

RECURSOS EN VIA GUBERNATIVA - Obligatoriedad / EXCLUSION DEL DEBER DE AGOTAR RECURSOS EN VIA GUBERNATIVA - Improcedente en procesos disciplinarios / MEDIO DE CONTROL - Se termina el proceso por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad

Un acto administrativo adquiere firmeza, entre otros, cuando no procede ningún recurso o cuando se hubieren decidido los interpuestos y bajo esas premisas quedará entonces el acto definitivo que será susceptible de ser demandado a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contemplado en el artículo 138 del CPACA. Es importante igualmente hacer referencia a la parte final del artículo 51 del C.C.A. en relación con la obligatoriedad de presentar los recursos en la vía gubernativa, el referido precepto dice « [...] Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.» de lo cual se concluye que el recurso de apelación sí lo es. Respecto de la supuesta exclusión del deber de agotar los recursos en sede administrativa para el caso de los actos administrativos que contienen decisiones disciplinarias, es preciso indicar que no le asiste razón a la parte actora, toda vez que en el Código Disciplinario Único no se estableció dicha excepción y por el contrario reguló la manera en que debe surtirse la apelación. Para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que presentó el señor Néstor Javier Pinto Acuña no se demostró el agotamiento del requisito de procedibilidad consagrado en el numeral 2 del artículo 161 del CPACA, es decir, no se acreditó que respecto al acto administrativo disciplinario de primera instancia, se hubiera ejercido el recurso de apelación que de acuerdo con la ley es obligatorio.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 138 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 161

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00943-01(3361-16)

Actor: NESTOR JAVIER PINTO CUÑA

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

Referencia: RECHAZO DE DEMANDA - REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. LEY 1437 DE 2011.

ASUNTO

El Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido en audiencia inicial el 29 de junio de 2016 por el

Tribunal Administrativo de Santander que declaró probada la excepción de falta de cumplimiento del requisito para demandar, previsto en el numeral 2 del artículo 161 del CAPCA y ordenó la terminación del proceso.

ANTECEDENTES

Demanda¹.

El señor Néstor Javier Pinto Acuña presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con el objeto de obtener la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Nulidad de la investigación disciplinaria MEBUC-2012-30 que se adelantó en contra del demandante.
- Resolución 01822 de 1.º de junio de 2012 a través del cual se retiró del servicio activo de la Policía al patrullero Néstor Javier Pinto Acuña.

A título de restablecimiento del derecho solicitó i) el reintegro al servicio al cargo que ocupaba o a otro de superior categoría, ii) se le reconozca y pague todos los sueldos, primas, bonificaciones, subsidios y demás derechos dejados de percibir desde la fecha de desvinculación hasta cuando se reintegre, con la inclusión de los aumentos y el reintegro de todo lo pagado por concepto de servicios médicos, hospitalarios, farmacéuticos, odontológicos y de laboratorio clínico, iii) se tenga en cuenta para todos los efectos legales, el tiempo que permaneció por fuera del servicio y, iv) condenar a la suma de \$340.020.000 como perjuicio moral.

Contestación demanda²

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso entre otras, la excepción que denominó «inepta demanda por no cumplir requisitos de procedibilidad», citó el artículo 161 del CPACA y manifestó, frente al asunto que ahora se estudia, que el fallo disciplinario quedó ejecutoriado el 3 de mayo de 2012, debido a que ni el apoderado ni el disciplinado interpusieron el recurso de apelación, el cual es obligatorio.

¹ Folios 1 a 12 cuaderno 1.

² Folios 441 a 45 cuaderno 2.

PROVIDENCIA IMPUGNADA³

El Tribunal Administrativo de Santander través de auto de 29 de junio de 2016 en audiencia inicial en la etapa de excepciones previas (art.180-6 CPACA), declaró probada la excepción de falta de cumplimiento del requisito de previo para demandar consagrado en el numeral 2 del artículo 161 del CPACA y en consecuencia dio por terminado el proceso.

Realizó una reseña de los elementos probatorios que reposan en la investigación disciplinaria MEDUC-2012-30 adelantada contra el demandante y a continuación citó los artículos 161 numeral 2 y 76 inciso 3 del CPACA.

Precisó que el fallo de primera instancia fue proferido en el trámite de la audiencia regulada para el procedimiento verbal, previsto en los artículos 175 y siguientes de la Ley 734 de 2002, su notificación se efectuó en estrados, así las cosas, señaló el tribunal, la decisión sancionatoria de 26 de abril de 2012 fue notificada en debida forma, toda vez que las partes estaban enteradas de la realización de la diligencia y de la consecuencia de su inasistencia.

Indicó que el recurso de apelación que procedía contra el fallo de primera instancia debía interponerse como requisito previo para demandar su nulidad, sin embargo, el mismo no fue ejercido en su oportunidad por el demandante, circunstancia que impide continuar con el trámite del proceso, en atención a que se configura la falta de agotamiento del requisito dispuesto en el artículo 161 numeral 2 del CPACA, lo cual da lugar, conforme el artículo 180 a la terminación del proceso.

RECURSO DE APELACIÓN⁴

La parte demandante formuló recurso de apelación contra la decisión anterior para lo cual manifestó que como en el proceso disciplinario no se presentó la debida defensa técnica y tampoco el derecho de defensa material, se vulneraron derechos fundamentales del disciplinado.

³ Folios 471 a 474 y CD folio 475 cuaderno 2.

⁴ Folios 473 anverso y CD folio 475 cuaderno 2.

Relató que la audiencia del asunto disciplinario se dio en dos etapas, por lo que en horas de la mañana vía telefónica se comunicaron con el entonces apoderado del demandante quien manifestó que por circunstancias médicas no podía asistir, ante lo cual se le otorgó un término prudencial de una hora para que se hiciera presente; luego de ello la diligencia se retomó en horas de la tarde a las 4 donde se contactó telefónicamente al demandante quien indicó que dejaba su defensa en manos de su abogado pero no se le informó que no asistiría por asuntos médicos, en consecuencia se vulneró el debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

Señaló que debe tenerse en cuenta las consideraciones de la sentencia de tutela T-429 de 2014 donde la Corte Constitucional concluyó que se vulneraron derechos fundamentales ante la falta de defensa técnica.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 29 de junio de 2016.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

Para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que presentó el señor Néstor Javier Pinto Acuña ¿se demostró el agotamiento del requisito de procedibilidad consagrado en el numeral 2 del artículo 161 del CPACA, es decir, se acreditó que respecto al acto administrativo particular demandado se ejerció el recurso de apelación que de acuerdo con la ley es obligatorio?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: En razón a que el señor Néstor Javier Pinto Acuña no presentó recurso de apelación contra el fallo disciplinario proferido el 26 de abril de 2012 por la oficina de control disciplinario interno de la Policía

Metropolitana de Bucaramanga, el cual es obligatorio, no se acreditó el requisito de procedibilidad que consagra el numeral 2 del artículo 161 del CPACA. Lo anterior se sustenta en las siguientes razones:

El artículo 161 numeral 2 del CPACA regula como requisito previo para demandar, haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios cuando se formulen pretensiones relativas a la nulidad de un acto administrativo.

«Artículo 161. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

[...]

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberá haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. [...]

Por su parte, el artículo 62 del CCA, código que debe tenerse en cuenta por su vigencia al momento en que se adelantó el trámite disciplinario, prescribe lo siguiente respecto a la conclusión del procedimiento administrativo:

«Artículo 62. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso.
2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.
3. Cuando no se interpongan recurso, o cuando se renuncie expresamente a ellos.
4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos.»

Y la parte final del artículo 50 ibídem señala:

« [...] Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto [...]

De las normas transcritas se puede concluir sin mayores argumentos, que un acto administrativo adquiere firmeza, entre otros, cuando no procede ningún recurso o cuando se hubieren decidido los interpuestos y bajo esas premisas quedará

entonces el acto definitivo que será susceptible de ser demandado a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contemplado en el artículo 138 del CPACA.

Es importante igualmente hacer referencia a la parte final del artículo 51 del CCA en relación con la obligatoriedad de presentar los recursos en la vía gubernativa, el referido precepto dice « [...] Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.» de lo cual se concluye que el recurso de apelación sí lo es.

Ahora, con respecto a este recurso que resulta obligatorio para agotar la vía gubernativa⁵ el artículo 115 de la Ley 734 de 2002 prescribe:

« [...] ARTÍCULO 115. RECURSO DE APELACIÓN. El recurso de apelación procede únicamente contra las siguientes decisiones: la que niega la práctica de pruebas solicitadas en los descargos, la decisión de archivo y el fallo de primera instancia. [...] »

Finalmente frente a la interposición de los recursos como requisito previo para demandar, esta Subsección ha señalado:

« [...] Para efectos de resolver la controversia planteada debe tenerse en cuenta que tanto en vigencia del Decreto 01 de 1984 (CCA) como del CPACA se estableció la necesidad de agotar los recursos en sede administrativa (anteriormente vía gubernativa) con el fin de que la administración tenga la oportunidad de rectificar su actuación, lo cual constituye parte del derecho al debido proceso, el cual se predica también de las personas jurídicas de derecho público⁶.

La función que en favor de la administración pública cumplen los recursos en sede administrativa es la de servir como mecanismo para revisar la legalidad de los actos que esta expide para poner fin a las actuaciones que adelante y de esta manera proceder a realizar las correcciones tanto de fondo como de forma a tales decisiones, de suerte que los defectos o vicios que se les endilgue bien pueden desaparecer o subsanarse a través del análisis de los mencionados recursos, de allí que su agotamiento sea una carga procesal que deben satisfacer los administrados cuando se trate de incoar la acción contenciosa - administrativa.

⁵Llamada ahora con el CPACA conclusión del procedimiento administrativo.

⁶ Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo (CCA). Artículo 135. La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo. [...]

Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos: [...] 2. **Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios.** El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto. Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral. [...]

Respecto de la supuesta exclusión del deber de agotar los recursos en sede administrativa para el caso de los actos administrativos que contienen decisiones disciplinarias, es preciso indicar que no le asiste razón a la parte actora, toda vez que en el Código Disciplinario Único no se estableció dicha excepción y por el contrario reguló la manera en que debe surtirse la apelación. Además, debe tenerse en cuenta que la regla general impone la interposición de los mismos, y que por el contrario, la excepción debe estar contenida de manera expresa en la ley. [...]»⁷ (Resalta la Sala).

Para un mejor entendimiento del problema jurídico planteado, se hará precisión sobre los presupuestos fácticos del presente asunto:

- En decisión disciplinaria de primera instancia de 26 de abril de 2012, se sancionó al señor Néstor Javier Pinto Acuña con destitución e inhabilidad general por un término de 10 años⁸.

En la referida acta se lee lo siguiente:

«[...] Acto seguido se deja constancia que el doctor CARLOS HUMBERTO BAYONA CENTENO identificado con cédula de ciudadanía número 13.812.162 con tarjeta profesional número 22039 del CSJ abogado defensor de los investigados en el proceso radicado MEBUC-2012-30 no se encuentra presente. La cual fue notificada en forma personal al apoderado el día 18-04-2012, de igual forma se deja constancia que los investigados no se encuentran presentes, por tal motivo se suspende la presente audiencia. Por un espacio de 60 minutos a la espera que se presente el abogado defensor y/o investigados, suspendiéndose la presente para las 09:00 horas del día 26 de abril de 2012[...].»

Reanudada la diligencia sin que se hubieran hecho presentes el apoderado o el investigado, la oficina de control disciplinario con el ánimo que los sujetos procesales comparecieran para ejercer su derecho de defensa, se comunicó telefónicamente con el abogado quien manifestó que se encontraba indispuerto⁹ y que por lo tanto no se presentaría a la audiencia, acto seguido se corrió traslado para los alegatos de conclusión y se

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, auto de 25 de enero de 2018, Radicación: 15001-23-33-000-2015-00499-01(4382-16) Consejero Ponente Gabriel Valbuena Hernández.

⁸ Folios 45 a 77 archivo PDF parte dos CD folio 458 cuaderno 2.

⁹ Folio 46 archivo PDF parte dos CD folio 458 cuaderno 2.

suspendió la audiencia hasta las 16:00 horas de ese 26 de abril de 2012 con el fin de emitir fallo de primera instancia.

Ya en la continuación de la audiencia, y luego de dictarse el fallo, se dejó expresa constancia en el artículo séptimo de la parte resolutive:

«[...] Dejar constancia que la decisión queda debidamente notificada en estrados y que la defensa no hizo presencia así como tampoco los hicieron los disciplinados a la presentación a la diligencia, lo anterior, conforme a lo establecido en el artículo 106 de la ley 134 de 2002 «NOTIFICACIÓN EN ESTRADO. Las decisiones que se profieran en audiencia pública o en el curso de cualquier diligencia de carácter verbal se consideran notificadas a todos los sujetos procesales inmediatamente se haga el pronunciamiento, se encuentren o no presentes» Así las cosas se deja constancia que no se ha presentado recurso alguno contra la decisión anteriormente citada, se considera que la decisión tomada ha quedado debidamente EJECUTORIADA, lo anterior conforme al artículo 179 de la Ley 134 de 2002[...]»

No obstante lo anterior, se consignó lo siguiente:

« [...] En virtud a que no ha sido posible la comparecencia del abogado defensor como los señores investigados, el despacho de la oficina de Control Disciplinario Interno ha dispuesto fijar en un lugar visible del Despacho el presente EDICTO, por el término de tres (3) días hábiles, conforme lo establecido en el artículo 107 de la Ley 734 de 2002, procediéndose de conformidad [...]»

- En folio 81 del archivo PDF parte dos CD folio 458 del cuaderno 2, obra constancia de fijación del edicto el día jueves 26 de abril de 2012 a las 18:30 horas por el término de 3 días hábiles el cual se desfijó el 03 de mayo de ese mismo año según se observa en folio 82 del mismo archivo.

- Obra en el expediente administrativo, constancia de ejecutoria de la providencia de 26 de abril de 2012 proferida por el jefe de la oficina de control disciplinario interno MEBUC de fecha 3 de mayo de 2012¹⁰.
- A través de memorial radicado el 8 de mayo de 2012 por el abogado Carlos Humberto Bayona Centeno, apoderado del demandante en la investigación disciplinaria, presentó varios argumentos por los cuales no estaba de acuerdo con la decisión que se adoptó por parte de la oficina de control interno y además, allegó constancia médica y refirió que por temas de salud no pudo hacer presencia en la defensa técnica a su defendido¹¹.
- En la certificación médica expedida el 27 de abril de 2012 por la Cruz Roja Colombiana, Seccional Santander, se concedió al abogado Bayona Centeno incapacidad médica provisional por enfermedad general de 3 días (24, 25 y 26 de abril de 2012)¹².
- Mediante Resolución 01822 de 1.º de junio de 2012¹³ el director general de la Policía Nacional, retiró del servicio activo por destitución al patrullero Néstor Javier Pinto Acuña, acto que fue notificado personalmente al demandante el 13 de junio de 2012¹⁴.

En atención a lo expuesto, se colige en el presente asunto, si bien la decisión sancionatoria se dictó oralmente en la audiencia llevada a cabo el 26 de abril de 2012, y en atención al artículo 106 de la Ley 734 de 2002 las decisiones que se profieran en audiencia pública o en el curso de cualquier diligencia de carácter verbal se consideran notificadas a todos los sujetos procesales inmediatamente se haga el pronunciamiento, se encuentren o no presentes; el ente investigador con el ánimo de dar mayores garantías al disciplinado, no solo se comunicó telefónicamente con el apoderado, sino que además notificó la decisión igualmente mediante fijación en edicto, término dentro del cual el demandante no presentó recurso de apelación.

Por lo tanto, si bien en el presente asunto no se debate la vulneración, o no derechos fundamentales, tal como se plantea en el recurso de apelación que

¹⁰ Folio 83 archivo PDF parte dos CD folio 458 del cuaderno 2.

¹¹ Folios 84 y 85 archivo PDF parte dos CD folio 458 cuaderno 2.

¹² Folio 86 archivo PDF parte dos CD folio 458 cuaderno 2.

¹³ Folio 42 archivo PDF parte tres CD folio 458 cuaderno 2.

¹⁴ Folio 42 archivo PDF parte tres CD folio 458 cuaderno 2.

ahora se estudia, es importante señalar que no obstante haberse dado las garantías mínimas al investigado, esto es: i) se notificó en debida forma la citación a la audiencia, ii) ya en el desarrollo de la misma se realizó comunicación telefónica con su apoderado y iii) se le concedió un tiempo prudencial para su comparecencia, además iv) se notificó la decisión sancionatoria mediante fijación en edicto; el abogado defensor solo se pronunció luego de pasados varios días, en consecuencia la eventual falta de diligencia o desatención del proceso no es un asunto que corresponda abordarse¹⁵.

Bajo los presupuestos normativos atrás citados, como en el caso analizado no se presentó el recurso de apelación contra el fallo disciplinario de primera instancia, el cual es obligatorio para que se entienda concluido el procedimiento administrativo, y además constituye un requisito previo para demandar a voces del numeral 2 del artículo 161 del CPACA, debía declararse probado el medio exceptivo propuesto por la entidad demandada, tal como lo hizo el *a quo*.

Sobre este punto debe indicarse que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular, se encuentra consagrado como requisito de procedibilidad para el ejercicio del medio de control, el que se hayan ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley son obligatorios, es decir, se debió interponer el recurso de apelación contra la decisión disciplinaria de primera instancia.

En conclusión: Para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que presentó el señor Néstor Javier Pinto Acuña no se demostró el agotamiento del requisito de procedibilidad consagrado en el numeral 2 del artículo 161 del CPACA, es decir, no se acreditó que respecto al acto administrativo disciplinario de primera instancia, se hubiera ejercido el recurso de apelación que de acuerdo con la ley es obligatorio.

Decisión de segunda instancia

¹⁵ Debe precisarse además que el demandante hizo uso del mecanismo constitucional de la acción de tutela en varias oportunidades, las cuales fueron declaradas improcedente según sentencias de 31 de mayo de 2012 proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga folios 62 a 74 archivo PDF parte tres CD folio 548 cuaderno 2, sentencia de 10 de diciembre de 2012 proferida por el Juzgado Tercero Laboral de Descongestión del Circuito de Bucaramanga folio 91 archivo PDF parte cuatro CD folio 548 cuaderno 2 y sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bucaramanga folio 92 archivo PDF parte cuatro CD folio 548 cuaderno 2.

Por las razones que anteceden, se confirmará el auto proferido en audiencia inicial el 29 de junio de 2016 por el Tribunal Administrativo de Santander, que declaró probada la excepción de falta de cumplimiento del requisito previo para demandar previsto en el numeral 2 del artículo 161 del CPACA y dio por terminado el proceso.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A,

RESUELVE

Primero: Confirmar el auto proferido en audiencia inicial por el Tribunal Administrativo de Santander el 29 de junio de 2016, que declaró probada la excepción de falta de cumplimiento del requisito previo para demandar dispuesto en el numeral 2 del artículo 161 del CPACA y dio por terminado el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó Néstor Javier Pinto Acuña contra la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

Segundo: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI” y ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ