



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Ibagué, quince (15) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Radicación: **No. 73001-23-33-000-2022-00409-00**
Medio de control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **CARLOS EVELIO HERRERA GARCÍA**
Demandado: **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

Expediente electrónico – SAMAI (COMPETENCIAS LEY 2080 DE 2021)

Procede el despacho a calificar la demanda interpuesta en nombre propio por el señor CARLOS EVELIO HERRERA GARCÍA en ejercicio del medio de control de nulidad.

ANTECEDENTES

El demandante CARLOS EVELIO HERRERA GARCÍA en nombre propio interpone el medio de control contenido en *nulidad*, siendo claro que su única pretensión es que se declare la nulidad del fallo nro. 03 del 23 de octubre de 2019, proferido dentro del proceso de responsabilidad fiscal 2017-0742, el auto nro. 068 de 2020, que resolvió el recurso de apelación y el grado de consulta, confirmando el fallo de responsabilidad fiscal y el proceso coactivo DCC1-002.

A su vez, como medida cautelar solicitó se suspendiera provisionalmente los efectos del fallo nro. 032 del 23 de octubre de 2019, proferido por la Gerencia Departamental del Tolima de la Contraloría General de la República, pues a su juicio, violó el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

CONSIDERACIONES

Se advierte que el señor CARLOS EVELIO HERRERA GARCÍA, en nombre propio presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad prevista en el artículo 137 del CPACA¹, contra un acto proferido por una autoridad del orden nacional CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, cuya competencia, en principio, sería del Consejo de Estado en los términos del artículo 149 numeral 1º *ibidem*, de no ser porque el medio de control procedente es el de nulidad y de restablecimiento del derecho, con un restablecimiento automático del derecho en favor del demandante por valor de la cuantía solidaria de *SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTE PESOS (\$648.844.520)*, como pasará a explicarse.

¹ El demandante en su demanda alega que interpone la acción de nulidad consagrada en el artículo 135 del CPACA (Nulidad por inconstitucionalidad) y 136 *ibidem* (Control inmediato de legalidad.), siendo claro, del contenido de la misma, que se trata del medio de control de nulidad contenido en el artículo 137 *ibidem*.

La Ley 1437 de 2011 en el artículo 137 desarrolla la acción de nulidad de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.

2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.

3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.

4. Cuando la ley lo consagre expresamente.

PARÁGRAFO. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente”².

A su vez, el medio de control de «Nulidad y Restablecimiento del Derecho, quedó configurado, en el CPACA, artículo 138, así:

«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 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».

Descendiendo al caso concreto, se observa que la única pretensión que obra en el acápite denominado “LO QUE SE DEMANDA” es la siguiente:

“...la nulidad de la siguiente disposición:

Acto administrativo – FALLO No: 032 del 23 de octubre de 2019, dictado dentro del proceso de responsabilidad fiscal 2017-0742, El auto No. 068 de 2020, que resolvió el recurso de apelación y el grado de consulta, confirmando el fallo con responsabilidad No. 032 de 2019 y el proceso coactivo DCC1-002”.

² Apartes subrayados declarados EXEQUIBLES, por el cargo analizado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-260-15](#) de 6 de mayo de 2015, Magistrada Ponente Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

El fallo No. 032 del 23 de octubre de 2019 proferido por la Gerencia Colegiada Departamental Tolima de la Contraloría General de la República, resolvió “*ARTICULO PRIMERO. Fallar con Responsabilidad Fiscal Solidaria, de conformidad con el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, contra CARLOS EVELIO HERRERA GARCÍA (...) en su condición de ExAlcalde del Municipio de Villahermosa (Tolima) para la época de los hechos (...) en cuantía de, SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTE PESOS (\$648.844.520), con ocasión de los hechos que son objeto del proceso verbal de responsabilidad fiscal de doble instancia No. PRFV-2017-00742 adelantado en las dependencias del Municipio de Villahermosa (Tolima), según se expuso en la parte motiva de esta providencia.*” (archivo 5 folios 89 a 153)

Mediante auto nro. 000068 de 27 de enero de 2020 la Dirección de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, resolvió el recurso de apelación y grado de consulta, indicando: “*ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR en todas sus partes el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 032 del 23 de octubre de 2019, y su confirmatorio auto No. 929 del 28 de noviembre de 2019, proferidos dentro del Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal de doble instancia No. PRFV-2017-00742, adelantado por la Gerencia Departamental Colegiada del Tolima, de conformidad con los argumentos que anteceden.*” (archivo 5 folio 170 a 202).

Conforme a la teoría de los móviles y finalidades desarrollada jurisprudencialmente por el Consejo de Estado y acogida por el legislador en el artículo 137 del CPACA, es posible demandar un acto de contenido particular y concreto a través de la acción de simple nulidad, siempre que se advierta una clara vulneración al ordenamiento jurídico general y no se precise el restablecimiento automático del derecho.

Con relación a este particular, nuestro órgano de cierre ha señalado³:

“Para resolver lo anterior, resulta necesario recordar lo desarrollado por esta Corporación respecto a la teoría de los móviles y finalidades⁴, según la cual:

«[...] Como ha sido reseñado por esta Corporación¹, desde el primer Código Contencioso Administrativo, esto es la Ley 130 de 1913, se estableció un control contencioso contra los actos de las corporaciones o empleados administrativos, a través de las acciones de nulidad y de lesividad, esta última referida a revisar dichos actos “en el concepto de ser lesivos de derechos civiles”, caso en el cual se procedía a petición de quienes tuvieran interés en ello. En la Ley 167 de 1941, segundo Código Contencioso Administrativo, se estructuró de manera más clara las acciones, denominándolas de nulidad y de plena jurisdicción, correspondientes a los contenciosos objetivo y subjetivo. En el Decreto 01 de 1984, tercer Código Contencioso Administrativo, se regulan las dos acciones denominándolas de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sostuvo esta Corporación que dichas acciones se diferencian, entre otros aspectos, en cuanto a la titularidad de la acción; así, la de nulidad es una acción pública, abierta a todas las personas, cuyo ejercicio no necesita del ministerio de un abogado; en tanto que el uso de la acción de nulidad y restablecimiento está condicionado a la existencia de un interés, de manera que podrá ejercerla quien considere que su derecho ha sido lesionado y es necesario para tal efecto el apoderamiento de un profesional del derecho; otro aspecto que distingue a las dos acciones

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ, Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 11001-03-24-000-2021-00066-00

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Oswaldo Giraldo López, Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00556-00. Actor JAVIER RICARDO DELGADO RAMÍREZ, Demandado: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO – MINJUSTICIA, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – MINHACIENDA Y SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S. – SAESAS.

tiene que ver con su procedibilidad, el cual se vincula directamente con la teoría de los motivos y finalidades, explicada así:

“Algunos meses después, la teoría de los móviles y finalidades encuentra su formulación acabada en la sentencia de agosto 10 de 1961, tomo LXIII, núms. 392-396, p. 202), con ponencia de CARLOS GUSTAVO ARRIETA ALANDETE, en donde se dijo: “No es la generalidad del ordenamiento impugnado el elemento que determina la viabilidad del contencioso popular de anulación. Son los motivos determinantes de la acción y las finalidades que a ella ha señalado la ley, los elementos que sirven para identificarla jurídicamente y para calificar su procedencia. ...los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores, y que sus finalidades son las de someter la administración pública al imperio del derecho objetivo. (...) la Corporación reiteró y precisó la doctrina de 1961, al introducir la idea de “pretensión litigiosa”, como elemento de distinción entre las dos acciones. Se dijo en esa oportunidad, en auto de 8 de agosto de 1972, Mag. Pon. Dr. HUMBERTO MORA, que las acciones de nulidad y de plena jurisdicción se distinguían en el sentido de que la primera buscaba la tutela del orden jurídico abstractamente considerado, sobre la base del principio de jerarquía normativa, lo cual originaba un proceso que, en principio, no llevaba implicado un litigio o contraposición de pretensiones; en tanto que la segunda, tenía por objeto la garantía de derechos privados, vulnerados por actuaciones de la administración, lo cual se lograba mediante el restablecimiento del derecho o el resarcimiento del daño”.¹ (Se destaca)

Tal posición jurisprudencial, conservada por varios lustros, fue recogida en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en donde, además, se precisó que el medio de control de nulidad procede contra los actos generales, y el de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos particulares, cuestión que no estaba así discernida de manera expresa en las normas que le antecedieron.

También, prohió como norma positiva los criterios jurisprudenciales señalados relacionados con la teoría de móviles y finalidades y los casos en los que procede el medio de control de nulidad contra actos particulares y el de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos generales, siempre dentro de un margen de rigor excepcional y bajo el cumplimiento de ciertos requerimientos, sobre todo en lo que concierne al criterio de “pretensión litigiosa”, como elemento de distinción entre las dos acciones, así como a partir de su “causa petendi”.

El mencionado parámetro se define como aquella situación según la cual, si de conformidad con las pretensiones del demandante, o del fallo de nulidad que eventualmente se produjera, no se genera un restablecimiento automático del derecho a favor de aquel o de un tercero, la acción procedente podría ser la de nulidad y no la de nulidad y restablecimiento del derecho como procedería en principio. [...]»

En este orden de ideas, al revisar la *causa petendi* y el objeto del proceso, es claro para el despacho que los citados actos administrativos enjuiciados son de contenido particular y concreto, que crearon una situación jurídica al señor CARLOS EVELIO HERRERA GARCÍA al sancionarle fiscalmente en la suma de SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTE PESOS (\$648.844.520), por lo cual, no se advierte la configuración de la excepción prevista en el numeral 1º del artículo 137 *ibidem*, puesto que, aun cuando en la demanda se omite la pretensión de restablecimiento automático del derecho, de la eventual nulidad sí se generaría al eliminarse la sanción que le fue impuesta

Además de lo anterior, en la demanda objeto de estudio no se pretende la recuperación de bienes de uso público, los argumentos esgrimidos por la parte actora no denotan que el acto enjuiciado afecte en materia grave el orden público, político, económico,

social o ecológico, así como tampoco indica leyes que consagren de manera expresa la procedencia de este medio de control, quedando descartadas las causales contempladas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 137 del CPCA.

Así las cosas, resulta claro que: (i) las pretensiones de la demanda se sustentan en un interés particular, pues de ninguna manera se está buscando la tutela del orden jurídico en abstracto, (ii) que así no solicite un restablecimiento del derecho el mismo se da de manera automática, consistente en la eliminación de la sanción.

Conforme a lo dicho, el despacho encuentra que el medio de control adecuado para examinar las pretensiones es el de nulidad y restablecimiento del derecho dispuesto en el artículo 138 del CPACA y bajo ese marco normativo se abordará su estudio y adelantará el correspondiente trámite. Por lo expresado, se adecuará la demanda al medio de control procedente, esto es, el de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sentado lo anterior, al revisar lo dispuesto en los artículos 161 a 166 de la Ley 1437 de 2011, modificada por la Ley 2080 del 25 de enero de 2021⁵, advierte el Despacho que el actor deberá subsanar los siguientes requisitos:

i). Allegar el agotamiento del requisito de procedibilidad exigido en el numeral 1° del artículo 161 del CPACA, esto es, la conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación.

ii). Dispone el numeral 8 del artículo 162 que el demandante deberá enviar simultáneamente la demanda y sus anexos a los demandados. Revisado los archivos adjuntos a la presente demanda, no se advierte que se hubiese cumplido con este requerimiento, por lo que para subsanar deberá reenviar el correo electrónico original, junto con todos sus anexos al buzón electrónico dispuesto por la entidad demandada.

iii). Deberá allegar la constancia de notificación de los actos administrativos acusados, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 166 del CPACA⁶.

iv). Constituir apoderado judicial para el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en los términos del artículo 160 de la Ley 1437 de 2011 y 73 del C.G.P.

v). El lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. Para tal efecto, deberán indicar también su canal digital. (num. 7 del artículo 162 CPACA, modificado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021)

5 «[...]1. La designación de las partes y de sus representantes.

4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación. [...]

7. El lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. Para tal efecto, deberán indicar también su canal digital.

8. El demandante, al presentar la demanda, simultáneamente deberá enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los demandados, salvo cuando se soliciten medidas cautelares previas o se desconozca el lugar donde recibirá notificaciones el demandado. Del mismo modo deberá proceder el demandante cuando al inadmitirse la demanda presente el escrito de subsanación. El secretario velará por el cumplimiento de este deber, sin cuya acreditación se inadmitirá la demanda. De no conocerse el canal digital de la parte demandada, se acreditará con la demanda el envío físico de la misma con sus anexos. [...] ». Subraya propia.

⁶ "1° copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso (...)" subraya propia.

Por lo señalado precedentemente, se inadmitirá la demanda para que dentro del término de diez (10) días, se corrijan los defectos formales señalados en esta providencia, de conformidad con lo señalado en el artículo 170 del CPACA, so pena de su rechazo⁷.

En atención a que no se indicó en la demanda un canal digital remítase la notificación al correo electrónico mediante el cual se radicó el medio de control: carlosh0785@gmail.com

Corolario de todo lo anterior, el Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO: ADECUAR la demanda al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del CPACA, acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: INADMITIR la demanda instaurada por CARLOS EVELIO HERRERA GARCÍA, de conformidad con lo anotado en la parte considerativa del presente proveído.

TERCERO: CONCEDER al accionante un plazo de diez (10) días para que corrija los aspectos señalados en este proveído, so pena de rechazo.

CUARTO: Notificar la presente decisión por estado en los términos del artículo 201 del CPACA al demandante al canal digital: carlosh0785@gmail.com

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/validador.aspx>

⁷ Artículo 170. Inadmisión de la demanda. Se inadmitirá la demanda que carezca de los requisitos señalados en la ley por auto susceptible de reposición, en el que se expondrán sus defectos, para que el demandante los corrija en el plazo de diez (10) días. Si no lo hiciere se rechazará la demanda.