

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, seis (06) de octubre de dos mil veinte (2020)

Auto Interlocutorio No. 275

**MAGISTRADO PONENTE: OMAR EDGAR BORJA SOTO**

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXPEDIENTE:	76001-33-33- <b>007-2019-00207-01</b>
DEMANDANTE:	LUIS EBERT OTALORA LOSADA <a href="mailto:Teoaven@gmail.com">Teoaven@gmail.com</a>
DEMANDADO:	CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR
ASUNTO	APELACIÓN DE AUTO – CONFIRMA AUTO DE PRIMERA INSTANCIA – RECHAZO DEMANDA

**I. OBJETO DE LA DECISION**

Se resuelve recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto interlocutorio nro. 1025 del 9 de octubre de 2019<sup>1</sup> proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Cali, que rechazó la demanda.

**II. ANTECEDENTES**

En ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 del CPACA y actuando a través de apoderado judicial, el señor Luis Ebert Otalora Losada demandó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – Casur y solicitó la nulidad de la Resolución nro. 5948 del 2 de octubre de 2018 por medio de la cual le fue reconocida su asignación de retiro en cumplimiento a una orden judicial, y del oficio nro. E-01524-201912147-CASUR Id: 436022 del 20 de mayo de 2019 con el cual se negó la revocatoria de la resolución previamente mencionada.

**III. DE LA PROVIDENCIA APELADA:**

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Cali mediante auto nro. 1025 del 9 de octubre de 2019, rechazó la demanda al considerar que del análisis de los actos demandados no se advierte que en este evento se configuren las circunstancias excepciones y concurrentes que dan lugar al enjuiciamiento de actos administrativos con los cuales se ejecuta una decisión judicial, esto es que la decisión de la administración vaya más allá de lo ordenado por la autoridad jurisdiccional y que con el acto respectivo se cree, modifique o extinga una determinada relación jurídica entre la administración y el interesado que haya sido objeto de debate judicial.

Lo anterior, en razón a que con la presente demanda la parte actora busca que la asignación de retiro del demandante se liquide con las partidas y el monto que le correspondería al grado de Intendente y no con el de Agente como lo dispuso CASUR en la resolución demandada, asunto que quedo diáfananamente zanjado en el proceso judicial por virtud del cual fue expedido el acto en cuestión, y en todo caso en este asunto no se alega en el libelo originario que la demanda hubiere desbordado en forma alguna aquello que fue objeto de decisión judicial por el Juzgado

<sup>1</sup> Ver folios 41 a 46

Cuarto Administrativo de Descongestión de Cali en primera instancia y por esta Corporación en segunda instancia.

En consecuencia, consideró que al no ser posible someter lo actos demandados a control judicial por las razones expuestas, se configura la causal de rechazo de la demanda prevista en el numeral 3° del artículo 169 del CPACA.

#### IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Sostiene la parte recurrente que si bien se está frente a un acto de ejecución, la Resolución nro. 5948 de 2018 determinó a su arbitrio el cargo sobre el cual realizaría el reconocimiento de la asignación de retiro del actor, lo cual no se ordenó así en la providencia dictada por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cali, confirmada por el Tribunal Administrativo del Valle, que dio lugar al acto de ejecución, y por tanto, es susceptible de control jurisdiccional, dado que con la expedición de aquel se creó una situación jurídica nueva, pues como es sabido, para la fecha en que fue retirado mi mandante por voluntad discrecional de la Policía Nacional (noviembre 22 de 2006), se encontraba vigente la Ley 923 de 2004 y su decreto reglamentario 4433 de 2004 y en ese sentido mal se puede inaplicar la norma que reconoce y liquida para su pago un asignación de retiro, con el argumento del principio de inescindibilidad de una norma en la que solo se debe tener en cuenta el tiempo de servicios que se exige para tener derecho a la asignación de retiro y no sus factores de liquidación, violando los principios constitucionales.

Añade, que el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, establece la primacía de la realidad sobre las formalidades y principios como el indubio pro operario, lo cual se estaría violentando respecto del actor por aplicar una norma anterior que establecía el término legal de 15 años para tener derecho a acceder a una asignación de retiro, como lo era el Decreto 1213 de 1990, el cual correspondía a los Agentes de Policía, como lo era el Decreto 923 de 2004 es tan clara, pues en la misma ordena en el inciso segundo del artículo que se exigiría, como requisito para el reconocimiento del derecho de la asignación de retiro, un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de la ley, esto es, el Decreto 1213 y 1212 de 1990. Entonces aplicar en un acto de ejecución un criterio basado en la jurisprudencia del mismo Consejo de Estado que atente contra los derechos fundamentales de un ex - servidor público, va en contravía de la Constitución y la Ley.

De otra parte, respecto a la cosa juzgada manifiesta que no se cumplen los requisitos para que se configure dicha excepción, pues en primer lugar, no existe identidad de partes dado que en el primer proceso se demandó a la Nación – Mindefensa Policía Nacional y a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y en el actual proceso sólo se demandó a CASUR; en segundo lugar, el objeto de los dos procesos es diferente, toda vez que en el primero se pretendía la nulidad del oficio nro. 472 DITAH\_ASJUS del 14 de junio de 2007 y la nulidad del oficio nro. GAG\_SDP004335 del 8 de junio de 2007 que negaron el reconocimiento de los tres meses de alta y por ende el reconocimiento de la asignación de retiro, mientras que en el segundo proceso se solicita la nulidad de la Resolución nro. 5948 del 2 de octubre de 2018 mediante la cual se reconoció la asignación de retiro y el oficio nro. E-01524 – 201912147- CASUR Id: 436022 del 20 de mayo de 2019 que negó la solicitud de su revocatoria directa; en tercer lugar, el fundamento jurídico de las demandas es totalmente diferente en la medida en que la demanda inicial estaba fundamentada en la Ley 180 de 1995, el Decreto 132 de 1995, Decreto 1091 de 1995, por el contrario en la segunda demanda el fundamento jurídico es la Ley 923 de 2004, Decreto Reglamentario 4433 de 2004 y los artículos 13, 29, 48, 53 y 209 de la Constitución Política de Colombia.

## V. CONSIDERACIONES:

### a. COMPETENCIA

De conformidad con lo previsto en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación presentado contra la providencia de primera instancia.

### b. PROBLEMA JURÍDICO

En el presente caso, el problema jurídico se contrae en determinar si en el presente caso es proceden rechazar la demanda por considerarse que el acto demandado es de ejecución y por tanto, no puede ser objeto de control judicial, o si por el contrario existen argumentos suficientes que permitan el análisis de esta situación en un nuevo proceso administrativo.

### c. MARCO JURISPRUDENCIAL

#### Del acto de ejecución y su enjuiciamiento cuando se erige como verdadero acto definitivo.

*“...se ha definido por acto administrativo «toda manifestación de la administración con capacidad para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, esto es, una decisión encaminada a producir efectos jurídicos en los derechos u obligaciones de los administrados, sean subjetivos, personales, reales o de crédito»<sup>2</sup>*

*(...)*

*De esta manera encontramos dentro de la clasificación de los actos administrativos, una pluralidad de ellos como son: los de carácter general, los particulares, los actos definitivos, los de trámite, preparatorios y los de mera ejecución.*

*(...)*

*En ese orden, se tiene que los actos administrativos fueron regulados por el artículo 43 de la Ley 1437 de 2011, definiéndolos como aquellos «**que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación**», por lo tanto, son decisiones susceptibles de ser demandadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo con lo estipulado en el citado artículo.*

*(...)*

*De otra parte, existen **los actos de ejecución** que, como su nombre lo indica, son aquellos que materializan una decisión ya sea de carácter administrativo o judicial.*

*En ese sentido, los actos de ejecución no crean, modifican o extinguen situación jurídica alguna y por tanto, no son objeto de control jurisdiccional.*

*Ahora, en el punto relacionado con los actos de ejecución, el Consejo de Estado<sup>3</sup> ha dicho:*

*“(...) La resolución transcrita (2894 del 14 de septiembre de 2009) que ordenó el reintegro del actor fue expedida para dar cumplimiento a una sentencia de tutela dictada por la Corte Constitucional, es decir, que en principio es un acto de ejecución, tal como lo calificó el Tribunal, pues jurídicamente todo acto que se limite a ordenar el cumplimiento de una sentencia tiene tal connotación. No obstante lo anterior, esta corporación ha aceptado una excepción consistente en que si bien los actos administrativos de ejecución no son demandables, si la administración al proferirlo se aparta del verdadero alcance de la decisión o de las súplicas del actor, que para el caso sería aparte del reintegro, el pago de las sumas que por concepto de salarios y prestaciones dejó de percibir desde el retiro hasta su reintegro, agregándole o suprimiéndole algo, resulta incuestionable que el acto no es de simple ejecución como quiera que nace a la vida jurídica un nuevo acto administrativo que sería a todas luces controvertible ante la jurisdicción. Lo anterior conlleva a concluir que con la expedición del acto administrativo demandado se genera un hecho nuevo no decidido en la*

<sup>2</sup> La Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia del 12 de junio de 2008, expediente 16288, CP Dra. Ligia López Díaz.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón, abril 7 del 2011 radicación número: 25000-23-25-000-2010-00152-01(1495-2010) Actor: Severo Acosta Tarazona Demandado: La Nación – Ministerio del Interior y de Justicia.

*sentencia a la que se está dando cumplimiento, es decir, existe una situación jurídica nueva no discutida ni definida en el fallo. Entonces, como lo que motivó la nueva demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, fue el no pronunciamiento sobre la referida pretensión que en últimas es el objeto del acto acusado, se observa que ello comprende un hecho nuevo que amerita control jurisdiccional (...)"*

*La jurisprudencia ha señalado reiteradamente que el acto de ejecución carece de control por vía de acción, lo cual se adecúa a la definición ya expuesta, y así mismo a su tratamiento procesal dentro del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuyas reglas adjetivas impiden que este tipo de decisiones sean susceptibles de discusión administrativa<sup>4</sup>.*

*Bajo este entendido, el acto de ejecución no es pasible por regla general de control jurisdiccional. Sin embargo, esta Corporación ha admitido que si el acto de ejecución excede, parcial o totalmente lo dispuesto en la sentencia o en otro acto administrativo que se pretende ejecutar – en otras palabras, si contempla aspectos nuevos de la decisión a ejecutar -, es procedente ejercer el medio de control de nulidad y de restablecimiento, al haberse creado, modificado o extinguido una situación jurídica diferente y, por ende, al haberse generado un verdadero acto administrativo susceptible del control de legalidad<sup>5</sup>.*

**Así las cosas, en principio los actos administrativos de ejecución no son demandables; sin embargo; si la administración al proferirlo se aparta del verdadero alcance de la decisión, agregando o suprimiendo algo, resulta incuestionable que el acto no es de simple ejecución como quiera que nace a la vida jurídica una nueva decisión de la administración que sería controvertible ante la jurisdicción...**<sup>6</sup>

En este orden de ideas, los actos administrativos de ejecución solo serán enjuiciables cuando creen, modifiquen o extingan una situación jurídica particular, aspectos que lo convierten en un acto administrativo susceptible de control ante esta jurisdicción<sup>7</sup>.

### 3.1 CASO CONCRETO

De conformidad con el artículo 328<sup>8</sup> del C.G.P, aplicable por remisión expresa del artículo 306<sup>9</sup> del CPACA, se procederá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, pronunciándose **solamente** sobre los argumentos expuestos en el recurso interpuesto.

<sup>4</sup> Artículo 75 Ley 1437 de 2011.

<sup>5</sup> Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: Ligia López Díaz, providencia del 30 de marzo de 2006, radicación número: 25000-23-27-000-2005-01131-01(15784); providencia de fecha 6 de agosto de 2015, radicación número: 41001-23-33-000-2012-00137-01(4594-13), actor: Universidad Surcolombiana, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez; Auto de 11 de mayo de 2017, radicación número 05001-23-33-000-2016-00043-01(4495-16), demandante: Arturo Tabares Mora, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Consejera Ponente: Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D. C., once (11) de abril de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 44001-23-33-002-2015-00013-00(326515), Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP. Demandado: MARÍA NERY GIRALDO GÓMEZ. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Trámite: Ley 1437 de 2011. Asunto: Apelación del auto que rechazó la demanda al estimar que son actos de ejecución. Acto de ejecución no es susceptible de control jurisdiccional. Decisión: Revoca auto.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, providencia del 8 de marzo de 2018, expediente número 05001-23-33-000-2014-01713-01 (2831-2015), M.P. Dr. William Hernández Gómez.

<sup>8</sup> ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.

<sup>9</sup> ARTÍCULO 306. ASPECTOS NO REGULADOS. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

De acuerdo con las inconformidades planteadas por el apelante, sea lo primer indicar que tal como lo dedujo el a quo en el presente caso no se configuran las circunstancias excepcionales y concurrentes que den lugar al enjuiciamiento del acto administrativo demandado con el cual se ejecutó una decisión judicial.

Pues, del análisis de las pruebas aportadas al expediente es evidente que lo alegado en la presente demanda fue ampliamente debatido en la sentencia de segunda instancia de fecha 19 de octubre de 2017<sup>10</sup>, donde el demandante solicitó dar aplicación al Decreto 1212 de 1990, con el fin de que el pago y reconocimiento de su asignación de retiro se realizara sobre el sueldo de intendente, último cargo desempeñado antes de ser retirado. Lo anterior, fue resuelto manifestando que: “...de la especial protección contenida en el Decreto Ley 132 de 1995, se resuelve la situación en materia de asignación de retiro bajo el régimen prestacional que le era aplicable antes de su incorporación al nuevo nivel esto es el Decreto 1213 de 1990, por cuanto ostentaba el cargo de agente que exige como requisito para la asignación de retiro de 15 años de servicios en los casos en que el agente es retirado del servicio por voluntad del Director General, el cual cumplió el actor.

*En consecuencia, se puede establecer que aplicando en su integralidad la norma que rige al actor en virtud del principio de favorabilidad, no es procedente aplicar normas del nivel ejecutivo...”*

Así entonces, es acertado indicar que traer el presente asunto nuevamente a sede judicial va en contravía del principio de la cosa juzgada, pues lo que hoy se cuestiona ya fue ampliamente debatido en la demanda presentada ante el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Cali, bajo el radicado 2008-00073-00<sup>11</sup>.

En tal razón los fundamentos de reparo del apelante no tienen cabida alguna, pues si bien trata de hacer parecer que la Resolución nro. 5948 de 2018 contiene una nueva decisión de la entidad, lo cierto es que no hay duda de que las pretensiones de esta demanda van en caminadas a discutir el mismo asunto, cuando revela que “...**se lesiono el patrimonio del actor, en razón a que sus ingresos, correspondientes a la asignación de retiro, se menquaron al no corresponder su asignación de retiro con las partidas que devengaba como intendente** al momento de ser retirado de la institución, puesto que las partidas computables de liquidación para un Agente de Policía son diferentes – más bajas – a las de un intendente”<sup>12</sup>. (Subraya y Negrilla fuera del texto).

En ese orden de ideas, es evidente que la Resolución nro. 5948 del 2 de octubre de 2018<sup>13</sup> es un acto de ejecución y que, analizada junto con las providencias emitidas en primera y segunda instancia, no se observa que se haya excedido la orden impartida, creando una nueva decisión judicial.

Por lo anterior, el Despacho confirmará la decisión proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Cali, que rechazó la demanda por no ser susceptible de control judicial.

Finalmente, es preciso advertir al apelante que los actos por medio de los cuales se niega una solicitud de revocatoria directa son actos no susceptibles de control judicial, por cuanto no incluyen nuevas decisiones en relación con el acto definitivo<sup>14</sup>, situación que si bien no fue objeto de apelación era preciso aclarar.

En consecuencia, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca,

<sup>10</sup> Ver folios 24 a 30

<sup>11</sup> Ver folios 8 a 23

<sup>12</sup> Ver folio 1 anexo

<sup>13</sup> Ver folios 31 a 34

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 4 de octubre de 2018. núm. único de radicación: 11001-03-24-000-2012-00143-00. Demandante: CONDUCCOOP. M.P. Oswaldo Giraldo López.

### RESUELVE:

**PRIMERO. - CONFIRMAR** el auto interlocutorio nro. 1025 del 9 de octubre proferido, por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Cali, que rechazó la demanda, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. -** Ejecutoriada la presente providencia envíese el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Acta Virtual de la fecha.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,



ÓSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA



EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS



OMAR EDGAR BORJA SOTO