**AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS EN SEDE ADMINISTRATIVA COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – Finalidad.**

El artículo 161 del CPACA enlista una serie de requisitos de procedibilidad cuyo agotamiento debe preceder la interposición de la demanda; así, señala el numeral 2° ibidem que “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”, salvo cuando opera el silencio negativo en relación con la primera petición o cuando las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del CPACA, contra los actos administrativos definitivos procederán, por regla general, los recursos de reposición, de apelación y de queja; ahora, en los términos del inciso tercero del artículo 76 ibidem, el recurso de apelación, cuando proceda, será obligatorio para acceder a la jurisdicción. Jurisprudencialmente se ha sostenido que el agotamiento de los recursos procedentes en sede administrativa, como requisito de procedibilidad, cumple con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales al debido proceso y defensa del ciudadano frente a la Administración, y la oportunidad para que ésta reevalúe sus actos administrativos, y si es del caso, adicione, aclare, modifique o revoque su decisión inicial. Ahora bien, es preciso destacar que, aun cuando los requisitos de procedibilidad no constituyen en sí mismos requisitos de forma de la demanda, la determinación de su cumplimiento se hace en la misma oportunidad en la que corresponde al juez verificar el contenido formal de la demanda. Así, atendiendo lo dispuesto en el artículo 170 *ibídem*, una vez se advierta que la demanda carece de los requisitos señalados en la ley -incluidos los previos a su interposición- lo procedente será su inadmisión, para efectos de que el demandante subsane las falencias anotadas por el juez. Valga señalar que, el rechazo de la demanda procede de plano cuando ha operado la caducidad y cuando se trata de un asunto no pasible de control judicial, evento éste que se configura cuando no se demandan actos administrativos definitivos, esto es, aquellos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar la actuación (artículo 43 del CPACA). Para el caso concreto, en relación con el agotamiento de los recursos en sede administrativa, se destaca de los actos administrativos demandados lo siguiente: Resolución No. 18193 del 15 de mayo de 2009, Cajanal reconoció a favor de la demandante una pensión de jubilación por aportes, aplicando la Ley 71 de 1988. En el artículo 8 de la mencionada resolución se indicó que contra la misma procedía únicamente el recurso de reposición. - Resolución No. RDP027019 del 14 de junio de 2013 proferida por la UGPP, mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión que le fue reconocida. Se indicó allí que contra dicha decisión procedían “los recursos de Reposición y/o Apelación”. - Resoluciones No. RDP 034234 del 29 de julio de 2013 y No. RDP 036383 del 12 de agosto de 2013, mediante la cual la UGPP resolvió los recursos de reposición y apelación interpuestos contra la precitada resolución, confirmando la negativa de reliquidar la pensión e indicando que contra los mismos no procedía ningún recurso. Resolución No. GNR 140056 del 12 de mayo de 2016 proferida por Colpensiones, que negó, por falta de competencia, la reliquidación de la pensión de vejez. Resolución No. GNR 247326 del 22 de agosto de 2016, a través de la cual Colpensiones resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión, modificándola parcialmente en relación con la falta de competencia y dejando en suspenso el reconocimiento de la pensión de vejez. Consideró allí la entidad que, en atención a la competencia de la entidad, a la accionante le era aplicable, entre otras disposiciones, el Decreto 758 de 1990 que le resultaba más beneficioso para el reconocimiento de su pensión. En la mencionada resolución se advierte que se remitirá al superior jerárquico el recurso de apelación interpuesto con el recurso de reposición, para su respectivo trámite. Resolución No. VPB 2658 del 23 de enero de 2017 proferida por Colpensiones, que resolvió el recurso de apelación confirmando la anterior resolución. Se insistió allí en que el Decreto 758 de 1990 le es aplicable a la accionante, atendiendo el principio de favorabilidad. Se precisó de igual forma que con dicho acto administrativo quedaba agotada la vía administrativa. De acuerdo con el anterior recuento, se advierte que para efectos de la admisión de la pretensión de nulidad de la Resolución No. 18193 del 15 de mayo de 2009 no podía exigirse a la demandada el agotamiento de los recursos en la actuación administrativa, toda vez que únicamente procedía el recurso de reposición, el cual, como se indicó, no es de obligatoria interposición. Adicionalmente, se destaca que, en principio, en ninguno de los actos administrativos se refirió que el recurso de apelación era procedente y, por lo mismo, que su interposición era obligatoria para acceder a la vía judicial.

**AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS EN SEDE ADMINISTRATIVA COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - La expresión “y/o” que se acostumbra incluir en los actos administrativos para señalar los recursos procedentes -ya el de reposición ya el de apelación- genera confusión en el administrado y en consecuencia, no se le puede exigir que lo hubiera interpuesto en debida forma.**

Es importante señalar que sobre la expresión “y/o” que se incluyó en la mayoría de actos administrativos enjuiciados para señalar los recursos procedentes *-ya el de reposición ya el de apelación-*, el Consejo de Estado ha advertido que genera confusión en el administrado, en la medida que, desconociendo las previsiones del artículo 67 del CPACA, al momento de la notificación no se le informa con claridad cuáles son los recursos que son procedentes. En tal sentido, en providencia del 28 de enero de 2021 reiteró: “26. Sin embargo, contrario a lo dispuesto en líneas anteriores, en auto de fecha 15 de octubre de 2019, con ponencia del Doctor Carmelo Perdomo Cuéter, la Sala dispuso lo siguiente: «Revisado la anterior actuación encuentra la Sala que la Resolución RDP 10734 de 2015, para referirse a la procedencia de los aludidos medios de impugnación contra este acto, no cumple la carga de informar con exactitud si procede o no el recurso de apelación (reposición y/o apelación), para lo cual, ante esa confusión, no se le puede exigir a la interesada que lo hubiera interpuesto. […] Así las cosas y en atención a que la actora, no fue informada en debida forma de los recursos que procedían contra la Resolución RDP 10734 de 2015 y no se le brindó la oportunidad de impugnar el auto ADP 1375 de 2019, resulta desproporcionado y contrario a derecho rechazarle la demanda porque no cumplió un rigorismo procedimental que no le era exigible. En esas condiciones y en aras de privilegiar el derecho de acción, se tiene que en el asunto sub examine no es exigible el requisito de procedibilidad a que se hace referencia el artículo 161 (numeral 2) del CPACA, motivo por el cual se revocará la providencia objeto de alzada, para que el Tribunalde origen continúe con el correspondiente trámite». 27. Lo anterior hace que la Sala en esta ocasión establezca la incidencia que presenta la indicación conjuntiva y disyuntiva que la administración en algunas ocasiones ha utilizado para indicar los recursos que proceden contra sus decisiones y determinar en el caso concreto, si se configuró el medio exceptivo de inepta demanda ante la falta de agotamiento de la vía gubernativa.” (Negrilla añadida). Se concluyó allí que esta manera ambigua de informar sobre la procedencia de los recursos no es la establecida en la norma procesal, luego, ante la confusión que genera, no se le puede exigir a la parte interesada que lo hubiera interpuesto en debida forma. De acuerdo con ello, en relación con el caso concreto se advierte que, al haber usado las entidades accionadas la expresión “y/o”, generaron confusión en la accionante sobre la procedencia del recurso de apelación, único obligatorio para acudir ante el juez.

**RECHAZO DE LA DEMANDA – Revocatoria por no serle exigible a la demandante el requisito de procedibilidad previsto en el numeral 2 del articulo 161 del CPACA / AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS EN SEDE ADMINISTRATIVA COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – Revocatoria de rechazo de la demanda por no serle exigible a la demandante el requisito de procedibilidad previsto en el numeral 2 del artículo 161 del CPACA PRINCIPIOS PRO HOMINE Y PRO ACTIONE – Aplicación en el caso concreto para dar prevalencia al derecho al derecho sustancial.**

En esa medida, atendiendo la línea argumentativa expuesta por el Consejo de Estado en la providencia citada, no le es exigible a la demandante el requisito de procedibilidad previsto en el numeral 2 del artículo 161 del CPACA. Ello, sin perjuicio de que la señora Bohórquez Martínez hubiese interpuesto los recursos de reposición y apelación contra las resoluciones No. RDP 034234 del 29 de julio de 2013 y No. GNR 140056 del 12 de mayo de 2016. Ahora bien, la Sala considera que, al margen de la interposición voluntaria de los recursos de reposición y apelación en sede administrativa, carecen de fundamento las afirmaciones del *a quo* en relación con que la solicitud de reconocimiento pensional en aplicación del Decreto 758 de 1990 -como se solicita en la demanda- no fue planteado en sede administrativa, pues, por el contrario, se advierte que Colpensiones ha tenido oportunidad de señalar la procedencia de aplicar a la accionante dicha norma, tal como se desprende del contenido de las resoluciones No. GNR 247326 del 22 de agosto de 2016 y No. VPB 2658 del 23 de enero de 2017, en las que es la misma administración la que reconoce que esta norma le es más favorable a la peticionaria. En este orden de ideas, se revocará la decisión de primera instancia relacionada con el rechazo de la demanda, advirtiendo al *a quo* que como primera medida debió acudir a la inadmisibilidad de la demanda, si a ello hubiera lugar, y no rechazar de plano la misma, máxime cuando el indebido agotamiento de la actuación administrativa no se circunscribe en el supuesto de hecho previsto en el numeral 3° del artículo 169 del CPACA, ya que este se refiere es a la imposibilidad de demandar actos administrativos que no revisten la calidad de definitivos. Adicionalmente, debió tener en cuenta la condición de la accionante y la naturaleza del asunto puesto en su conocimiento, para dar aplicación a los principios *pro homine* y *pro actione*, dando prevalencia al derecho sustancial.Por otro lado, teniendo en cuenta que las diligencias de notificación de los actos administrativos demandados no son actos susceptibles de control judicial, por no cumplir con las previsiones del ya mencionado artículo 43 del CPACA, se confirmará lo relacionado con el rechazo de tales pretensiones. Así las cosas, se devolverá el expediente para que se proceda al estudio de admisibilidad de la demanda en relación con los demás aspectos, precisando que allí deberá concederse a la accionante la posibilidad de subsanar el error que, en relación con el poder, se señaló en la providencia apelada.

**AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS EN SEDE ADMINISTRATIVA COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – Interpretación que se le debe dar a la fórmula “y/o” - Aclaración de voto.**

El juzgado rechazó la demanda porque entendió que, en el caso, no hubo un agotamiento de los recursos gubernativos en cuanto no se interpusieron con el objeto de acceder a una prestación como la que se demandaba (con base en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990); destacó, que la primera determinación, emanada de la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, se ocupó del reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes; que las otras 3, emitidas por la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales - UGPP, resolvieron el derecho a la reliquidación con base en las reglas del Decreto Ley 546 de 1971, y las últimas 3, emanadas de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, atendieron una solicitud de traslado de aportes a la Unidad con el fin de que fueran tenidos en cuenta para recalcular la pensión reconocida por la Caja Nacional de Previsión, que por virtud de su supresión se hallaba a cargo de la Unidad. El recurso de apelación estuvo enderezado a cuestionar el auto de rechazo en cuanto la petición que generó el segundo trámite tenía por propósito que se reliquidara la pensión con base en las reglas del Decreto 546 de 1971 o con el régimen más favorable, que según dijo en este estadio, era el del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990. La mayoría consideró que el auto y la apelación se referían a la no presentación de los recursos contra las diferente decisiones y que, en el caso, las entidades demandadas, por razón de la fórmula que usaron al momento de asumir y dar a conocer las diferentes decisiones, en cuanto algunas de ellas tenían la condición de desconcentradas jerárquicamente, eran el ejercicio de una competencia reglada y resultaban contrarias a los intereses de la pensionada y en tanto particulares, eran pasibles de los recursos de reposición y/o apelación, y tal circunstancia, usar la fórmula y/o, se erigía en un baremo o limitación para el ejercicio de los medios de impugnación, por manera que impidieron que se presentaran y, por lo mismo, ese requisito no era susceptible de ser exigido de cara al ejercicio del medio de control de la nulidad, restablecimiento del derecho y reparación del daño, y el auto recurrido en cuanto exigió que se hubieran presentado, ameritaba ser revocado. A juicio del suscrito, en el caso, el auto impugnado decidió el rechazo por la falta de interposición de los recursos de una forma que resultara consecuente con lo que se pidió, se decidió y ulteriormente se demandó, no porque no se hubieran presentado y en ese orden de ideas debía resolverse con base en esas circunstancias, entre otras cosas, porque los actos fueron dictados en 3 actuaciones administrativas diferentes, a saber: 1. La iniciada a instancia de la petición de 12 de junio de 2007, enderezada a que se reconociera pensión (sin precisar cuál), que se dirigió a la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, que se decidió con la Resolución 18193 de 15 de mayo de 2009, por la cual se reconoció una pensión de jubilación por aportes con fundamento en la Ley 71 de 1988 y del Decreto 2709 de 1994, que sólo era pasible del recurso de reposición. 2. La promovida con fundamento en la petición de 17 de enero de 2013, dirigida a que se reliquidara la pensión reconocida a través de la Resolución 18193, con base en el Decreto Ley 546 de 1971 o en la regla más favorable, decidida, en forma negativa, a través de la Resolución 27019 de 14 de junio de 2013, susceptible de los recursos de reposición y/o apelación, que fueron presentados y resueltos por las resoluciones 034234 de 29 de julio de 2013 y 0036383 de 12 de agosto de 2013, respectivamente y 3. La provocada por razón de la petición de 13 de enero de 2014, sobre traslado de aportes o bono de la Administradora a la Unidad, que se decidió, junto con una de reconocimiento de pensión, que a juicio del juez constitucional existió, mediante la Resolución 140056 de 12 de mayo de 2016 en el sentido de precisar la falta de competencia en cuanto la entidad no había sido la última a la que se hicieron aportes, pasible de los recursos de reposición y/o apelación, que fueron radicados y atendidos por las resoluciones 247326 de 22 de agosto de 2016 y 2658 de 23 de enero de 2017, respectivamente, que mantuvieron la decisión, por manera que era palmario que el recurso procedente y obligatorio, en cada actuación, la apelación, fue presentado y resuelto por lo que ese no había sido el sentido del auto apelado ni tampoco el de la apelación. Y si bien el auto debía revocarse en la medida en que la demandante pidió la pensión sin precisar cuál, por lo que la entidad respectiva debió decidir, de entre todas las posibles cuál era la pertinente, y luego pidió la reliquidación con base en las reglas del Decreto Ley 546 de 1971 o del régimen que resultara más favorable, por lo que dado el fundamento de las peticiones, haber cotizado más de 31 años o 2226 semanas, no podía ser otro que aquel que considerara las semanas en exceso a efectos de reconocerles una consecuencia en el porcentaje del monto de la pensión o lo que hoy se denomina tasa de reemplazo, el ordinario contenido en el Acuerdo 049 de 1990, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por el Decreto 758 de 1990, habida cuenta del contenido de su artículo 20, y en tal virtud el fundamento del auto recurrido, a saber: la no relación de correspondencia entre lo que se pidió y se debatió en sede administrativa con lo que se trajo al juez, en especial en el aparte de restablecimiento del derecho de la demanda, no era exacto y el auto ameritaba ser revocado. En el caso, tal como lo puse de presente en la oportunidad, era claro que se habían presentado los recursos obligatorios por manera que no podía considerarse que tal circunstancia no ocurrió y en el peor de los casos que si no ocurrió fue por la forma como se informó acerca de los procedentes, con la fórmula y/o, que a juicio de la mayoría generaba incertidumbre sobre qué recursos procedían y, ésta, generaba una barrera imputable a la administración que relevaba a la interesada de la carga de recurrir, porque la citada fórmula más que ofrecer alguna suerte de dificultad a la hora de interpretar qué recursos eran viables, era esclarecedora ante la evidencia de que, de ordinario, los actos particulares, reglados y contrarios a los intereses de los destinatarios se producen en ejercicio de una competencia desconcentrada jerárquicamente y ello implica que sean pasibles de los recursos de reposición y de apelación, y en la medida en que el primero, el de reposición es, además de principal, facultativo, y el segundo principal y subsidiario y obligatorio, el uso de la conjunción copulativa “y” o disyuntiva “o” es consecuente con tal realidad, por manera que cuando se precisa que el acto es pasible de los recursos de reposición y apelación, se está dando cuenta de que el primero es principal y el segundo subsidiario y cuando se indica que es pasible de los de reposición o apelación, se está poniendo de manifiesto que el primero y el segundo son principales y que pueden usarse de esa forma cualquiera de los 2, y en cuanto informar de tales circunstancias usando las 2 fórmulas separadamente sí genera confusión, la fórmula y/oes, además de plausible, clarificadora. En suma, mi aclaración está determinada por el hecho de que comparto la decisión de revocar el auto que rechazó la demanda, empero por unas razones diferentes a las consideradas por la mayoría.

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. No obstante, puede ocurrir que en la conversión del documento PDF a Word puede quedar con algunas imperfecciones en el texto. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
| https://samai.azurewebsites.net/Vistas/Casos/list\_procesos.aspx?guid=150013333012202100151011500123 |

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**

**SALA PRIMERA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, veintidós (22) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

**REFERENCIAS**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: MARTHA OLIVIA BOHÓRQUEZ MARTÍNEZ

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| DEMANDADO: |  | UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (en adelante  **UGPP** y **COLPENSIONES**,respectivamente) |
| RADICACIÓN: |  | 150013333012 2021-00151 01 |
| **ASUNTO:** |  | **RESUELVE APELACIÓN – RECHAZO** |

**DEMANDA**

La Sala de Decisión resuelve el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el auto proferido por el Juzgado Doce Administrativo de Tunja el 2 de diciembre de 2021, con el cual rechazó la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**1. De la demanda**.

Martha Olivia Bohórquez Martínez, por intermedio de apoderada, incoó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la UGPP y de Colpensiones, con el ánimo de obtener la nulidad de los siguientes actos administrativos:

− Resolución No. 18193 del 15 de mayo de 2009, proferida por la Caja Nacional de Previsión Social (en adelante **Cajanal**).

− Resolución No. RDP027019 del 14 de junio de 2013, proferida por la UGPP, mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión que le fue reconocida.

− Resolución No. RDP 034234 del 29 de julio de 2013, proferida por el UGPP, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión.

− Resolución No. RDP 036383 del 12 de agosto de 2013, mediante la cual la UGPP resolvió el recurso de apelación confirmando la decisión de negar la reliquidación pensional.

− Resolución No. GNR 140056 del 12 de mayo de 2016, proferida por Colpensiones, que negó, por falta de competencia, la reliquidación de la pensión de vejez.

− Resolución No. GNR 247326 del 22 de agosto de 2016 (parcial), por la que Colpensiones resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión, modificándola parcialmente dejando en suspenso el reconocimiento de la pensión de vejez y manteniendo la decisión de reconocer la competencia en cabeza de Colpensiones.

− Resolución No. VPB 2658 del 23 de enero de 2017 (parcial), proferida por Colpensiones, que resolvió el recurso de apelación confirmando la precitada resolución.

Adicionalmente solicitó la nulidad de las notificaciones de cada uno de los mencionados actos administrativos. A título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar a Colpensiones reconocer y pagar a su favor, la pensión de vejez aplicando la norma más favorable, a saber, Decreto 758 de 1990, régimen de transición en el porcentaje de 90% por tener más de 2.226 semanas cotizadas, incluyendo todos los factores salariales, pagar el retroactivo de las mesadas pensionales, los intereses moratorios, y realizar los ajustes de valor.

1. **Providencia recurrida**.

Mediante auto proferido el 2 de diciembre de 2021, el Juzgado Doce Administrativo de Tunja rechazó la demanda con fundamento en lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 169 del CPACA, al considerar que, por no haberse ejercido y decidido los recursos obligatorios en sede administrativa, el asunto no es susceptible de control judicial.

Señaló que el Consejo de Estado ha precisado que la necesidad de que los recursos obligatorios en sede administrativa sean ejercidos, reviste un componente sustancial como garantía del derecho al debido proceso y de contradicción y defensa, de ahí que el requisito de agotar tales recursos se entiende satisfecho siempre y cuando lo solicitado en sede judicial corresponda a las mismas pretensiones y hechos con las que acudió a la vía administrativa. Al advertir que en el presente caso la accionante demanda la nulidad de los actos administrativos enunciados, solicitando que su pensión sea reliquidada aplicando el Decreto 758 de 1990, y en sede administrativa solicitó el reconocimiento pensional con fundamento en otra norma, concluyó que no se cumplió con el requisito de procedibilidad previsto en el numeral 2 del artículo 161 del CPACA, los actos administrativos demandados no son susceptibles de control judicial razón por la cual rechazó la demanda.

1. **Recurso de apelación.**

Inconforme con la determinación, la demandante interpuso recurso de apelación solicitando que la misma sea revocada, al advertir que en el presente caso es imposible que las peticiones y recursos interpuestos en sede administrativa sean idénticas a las pretensiones invocadas en sede judicial, toda vez que para ese entonces no se contaba con decisión de unificación frente al régimen de transición, aplicación y liquidación del IBL (SU – 230 de 2015 Corte Constitucional, Sentencia de Unificación CE-SUJ-S2-021-20 de fecha 11 de junio de 2020, de la Sección Segunda del Consejo de Estado), resaltando que el fundamento fáctico y jurídico es el mismo.

Refirió que el acto administrativo demandado que fue expedido por CAJANAL, nunca fue notificado en debida forma, hecho que impidió la interposición de los recursos procedentes; sin embargo, en cuanto a los demás actos demandados, sostuvo que en todos los recursos interpuestos siempre se solicitó la aplicación de la norma más favorable para el reconocimiento pensional, aun cuando no se invocara la norma a que se hace referencia en la demanda, además, afirmó que contra tales decisiones siempre se interpusieron los recursos procedentes, en los que, reiteró, se solicitó la aplicación del principio de favorabilidad, aceptando la aplicación de la misma norma referida en la demanda.

Por otro lado, advirtió que, en relación con los actos de trámite demandados, como lo son las notificaciones de los actos administrativos, no se debió proceder a su rechazo sino a la inadmisión de la demanda, debiendo proceder en la misma forma en relación con las falencias del poder conferido a su abogada.

**II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Atendiendo al fundamento jurídico de la decisión recurrida y las razones de inconformidad planteadas por la apelante, corresponde a la Sala determinar si se configura en el presente caso un indebido agotamiento de la actuación administrativa y si ello da lugar al rechazo de plano de la demanda.

* 1. **Procedencia y oportunidad del recurso.**

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 243 del CPACA, el auto que rechaza la demanda es apelable; en cuanto a su trámite, el artículo 244 *ibidem* dispone que deberá interponerse y sustentarse por escrito *-si el auto se notifica por estado-* dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

Para el caso, se advierte que la decisión de rechazo de la demanda fue proferida el 2 de diciembre de 2021 y notificada por estado al día siguiente, procediéndose a la interposición del recurso el día 9 del mismo mes y año. De acuerdo con ello, la alzada deviene procedente y fue interpuesta en oportunidad.

* 1. **Estudio y solución del caso concreto.**

El artículo 161 del CPACA enlista una serie de requisitos de procedibilidad cuyo agotamiento debe preceder la interposición de la demanda; así, señala el numeral 2° ibidem que “*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*”, salvo cuando opera el silencio negativo en relación con la primera petición o cuando las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del CPACA, contra los actos administrativos definitivos procederán, por regla general, los recursos de reposición, de apelación y de queja; ahora, en los términos del inciso tercero del artículo 76 ibidem, el recurso de apelación, cuando proceda, será obligatorio para acceder a la jurisdicción. Jurisprudencialmente se ha sostenido que el agotamiento de los recursos procedentes en sede administrativa, como requisito de procedibilidad, cumple con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales al debido proceso y defensa del ciudadano frente a la Administración, y la oportunidad para que ésta reevalúe sus actos administrativos, y si es del caso, adicione, aclare, modifique o revoque su decisión inicial[[1]](#footnote-1).

Ahora bien, es preciso destacar que, aun cuando los requisitos de procedibilidad no constituyen en sí mismos requisitos de forma de la demanda, la determinación de su cumplimiento se hace en la misma oportunidad en la que corresponde al juez verificar el contenido formal de la demanda. Así, atendiendo lo dispuesto en el artículo 170 *ibídem*, una vez se advierta que la demanda carece de los requisitos señalados en la ley *-incluidos los previos a su interposición-* lo procedente será su inadmisión, para efectos de que el demandante subsane las falencias anotadas por el juez. Valga señalar que, el rechazo de la demanda procede de plano cuando ha operado la caducidad y cuando se trata de un asunto no pasible de control judicial, evento éste que se configura cuando no se demandan actos administrativos definitivos, esto es, aquellos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar la actuación (artículo 43 del CPACA).

Para el **caso concreto**, en relación con el agotamiento de los recursos en sede administrativa, se destaca de los actos administrativos demandados lo siguiente:

* **Resolución No. 18193 del 15 de mayo de 2009**, Cajanal reconoció a favor de la demandante una pensión de jubilación por aportes, aplicando la Ley 71 de 1988. En el artículo 8 de la mencionada resolución se indicó que contra la misma procedía únicamente el recurso de reposición.

* **Resolución No. RDP027019 del 14 de junio de 2013** proferida por la UGPP, mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión que le fue reconocida. Se indicó allí que contra dicha decisión procedían “*los recursos de Reposición y/o Apelación*”.

* **Resoluciones No**. **RDP 034234 del 29 de julio de 2013** y **No. RDP 036383 del 12 de agosto de 2013**, mediante la cual la UGPP resolvió los recursos de reposición y apelación interpuestos contra la precitada resolución, confirmando la negativa de reliquidar la pensión e indicando que contra los mismos no procedía ningún recurso.

* **Resolución No. GNR 140056 del 12 de mayo de 2016** proferida por Colpensiones, que negó, por falta de competencia, la reliquidación de la pensión de vejez.

* **Resolución No. GNR 247326 del 22 de agosto de 2016,** a través de la cual Colpensiones resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión, modificándola parcialmente en relación con la falta de competencia y dejando en suspenso el reconocimiento de la pensión de vejez. Consideró allí la entidad que, en atención a la competencia de la entidad, a la accionante le era aplicable, entre otras disposiciones, el Decreto 758 de 1990 que le resultaba más beneficioso para el reconocimiento de su pensión. En la mencionada resolución se advierte que se remitirá al superior jerárquico el recurso de apelación interpuesto con el recurso de reposición, para su respectivo trámite.

* **Resolución No. VPB 2658 del 23 de enero de 2017** proferida por Colpensiones, que resolvió el recurso de apelación confirmando la anterior resolución. Se insistió allí en que el Decreto 758 de 1990 le es aplicable a la accionante, atendiendo el principio de favorabilidad. Se precisó de igual forma que con dicho acto administrativo quedaba agotada la vía administrativa.

De acuerdo con el anterior recuento, se advierte que para efectos de la admisión de la pretensión de nulidad de la Resolución No. 18193 del 15 de mayo de 2009 no podía exigirse a la demandada el agotamiento de los recursos en la actuación administrativa, toda vez que únicamente procedía el recurso de reposición, el cual, como se indicó, no es de obligatoria interposición. Adicionalmente, se destaca que, en principio, en ninguno de los actos administrativos se refirió que el recurso de apelación era procedente y, por lo mismo, que su interposición era obligatoria para acceder a la vía judicial.

Es importante señalar que sobre la expresión “**y/o**” que se incluyó en la mayoría de actos administrativos enjuiciados para señalar los recursos procedentes *-ya el de reposición ya el de apelación-*, el Consejo de Estado ha advertido que genera confusión en el administrado, en la medida que, desconociendo las previsiones del artículo 67 del CPACA, al momento de la notificación no se le informa con claridad cuáles son los recursos que son procedentes. En tal sentido, en providencia del 28 de enero de 2021 reiteró:

“26. Sin embargo, contrario a lo dispuesto en líneas anteriores, en auto de fecha 15 de octubre de 2019[[2]](#footnote-2), con ponencia del Doctor Carmelo Perdomo Cuéter, la Sala dispuso lo siguiente:

*«Revisado la anterior actuación encuentra la Sala que la Resolución RDP 10734 de 2015, para referirse a la procedencia de los aludidos medios de impugnación contra este acto,* ***no cumple la carga de informar con exactitud si procede o no el recurso de apelación (reposición y/o apelación), para lo cual, ante esa confusión, no se le puede exigir a la interesada que lo hubiera interpuesto.***

*[…]*

*Así las cosas y en atención a que la actora, no fue informada en debida forma de los recursos que procedían contra la Resolución RDP 10734 de 2015 y no se le brindó la oportunidad de impugnar el auto ADP 1375 de 2019,* ***resulta desproporcionado y contrario a derecho rechazarle la demanda porque no cumplió un rigorismo procedimental que no le era exigible.***

*En esas condiciones y en aras de privilegiar el derecho de acción, se tiene que en el asunto sub examine no es exigible el requisito de procedibilidad a que se hace referencia el artículo 161 (numeral 2) del CPACA3, motivo por el cual se revocará la providencia objeto de alzada, para que el Tribunal de origen continúe con el correspondiente trámite[[3]](#footnote-3)».*

27. Lo anterior hace que la Sala en esta ocasión establezca la incidencia que presenta la indicación conjuntiva y disyuntiva que la administración en algunas ocasiones ha utilizado para indicar los recursos que proceden contra sus decisiones y determinar en el caso concreto, si se configuró el medio exceptivo de inepta demanda ante la falta de agotamiento de la vía gubernativa.” (Negrilla añadida)

Se concluyó allí que esta manera ambigua de informar sobre la procedencia de los recursos no es la establecida en la norma procesal, luego, ante la confusión que genera, no se le puede exigir a la parte interesada que lo hubiera interpuesto en debida forma.

De acuerdo con ello, en relación con el caso concreto se advierte que, al haber usado las entidades accionadas la expresión “y/o”, generaron confusión en la accionante sobre la procedencia del recurso de apelación, único obligatorio para acudir ante el juez. En esa medida, atendiendo la línea argumentativa expuesta por el Consejo de Estado en la providencia citada, no le es exigible a la demandante el requisito de procedibilidad previsto en el numeral 2 del artículo 161 del CPACA. Ello, sin perjuicio de que la señora Bohórquez Martínez hubiese interpuesto los recursos de reposición y apelación contra las resoluciones No. RDP 034234 del 29 de julio de 2013 y No. GNR 140056 del 12 de mayo de 2016.

Ahora bien, la Sala considera que, al margen de la interposición voluntaria de los recursos de reposición y apelación en sede administrativa, carecen de fundamento las afirmaciones del *a quo* en relación con que la solicitud de reconocimiento pensional en aplicación del Decreto 758 de 1990 *-como se solicita en la demanda-* no fue planteado en sede administrativa, pues, por el contrario, se advierte que Colpensiones ha tenido oportunidad de señalar la procedencia de aplicar a la accionante dicha norma, tal como se desprende del contenido de las resoluciones No. GNR 247326 del 22 de agosto de 2016 y No. VPB 2658 del 23 de enero de 2017, en las que es la misma administración la que reconoce que esta norma le es más favorable a la peticionaria.

En este orden de ideas, se revocará la decisión de primera instancia relacionada con el rechazo de la demanda, advirtiendo al *a quo* que como primera medida debió acudir a la inadmisibilidad de la demanda, si a ello hubiera lugar, y no rechazar de plano la misma, máxime cuando el indebido agotamiento de la actuación administrativa no se circunscribe en el supuesto de hecho previsto en el numeral 3° del artículo 169 del CPACA, ya que este se refiere es a la imposibilidad de demandar actos administrativos que no revisten la calidad de definitivos. Adicionalmente, debió tener en cuenta la condición de la accionante y la naturaleza del asunto puesto en su conocimiento, para dar aplicación a los principios *pro homine* y *pro actione*, dando prevalencia al derecho sustancial[[4]](#footnote-4).

Por otro lado, teniendo en cuenta que las diligencias de notificación de los actos administrativos demandados no son actos susceptibles de control judicial, por no cumplir con las previsiones del ya mencionado artículo 43 del CPACA, se confirmará lo relacionado con el rechazo de tales pretensiones.

Así las cosas, se devolverá el expediente para que se proceda al estudio de admisibilidad de la demanda en relación con los demás aspectos, precisando que allí deberá concederse a la accionante la posibilidad de subsanar el error que, en relación con el poder, se señaló en la providencia apelada.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala Primera de Decisión,

**III. RESUELVE:**

**1.- REVOCAR *parcialmente*** la providencia de primera instancia emitida el 2 de diciembre de 2021 por el Juzgado Doce Administrativo de Tunja, mediante la cual se rechazó la demanda, en su lugar, se dispone:

“**PRIMERO: RECHAZAR** las pretensiones de nulidad de las diligencias de notificación de los actos administrativos demandados, por no ser actos administrativos pasibles de control judicial.”

**2.-** Por Secretaría, devuélvase el expediente al Despacho de origen para que se proceda al estudio de admisibilidad de la demanda en relación con los demás aspectos, precisando que allí deberá concederse a la accionante la posibilidad de subsanar el error que, en relación con el poder, se señaló en la providencia apelada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

*(Firmado electrónicamente en SAMAI)*

**FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

Magistrado

*(Firmado electrónicamente en SAMAI)*

**LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**

Magistrado

*(Firmado electrónicamente en SAMAI)*

**DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO**

Magistrado

**(con ACLARACIÓN DE VOTO)**

diana

1. Consejo de Estado- Sección Segunda, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto del 28 de enero de 2021, Rad. 08001-23-33-000-2017-01292-01(2349-20). [↑](#footnote-ref-1)
2. Sección Segunda. Subsección “B”. Rad.: 05001-23-33-000-2019-01157-01(3802-2019). 3 «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». [↑](#footnote-ref-2)
3. En el mismo sentido se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, auto de 2 de mayo de 2019, expediente 25000-23-42-000-2015-02230-01 (4489-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado- Sección Segunda, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, 6 de diciembre de 2018, Rad. No.17001-23-33-000-2016-00273-01(0380-17). [↑](#footnote-ref-4)