, etc.

*De tal manera que resulta inadmisibile, que por las vías del medio de control de Nulidad, o del de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pretenda la Administración ventilar **pretensiones que el legislador reservó para ser discutidas de manera exclusiva por los ríeles del medio de control de Nulidad Electoral**, alterando no sólo el contenido del medio de control, sino la competencia del funcionario judicial que debe tramitar el proceso, como ocurre en el presente caso, tal como se analizará más adelante.”.*

de contenido particular, pero siempre que se cumplan con alguno de los 4 presupuestos que la norma señala.

En el caso sub examine, se configura el primer presupuesto, que hace referencia a que no se genere restablecimiento automático de un derecho a partir de la sentencia de nulidad, pues, como viene expuesto, en el sub lite no hay lugar a estudiar la pretensión de restablecimiento formulada en la demanda, ya que, la FGN no es titular del derecho subjetivo invocado, y por lo tanto, no está legitimada para solicitar tal restablecimiento en nombre de la señora BOLAÑOS GARCÍA.

Es de aclarar, que una eventual declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado, esto es, la Resolución No. 2131 de 9 de octubre de 2014, no genera un restablecimiento del derecho para la FGN, verbigracia, el rompimiento del vínculo legal y reglamentario entre dicha entidad y la señora BOLAÑOS GARCÍA, puesto que, como bien lo ha dicho la Sección Quinta de esta Corporación, en Auto de 16 de octubre de 2014, proferido dentro del expediente No. 81001-23-33-000-2012-00039-02³³:

“... de manera alguna puede entenderse que el restablecimiento del derecho devenga de la necesidad de romper el vínculo laboral con el demandado para dejar de pagarle salarios y prestaciones sociales (...). ... la extinción del vínculo laboral que une al demandado y a la Administración, no refiere al restablecimiento de derecho subjetivo alguno en beneficio del Departamento de Arauca, sino a los efectos necesarios de la nulidad del acto acusado que se produciría sin necesidad de que se pidan en la demanda. ... la extinción del vínculo laboral como consecuencia de la eventual nulidad del acto acusado, no es un aspecto que se controvierta en el proceso, ni del cual se realice pronunciamiento expreso en la sentencia que le ponga fin. ... por restablecimiento del derecho no puede entenderse la pérdida de los efectos del acto administrativo, como tampoco se evidencia que la Administración tenga un derecho subjetivo a recobrar la vacancia del cargo, pues las entidades territoriales no son titulares de derecho alguno sobre los empleos que integran su estructura orgánica, ya que ninguna norma les reconoce ese derecho...”

Así las cosas, la eventual nulidad de la Resolución No. 2131 de 9 de octubre de 2014, pueda que apareje de manera consecencial situaciones administrativas que son de naturaleza accesoria, como por ejemplo, el rompimiento del vínculo legal y reglamentario entre dicha entidad y la señora BOLAÑOS GARCÍA, que no

³³ En este caso, la demanda fue presentada por la Gobernación de Arauca, como Nulidad Simple, contra el Decreto 155 del 20 de abril de 2012, expedido por el Sr. Gobernador de Arauca, a través del cual se realizó el nombramiento de JHOAN J. GIRALDO B., como Director del Hospital San Vicente de Arauca, argumentando que no reunía requisitos para ocupar el cargo. En la demanda no se formuló pretensión de restablecimiento.

pueden ser consideradas connaturales o propias de un restablecimiento del derecho.

Todas las circunstancias referidas conducen entonces a establecer que el medio de control procedente, en el sub examine, no es el de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto por el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, sino el de Simple Nulidad de que trata el artículo 137 *ibídem*, por lo que se adecuará al trámite que corresponde, en aplicación del artículo 171 de la norma en cita.

Resuelto lo anterior, este Despacho admitirá la demanda presentada, toda vez que cumple con los requisitos exigidos en los artículos 162 y subsiguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.

2.5. De la admisión de la demanda.-

La trascendencia de la discusión que se evidencia en el presente proceso exige al Juez de lo Contencioso Administrativo, en aras de lograr la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución y en la Ley, así como la preservación del orden jurídico, en los términos del artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, y en clara consonancia con su rol de garante en el marco del proceso, vincular a personas jurídicas que, en aplicación del artículo 171.3 *ibídem*, tengan interés directo en el resultado del proceso.

En efecto, de conformidad con el artículo 3 del Decreto 4057 de 31 de octubre de 2011³⁴, las funciones del DAS fueron trasladadas a las siguientes entidades: Unidad Administrativa Especial de Migración, Policía Nacional, Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Protección, las cuales por virtud de los artículos 6 y 7 del citado decreto, también se convirtieron en receptoras del personal del DAS.

En ese sentido, las mencionadas entidades pueden tener interés directo en el resultado del proceso, debido a que la materia objeto del acto administrativo demandado tiene que ver con el proceso de reincorporación de una ex empleada de carrera del suprimido DAS, por lo que se hace necesario vincularlas a la litis, pues, ante una eventual nulidad de la resolución demandada, la CNSC de todos

³⁴ “Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones”

modos tiene que dar cumplimiento a la orden de tutela que ordena el reintegro de la señora BOLAÑOS GARCÍA a cualquiera de las entidades receptoras.

Igualmente es necesario vincular a la señora MARTHA BEATRIZ BOLAÑOS GARCÍA, puesto que, también es parte interesada en las resultas del proceso, en la medida que el acto administrativo demandado ordena su reincorporación a la planta de cargos de la FGN en el empleo de Auxiliar I.

En conclusión, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, se

RESUELVE:

PRIMERO. Admitir, en Única instancia, y tramitar por las reglas del Medio de Control de Nulidad, previsto en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, la demanda que presentó la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. Para su trámite se DISPONE:

SEGUNDO. Notificar personalmente este auto al representante legal de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, haciéndole entrega de copia de la demanda y de sus anexos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 171, numeral 1, de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO. Notificar personalmente este auto a la señora MARTHA BEATRIZ BOLAÑOS GARCÍA, así como a los representantes legales de la POLICÍA NACIONAL, de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MIGRACIÓN y de la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN, en calidad de terceros interesados en las resultas del proceso, haciéndoseles entrega de copia de la demanda y de sus anexos (art. 171, numeral 1º, Ley 1437 de 2011).

CUARTO. Notificar personalmente este auto al señor Representante Legal de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, haciéndosele entrega de copia de la demanda y de sus anexos (arts. 171 y 199 Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso).

QUINTO. Notificar por Estado a la parte demandante (art. 171, numeral 1º, y 201 Ley 1437 de 2011).

SEXTO. Notificar personalmente este auto al señor Agente del Ministerio Público haciéndosele entrega de copia de la demanda y de sus anexos (art. 171, numeral 2º Ley 1437 de 2011).

SÉPTIMO. Correr traslado a la parte demandada en los términos del artículo 172 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, teniéndose en cuenta la modificación introducida por el artículo 612 del Código General del Proceso (art. 172, 199 y 200 Ley 1437 de 2011).

OCTAVO. Advertir que de conformidad con el artículo 175, numeral 4º, de la Ley 1437 de 2011, con la contestación las autoridades demandadas deben aportar todas las pruebas que tengan en su poder y pretendan hacer valer en el proceso, lo mismo que los dictámenes periciales que consideren necesarios para oponerse a las pretensiones de la demanda, de acuerdo con lo previsto por el numeral 5º de la misma disposición.

NOVENO. Informar a la comunidad la existencia de este proceso, conforme con el párrafo transitorio del artículo 171 del CPACA.

Notifíquese y cúmplase.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Consejera de Estado

SLIV/EDLOM.: