



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veinticuatro (24) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.
PROCESO: 70-001-33-33-009-2015-00154-01
DEMANDANTE: YOLANDA BARBOZA MARTÍNEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES-
INSTANCIA: SEGUNDA

ASUNTO: TERMINACIÓN DEL PROCESO EN AUDIENCIA INICIAL- INCUMPLIMIENTO DE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. RECURSOS OBLIGATORIOS.

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la decisión adoptada por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo en audiencia inicial de fecha 04 de agosto de 2016, en donde se declaró la terminación del proceso por no cumplimiento del requisito de procedibilidad consistente en el agotamiento de los recursos obligatorios y por no existir el acto ficto demandado.

1. ANTECEDENTES.

1.1. LA DEMANDA.

La señora YOLANDA BARBOZA MARTINEZ, por medio de apoderado judicial, formuló demanda ejerciendo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra COLPENSIONES, a través de la cual solicita: i) que se declare la **nulidad parcial de la Resolución No. GNR 364443 del 20 de**

diciembre del año 2013, por la cual se reconoció la pensión de vejez; ii) Asimismo, pretende **la nulidad del acto ficto o presunto negativo producto del silencio de la administración ante la petición de reliquidación pensional presentada el 27 de junio de 2014**.

Consecuencia de lo anterior, persigue se ordene la reliquidación de la pensión de la demandante con fundamento en la Ley 33 de 1985.

1.1 ACTUACIONES EN PRIMERA INSTANCIA.

La demanda fue presentada el día 29 de julio del año 2015, una vez realizado el respectivo reparto le correspondió conocer del proceso al Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo, el cual a través de providencia del 14 de septiembre de 2015¹ se dispuso la admisión de la demanda, el día 15 de septiembre del año en mención, se procedió a notificar a las partes, diligencia que no se cumplió a cabalidad porque no se pudo entregar el mensaje a la entidad demandada, por lo anterior se surtió la notificación el día 18 de noviembre del año 2015, la entidad demandada contestó demanda mediante escrito presentado el día 18 de diciembre de 2015.

Por medio de auto del 30 de junio de 2016 se convocó a las partes para celebrar audiencia inicial el día 04 de agosto de 2016.

1.2 LA PROVIDENCIA APELADA:

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en auto proferido en la audiencia inicial celebrada el 04 de agosto de 2016, declaró la terminación del proceso, **por falta de cumplimiento del requisito de procedibilidad de interposición de los recursos obligatorios contra la Resolución No. GNR 36443 del 20 de diciembre de 2013**, primer acto administrativo acusado.

Como fundamento de la anterior decisión, dispuso:

La ley 1437 de 2011, estableció una regla general de procedencia para atacar los actos administrativos definitivos, dentro de los cuales encontramos los recursos de reposición, apelación y queja. Dentro de esos recursos, el único que se establece como obligatorio, manifiesta que tanto

1 Folio 101 y 102.

en el numeral 3 del artículo 76, como en el numeral 2 de artículo 61 de la ley en mención, instituyen la obligatoriedad de agotar el recurso de apelación, cuando sea procedente, previo a interponer el medio de control tendiente a obtener la nulidad de un acto administrativo particular.

Que en ese orden, en la Resolución GNR364443 del 20 de diciembre de 2013, se informó a la hoy actora que era procedente el recurso de reposición y en subsidio apelación, siendo este último obligatorio, sin que en el expediente se observe que se haya interpuesto el recurso de apelación, actuación que se tornaba obligatoria conforme el numeral 2 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, puesto que se trata de obtener la nulidad de un acto administrativo de carácter particular y concreto.

Frente al segundo acto acusado, esto es, el acto ficto ***producto del silencio de la administración ante la petición de reliquidación pensional presentada el 27 de junio de 2014***, el A quo, expresó que el mismo no se configuraba, toda vez que al momento de presentación de la demanda ya se había notificado la Resolución No. GNR del 8 de enero de 2015, la cual fue notificada el 25 de enero de 2015, acto administrativo expreso mediante el cual COLPENSIONES resolvió la solicitud de reliquidación formulada por la demandante el 27 de junio de 2014, señalando además que no fue demandado.

1.3. EL RECURSO DE APELACIÓN.

En el desarrollo de la audiencia y una vez notificada la anterior decisión en estrado, la parte demandante formula recurso de apelación solicitando se revoque la decisión de dar por terminado el proceso, por cuanto no se puede aplicar el requisito de agotamiento de recursos obligatorios cuando se trata del reconocimiento de derechos pensionales, como el asunto en estudio, para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En sustento de su decisión, expresa que el artículo 161 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 73 inciso 3 del mismo, hacen referencia al agotamiento de los recursos de Ley, arguye que teniendo en cuenta estos artículos el recurso de alzada constituye un requisito de procedibilidad, sin embargo la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han determinado que en materia pensional se pueda acudir a la jurisdicción de lo contencioso

administrativo sin el agotamiento del recurso de alzada, porque se trata de proteger derechos de naturaleza pensional de personas de la tercera edad y por tratarse de derechos irrenunciables e imprescriptibles, razón por la cual los jueces releven a esas personas de cumplir con este requisito, apoyando su argumentación en sentencia del H. Consejo de Estado, Sección Segunda del 2 de octubre de 2008.

1.4. TRASLADO² Y CONCESIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

El A quo corrió traslado del recurso a la parte demandada sin que esta emitiera pronunciamiento alguno, y el Ministerio Público manifestó no conceptuar. Cumplido lo anterior, el juez de primera instancia, concede el recurso de apelación en el efecto suspensivo.

2. CONSIDERACIONES

2.1. PROCEDENCIA DEL RECURSO Y COMPETENCIA.

El recurso interpuesto y sustentado es procedente al tenor numeral 6º del artículo 180 numeral de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con numeral 3º del artículo 243 ibídem, siendo competente este Tribunal de conformidad con el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. FONDO DEL ASUNTO:

Como se advirtió en la reconstrucción de los antecedentes, la parte actora solicitó la nulidad de los siguientes actos administrativos: ***i) Resolución No. GNR 36443 del 20 de diciembre de 2013 a través de la cual COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez a la señora YOLANDA BARBOZA MARTINEZ³; ii) acto ficto negativo configurado por el silencio de COLPENSIONES ante la petición de reliquidación pensional formulada el 27 de junio de 2014⁴***

El A quo, en la providencia recurrida y en el trámite de la audiencia inicial dando aplicación a las reglas del numeral 6º del artículo 180 de la Ley 1437, dispuso la terminación del proceso, por no agotar en sede administrativa la parte demandante los recursos obligatorios (apelación) contra la Resolución

2 Folio 131 CD Audiencia Inicial, min. 24:30 a 24:06.

3 Folios 40-43

4 Folios 44-48

No. **GNR 36443 del 20 de diciembre de 2013** y por no configurarse al **acto ficto demandado, porque mediante la** Resolución No. GNR del 8 de enero de 2015, la cual fue notificada el 25 de enero de 2015, COLPENSIONES de forma expresa resolvió la solicitud de reliquidación formulada por la demandante el 27 de junio de 2014.

La parte demandante inconforme con la decisión, presenta recurso de apelación, solicitando sea revocada, centrando de manera exclusiva su argumentación y reparos contra la providencia dictada en audiencia inicial, que en el presente asunto, no era menester el agotamiento de los recursos obligatorios en sede administrativa contra el acto administrativo demandado.

2.2.1. PROBLEMA JURÍDICO:

De conformidad con el reparo formulado por la parte apelante corresponde al Tribunal establecer, si en el presente asunto, había lugar a dar por terminado el proceso en audiencia inicial, al no cumplirse con el agotamiento de los recursos obligatorios en sede administrativa contra el acto administrativo demandado y por tanto no acreditarse el requisitos de procedibilidad establecido en el numeral 2 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011?

2.2.2. TESIS DEL TRIBUNAL

La interposición de recursos obligatorios en sede administrativa como requisito de procedibilidad establecido en el numeral 2º de la Ley 1437 de 2011 es una carga procesal razonable que debe ser cumplida por quien acude a la jurisdicción en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos de contenido particular y concreto, cuya omisión acarrea consecuencias que en el control temprano del proceso en audiencia inicial conducen a la terminación del proceso.

Lo anterior con los siguientes **argumentos:**

El artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, dispone en su inciso final:

“...

Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen

funcionamiento de la administración de justicia, **estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código**" (Negrillas fuera del texto)

La Corte Constitucional ha señalado sobre los deberes y cargas procesales que *"La jurisprudencia ha distinguido de manera clara entre deberes, obligaciones y cargas procesales, así: "Son deberes procesales aquellos imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que miran, unas veces al Juez, otras a las partes y aun a los terceros, y su incumplimiento se sanciona en forma diferente según quien sea la persona llamada a su observancia y la clase de deber omitido; se caracterizan porque emanan, precisamente, de las normas procesales, que son de derecho público, y, por lo tanto, de imperativo cumplimiento. Las obligaciones procesales son, en cambio, aquellas prestaciones de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, como las surgidas de la condena en costas. **En tanto las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso;** las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables"*⁵

Cargas procesales que son impuestas por el legislador en ejercicio de su derecho a la libertad configurativa, a quien por la cláusula general de competencia le corresponde regular los procedimientos judiciales y administrativos y que *per se* no implica una limitante al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, pues es plenamente razonable y admisible que la Ley asigne a las personas unas reglas para el ejercicio de sus derechos en el ámbito procesal.

5 Sentencia C -279 de 2013.

Clausula General de competencia que deviene de lo establecido en los numerales 1° y 2° del artículo 150 de la Constitución Política y que permite al legislador, entre otros aspectos, “(...) *regular y definir entre los múltiples aspectos de su resorte legislativo, algunos de los siguientes elementos procesales: (i) el establecimiento de los recursos y medios de defensa que pueden intentar los administrados contra los actos que profieren las autoridades, -esto es, los recursos de reposición, apelación, u otros -, así como los requisitos y las condiciones de procedencia de los mismos.* (ii) *Las etapas procesales y los términos y formalidades que se deben cumplir en cada uno de los procesos.* (iii) *La radicación de competencias en una determinada autoridad judicial, siempre y cuando el constituyente no se haya ocupado de asignarla de manera explícita en la Carta.* (iv) *Los medios de prueba y (v) los deberes, obligaciones y cargas procesales de las partes, del juez y aún de los terceros intervinientes, sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite, o para proteger a las partes o intervinientes, o para prevenir daños o perjuicios en unos u otros procesos”*⁶

Dentro de esas cargas y deberes, el legislador al expedir la Ley 1437 de 2011, en su artículo 161 numeral segundo señaló:

“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

.....”

A su turno, el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a través del cual se regula el objeto del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, establece:

⁶ Corte Constitucional Sentencia C-146 de 2015.

"ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel."

Como se advierte, en ejercicio de su libertad configurativa el legislador, estableció entre los presupuestos previos y obligatorios para formular pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos, el ejercicio y decisión (sea expresa o ficta) de los recursos de Ley en sede administrativa, en tanto sea obligatorios su interposición (los cuales dicho sea de paso, hacen parte del debido proceso administrativo) recordando que conforme el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011 inciso final, **cuando el recurso de apelación sea procedente será obligatorio para acceder a la jurisdicción.**

En ese orden, como presupuesto para acceder a la jurisdicción, el agotamiento de los recursos obligatorios, conlleva la exigencia del requerimiento previo a la autoridad misma autora del acto administrativo que es luego atacado mediante proceso jurisdiccional, trámite que se solo se entiende culminado o clausurado, con la decisión final que al respecto se emita, la cual es provocada a través del uso de los recursos procedentes para el asunto en concreto, los cuales deben ser interpuestos *en debida forma y dentro de los términos señalados para ello*, dependiendo en principio de lo señalado por la autoridad misma, a través del obligatorio trámite de notificación de la decisión o respuesta.

En el C. C. A., fue considerado el agotamiento de la vía gubernativa⁷ como un

⁷ Concepto que como tal desaparece de la regulación del procedimiento en sede administrativa en la Ley 1437 de 2011. Al respecto, AUTO DE 29 DE MAYO DE 2014, EXP. 13001-23-33-000-2012-

presupuesto procesal, entendido este como los supuestos de hechos o de derecho necesarios y sin los cuales el proceso no tiene existencia jurídica ni validez formal.

Ahora bien, sobre los efectos y consecuencias que derivan del incumplimiento de los requisitos de procedibilidad, específicamente la interposición de recursos obligatorios, conforme la normativa contenciosa administrativa, debe señalarse que serían dos, estando en la primera etapa del proceso⁸, la inadmisión de la demanda y la terminación del proceso en audiencia inicial, como ejercicio del control temprano del proceso por parte del Juez contencioso.

Un primer momento, cuando se realiza el control formal de la demanda como acto introductorio del proceso, se pueden adoptar tres conductas por parte de Juez, admisión, inadmisión o rechazo⁹.

En esta etapa procesal, no acreditarse el cumplimiento previo del requisito de procedibilidad de recursos obligatorios (apelación) conlleva la inadmisión de la demanda, en tanto el artículo 169 de la Ley 137 de 2011 no lo estableció como causal de rechazo de la demanda¹⁰, sin embargo, el análisis del artículo 76 ídem permite afirmar que es un requisito de la demanda contenciosa administrativa en pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho y un anexo obligatorio de estas demandas, pues solo con la acreditación documental de la interposición del recurso y su respuesta por la administración, se reitera expresa o ficta, se podrá tener materializado el requisito en comento.

Por tanto, considerado como causa de inadmisión, en el evento que no se arrimé la prueba de la interposición del recurso obligatorio y su decisión sea expresa o ficta, deberá sí, procederse al rechazo de la demanda por no corrección.

00045-01(20383), M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. SECCIÓN CUARTA

8 La cual conforme el artículo 179 va desde la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial.

9 Incluyendo aquí, la remisión cuando se carece de jurisdicción o de competencia al tenor del artículo 168 de la Ley 1437 de 2011.

10 Aunque bajo algunas consideraciones se podría considerar que en tanto no se agoten los recursos obligatorios el acto administrativo no será susceptible de control judicial y por tanto, podría encajar en la tercera hipótesis de rechazo regulada por el artículo 169 de la Ley 1437 de 2011

Un segundo estadio se da, dentro de la misma etapa inicial del proceso, pero ya en desarrollo de la audiencia inicial, donde por mandato expreso del numeral 6 del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, se debe nuevamente revisar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad en tanto¹¹, caso en el cual, si el examen del proceso muestra que se ha incumplido con el agotamiento de un recurso obligatorio, se impone la terminación del proceso.

El H. Consejo de Estado, sobre la interposición de recursos obligatorios ha expresado de forma clara:

"De conformidad con lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 161 del CPACA, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo unilateral y definitivo de carácter particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios.

*El agotamiento de los recursos de la actuación administrativa se constituye, pues, en un requisito previo para acudir a la administración de justicia en procura de resolver una diferencia con la administración"*¹²

Agregando en la providencia en cita que:

"Acudir ante la administración para que esta revise su actuación antes de que sea llevada a juicio es privilegio que le permite reconsiderar su decisión, modificarla o revocarla, antes de ser llevada ante la jurisdicción, pero también constituye una garantía al derecho de defensa del administrado, pues puede expresar su inconformidad con el acto ante la administración que lo creó.

Al respecto, la Sala en sentencia del 21 de junio de 2002, dijo:

"Destaca la Sala que la necesidad de cumplir con los presupuestos procesales de la acción y de la demanda obedece al principio de seguridad jurídica y a la necesidad de establecer reglas estrictas para juzgar la validez de las actuaciones de la autoridades dentro de las cuales se encuentran los medios de impugnación en sede administrativa, que cuando son obligatorios por tratarse de recursos de alzada, como lo es el de reconsideración, implica el debido agotamiento de la vía gubernativa que se hace efectivo con la interposición en debida forma que incluye la presentación dentro de la oportunidad legal, amén de las demás condiciones señaladas en las normas pertinentes, como requisito previo establecido en el citado artículo 135 del C. C. A. para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa. La razón de la exigencia legal del señalado agotamiento deviene del principio llamado de la decisión previa que permite antes de acudir al medio judicial, que la administración revise sus propios actos y otorga a los administrados una garantía sobre sus derechos al presentar motivos de inconformidad para que

11 La parte demandada demanda puede proponer la excepción previa de inepta demanda por falta de requisitos formales conforme el numeral 5 del artículo 100 del CGP.

12 Consejo de Estado, Sección Cuarta. Ref.: Expediente N°: 13001233300020120010201 Número interno: 20137. C. P. Hugo Bastidas Bárcenas

sea enmendada la actuación si es del caso, antes de que conozca de ella quien tiene la competencia para juzgarla”.

Una vez se han decidido los recursos de la actuación administrativa y esta ha sido despachada desfavorablemente para el peticionario, este queda en libertad para acudir ante la jurisdicción a demandar la nulidad del acto, pero deberá impetrar las mismas pretensiones, con fundamento en las mismas razones de hecho y de derecho que presentó ante la administración, no obstante, estos argumentos pueden ser mejorados en sede jurisdiccional”¹³

Respecto al requisito en comentario y si bien es referido al agotamiento de la vía gubernativa¹⁴, en providencia del 26 de octubre del año 2009¹⁵, manifestó:

“Conforme a los hechos expuestos la Sala procede a decidir el problema jurídico planteado.

El artículo 135 del Código Contencioso Administrativo dispone como presupuesto para poder acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el agotamiento previo de la vía gubernativa. Se trata de un presupuesto procesal de la acción. El agotamiento de la vía gubernativa consiste en términos generales, en la utilización de los recursos previstos en la ley para impugnar los actos administrativos, con el objeto de que la Administración tenga la oportunidad de revisar sus propias decisiones a fin de que pueda revocarlas, modificarlas o aclararlas, antes de que sean objeto de proceso judicial.

(...)

En efecto, es carga del demandante acreditar el cumplimiento de todos los presupuestos de la acción, entre ellos, el agotamiento de la vía gubernativa, bien a través de la decisión del recurso, que implica un pronunciamiento de fondo (artículos 62 y 63 del Código Contencioso Administrativo) o, a través de la ilegalidad de la decisión de la Administración, cuando resuelve rechazar el recurso no obstante se ha interpuesto en debida forma, lo cual también ha de probarse.

(...)

Sobre el particular, la Sala ha considerado:

“el agotamiento de vía gubernativa constituye un presupuesto procesal para ejercitar válidamente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se demandan actos administrativos y es deber del juzgador indicarlo así al demandante para decidir sobre la admisión en caso de no evidenciarse la falta de tal presupuesto o inadmitir, salvo que el mismo se plantee como punto de litis en el libelo introductorio. En caso de advertirse en la demanda y no demostrarse el cumplimiento del aludido presupuesto procesal o

¹³ Óp. cit 11.

¹⁴ Actuación Administrativa y agotamiento de recursos obligatorios, que es la terminología adoptada por la Ley 1437 de 2011.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Cuarta. Sentencia del 26 de octubre de 2009. C.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS. Radicación número: 68001-23-15-000-1997-12722-01(16580)

alegarse y probarse obstáculo de la administración que impidiese al administrado darle cumplimiento, el fallo no será de mérito”¹⁶.

La misma Corporación, en relación con dicho presupuesto procesal, se expresó:

“Como ya lo ha precisado la Sala en reiterada jurisprudencia¹⁷, el agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedibilidad de la acción cumple una doble finalidad: i) dar al administrado la oportunidad de obtener una revisión y corrección de la decisión contenida en un acto, mediante su revocación, modificación o aclaración, y por ende la satisfacción o protección de sus derechos o intereses individuales, sin necesidad de acudir ante la autoridad judicial. Y ii) brindar a la Administración la oportunidad de revisar su decisión y subsanar las irregularidades y errores en que hubiere podido incurrir, de manera tal que de encontrarla ilegal la modifique, aclare o revoque, evitando así, en últimas, la intervención de la jurisdicción contencioso administrativa y una eventual condena que pueda afectar negativamente al erario con ocasión del ejercicio que de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho hiciera el administrado contra el acto ilegalmente expedido.

De esta manera la vía gubernativa se entiende como una de las especiales manifestaciones del derecho fundamental de acceso a la justicia y como un particular desarrollo del debido proceso administrativo, que en últimas se traduce en una potestad del administrado para controvertir las decisiones de la Administración y en un deber de ella en cuanto a su revisión. Este requisito se ha de cumplir en los términos de los artículos 62 y 63 del C.C.A. de manera que si contra el acto administrativo sólo procede el recurso de reposición, éste no es obligatorio para efectos del agotamiento de la vía gubernativa, en la medida en que es potestativo del administrado interponerlo o no.”¹⁸

En esa misma óptica, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo ha expresado:

“...La jurisdicción contencioso administrativa, tal como está concebida actualmente, tiene un carácter especial dentro de la rama jurisdiccional del Estado y exige el cumplimiento de unos presupuestos básicos, fundamentales para su procedencia. Uno de ellos es el agotamiento de la vía gubernativa, requisito de procedimiento que establece la previa discusión con la administración de su actuación, lo cual se logra a través de la interposición de los recursos viables contra los actos administrativos que conforman la operación acusada.

16 Citado de "Expediente 25000-23-27-000-2001-00008-03(15437) Consejera Ponente: María Inés Ortiz Barbosa"

17 "Así lo ha sostenido la Sala en varios de sus pronunciamientos, entre otros, en sentencias de 15 de julio de 2010. Exp. 0426 de 2009, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, de 18 de noviembre de 2010 Exp. 2292 de 2008. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila y de 21 de mayo de 2009. Expediente 2070 de 2007, actor: William Arango Pérez. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve."

18 CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 1 de marzo de 2012, Expediente 0996-11, C.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

Pero dicho agotamiento no se logra con la simple interposición de los recursos, sino que estos deben cumplir con todos los requisitos formales exigidos en cada caso, para que surja la correcta relación jurídico procesal. Sólo así la administración tiene realmente la posibilidad de pronunciarse sobre las objeciones que realice el particular a su actuación, a fin de que pueda aclararla, modificarla, revocarla o incluso llegar a confirmarla. Pero en sentido contrario, cuando el particular no ha cumplido con las formalidades exigidas para que se trabaje la litis en debida forma y por ello la administración no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las objeciones hechas a su actuación, ello impide que pueda entrar la jurisdicción contencioso administrativa al examen de la legalidad de los actos acusados, por indebido agotamiento de la vía gubernativa”¹⁹.

La Corte Constitucional en estudio de constitucionalidad del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, en Sentencia C-319 de 2002, concluyó que el establecimiento de los recursos obligatorios, antes vía gubernativa no vulnera la Constitución Política, manifestando en su argumentos que:

*“... En efecto, el **agotamiento de la vía gubernativa** como requisito de procedimiento establecido por el legislador, **permite que el afectado con una decisión** que considera vulneratoria de sus derechos, **acuda ante la misma entidad que la ha proferido para que ésta tenga la oportunidad de revisar sus propios actos, de suerte que pueda, en el evento en que sea procedente, revisar, modificar, aclarar e inclusive revocar el pronunciamiento inicial, dándole así la oportunidad de enmendar sus errores y proceder al restablecimiento de los derechos del afectado, y, en ese orden de ideas, se da la posibilidad a las autoridades administrativas de coordinar sus actuaciones para contribuir con el cumplimiento de los fines del Estado** (C.N., art. 209), dentro de los cuales se encuentran entre otros los de servir a la comunidad y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (C.N., art. 2º). Por su parte, el administrado en caso de no considerar acorde con sus pretensiones el pronunciamiento de la administración una vez agotados los recursos de vía gubernativa, podrá poner en movimiento el aparato jurisdiccional mediante la presentación de la demanda ante la jurisdicción administrativa para que sea el juez el que decida finalmente sobre el derecho que se controvierte. Así, el cumplimiento de ese requisito fijado por la ley, constituye una garantía de más para que el administrado vea plenamente realizado su derecho fundamental al debido proceso.*

En múltiples oportunidades tanto esta corporación como el Consejo de Estado se han pronunciado sobre la relevancia de la vía gubernativa, como mecanismo de protección a los intereses del administrado. En uno de dichos pronunciamientos, esta Corte, señaló que:

“[c]on dicha institución se le da la oportunidad a la administración de ejercer una especie de justicia interna. Al otorgársele competencia para decidir, previamente a la intervención del juez sobre la pretensión del particular y lograr de este modo la composición del conflicto planteado. Por su parte, para el particular se deriva una ventaja o beneficio consistente

19 CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta. Sentencia del 2 de abril de 1991, Expediente 9181, C.P. DANIEL MANRIQUE GUZMÁN.

en que puede obtener a través de la referida vía, en forma rápida y oportuna, el reconocimiento de sus derechos, sin necesidad de acudir a un largo, costoso y engorroso proceso judicial.

"La vía gubernativa se constituye en un mecanismo, que muchas veces es sustituto del judicial, en la medida en que contribuye a satisfacer plenamente la pretensión del interesado y, además, es una institución que garantiza su derecho de defensa en cuanto le permite impugnar la decisión administrativa, a través de los recursos de ley" (Sentencia C-60 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.)

"En síntesis de lo expuesto en esta providencia se concluye que el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo no vulnera la Constitución Política"

En providencia del 1 de junio de 2016, sobre el cumplimiento de los recursos obligatorios como requisito de procedibilidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y sus consecuencias, el Consejo de Estado se reitera en sus apreciaciones, señalando:

"Antes de abordar el análisis del asunto, es del caso precisar que el artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) consagra los requisitos que se deben cumplir antes de interponer una demanda.

Así, el numeral 2 del mencionado artículo establece:

"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. [...]"

Los recursos a los que hace referencia la norma en cita son los establecidos en el artículo 74 del CPACA, esto es, el de reposición, el de apelación y el de queja. Los dos primeros proceden contra los actos administrativos definitivos (artículo 43 del CPACA) y, el último cuando no se concede el de apelación.

El estatuto procesal administrativo anterior (Decreto 01 de 1984) contemplaba la institución de la "vía gubernativa" que consistía en el conjunto de recursos con los que el administrado podía impugnar los actos administrativos que estimara contrarios a derecho.

La Ley 1437 de 2011 (CPACA) suprimió la expresión "vía gubernativa". En la actualidad, a la etapa de impugnación del acto administrativo se le denomina agotamiento de los recursos de la actuación administrativa. Ahora, la expresión "actuación administrativa" comprende la inicial y la actuación posterior al acto, esto es, la de control en sede administrativa.

Tal como lo establece el artículo 161 en el aparte transcrito, cuando se trata de demandar la nulidad de actos administrativos de carácter particular es necesario haber interpuesto los recursos establecidos en la ley y que estos hayan sido decididos”²⁰

De la normativa, doctrina y jurisprudencia transcrita se concluye, respecto a la actuación o procedimiento administrativo (anterior vía gubernativa), que tratándose del ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de un acto particular, concreto y definitivo, como el que ahora ocupa la atención, no existe excepción alguna frente a la calidad de presupuesto procesal conferido por el ordenamiento jurídico y precedente jurisprudencial y a efectos de rebatir la legalidad por vía judicial de la actuaciones de la administración; siendo en consecuencia indispensable acreditar la impugnación en sede administrativa parte del interesado con miras a la procedibilidad de su actuación ante la jurisdicción de lo contencioso.

En Sentencia C- 146 de 2015, la Corte Constitucional expuso que el acceso a la administración de justicia no es un derecho ilimitado y absoluto, porque:

“...En el mismo orden, la Corte ha señalado que el derecho al acceso a la administración de justicia no es ilimitado y absoluto, pues la ley contempla ciertas restricciones legítimas en cuanto a las condiciones de modo, tiempo y lugar para impulsar las actuaciones judiciales o administrativas[28]. En efecto, en la sentencia C-662 de 2004[29], esta Corporación citó a título de ejemplo, algunos de los límites que el legislador ha impuesto al acceso a la administración de justicia, como son los “límites temporales dentro de los cuales debe hacerse uso de las acciones judiciales, o los requisitos de procedibilidad para poner en movimiento el aparato judicial, - como exigir el agotamiento previo de la vía gubernativa -, o condiciones al acceso a la justicia, como la intervención mediante abogado o a la observancia de determinados requisitos de técnica jurídica”.

En orden de lo expuesto, en el sub judice la parte actora solicitó a través del presente medio de control que se declare la nulidad de la Resolución No. GNR 364443 del 20 de diciembre del año 2013, acto administrativo de contenido particular y contra el cual conforme el contenido mismo del acto, procedía el recurso de apelación, el cual como se revisó previamente es una condición indispensable, obligatoria y requisito de procedibilidad razonable, conforme las previsiones normativas de los artículos 76 y 161 numeral 2 de la Ley 1437

20 Consejo de Estado, Sección Cuarta, Radicación número: 05001233300020140193801. C. P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Citando, Consejo de Estado. Sección Cuarta. Auto del 3 de septiembre de 2015 proferido dentro del expediente 20137. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

de 2011, para el ejercicio válido de la acción contenciosa administrativa.

Requisito que no responde, como se delimitó a una caprichosa interposición de trámites desacertados e innecesarios, o considerarse como un impedimento o limitante del acceso a la justicia, sino que por el contrario, se funda en la concesión de garantías legales y constitucionales para las partes y para la propia administración, puesto que la concepción de los recursos en sede administrativa, no puede mirarse solo como el privilegio de la Administración, sino verdaderos instrumentos de un Estado social de derecho, recentrados en la protección de los derechos de los administrados. Por tanto, La justificación de los recursos administrativos no se limita hoy en día al carácter de privilegio de la administración. El reconocimiento de los derechos procesales de los administrados en el contexto de los recursos administrativos los justifica como un medio de protección de los administrados que, a su vez, puede contribuir a la lucha contra la congestión jurisdiccional²¹.

El H. Consejo de Estado ha manifestado que los deberes, obligaciones y cargas procesales expresa el H. Consejo de Estado no pueden desconocerse so pretexto de la prevalencia del derecho sustancial, señalando que:

*"Dentro de los distintos trámites judiciales es factible que la ley asigne a las partes, al juez y aún a terceros intervinientes, imperativos jurídicos de conducta dentro del proceso de distinta naturaleza... La observancia oportuna de los deberes, cargas y obligaciones procesales, se contribuye con la realización de los principios de economía, oportunidad, lealtad, imparcialidad y celeridad procesales. Su desconocimiento en modo alguno puede excusarse pretextando la prevalencia del derecho sustancial o el deber de evitar el exceso de ritual manifiesto, habida cuenta de que constituyen la garantía que asegura el correcto desenvolvimiento del debido proceso, como estructura a partir de la cual se imparte justicia en el Estado sometido al Derecho"*²²

Siendo ello, así y facultado por el numeral 6 del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el Juez de lo Contencioso Administrativo, puede y debe en audiencia inicial revisar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad relativo a la interposición de recursos obligatorios en sede administrativa, en este caso, apelación.

Efectuado el chequeo y comprobado que no se agotó el recurso obligatorio, puesto que la parte demandante no presentó el recurso de apelación contra

²¹José Luis Benavides Andrés Fernando Ospina. La justificación de los recursos administrativos. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3293/3068>

²² Consejo de Estado, Sección Primera. Radicación número: 88001-23-33-000-2015-00027-01(AC). C. P. María Claudia Rojas L.

la Resolución antes señalada, no se agotó el procedimiento administrativo que permita abrir el control jurisdiccional de la decisión de la Administración, se impone entonces la consecuencia, que no es otra que la terminación del proceso, razón por la cual, estima esta Sala, ajustada a derecho la decisión adoptada por el A quo, en audiencia inicial celebrada el 4 de agosto de 2016.

En mérito de lo expuesto se,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido en audiencia inicial del 4 de julio de 2016 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el 04 de julio de 2016, en donde se declaró la terminación del proceso, por no cumplimiento del requisito de procedibilidad.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, regrésese el expediente al Juzgado de origen para lo pertinente.

Aprobado en sesión de la fecha, según acta No. 32

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA