



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sincelejo, veintiocho (28) de noviembre de dos mil trece (2013)

TEMAS: RECHAZO DE LA DEMANDA –
AGOTAMIENTO DEL RECURSO DE
APELACIÓN ANTE LA AUTORIDAD
ADMINISTRATIVA COMO REQUISITO
DE PROCEDIBILIDAD PARA
DEMANDAR

INSTANCIA: PRIMERA

JUAN GREGORIO DOMÍNGUEZ CARRASCAL, presentó demanda en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO en contra de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a través de la cual pretende que se declare nulo el acto administrativo contenido en el fallo de primera instancia del 29 de agosto del 2013, emanado de dicha autoridad, el cual dispuso sancionarlo disciplinariamente con destitución e inhabilidad de diez (10) años para desempeñar funciones públicas.

La parte actora, asimismo persigue como restablecimiento del derecho, le sea revocada la suspensión e inhabilidad para desempeñar funciones públicas, reintegrarlo al cargo que venía desempeñando y la indemnización de perjuicios causados.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

Pues bien, esta Sala de Decisión rechazará de plano la presente demanda, previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente a partir del 2 de julio de 2012, estableció en el Capítulo Segundo de su Título V, los denominados requisitos de procedibilidad, condiciones previas que debe cumplir la demanda antes de ser presentada.

Es así como el artículo 161 de la mentada codificación, en su numeral segundo, dejó consignado la necesidad de agotar ante la autoridad administrativa demandada, los recursos que por ley fueren obligatorios, veamos:

“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.

(...). (Resaltado de la Sala)

Los medios de impugnación en sede administrativa, que por regla general proceden contra las decisiones definitivas, los encontramos en el artículo 74 de nuestra norma adjetiva, así:



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

“ARTÍCULO 74. RECURSOS CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. *Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:*

1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.

2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos.

Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial.

3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.

El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.

Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso”. (Subrayado por fuera del texto original)

Como vemos, en la Ley 1437 de 2011, el legislador estableció en sede administrativa, una regla general de procedencia para atacar los actos administrativos definitivos, dentro de los cuales encontramos los recursos de reposición, apelación y queja. De los anteriores mecanismos de defensa, el único que se erige como obligatorio es el de apelación y así se dejó taxativamente consignado en el artículo 76 del compendio normativo a que se viene haciendo referencia:

“ARTÍCULO 76. OPORTUNIDAD Y PRESENTACIÓN. *Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al*



Jurisdicción Contenciosa
Administrativa

vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios". (Resalta la Sala)

A guisa de conclusión, la norma contenida tanto en el inciso 3 del artículo 76 como en el numeral 2 del artículo 161 del C.P.A.C.A, instituyen la obligatoriedad de agotar el recurso de apelación –cuando sea procedente- previo a poner en marcha el aparato jurisdiccional a través del medio de control tendiente a obtener la nulidad de un acto administrativo particular.

Sobre el tópico en mención, el tratadista Juan Ángel Palacio Hincapié¹, enseña:

“El agotamiento de los recursos en la actuación administrativa es un presupuesto procesal necesario para poder acudir a la vía jurisdiccional, consagrado en el artículo 135 del C.C.A. derogado y en el artículo 161, numeral 2º, al exigir como requisito de procedibilidad para la demanda del acto particular, que se hayan ejercido y decidido los recursos que sean obligatorios contra el mismo”.

Por su parte la jurisprudencia contenciosa, respecto de este requisito de procedibilidad, que en vigencia de la codificación anterior se denominaba vía gubernativa, se refirió así:

¹ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2013. p. 67.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

“El privilegio de la decisión previa o agotamiento de la vía gubernativa es uno de los presupuestos procesales de la acción que permite que el administrado pueda acudir ante la jurisdicción. En caso de que no se cumpla esa condición, el juez puede rechazar la demanda, o, en caso de que eso no hubiere sido posible, proferir un fallo inhibitorio atendiendo la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa y, en consecuencia, puede abstenerse de emitir pronunciamiento de mérito sobre el fondo de las pretensiones.

*En términos generales, el agotamiento de la vía gubernativa es un privilegio que el ordenamiento jurídico le concede a la administración y consiste en que, antes de que se la demande, se le debe dar la oportunidad de pronunciarse sobre las pretensiones y argumentos de oposición a las decisiones adoptadas en los actos administrativos, para que pueda revisarlas y, según el caso, revocarlas, modificarlas o aclararlas. Es decir, **para que el administrado pueda acudir a la jurisdicción debe, previamente, haber presentado ante la administración los recursos que el legislador previó como obligatorios contra el acto que se pretenda demandar**²”.*
(Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Bastan las anteriores consideraciones legales, interpretativas, doctrinales y jurisprudenciales para estudiar:

CASO CONCRETO

Dentro del *sub lite*, como se dejó depositado al inicio de este proveído, se persigue la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el fallo de primera instancia adiado 29 de agosto del 2013, emanado de la Procuraduría Provincial de Sincelejo, el cual dispuso sancionar disciplinariamente a JUAN GREGORIO DOMÍNGUEZ CARRASCAL, con destitución e inhabilidad de diez (10) años para desempeñar funciones públicas³.

Pues bien, una vez revisado el acto administrativo objeto de impugnación, específicamente su parte resolutive, tenemos que contra el mismo se dejó

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS Bogotá, dieciséis (16) de junio de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-27-000-2005-00630-01(16754) Actor: EMPRESA DE ENERGIA DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. Demandado: MUNICIPIO DE GIRARDOT –CUNDINAMARCA

³ Aportado en copia simple por el demandante a folios 361 a 390 del Cuaderno N° 2.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

expresamente consignado que procedía el recurso de apelación ante la Procuradora Regional de Sucre.

En efecto, el numeral cuarto de la referida decisión, estableció:

“CUARTO: Notifíquese por estrados, la presente providencia a los jurídicamente interesados, advirtiéndoles que contra la misma procede el recurso de apelación ante la Procuradora Regional de Sucre, el cual se debe interponer y sustentar en esta misma audiencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011, modifcatorio del artículo 180 de la Ley 734 del 2002”.

El demandante, en el escrito introductorio asevera que no estuvo en posibilidad de interponer el mencionado mecanismo de defensa, por cuanto, en la audiencia en que fue leído el fallo, no se tenía la presencia del abogado defensor, incurriendo así la autoridad administrativa en no haber dado la oportunidad de interponer el recurso procedente, lo que genera que tal requisito de procedibilidad no se haga exigible.

Para la Sala el argumento precedente no es de recibo, por las siguientes razones:

Conforme con el artículo 17 de la Ley 734 de 2002 *“Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”*, se establece que todo investigado disciplinariamente tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado; situación que en el caso particular de JUAN GREGORIO DOMÍNGUEZ CARRASCAL, acaeció, por cuanto, tanto del fallo disciplinario objeto de censura como de las demás documentales acompañadas con la demanda, se desprende que el sujeto disciplinable actuó por intermedio de apoderado judicial⁴.

Amén de lo anterior, en lo que atañe exclusivamente a la imposibilidad de haber presentado el recurso de apelación en la audiencia de lectura de la decisión, dirá esta Judicatura que conforme lo normado en los artículos 175 a 181 del Código

⁴ En efecto, a folio 333 del Cuaderno N° 2 se aportó fotocopia del poder otorgado por el hoy demandante al profesional del derecho Luis Felipe Aguirre Vásquez, para que ejerciera su defensa ante la Procuraduría Provincial de Sincelejo



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

Disciplinario Único, la presencia de abogado es potestativa, por lo tanto, el hecho que se haya surtido dicho trámite sin la presencia de defensor, no hace nugatorio el derecho al debido proceso y defensa del sujeto disciplinado.

Como sustento de lo anterior, se citan las preceptivas mencionadas en precedencia:

“ARTÍCULO 177. PROCEDIMIENTO VERBAL. Calificado el procedimiento a seguir conforme a las normas anteriores, el funcionario competente, mediante auto que debe notificarse personalmente, ordenará adelantar proceso verbal y citará a audiencia al posible responsable.

En el auto que ordena adelantar proceso verbal, debe consignarse la identificación del funcionario cuestionado, el cargo o empleo desempeñado, una relación sucinta de los hechos reputados irregulares y de las normas que los tipifican, la relación de las pruebas tomadas en cuenta y de las que se van a ordenar, lo mismo que la responsabilidad que se estima puede caber al funcionario cuestionado.

La audiencia debe iniciar no antes de cinco (5) ni después de quince (15) días de la fecha del auto que la ordena. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Al inicio de la audiencia, a la que el investigado puede asistir solo o asistido de abogado, podrá dar su propia versión de los hechos y aportar y solicitar pruebas, las cuales serán practicadas en la misma diligencia, dentro del término improrrogable de tres (3) días. Si no fuere posible hacerlo se suspenderá la audiencia por el término máximo de cinco (5) días y se señalará fecha para la práctica de la prueba o pruebas pendientes.

Las pruebas se practicarán conforme se regulan para el proceso ordinario, haciéndolas compatibles con las formas propias del proceso verbal.

Podrá ordenarse la práctica de pruebas por comisionado, cuando sea necesario y procedente. La negativa a decretar y practicar pruebas, por inconducentes, impertinentes o superfluas, debe ser motivada.

El director del proceso podrá ordenar un receso, por el tiempo que estime indispensable, para que las partes presenten los alegatos de conclusión, el cual será de mínimo tres (3) días y máximo de diez (10) días. De la misma manera podrá proceder en aquellos eventos que no estén previstos y que hagan necesaria tal medida. Contra esta decisión no cabe ningún recurso.

De la audiencia se levantará acta en la que se consignará sucintamente lo ocurrido en ella. Todas las decisiones se notifican en estrados.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

*ARTÍCULO 178. ADOPCIÓN DE LA DECISIÓN. **Concluidas las intervenciones se procederá verbal y motivadamente a emitir el fallo.** La diligencia se podrá suspender, para proferir la decisión dentro de los dos días siguientes. Los términos señalados en el procedimiento ordinario para la segunda instancia, en el verbal, se reducirán a la mitad.*

*ARTÍCULO 179. EJECUTORIA DE LA DECISIÓN. La decisión final se entenderá **notificada en estrados y quedará ejecutoriada a la terminación de la misma,** si no fuere recurrida.” (Negrilla y subrayado de esta Corporación)*

Adicional a lo anterior, la misma normativa que consagra el curso del proceso disciplinario, ritúa de forma clara el tema de la notificación en estrados y la oportunidad para interponer los recursos frente a las decisiones así publicitadas, que fue la que acaeció en el presente trámite, normas que por su importancia la Sala Transcribe:

*“ARTÍCULO 106. 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.**” (Negrilla y subrayado de esta Corporación)*

“ARTÍCULO 111. OPORTUNIDAD PARA INTERPONER LOS RECURSOS. Los recursos de reposición y apelación se podrán interponer desde la fecha de expedición de la respectiva decisión hasta el vencimiento de los tres días siguientes a la última notificación.

***Si la notificación de la decisión se hace en estrados, los recursos deberán interponerse y sustentarse en el curso de la respectiva audiencia o diligencia.** Si las mismas se realizaren en diferentes sesiones, se interpondrán en la sesión donde se produzca la decisión a impugnar.” (Negrilla y subrayado de esta Corporación)*

*“ARTÍCULO 119. EJECUTORIA DE LAS DECISIONES. Las decisiones disciplinarias contra las que proceden recursos quedarán en firme tres días después de la última notificación. **Las que se dicten en audiencia o diligencia, al finalizar ésta o la sesión donde se haya tomado la decisión, si no fueren impugnadas.***

...” (Negrilla y subrayado de esta Corporación)



Jurisdicción Contenciosa
Administrativa

Sobre este punto, se ha pronunciado la CORTE CONSTITUCIONAL en el siguiente sentido:

“Así, en síntesis, la Corte observa que la demanda no está llamada a prosperar porque:

*Las audiencias a las que refiere la demanda **no son secretas u ocultas;** por el contrario, de acuerdo con la Ley que rige el procedimiento, su realización debe ser informada a los interesados*

En el evento en el que el disciplinado no asista, sus derechos fundamentales, en especial el que refiere a la defensa, están garantizados, pues el ordenamiento mismo prevé el acompañamiento de un defensor de confianza o de oficio, que debe acudir a las audiencias y, en ellas, podrá interponer los recursos que garanticen la defensa técnica del encartado

*Adicionalmente, en caso de inasistencia del inculgado **éste, cuando media una razón de fuerza mayor, puede presentar excusa. Ello, de acuerdo con el artículo 178 de la Ley 734 de 2002, le permitiría asistir, en los dos días siguientes, a la continuación de la audiencia.***

*Solamente en el caso en el que el investigado disciplinariamente **se ausente sin excusa, debe asumir la carga procesal prevista en el ordenamiento en estos casos; carga consistente en que no podrá presentar recursos contra las decisiones que allí se tomen. Empero, esta carga es proporcionada porque, en el evento descrito, el disciplinado incumple con un deber que ha surgido desde el momento en el que fue enterado de la realización de la audiencia.***

Adicionalmente, es necesario reiterar aquí que el legislador goza de libertad de configuración normativa para establecer si, en el trámite de un proceso, los recursos de reposición y apelación pueden instaurarse tanto en la audiencia como con posterioridad a ella

Como se señaló en las consideraciones generales de esta sentencia, en toda regulación procesal debe encontrarse un equilibrio entre distintos derechos y principios, y en este caso el legislador optó por configurar ese balance en la forma en que quedó establecido en los apartes demandados. De esta manera, la regulación prevista en el artículo 106 del Código Único Disciplinario es una forma específica de armonización entre las cargas que se les imponen a las partes y el derecho de defensa, que el legislador concibió para estos procesos.”⁵

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-763/09. Magistrado Ponente: Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.



Jurisdicción Contenciosa
Administrativa

Así las cosas, huelga concluir de lo esbozado en líneas superiores que, no es cierto que la autoridad administrativa, en este caso la Procuraduría Provincial de Sincelejo, no haya dado la oportunidad de interponer el recurso de apelación contra la determinación que se ataca a través del presente medio de control, puesto que como quedó visto, la presencia de apoderado judicial en la audiencia en la cual se profirió la decisión, era potestativa, aunado al hecho que, el mismo día de la realización de la mentada diligencia, el defensor de JUAN GREGORIO DOMÍNGUEZ CARRASCAL, presentó renuncia al poder otorgado⁶, actuación que permite desprender, un abandono al trámite surtido en sede administrativa, generando con ello las consecuencias negativas que hoy quiere hacer ver el libelista, como las que imposibilitaron la presentación del recurso de apelación, como requisito de procedibilidad obligatorio para acceder a la jurisdicción, máxime que el accionante, como consta en el texto mismo del acto administrativo que se impugna y es un hecho no controvertido por este, fue notificado de forma personal desde el 27 de agosto de 2013 de la realización de la audiencia pública en donde se iba a pronunciar el fallo de primera instancia celebrada el 29 de agosto de 2013 (fol. 361) y no asistió a la misma, por lo que con su inasistencia renunció al ejercicio adecuado y oportuno de los recursos, que como se observa, son de obligatoria interposición en tratándose de la apelación, y por ello, cerró con su propio actuar la vía judicial hoy pretendida.

Por todo lo anteriormente expuesto, ante el no agotamiento del requisito de procedibilidad reseñado a lo largo de estos considerandos, menester es, amparado en el numeral 3 del artículo 169 del C.P.A.C.A. ⁷, disponer el rechazo de plano de la demanda.

DECISIÓN: En mérito de lo manifestado, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE,**

⁶ Ver fotocopia allegada al cartulario a folio 359 del Cuaderno N° 2.

⁷ “ARTÍCULO 169. RECHAZO DE LA DEMANDA. Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:

1. Cuando hubiere operado la caducidad.
2. Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida.
3. Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial.” (Negrillas de la Sala).



RESUELVE:

PRIMERO: RECHÁCESE de plano la anterior demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE al interesado o a su apoderado la demanda y sus anexos, sin necesidad de desglose.

TERCERO: En firme este auto, **CANCÉLESE** su radicación y **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones correspondientes en los libros radicadores y el sistema de información judicial SIGLO XXI.

CUARTO: Para los efectos de esta providencia, **RECONÓZCASE** personería para actuar en el proceso de la referencia al abogado LUIS FELIPE AGUIRRE VÁSQUEZ, portador de la Tarjeta Profesional No. 194.310 del C.S. de la J., para actuar en nombre y representación de la parte demandante de conformidad con el memorial poder que obra a folios 44 del expediente.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta No. 144.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ