



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA
Magistrada Ponente: LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Arauca, Arauca, tres (03) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado : 81001-3331-001-2018-00052-01
Naturaleza : Nulidad y restablecimiento del derecho
Accionante : Iván Darío Díaz Pinzón
Accionado : Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional
Referencia : Confirma decisión

De conformidad con el informe secretarial que antecede, la Sala pasa a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la decisión proferida en la audiencia inicial celebrada el 4 de julio de 2019 por el Juez Primero Administrativo de Arauca, quien dio por terminado el proceso al encontrar probadas las excepciones previas de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad e inepta demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda

Iván Darío Díaz Pinzón, presentó demanda contra la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, inicialmente ante el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Bucaramanga para que fuera declarada la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) No. 31072 del 22 de agosto de 2016, mediante el cual el Comité de Evaluación calificó a los aspirantes a ascenso en el cargo de Suboficiales y ii) la Orden Administrativa de Personal No. 2138, mediante la cual se nombraron los soldados ascendidos dentro de los cuales no figuró el demandante.

Como restablecimiento del derecho solicitó que se ordene el ascenso **del** Iván Darío Díaz Pinzón al grado de Sargento Viceprimero y el pago retroactivo de salarios y demás emolumentos desde la fecha en que se negó su ascenso hasta la fecha de la sentencia.

La demanda fue inadmitida, entre otras razones, para que fueran señalados los actos administrativos contra los cuales se solicitaba la nulidad, frente a lo que la parte accionante señaló:

i) Acta No. 31072 del 22 de agosto de 2016.

ii) Orden Administrativa de personal No. 2138 del 1° de septiembre de 2016.

iii) Acto administrativo No. 20163053531413: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-CPER-DIPER2060 del 4 de noviembre de 2016.

Posteriormente, se declaró la falta de competencia y se remitió a los Juzgados Administrativos de Arauca.

Los hechos de la demanda, se resumen a continuación:

- Desde el 8 de mayo al 14 de agosto de 2015, Iván Darío Díaz Pinzón realizó curso de capacitación para ascenso a Sargento Viceprimero, del cual obtuvo un puntaje de 4.7 y el puesto 116 entre 421 alumnos.

- El demandante consideró cumplir con el lleno de requisitos para ocupar el cargo de Sargento Viceprimero por lo que esperaba encontrarse dentro de las personas señaladas en la Resolución 2138 de 2016, beneficiarias de ascenso, lo cual no ocurrió.

- Ante su inconformidad, presentó derecho de petición a la entidad demandada para que le indicara las razones por las cuales no había sido ascendido.

- La Dirección de Personal del Ejército Nacional dio respuesta al petitorio indicando que el comité de estudio y evaluación había recomendado el no ascenso del accionante como Sargento Viceprimero.

- Así las cosas, se solicitó reconsideración al Segundo Comandante del Ejército Nacional; no obstante, mediante radicado No. 20163053531413: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-CPER-DIPER2060 del 4 de noviembre de 2016 se le informó que no se reconsideraría la decisión toda vez que el Comité de Evaluación encontró anotaciones negativas en la historia laboral que impiden conceder el ascenso al que se aspira.

2. La decisión que se recurre

En audiencia inicial celebrada el 4 de julio de 2019, el Juez Primero Administrativo de Arauca declaró de oficio las excepciones previas de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad e inepta demanda.

Con relación a la primera excepción, señaló que frente al oficio 20163053531413: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-CPER-DIPER2060 del 4 de noviembre de 2016 no se surtió el trámite de conciliación extrajudicial, y, con relación a la segunda excepción consideró que tanto el Acta 31072 del 22 de agosto de 2016 como la

Orden 2138 del 1° de septiembre de 2016 no son enjuiciables a través de nulidad comoquiera que son actos de mero trámite que no resuelven de manera definitiva ninguna situación. De los motivos expuestos, se resalta:

Lo anterior teniendo en cuenta que del artículo 161 del mismo estatuto, se desprende que antes de la interposición de una demanda en la que se persiga una o varias pretensiones de las allí establecidas, el demandante debe tramitar la conciliación extrajudicial, en el caso, se trata del acto administrativo definitivo que resolvió el cuestionamiento a la administración sobre la negativa del ascenso del grado del suboficial demandante, el **oficio radicado 20163053531443 del 04 de noviembre de 2016 su anexo**, en este acto se plasman las verdaderas motivaciones para no recomendar el ascenso del demandante, por lo cual se constituye en la piedra angular de estudio de legalidad, los demás actos demandados son derivados de las decisiones plasmadas en él, esto es lo contenido en el **Acta 31072 del 22 de agosto de 2016 y la OAP N° 2138 del 1 de septiembre de 2016**.

Adicionalmente, no está de más mencionar, que el asunto particular bajo estudio no se enmarca dentro de los exceptuados por la ley para exonerarlo del agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial.

Ahora bien, frente a la pretensión de nulidad del **Acto administrativo N° 31072 del 22 de agosto de 2016**, vista a folio 47, evaluación final del estudio y recomendación por parte del comité de evaluación de suboficiales del arma logística, es preciso destacar que para el Despacho este es un acto de trámite o preparatorio, el cual no es susceptible de control judicial, puesto que debió demandarse de manera conjunta con el oficio **20163051291491 del 28 de septiembre de 2016**, el cual tampoco fue demandando, ni se agotó de este último el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial.

Así las cosas, ante la falta de actos administrativos enjuiciables ordenó la terminación del proceso.

3. Recurso de apelación

La parte actora presentó y sustentó recurso de apelación contra la decisión del Juez Primero Administrativo de Arauca amparada en el artículo 43 de la Ley 1437 de 2011. A su juicio, el acto 31072 del 22 de agosto de 2016 sí es de aquellos de carácter definitivo comoquiera que allí se expusieron los motivos por los cuales se decidió no otorgar el ascenso a Iván Darío Díaz Pinzón y con base en ello se expide la orden administrativa No. 2138 de 2016, en la que no se encuentra incluido el demandante para el ascenso como Sargento Viceprimero.

La parte demandada solicitó desestimar el recurso bajo el argumento que *“los actos administrativos que niegan el reconocimiento de un derecho son principales por ende deben ser demandados inicialmente”*.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 153¹ del CPACA, los Tribunales Administrativos son competentes para conocer en segunda instancia de las impugnaciones de los autos "susceptibles de apelación". Igualmente, en atención al numeral tercero del artículo 243² del CPACA es susceptible del recurso de apelación, el auto que ponga fin al proceso. Y, de conformidad con el inciso final del numeral sexto del artículo 180³ ibídem, también son apelables los autos que decidan sobre las excepciones.

Así las cosas, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación contra la decisión del Juez Primero Administrativo de Arauca que dio por terminado el proceso por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad e inepta demanda del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por Iván Darío Díaz Pinzón.

Teniendo en cuenta que el recurso de apelación se presentó y sustentó en vigencia de la Ley 1437 de 2011, esta será la normativa aplicable en el presente asunto de conformidad con el artículo 86 de la Ley 2080 de 2021⁴.

¹ **ARTÍCULO 153.** Competencia de los Tribunales Administrativos en segunda instancia. Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

² **ARTÍCULO 243:** Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia:

(...)

3. El que por cualquier causa le ponga fin al proceso.

³ **ARTÍCULO 180:** Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

6. Decisión de excepciones previas pendientes de resolver. El juez o magistrado ponente practicará las pruebas decretadas en el auto de citación a audiencia y decidirá las excepciones previas pendientes de resolver. Si excepcionalmente se requiere la práctica de pruebas, se suspenderá la audiencia, hasta por el término de diez (10) días, con el fin de recaudarlas. Al reanudar la audiencia se decidirá sobre tales excepciones.

Si alguna de ellas prospera, el Juez o Magistrado Ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello haya lugar. Igualmente, lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

⁴ **ARTÍCULO 86:** Régimen de vigencia y transición normativa. La presente ley rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta que la recurrente no se refirió a la decisión adoptada por el *a quo* con relación a la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, este Despacho solo se pronunciará frente a la excepción de inepta demanda.

Así las cosas, le corresponde al Tribunal establecer si los actos administrativos No. 31072 del 22 de agosto de 2016 y 2138 del 1° de septiembre de 2016, son de carácter definitivo, susceptibles de enjuiciamiento por nulidad, o si por el contrario son actos de mero trámite que no admiten control judicial, escenario en el cual se confirmaría la decisión del Juez de primera instancia.

3. Análisis del caso concreto

Como se vio en el acápite de antecedentes, los actos administrativos demandados por Iván Darío Díaz Pinzón fueron el Acta No. 31072 del 22 de agosto de 2016, la Orden Administrativa de Personal No. 2138 del 1° de septiembre de 2016 y el Acto Administrativo No. 20163053531413: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-CPER-DIPER2060 del 4 de noviembre de 2016. Este último fue excluido del proceso por cuanto no se sometió al trámite conciliatorio efectuado el 8 de marzo de 2017, lo cual no fue debatido por la parte accionante en el recurso de apelación.

Ahora bien, la Sala pasará a estudiar el contenido y la naturaleza del Acta No. 31072 del 22 de agosto de 2016 y de la Orden Administrativa No. 2138 del 1° de septiembre de 2016 para determinar si estos corresponden a actos administrativos definitivos o de trámite, también conocidos como preparatorios.

tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley.

(...)

De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, las reformas procesales introducidas en esta ley prevalecen sobre las anteriores normas de procedimiento desde el momento de su publicación y solo respecto de los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

En estos mismos procesos, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

Sea lo primero indicar que los actos de trámite, son disposiciones instrumentales que permiten desarrollar en detalle los objetivos de la administración; entonces la existencia de estos actos no se explica por sí sola, sino en la medida en que forman parte de una secuencia o serie de actividades unidas y coherentes con un espectro de más amplio alcance que forma una totalidad como acto. Por el contrario, los actos definitivos ponen fin de manera perentoria a la actuación administrativa, de modo que en ellos se agota la actividad de la administración, o tan sólo queda pendiente la ejecución de lo decidido⁵.

Ahora bien, es cierto que los únicos actos susceptibles de la acción contenciosa administrativa son los actos definitivos, es decir que se excluyen los de trámite, pues estos se controlan jurisdiccionalmente como parte integrante del acto definitivo y conjuntamente con éste, esto es, de aquel que cierra la actuación administrativa; no obstante, el que un acto sea definitivo, no depende siempre de hallarse situado en el final del trámite, pues puede ser que cierre un ciclo autónomo de la actuación administrativa claramente definido y que como tal pueda ser impugnado mediante la acción de nulidad.

i) Acta No. 31072 del 22 de agosto de 2016

Como se observa del folio 47 y 48 del cuaderno 1, este documento contiene la evaluación final del estudio de recomendación por parte del Comité de Evaluación de los suboficiales del arma de logísticos considerados para ascenso en el mes de septiembre de 2016 en el que salió excluido Iván Darío Díaz Pinzón por razones que no se enuncian en esa acta pero que al parecer se encuentran detalladas en un soporte escrito enunciado como anexo pero que no se adjuntó al expediente. Sin embargo, pese a haber tomado una decisión esta no crea, extingue ni modifica una situación jurídica particular y concreta.

ii) Orden administrativa No. 2138 del 1° de septiembre de 2016

Se evidencia que este documento es el listado definitivo de aspirantes que superaron los requisitos y el concepto técnico del Comité de Evaluación, por ende resultan ascendidos al cargo de Sargento Viceprimero, es decir, no es más que un listado enunciativo de nombres como consecuencia del resultado de la recomendación emitida por el Comité de Evaluación.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección B, C.P. Víctor Hernando Alvarado, Rad. 11001-03-25-000-2010-00011-00(0068-10).

Así las cosas, se observa que ninguno de los dos documentos demandados constituyen manifestaciones definitivas de la administración con relación al proceso de ascenso al cargo de Sargento Viceprimero.

El Acta 31072 es una recomendación que no surte ningún efecto jurídico hasta tanto esta no sea acogida o desestimada por la Institución y materializada en el acto administrativo de ascenso, es decir, la recomendación por sí sola no constituye ningún derecho adquirido para el aspirante. Por otro lado, la orden 2138 es la ratificación de las recomendaciones del Comité evaluador por cuanto condensa en un solo documento quienes resultan aptos para el ascenso; sin embargo, no es más que el cumplimiento de un trámite en la cadena del procedimiento, sin ser el acto definitivo que da por terminada la actuación.

Frente al particular, el Consejo de Estado se ha pronunciado reiteradamente para indicar que las recomendaciones de las juntas asesoras del Ministerio de Defensa no constituyen actos administrativos definitivos. Para el efecto, se cita la sentencia del 26 de abril de 2018, con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez en el proceso 2011-00044-01(123716):

“Las actas de las Juntas Asesoras del Ministerio de Defensa son actos de trámite.

Establecida como está la diferencia entre los actos de trámite y los actos administrativos complejos, surge con claridad el motivo por el cual no le asiste razón a la parte apelante, sin embargo, sobre ese punto es necesario hacer énfasis en el carácter de acto de trámite de la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, tal y como pasa a explicarse:

El artículo 60 del Decreto 1512 del 11 de agosto de 2000, dispuso:

“RECOMENDACIONES DE LAS JUNTAS ASESORAS:

Las conclusiones de las Juntas se consignarán en forma de recomendaciones, que no podrán ser modificadas sino por el Ministerio de Defensa Nacional. En los demás casos, las modificaciones deben ser autorizadas por la respectiva junta asesora”.

De acuerdo con lo anterior, dichas actas contienen únicamente recomendaciones de las Juntas Asesoras, las cuales no podrán ser modificadas sino por el Ministerio de Defensa Nacional o por la respectiva Junta Asesora, es decir que por sí mismas carecen de carácter vinculantes de los actos que crean, modifiquen o extinguen directa o indirectamente situaciones jurídicas, lo que determina que no sean posibles de control de legalidad ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En efecto, se advierte que se trata de conceptos que permiten a la administración adoptar la decisión de retiro por llamamiento a calificar servicios, en el marco de las funciones que le asignó el mismo Decreto 1512 de 2000, en el artículo 57, ordinal 3, al prever: “Aprobar o modificar las clasificaciones de los Oficiales y recomendar al Gobierno, por intermedio del Ministerio de Defensa Nacional los ascensos, llamamientos al servicio y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, así como recomendar los nombres de los Oficiales Superiores que deban asistir a los cursos reglamentarios, de acuerdo con las normas legales sobre la materia”, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 22 del Decreto 1791 de 2000.

De lo escrito, se evidencia que el acta de la Junta Asesora hace parte del supuesto de hecho a partir del cual la autoridad nominadora con fundamento en la facultad discrecional tiene la posibilidad de elegir la consecuencia jurídica, es decir, de adoptar la decisión de retiro o no, pero ambas declaraciones no conforman una unidad de contenido que tengan entre sí una relación de interdependencia que les permita llegar a perfeccionarse como una acto administrativo, pues sería viable la existencia jurídica separada e independiente dado que puede darse el concepto sin la decisión de retiro”.

De lo anterior, se colige que los conceptos emitidos por las Juntas Asesoras, entre ellos el Comité de Evaluación, son trámites previos y preparatorios de la decisión final, que en este caso no estaba representada ni en el Acta 3172 ni en la Orden 2138. En el caso concreto, la decisión final estaba contemplada en el Oficio 20163053531413: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-CPER-DIPER2060 del 4 de noviembre de 2016 y en el 20163051291491 del 28 de septiembre de 2016, mediante los cuales se ampliaron las razones por las que Iván Darío Díaz Pinzón no fue ascendido a Sargento Viceprimero y ratificó la decisión.

Así las cosas, la Sala comparte que los actos alegados por la parte demandante no son actos administrativos definitivos sino actos de trámite que no pueden ser enjuiciados por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Sin perjuicio que se analicen al estudiar la legalidad de las decisiones dentro de cuya actuación administrativa se profirieron.

Ahora bien, la decisión del Juez Primero Administrativo de Arauca enmarcó dicha circunstancia en la excepción previa enlistada en el numeral 5° del artículo 100 de CGP, lo cual no es un criterio que respalda esta Corporación, toda vez que un asunto como el que aquí se estudia no es otra cosa que la materialización del numeral 3° del artículo 169 de la Ley 1437 de 2011, es decir, actos que no son susceptibles de control judicial. Así se dejó establecido por este Tribunal en un asunto fáctica y jurídicamente similar al sub judice:

“Como ha quedado de presente, cuando la pretensión anulatoria recae sobre un acto no demandable, la figura jurídica que se presenta es la de imposibilidad de control judicial, que tiene expresa regulación normativa (Artículo 169.3, CPACA) desde la Ley 1437 de 2011. Con lo que ya no cabe en estos casos la de inepta demanda, pues aquél vicio (Acto no demandable, como también el de ausencia de algún requisito de procedibilidad) no constituye, (i) Ni falta de un requisito formal (No se encuentra entre los exigidos en los artículos 162-163, 165- 167, CPACA, entre otros), (ii) Ni es una indebida acumulación de pretensiones, que son las dos únicas causales que integran dicha excepción previa (Artículo 100.5, CGP), la cual tiene su propio trámite procesal (Artículos 170, 180.6, CPACA).”⁶

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Arauca

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la decisión del Juez Primero Administrativo de Arauca proferida el 4 de julio de 2019, en el sentido de declarar la terminación del proceso por la imposibilidad de control judicial de los actos demandados.

SEGUNDO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, **DEVOLVER** el expediente físico y remitir el expediente digital al Juzgado de origen previas las anotaciones de rigor en el sistema de información judicial “Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada



LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado



YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada

⁶ Tribunal Administrativo de Arauca, Sala de Decisión, sentencia del 15 de noviembre de 2019, radicado 81001 3331 001 2017 00135 01, M.P. Luis Norberto Cermeño.