**ACTOS OBJETO DE CONTROL JURISDICCIONAL / Aquellos que tengan carácter definitivo / Actas de notificación no son susceptibles de control.**

El artículo 43 del CPACA, establece que los actos objeto de control jurisdiccional son aquellos que tienen el carácter de definitivos, es decir, “los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”. Por ende, no todas las actuaciones de la Administración pueden atacarse a través de acciones impugnatorias. (…) Teniendo en cuenta lo anterior, las actas o constancias de notificación no impulsan el trámite, a efectos de que pueda entenderse que tienen la potencialidad de definirlo o impedir su continuación. Su finalidad es dar a conocer las decisiones adoptadas dentro del procedimiento (que se exteriorizan a través de actos administrativos), dotarlas de eficacia y oponibilidad, y permitir el ejercicio del derecho de defensa del interesado, en los términos fijados por la ley. Por consiguiente, las actas o constancias de notificación no son actos administrativos definitivos y, por ende, no son susceptibles de control jurisdiccional a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

**EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO / Causal de nulidad / No cualquier vicio de procedimiento afecta la legalidad del acto acusado, sino que aquel debe ser sustancial y trascendental al punto de afectar el sentido de la decisión.**

La Sala considera que las supuestas anomalías que resalta la parte demandante carecen de pruebas que acrediten su trascendencia y, por ende, no tienen la potencialidad de afectar la validez de los actos acusados. Los presuntos vicios que relata el actor se enmarcan en la causal de nulidad de expedición irregular. Según el Consejo de Estado, esta se configura cuando *“la administración no se ajusta a los procedimientos establecidos para manifestar su voluntad, así como cuando la decisión de la administración viola las normas de orden adjetivo que establecen el procedimiento para la formación del acto o la manera como éste debe presentarse”*. Sin embargo, no toda irregularidad en las formalidades que deben atenderse genera la nulidad de los actos administrativos. Como consecuencia de la presunción de legalidad que los cobija (art. 88 CPACA), estos están destinados a cumplir los efectos jurídicos de la decisión que contienen (principio de eficacia). De ahí que, para que conlleve la invalidez de la determinación, el vicio debe ser sustancial y trascendental, al punto de afectar el sentido de la decisión.

**EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO / Omisión en el decreto, práctica o valoración de pruebas / Solo tiene vocación de nulidad del acto si la decisión tomada hubiese sido distinta al decretar, practicar o valorar la prueba omitida.**

La jurisprudencia ha expuesto de tiempo atrás que la omisión en el decreto, práctica o valoración de pruebas dentro del procedimiento administrativo solo se traduce en la nulidad del acto definitivo si el elemento de convicción ignorado era trascendental a efectos de, como se dijo, cambiar el sentido de la decisión: *“(…) Tratándose de la pretermisión de la etapa probatoria, la Sala considera que el derecho de audiencia y de defensa se puede afectar en los siguientes casos: i) cuando se decreta una prueba ilícita; ii) cuando las partes, en las oportunidades legales, piden pruebas y no se decretan; iii) cuando se decretan las pruebas pedidas oportunamente, pero no se practican y iv) cuando se practican las pruebas decretadas, pero no se valoran. Ahora bien, para que prospere la nulidad por la violación del derecho de audiencia y de defensa y del derecho al debido proceso, debe probarse que tales derechos se afectaron gravemente. Y eso ocurre cuando la prueba faltante incide de manera definitiva en la decisión, al punto que la decisión tomada habría sido otra diferente si la prueba ilícita se hubiera excluido del proceso, o si la prueba no decretada o no practicada se hubiera decretado y practicado, o si la prueba mal valorada se hubiera valorado debidamente. (…)”* Y, en otra oportunidad, el alto tribunal reiteró lo que sigue: *“(…) desde el punto de las pruebas, se colige que la negación de una prueba dentro de la actuación administrativa, no comporta, per se, la configuración de una causal de nulidad del acto por violación del derecho de defensa puesto que, para que se configure esta causal de nulidad, la parte actora debe sustentar y acreditar que, de haberse practicado y valorado dicha prueba, el sentido de la decisión final hubiese sido disímil. (…)”.*

**EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO / Omisión en el decreto probatorio al interior del procedimiento administrativo / Parte debe aportar la prueba en sede judicial para que juez examine su alcance / Carga probatoria.**

El afectado con la omisión en el decreto, práctica o apreciación de una prueba debe presentarla ante el juez administrativo para que este examine la incidencia que hubiera tenido de haberse decretado, practicado y apreciado oportuna y debidamente (…) En este caso, el señor Wilson Leandro Pinzón Aguilar no pidió el decreto del testimonio del señor Luis Alejandro Reyes Ayala en la demanda y, por eso mismo, no fue practicado en la primera instancia. La actividad probatoria del actor se limitó a solicitar la incorporación de los documentos que obraban en el expediente administrativo. Entonces, no hay manera de corroborar la necesidad de que Migración Colombia escuchara las declaraciones del tercero y que su testimonio hubiera llevado a la absolución del investigado. En otros términos, el señor Wilson Leandro Pinzón Aguilar no cumplió su carga probatoria para efectos de que el Tribunal efectuara el juicio de trascendencia del elemento de convicción (art. 167 CGP).

**NOTA DE RELATORÍA:** El documento que se presenta al público ha sido modificado para incluir los anteriores descriptores de la providencia, más no para modificar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la providencia original. Para validar la integridad del documento los interesados pueden consultarlo a través de la plataforma SAMAI.



***REPÚBLICA DE COLOMBIA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ***

***SALA DE DECISIÓN 4***

***MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO***

Tunja, ocho (8) de marzo de dos mil veintidós (2022)

|  |  |
| --- | --- |
| **MEDIO DE CONTROL:** | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| **REFERENCIA:** | 15001-33-33-012-**2018-00229**-01 |
| **DEMANDANTE:** | WILSON LEANDRO PINZÓN AGUILAR |
| **DEMANDADO:** | MIGRACIÓN COLOMBIA |
| **TEMA:** | SANCIÓN ECONÓMICA POR CONTRAVENCIÓN DE NORMAS MIGRATORIAS – PRUEBA NO DECRETADA EN SEDE ADMINISTRATIVA – JUICIO  DE TRASCENDENCIA |
| **ASUNTO:** | **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA** |

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2021, mediante la cual el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja negó las pretensiones de la demanda.

# ANTECEDENTES

**DEMANDA1**

# Declaraciones y condenas

1. El señor Wilson Leandro Pinzón Aguilar, a través de apoderada judicial, formuló demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia2, con el objeto de que se declare la nulidad de las Resoluciones 20177030014566 del 28 de febrero de 2017, 20177030031166 del 24 de mayo de 2017 y 20185020000116 del 12 de abril de 2018, a través de las cuales la entidad accionada le impuso una sanción económica de $1.549.205 y confirmó dicha decisión en sede de reposición y apelación. Asimismo, el accionante solicita que se declare la nulidad de las notificaciones de cada uno de esos actos administrativos.

1 Archivo *“01Exp15001333301220180022900CP”*, pp. 4-30.

2 La jueza de primera instancia desvinculó del proceso a la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores con el auto a través del cual resolvió las excepciones previas propuestas por los accionados (archivo *“03AutoResuelveExcepciones”*).

1. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que **(i)** se establezca que el demandante no es contraventor de las normas migratorias, **(ii)** se condene a Migración Colombia al pago de $3.000.000 por concepto de perjuicios materiales causados dentro del trámite sancionatorio, **(iii)** se condene a Migración Colombia al pago de $3.000.000 por concepto de perjuicios materiales causados después del trámite sancionatorio, **(iv)** en caso de que el accionante pague la multa, se disponga la devolución del dinero, y **(v)** se ordene la eliminación de la sanción de la base de datos de la entidad demandada.
2. Finalmente, pidió que las condenas se actualicen en los términos del artículo 187 del CPACA.

# Fundamentos fácticos

1. La apoderada de la parte demandante enunció los fundamentos fácticos relevantes que se resumen enseguida:
2. Que Migración Colombia emitió una orden de trabajo con el fin de verificar si el 28 de abril de 2016 se hospedaron 9 ciudadanos venezolanos en el hotel Preludio, que es un establecimiento de comercio de propiedad del señor Wilson Leandro Pinzón Aguilar.
3. Que un funcionario de la entidad realizó la visita el 2 de mayo de 2016 y en el informe respectivo, presentado el 11 de mayo del mismo año, consignó que un ciudadano peruano aparecía registrado en el hotel el 1º de abril de 2016, pero no fue reportado en el SIRE (Sistema de Información para el Reporte de Extranjero).
4. Que al acta no se adjuntaron el libro, fotos de la presunta anotación, o cualquier otro soporte. Solo se indicó que quien atendió la visita fue el señor Luis Alejandro Reyes Ayala.
5. Que la entidad cometió varias irregularidades en el trámite sancionatorio abierto a propósito de la anterior situación. Por ejemplo, expidió en la misma fecha los autos de apertura de investigación y formulación de cargos, notificó primero este último, no entregó copias auténticas (solo simples) de los actos que expidió dentro del procedimiento, no se refirió al objeto original de la visita (verificar si ciudadanos venezolanos se hospedaron en el lugar), negó, sin motivación el decreto de un testimonio solicitado en los descargos, cerró la etapa probatoria y corrió traslado de alegatos en un mismo auto, no permitió la interposición de recursos contra la decisión de negar el decreto de la

prueba en mención, no tuvo en cuenta los argumentos expuestos por el demandante y sancionó con base en el informe de visita, como única prueba.

# Fundamentos de derecho

1. La apoderada de la parte actora señaló como normas violadas los artículos 8.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 29 de la Constitución, y 3 y 47 a 50 del CPACA.
2. En síntesis, expuso que al demandante no se le permitió controvertir la única prueba que sustentó la decisión sancionatoria, ya que, sin ningún análisis jurídico, Migración Colombia negó el testimonio pedido en los descargos, que correspondía al señor Luis Alejandro Reyes Ayala (persona que atendió la visita). Además, la entidad tampoco permitió que el actor presentara recursos contra dicha negativa.
3. Citó en extenso la sentencia C-034 de 2014, expedida por la Corte Constitucional, y consideró que la actuación de la entidad vulneró los derechos al debido proceso administrativo, doble instancia, defensa y contradicción, así como los principios de presunción de inocencia, investigación integral e igualdad de armas.
4. Refirió que lo anterior configura los vicios de desviación de poder y falsa motivación.

# CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA3

1. Migración Colombia se opuso a las pretensiones de la demanda y alegó que garantizó el debido proceso del actor durante el trámite sancionatorio, además de atender el ordenamiento jurídico.
2. Explicó que, al momento de realizar la visita, el oficial de migración no observó el registro de ciudadanos venezolanos en el libro de control de huéspedes, pero sí advirtió que aparecía un ciudadano peruano que no fue reportado en el SIRE.
3. Añadió que el funcionario efectuó dicha anotación en el acta y el señor Luis Alejandro Reyes Ayala, quien atendió la diligencia, firmó el documento sin dejar ninguna objeción u observación.
4. Aclaró que el artículo 48 del CPACA no establece que el cierre de la etapa probatoria y el traslado de alegatos deban ordenarse a través de

3 Archivo *“01Exp15001333301220180022900CP”*, pp. 205-231.

autos separados e individuales, así que este reparo se basa solo en una interpretación de la parte actora.

1. Expuso que el acta de visita levantada sin objeciones, junto con el pantallazo de consulta de la plataforma SIRE, eran *“plenas pruebas dentro del expediente, por consiguiente, no* (sic) *requería de mayor sustento para rechazar las pruebas”*. Esto por cuanto *“las nuevas pruebas solicitadas no traen consigo nuevos elementos que permitiesen al sancionado justificar su actuación o cambiar el sentido de la decisión”*.
2. Precisó que el artículo 40 del CPACA prescribe que no proceden recursos contra el acto que decida la solicitud de pruebas, de forma que el demandante confunde el proceso administrativo sancionatorio con los procesos penal o disciplinario.
3. Resaltó que *“la apoderada a lo largo del escrito de la demanda es reiterativa con lo mismo, e insiste que no existe prueba del libro, ni de la anotación referida, sin embargo, el señor PINZON* (sic) *AGUILAR como representante legal* (sic) *del establecimiento teniendo en su poder el libro de registro y control de huéspedes, no aporta la respectiva prueba dentro de la demanda, ni en la etapa probatoria del proceso administrativo sancionatorio, ni siquiera sumariamente”*.
4. Insistió en la presunción legal de autenticidad tanto del acta en mención como del reporte de la plataforma SIRE, los cuales no fueron tachados de falsedad, de manera que la petición probatoria efectuada en sede administrativa era impertinente y dilatoria.
5. Hizo alusión a las competencias de la entidad y a las causales de nulidad que alega la demanda, para afirmar que no se configuraron en este caso.
6. Formuló como excepción de fondo la que denominó *“ineptitud sustancial de la demanda por improcedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho al no incurrirse en ninguna de las causales de ésta* (sic) *en la expedición de resolución sanción y las resoluciones por las cuales se confirma el acto recurrido y se resuelve un recurso de apelación”* y la *“excepcion* (sic) *genérica”*.

# SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA4

1. El Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia proferida el 23 de septiembre de 2021, resolvió:

4 Archivo 2 del expediente electrónico.

*“(…)* ***PRIMERO. - NEGAR*** *las pretensiones del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia. (…)”*

1. Para adoptar tal determinación, la jueza de primera instancia relacionó el marco jurídico aplicable al caso y las pruebas incorporadas dentro del proceso, para abordar el fondo del asunto.
2. Afirmó que, en el marco de sus funciones de control y vigilancia, Migración Colombia constató que el ingreso de un ciudadano peruano al hotel Preludio, sin que fuera reportado en la plataforma SIRE, cuestión que se corrobora tanto con el acta de visita respectiva, como con lo que indicó el señor Wilson Leandro Pinzón Aguilar al rendir descargos.
3. Sostuvo que el accionante explicó dentro del proceso administrativo que el extranjero fue recibido en el establecimiento hotelero y anotado en el libro de registro, pero finalmente no se hospedó, sin que el registro fuera tachado o anulado.
4. Consideró que lo anterior *“constituye negligencia por parte del demandante, en razón a que es su deber mantener un registro actualizado y verídico de los usuarios del servicio, en concordancia con la responsabilidad que le otorga el artículo 2.2.1.11.5.8 del Decreto 1067 de 2015”*.
5. Hizo un recuento de las actuaciones adelantadas en sede administrativa, para concluir que atendieron el procedimiento legal y respetaron los derechos de defensa y contradicción.
6. Recalcó que la expedición de los actos de apertura de investigación y formulación de cargos en un solo día no invalida lo actuado por no afectar las etapas procesales establecidas en el CPACA.
7. Aseveró que Migración Colombia se pronunció respecto de la prueba solicitada por el actor en el sentido de indicar su impertinencia, ya que en el acta de visita figuraba lo expuesto por el señor Luis Alejandro Reyes Ayala, *“siendo discrecionalidad de la autoridad competente rechazarla cuando así lo considere pertinente”*.
8. Señaló que, pese a que el certificado de matrícula inmobiliaria (sic) tiene una fecha posterior a la de los hechos, las pruebas recaudadas en el procedimiento sancionatorio daban cuenta de que el hotel estaba prestando sus servicios con anterioridad, de modo que no estaba exento de cumplir el deber relacionado con el reporte de extranjeros en la plataforma SIRE.
9. Concluyó que, por ende, las causales de nulidad invocadas en la demanda no se configuraron.

# RECURSO DE APELACIÓN5

1. La **parte demandante** apeló la sentencia con fundamento en lo siguiente:
2. Reiteró que Migración Colombia no atendió las pruebas pedidas en los descargos y esa situación configura una violación al debido proceso.
3. Insistió en que la entidad no podía simplemente resolver que las pruebas no eran procedentes debido a que la persona que atendió la visita no dejó ninguna constancia en el acta y sin argumentación adicional (tildó esta conducta de *“peligrosista”* –sic–). Añadió que aceptar lo contrario llevaría a que los resultados de la visita *“se tengan como totalmente ciertos sin derecho a ser controvertidos”*.
4. Repitió que no existe un pronunciamiento de la Administración a través del cual se nieguen las pruebas solicitadas, pues aquella solo aludió que no decretaría elementos de oficio.
5. Recalcó que las pruebas debieron negarse a través de un auto pasible de recursos, pero esto no ocurrió.
6. Redundó en que *“NO EXISTE LIBRO QUE COMPRUEBE DICHO RESULTADO PORQUE NUNCA SE ADJUNTO* (sic) *NI EL FUNCIONARIO DE MIGRACION* (sic) *LO APORTO* (sic)*”* y agregó que *“EL LIBRO SI* (sic) *CONTABA CON UNA ANOTACION* (sic) *Y ESTO LO DETERMINO* (sic) *MI PODERDANTE POSTERIORMENTE EN SUS ESCRITOS,* (sic) *PRECISAMENTE SE REQUERIA* (sic) *LA PRUEBA TESTIMONIAL PARA CONTROVERTIR EL UNICO* (sic) *DOCUMENTO QUE DIO ORIGEN AL PROCESO”*.
7. Replicó que el testimonio del señor Luis Alejandro Reyes Ayala era necesario para la defensa del investigado porque *“ERA EL UNICO* (sic) *QUE PODIA* (sic) *DETERMINAR LOS HECHOS ,* (sic) *LO QUE LE MANIFESTARON LOS FUNCIONARIOS Y SI SE LE IMPIDIO* (sic) *O NO DEJAR ALGUNA ANOTACIÓN* (sic)*”*.
8. Hizo alusión a un fallo de tutela dictado por la Corte Suprema de Justicia (rad. 61485), así como a la sentencia C-034 de 2014, proferida por el Consejo de Estado, y concluyó que la irregularidad cometida por Migración Colombia es insubsanable.

5 Archivo 4 del expediente electrónico.

# TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

1. El anterior recurso fue concedido mediante auto del 11 de noviembre de 20216 y fue admitido por esta Corporación mediante providencia calendada del 3 de diciembre de ese año7. La parte demandada no se pronunció en relación con el recurso de apelación en la oportunidad prevista en el artículo 247-4 del CPACA (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021).

# CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. El Ministerio Público no emitió concepto.

# CONSIDERACIONES

**CONTROL DE LEGALIDAD**

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del CPACA, la Sala no encuentra que se haya configurado alguna causal de nulidad que pueda invalidar la actuación realizada dentro del proceso.

# CUESTIÓN PREVIA

1. De manera preliminar, la Sala hará una precisión en relación con las pretensiones formuladas por el accionante.
2. La demanda pide que se declare la nulidad del acto que decidió el procedimiento administrativo sancionatorio que tramitó Migración Colombia, así como de los que resolvieron los recursos formulados en su contra. Sin embargo, el actor también reclama la nulidad de las notificaciones de cada una de dichas determinaciones.
3. Al respecto, el artículo 43 del CPACA, establece que los actos objeto de control jurisdiccional son aquellos que tienen el carácter de definitivos, es decir, *“los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”*. Por ende, no todas las actuaciones de la Administración pueden atacarse a través de acciones impugnatorias, como lo ha señalado el Consejo de Estado:

*“(…) La Sala ha señalado que las acciones impugnatorias, es decir, aquellas acciones mediante las que se ventilan pretensiones dirigidas a atacar la validez de un acto administrativo particular, parten de un*

6 Archivo 6 del expediente electrónico.

7 Anotación 4 Samai (segunda instancia).

*presupuesto fundamental que consiste en que no todos los actos de la administración son actos administrativos propiamente dichos y, por tanto, susceptibles de cuestionamiento por la vía jurisdiccional.*

*Dicho de otro modo, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se ha de dirigir contra los actos jurídicos que deciden de fondo la actuación administrativa, que son los auténticos actos administrativos, y no contra actos de simple trámite, preparatorios o de impulso de un procedimiento, ni contra actos de mera ejecución de procedimientos concluidos. Los actos de trámite generalmente anteceden la decisión definitiva de la administración, en el sentido de que son instrumentos necesarios para la formación y expedición del acto administrativo principal, pero no deciden o definen nada de fondo.*

*(…)*

*En efecto, la Sala ha precisado que no todo lo que la administración dice o hace se traduce en un acto administrativo demandable, de ahí que se hable de los actos de la administración para diferenciarlos de los actos administrativos propiamente dichos, que sí son pasibles de control judicial. Por excepción, se pueden demandar los actos administrativos de trámite que impiden continuar con la actuación administrativa. Esto es, aquellos actos que pueden tornarse definitivos, en cuanto impiden continuar con la actuación, así no decidan de fondo la cuestión. (…)”8* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

1. Teniendo en cuenta lo anterior, las actas o constancias de notificación no impulsan el trámite, a efectos de que pueda entenderse que tienen la potencialidad de definirlo o impedir su continuación. Su finalidad es dar a conocer las decisiones adoptadas dentro del procedimiento (que se exteriorizan a través de actos administrativos), dotarlas de eficacia y oponibilidad, y permitir el ejercicio del derecho de defensa del interesado, en los términos fijados por la ley.
2. Por consiguiente, las actas o constancias de notificación no son actos administrativos definitivos y, por ende, no son susceptibles de control jurisdiccional a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.
3. Lo anterior implica que las pretensiones dirigidas contra los documentos en comento debieron rechazarse, de acuerdo con el artículo 169-3 del CPACA. Y, aunque la jueza que en su momento analizó la admisibilidad del libelo no reparó en este aspecto, eso no hace que la irregularidad quede saneada, ya que da lugar a la configuración de la excepción de ineptitud de la demanda, prevista en el artículo 100-5 del CGP, la cual puede declararse de oficio en la sentencia de conformidad con el inciso 2.º del artículo 187 del CPACA.

8 C.E., Sec. Cuarta, Sent. 2016-01233 (22760), nov. 8/2017. M.P. Julio Roberto Piza Rodríguez.

1. En consecuencia, en la parte resolutiva de esta providencia el Tribunal declarará probada de oficio esta excepción en los términos antedichos.

# PROBLEMA JURÍDICO

1. Corresponde a la Sala establecer si: *¿El accionante probó que las supuestas irregularidades relacionadas con la omisión en el decreto de la prueba testimonial pedida en los descargos tuvieron suficiente trascendencia e incidencia como para afectar la legalidad de los actos sancionatorios?*
2. De la interpretación de la sentencia apelada y los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

# Tesis argumentativa propuesta por la Sala

*La Sala encuentra que los reparos del accionante frente al recaudo probatorio efectuado en sede administrativa se enmarcan en la causal de nulidad de expedición irregular. Por ende, para que estos supuestos vicios puedan afectar la validez de los actos sancionatorios, el demandante debía acreditar que la prueba no decretada (testimonio del señor Luis Alejandro Reyes Ayala) era trascendental para definir el sentido de la decisión del procedimiento administrativo.*

*En este caso, el accionante no pidió dentro de este proceso que se decretara el testimonio en mención para llevar a cabo el juicio de trascendencia antes mencionado, de manera que es imposible constatar el carácter sustancial de las supuestas irregularidades alegadas.*

*Así las cosas, el demandante no acreditó la configuración del vicio de nulidad, motivo por el cual el Tribunal confirmará el fallo apelado, pero por las razones indicadas en esta providencia.*

# ANÁLISIS DE LA SALA

1. El único cargo de la apelación se refiere al recaudo probatorio efectuado en sede administrativa. Según el accionante, pese a que era necesario, Migración Colombia desestimó sin argumentación el decreto del testimonio que solicitó en sus descargos. Además, refirió que la entidad impidió que el investigado formulara recurso de apelación contra dicha negativa, el cual era procedente en ese caso.
2. La Sala considera que las supuestas anomalías que resalta la parte demandante carecen de pruebas que acrediten su trascendencia y, por ende, no tienen la potencialidad de afectar la validez de los actos acusados.
3. Los presuntos vicios que relata el actor se enmarcan en la causal de nulidad de expedición irregular. Según el Consejo de Estado, esta se configura cuando *“la administración no se ajusta a los procedimientos establecidos para manifestar su voluntad, así como cuando la decisión de la administración viola las normas de orden adjetivo que establecen el procedimiento para la formación del acto o la manera como éste debe presentarse”9*.
4. Sin embargo, no toda irregularidad en las formalidades que deben atenderse genera la nulidad de los actos administrativos. Como consecuencia de la presunción de legalidad que los cobija (art. 88 CPACA), estos están destinados a cumplir los efectos jurídicos de la decisión que contienen (principio de eficacia). De ahí que, para que conlleve la invalidez de la determinación, el vicio debe ser sustancial y trascendental, al punto de afectar el sentido de la decisión. Así lo explica el Consejo de Estado:

*“(…) en efecto, cuando el acto es expedido con vicios en su trámite debe verificarse si éstos tienen la vocación de* ***incidir en el sentido de la decisión****, de tal manera que si la irregularidad en el proceso logra afectarlo –por ser sustancial o trascendente– el acto administrativo es anulable. En el caso contrario, es decir, cuando el defecto es intrascendente, pues no se altera la decisión ni la voluntad de quien lo expide, no hay lugar a decretar su anulación.*

*(…)*

***Así las cosas, el vicio en la formación del acto debe ser de tal magnitud que afecte su esencia misma, pues no todas las irregularidades tienen la potencialidad de desvirtuar la presunción de legalidad; en otras palabras, la anomalía que se presente debe ser sustancial, trascendental y con incidencia directa en la formación del acto administrativo****. (…)”10* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

1. Esta premisa es aplicable también al ejercicio probatorio que se adelanta en sede administrativa. La jurisprudencia ha expuesto de tiempo atrás que la omisión en el decreto, práctica o valoración de pruebas dentro del procedimiento administrativo solo se traduce en la nulidad del acto definitivo si el elemento de convicción ignorado era trascendental a efectos de, como se dijo, cambiar el sentido de la decisión:

9 C.E., Sec. Tercera, Sent. 2004-02127 (44571), jul. 11/2019. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

10 *Ibid*.

*“(…) Tratándose de la pretermisión de la etapa probatoria, la Sala considera que el derecho de audiencia y de defensa se puede afectar en los siguientes casos****: i)*** *cuando se decreta una prueba ilícita;* ***ii) cuando las partes, en las oportunidades legales, piden pruebas y no se decretan****;* ***iii)*** *cuando se decretan las pruebas pedidas oportunamente, pero no se practican y* ***iv)*** *cuando se practican las pruebas decretadas, pero no se valoran.*

*Ahora bien, para que prospere la nulidad por la violación del derecho de audiencia y de defensa y del derecho al debido proceso,* ***debe probarse que tales derechos se afectaron gravemente. Y eso ocurre cuando la prueba faltante incide de manera definitiva en la decisión****, al punto que la decisión tomada habría sido otra diferente si la prueba ilícita se hubiera excluido del proceso,* ***o si la prueba no decretada o no practicada se hubiera decretado y practicado****, o si la prueba mal valorada se hubiera valorado debidamente. (…)”11* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

1. Y, en otra oportunidad, el alto tribunal reiteró lo que sigue:

*“(…) desde el punto de las pruebas, se colige que la negación de una prueba dentro de la actuación administrativa, no comporta, per se, la configuración de una causal de nulidad del acto por violación del derecho de defensa puesto que, para que se configure esta causal de nulidad, l****a parte actora debe sustentar y acreditar que, de haberse practicado y valorado dicha prueba, el sentido de la decisión final hubiese sido disímil. (…)***

***Esta línea jurisprudencial es aplicable no solamente para aquellos eventos en los que la administración niega el decreto o la práctica de la prueba, sino también para el caso en que la administración, injustificadamente, omite resolver sobre una solicitud probatoria, es decir, que ni decreta ni niega la prueba sino que simplemente profiere el acto administrativo definitivo sin pronunciarse sobre la procedencia de la prueba solicitada; frente a este último hipotético caso, esta Sección ha dispuesto que esa irregularidad procesal tampoco comporta por sí misma una causal de anulación del acto, porque se debe demostrar, adicionalmente, que la importancia o trascendencia del supuesto fáctico que se echa de menos era tal, que resultaba imprescindible considerarlo para efectos de inclinar, en uno u otro sentido, la decisión administrativa controvertida****. (…)”12* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

1. Este juicio valorativo de trascendencia es propio de la actividad judicial. Por esa razón, el afectado con la omisión en el decreto, práctica o apreciación de una prueba debe presentarla ante el juez administrativo para que este examine la incidencia que hubiera tenido de haberse decretado, practicado y apreciado oportuna y debidamente, conforme lo ha indicado el Consejo de Estado:

*“(…) Al respecto, se considera que, según los lineamientos jurisprudenciales antes citados, la simple omisión de resolver una solicitud probatoria en la*

11 C.E., Sec. Cuarta, Sent. 2004-02583 (18058), ago. 3/2016. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

12 C.E., Sec. Primera, Sent. 2014-01190, may. 24/2018. M.P. Hernando Sánchez Sánchez.

*actuación administrativa constituye una irregularidad procesal, empero, esta circunstancia no comporta por sí sola causal de anulación del acto acusado, sino que, complementariamente, se debe acreditar que esta irregularidad es de carácter sustancial, es decir, que se debe demostrar que de haberse practicado en debida forma la prueba solicitada, la decisión final hubiese sido disímil,* ***para cuyo efecto, es indispensable que la prueba que se echa de menos se practique y se someta a contradicción en esta actuación judicial, en orden a dilucidar su trascendencia y aptitud para inclinar el sentido de la decisión final****. (…)”13* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

1. En este caso, el señor Wilson Leandro Pinzón Aguilar no pidió el decreto del testimonio del señor Luis Alejandro Reyes Ayala en la demanda y, por eso mismo, no fue practicado en la primera instancia. La actividad probatoria del actor se limitó a solicitar la incorporación de los documentos que obraban en el expediente administrativo14.
2. Entonces, no hay manera de corroborar la necesidad de que Migración Colombia escuchara las declaraciones del tercero y que su testimonio hubiera llevado a la absolución del investigado. En otros términos, el señor Wilson Leandro Pinzón Aguilar no cumplió su carga probatoria para efectos de que el Tribunal efectuara el juicio de trascendencia del elemento de convicción (art. 167 CGP)15.
3. Adicionalmente, como lo afirmó la entidad accionada al contestar la demanda, a pesar de que el actor insistió en que Migración Colombia omitió la incorporación del libro de control de huéspedes al procedimiento sancionatorio (al menos por medio de fotografías), aquel tampoco lo allegó al proceso con el propósito de desvirtuar la prestación efectiva del servicio de hospedaje a un extranjero.
4. En escenarios como el presente, el Consejo de Estado ha referido:

*“(…) si la parte demandante consideraba que las pruebas solicitadas durante la actuación administrativa eran necesarias, tuvo la oportunidad de solicitarlas en vía judicial; sin embargo, no lo hizo. En ese sentido, esta Sección ha reiterado que para pueda estructurarse la nulidad por el no decreto de pruebas durante vía gubernativa, es necesario que dichas pruebas denegadas en esa oportunidad sean solicitadas en sede jurisdiccional, tal como se precisó en sentencia de 23 de agosto de 2001. (…)*

***En el caso sub examine, esa eventual incidencia no se puede medir o ponderar, pues la parte demandante no solicitó ni aportó pruebas con ese propósito, con lo cual quedó incierto el efecto útil, determinante o***

13 *Ibid*.

14 Archivo *“01Exp15001333301220180022900CP”*, pp. 28-29.

15 *“(…)* ***ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA.*** *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (…)”*

***revelador de los de las pruebas que no fueron decretadas****. (…)”16* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

1. Esta conclusión también se aprecia en la siguiente cita:

*“(…) la Sala advierte, tal y como lo señaló el fallador de primera instancia, que el hecho de que la entidad demandada haya negado las pruebas solicitadas por la actora por sí solo no configura la vulneración del debido proceso y del derecho de defensa y contradicción, pues además de los argumentos expuestos anteriormente, se estima que* ***para demostrar esa circunstancia la actora debió solicitar esas pruebas en la instancia jurisdiccional, lo cual no ocurrió, ya que al examinar el expediente se logró constatar que la demandante no solicitó que se practicaran dichas pruebas dentro del proceso contencioso administrativo, razón por la cual no es posible establecer si las mismas hubieran tenido la virtualidad de modificar el sentido de la decisión contenida en los actos acusados****.*

*Por lo demás, es preciso señalar que en la instancia jurisdiccional la actora no solicitó la práctica de prueba alguna tendiente a demostrar que, de haberse practicado en la etapa administrativa, la decisión hubiera sido diferente.*

*(…)*

*En este orden de ideas, la Sala considera que no hubo violación al debido proceso y los derechos de defensa y contradicción de la actora y, en consecuencia, el cargo en estudio tampoco tiene vocación de prosperidad. (…)”17* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

1. En este orden, incluso sin necesidad de verificar en detalle la forma como Migración Colombia surtió la etapa probatoria dentro del procedimiento administrativo sancionatorio y las razones por las que no decretó el testimonio del señor Reyes Ayala (o si en realidad no las hubo), lo cierto es que, en cualquier caso, la falta de prueba que acaba de ponerse de relieve lleva al fracaso las pretensiones de la demanda.
2. Finalmente, la Corporación considera necesario hacer dos aclaraciones adicionales. En primer lugar, de acuerdo con el artículo 40 del CPACA, que es aplicable al procedimiento sancionatorio en virtud de lo establecido en el inciso 1.º del artículo 47 del mismo código, *“*[c]*ontra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos”*.
3. Entonces, la decisión de negar el decreto del testimonio, fuera expresa o tácita, no era susceptible del recurso de apelación ni de ningún otro. Este diseño normativo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-034 de 2014, entro otros argumentos, porque *“los actos que definan la actuación administrativa son objeto de control judicial. Y un elemento del debido proceso es la motivación de las decisiones*

16 C.E., Sec. Primera, Sent. 2009-00022, oct. 29/2020. M.P. Hernando Sánchez Sánchez.

17 C.E., Sec. Primera, Sent. 2014-01024, ene. 21/2021. M.P. Nubia Margoth Peña Garzón.

*adoptadas por las autoridades públicas, como presupuesto para la erradicación de la arbitrariedad, y para el ejercicio del derecho de defensa”18*.

1. Además, vaga decirlo, la apoderada de la parte demandante citó en extenso esta providencia en la contestación de la demanda y el escrito de alzada, de manera que conocía de antemano la improcedencia de este cuestionamiento.
2. En segundo lugar, el recurso de apelación hizo la siguiente afirmación:

*“(…) AL CONTRARIO DE LO DETERMINADO POR EL DESPACHO, MIGRACION* (sic) *NO SE PRONUNCIO* (sic) *FRENTE A LA SOLICITUD DE PRUEBAS NI EMITIO* (sic) *AUTO NEGANDOLAS* (sic)*, TAMPOCO REALIZO* (sic) *PRONUNCIAMIENTO EN DERECHO ANALIZANDO LA PERTINENCIA, CONDUCENCIA Y NECESIDAD DE LA MISMA, SE RELEVO* (sic) *DE CUALQUIER ANALISIS* (sic) *Y NO REALIZO* (sic) *PRONUNCIAMIENTO DE FONDO FRENTE A LA SOLICITUD DE PRUEBAS, TAMPOCO SE EMITIO* (sic) *EL AUTO CORRESPONDIENTE LO CUAL CONLLEVO* (sic) *A QUE MI PODERDANTE TAMPOCO PUDIESE INTERPONER RECURSO FRENTE AL MISMO, ESTO TENIENDO EN CUENTA QUE PESE A LA APLICACIÓN DE LAS DISPOCISIONES* (sic) *DETERMINADAS EN LA LEY 1437 DE 2011, TAMBIEN* (sic) *DEBEN APLICARSE LOS PRINCIPIOS INHERENTES AL TRAMITE SANCIONATORIO ,* (sic) *ASI* (sic) *LAS COSAS SE CERCENO* (sic) *EL DERECHO DE CONTRADICCION* (sic) *LO CUAL SI CONFIGURA LA VULNERACION* (sic) *AL DEBIDO PROCESO, Y CONTRARIO TAMBIEN* (sic) *AL ANALISIS* (sic) *DEL DESPACHO* ***DESDE EL INICIO DE LA ACTUACION*** (sic) ***LA NOTIFICACION*** (sic) ***DE AUTOA*** (sic) ***DE APERTURA Y DESCARGOS AL TIEMPO.*** (sic) ***SIN QUE SE NOTIFICARA EL PRIMER AUTO QUE SERIA*** (sic) ***LA APERTURA DE TRAMITE*** (sic) ***ADMINISTRATIVO EVIDENCIA EL ACTUAR DE LA ADMINISTRACION*** (sic) ***EN ESTE CASO DE MIGRACION*** (sic)*.* (sic) ***LO CUAL CONLLEVA TAMBIEN*** (sic) ***A LA CONFIGURACION*** (sic) ***DE LAS DEMAS CAUSALES ENDILGADAS****. (…)”* (Negrilla

fuera del texto original)

1. La parte final de este párrafo (resaltada en negrilla) se refiere a otro supuesto vicio en el procedimiento, que asimismo esbozó el accionante en la demanda. No obstante, no cuenta con sustentación alguna más allá de la alusión en cita, mucho menos en el sentido de controvertir los análisis y las conclusiones a los que llegó la jueza de primera instancia sobre este punto. Por esa razón, el Tribunal no abordará de fondo este aspecto, ya que la apelación resulta fallida frente a él19.

18 C. Const., Sent. C-034, ene. 29/2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

19 C.E., Sec. Segunda, Sent. 2013-06074 (3918-18), nov. 18/2021. M.P. William Hernández Gómez: *“(…) cuando los argumentos expuestos en el recurso de apelación no se dirigen contra el fondo de la decisión recurrida al no existir correspondencia con los presupuestos del asunto que se resuelve, se presenta la apelación fallida, lo que trae como consecuencia que permanezca incólume lo resuelto en primera instancia. // Lo anterior materializa el debido proceso, teniendo en cuenta que la decisión que debe adoptar el ad quem necesariamente debe guardar congruencia con lo resuelto por el juez de primera instancia, razón por la cual los argumentos que se presenten en el recurso de apelación son los que eventualmente darán lugar a que la providencia sea confirmada, revocada o modificada, según el caso. (…)”*

1. En suma, la Sala confirmará el fallo apelado (con la adición explicada en el acápite de cuestión previa), pero por las razones expuestas en esta providencia.

# COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

1. El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, señala20:

*“(…)* ***ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS.*** *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

*<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal. (…)”*

1. A partir del nuevo inciso 2.º de la norma en cita, esta Sala ha venido sosteniendo que la condena en costas solo puede imponerse cuando de forma evidente la demanda o su oposición carezcan de fundamento legal.
2. Sin embargo, en reciente pronunciamiento de la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado, mediante sentencia proferida el 11 de octubre de 2021, dentro del proceso 11001-03-26-000-2019-00011- 00(63217), se precisó lo siguiente:

*“(…)* ***4)*** *El artículo 47 de la Ley 2080 de 21 de enero de 2021 adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011-CPACA. El texto integrado de la norma es el siguiente:*

*(…)*

*El artículo 188 del CPACA fijó (i) la regla general de la procedencia de las costas en los procesos contencioso administrativos; además (ii) definió la excepción a la regla, esto es, los procesos en que se ventile un interés público y, por último, (iii) consagró una excepción a la excepción, puesto que será posible condenar en costas incluso en los procesos contencioso objetivos sobre la condición de que se acredite que la demanda carece por completo de fundamento legal.*

*(…)*

*En suma, la mejor interpretación de la disposición es aquella que promueve la efectividad y aplicabilidad de la norma a través sistematicidad entre los incisos primero y segundo del artículo 188 ibídem, que garantiza la aplicación de la regla general -condena en costas para la parte vencida, demandante o demandada, en cualquier tipo de procesos- salvo en los que se ventile un interés público (acciones públicas ) y, en todo caso, en*

20 La modificación legislativa es aplicable en razón a que el recurso de apelación se presentó con posterioridad al 25 de enero de 2021.

*este tipo de asuntos será procedente la condena en costas al demandante cuando se advierta que la demanda carece por completo de fundamento legal porque se castiga el ejercicio infundado e irresponsable del derecho de acción, al promover un desgaste innecesario del aparato jurisdiccional. (…)”*

1. Atendiendo la postura jurisprudencial antes reseñada, la Sala considera procedente retomar el criterio objetivo–valorativo para la condena en costas, pues de la lectura sistemática de los dos incisos del artículo 188 del CPACA (con la adición en comento) se colige que, para la procedencia de la condena en costas:
   1. Hay una regla general (criterio objetivo–valorativo), que remite a los artículos 365 y 366 del CGP, esto es, que se encuentren causadas y en la medida de su comprobación.
   2. Hay una excepción a la regla, que son los procesos en los que se ventile un interés público, donde en principio no debe imponerse la condena.
   3. Hay una excepción a la excepción que, en todo caso, habilita su procedencia, cuando la demanda carezca de fundamento legal.
2. Descendiendo al presente caso, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante debido a que, aun cuando le fue resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, no fueron generados gastos en esta instancia y la parte demandada no desarrolló actuaciones dentro de la misma.
3. Además, la demanda no fue desestimada por carecer de fundamento legal, sino por el incumplimiento de la carga probatoria indispensable para la demostrar la configuración del supuesto vicio de nulidad.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

# FALLA:

**PRIMERO: ADICIONAR** un numeral al fallo apelado, que será el siguiente:

***DECLARAR*** *probada de oficio la excepción de ineptitud de la demanda respecto de las pretensiones de nulidad dirigidas contra las actas o constancias de notificación de los actos sancionatorios, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.*

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2021, mediante la cual el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en precedencia.

**TERCERO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**CUARTO:** Por secretaría, remítase copia de la presente providencia a la ANDJE, de conformidad con lo indicado en el inciso final del artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

**QUINTO:** Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al despacho de origen, previo registro en el sistema Samai.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión virtual de la Sala de Decisión, según acta de la fecha.

# NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

|  |  |
| --- | --- |
| *Firmado electrónicamente*  **JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**  **Magistrado** | |
| *Firmado electrónicamente*  **BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS**  **Magistrada** | *Firmado electrónicamente*  **FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**  **Magistrado** |

**Constancia:** La presente providencia fue firmada electrónicamente en la plataforma Samai por los magistrados que integran la Sala de Decisión. En consecuencia, se garantiza su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.