

ESTADO ELECTRONICO: **No. 112** DE FECHA: 08 DE AGOSTO DEL DOS MIL VEINTIDOS (2022)

EL PRESENTE ESTADO ELECTRONICO SE FIJA HOY OCHO (08) DE AGOSTO DEL DOS MIL VEINTIDOS (2022) A LAS OCHO (08:00 AM) Y SE DESFIJA A HOY OCHO (08) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTIDOS (2022) A LAS CINCO DE LA TARDE (05:00 PM).

Radicación	Demandante	Demandado	Clase	Fecha Prov.	Actuación	Docum. a notif.	Magistrado Ponente
11001-33-35-015-2020-00248-01	JUDITH BAQUERO HERRERA	HOSPITAL MILITAR CENTRAL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	4/08/2022	AUTO QUE CONFIRMA AUTO APELADO	CONFIRMA AUTO QUE DECLARÓ PROBADA DE OFICIO LA INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA. CPL ERRU...	CERVELEON PADILLA LINARES
11001-33-42-056-2021-00076-01	RONALD DAVID GALVIS HERRERA	LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	4/08/2022	AUTO QUE RESUELVE APELACIÓN	SE CONFIRMA EL AUTO PROFERIDO EN EL DESARROLLO DE LA AUDIENCIA INICIAL CELEBRADA EL DÍA 07 DE OCTUBRE DE 2021, POR EL JUZGADO CINCUENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ, MEDIANTE EL CUAL NEGÓ EL DECRET...	CERVELEON PADILLA LINARES

EL PRESENTE ESTADO ELECTRONICO SE FIJA HOY OCHO (08) DE AGOSTO DEL DOS MIL VEINTIDOS (2022) A LAS OCHO (08:00 AM) Y SE DESFIJA A HOY OCHO (08) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTIDOS (2022) A LAS CINCO DE LA TARDE (05:00 PM).


CAMILLO ANDRÉS BENGAS PRIETO
OFICIAL MAYOR CON FUNCIÓN DE SECRETARIO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN “D”

Bogotá, D. C., cuatro (4) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Expediente:	11001-33-35-015-2020-00248-01
Demandante:	Judith Baquero Herrera
Demandada:	Hospital Militar Central

Magistrado Sustanciador: Doctor CERVELEÓN PADILLA LINARES

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto proferido por el Juzgado Quince (15) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, D. C., el treinta (30) de agosto de dos mil veintiuno (2021), mediante el cual declara de oficio la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda.

ANTECEDENTES

Judith Baquero Herrera, actuando mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 1278 del 22 de octubre de 2019 y No. 0060 del 6 de febrero de 2022, proferidas por la Directora General del Hospital Militar Central, por medio de las cuales se reliquidó el auxilio de cesantías y prestaciones sociales que le fue reconocida y, se resolvió el recurso de reposición, respectivamente, toda vez que para su cálculo no se tuvo en cuenta los recargos diurnos (sic) ni los dominicales o festivos.

A título de restablecimiento de derecho solicita que se ordene al Hospital Militar pagar la suma de \$5.266.165,1 pesos, correspondiente a la diferencia causada entre lo que se le debió reconocer como Cesantías Retroactivas Definitivas (\$65.894.932,07), con lo que se pagó, esto fue, \$60.628.767.

EL AUTO APELADO

En auto de fecha treinta (30) de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Quince (15) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, D. C., resolvió declarar probada de oficio la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda y, por ende, dar por terminado el proceso.

Como fundamento, el *a quo* indica que la decisión de reconocimiento de las cesantías definitivas se encuentra contenida en la Resolución No. 149 del 27 de febrero de 2019, la cual quedó en firme al no haberse interpuesto recurso alguno contra ella. Así las cosas, señala que con la Resolución No. 1278 del 22 de octubre de 2019, la Administración solo modificó el valor reconocido por concepto de cesantías al aplicarle el ajuste anual del salario realizado por el Gobierno Nacional.

Expediente No.: 11001-3335-015-2020-00248-01
Demandante: Judith Baquero Herrera
Demandado: Hospital Militar Central
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

En ese sentido, advierte que la pretensión de inclusión de los valores percibidos por concepto de recargos nocturnos y por dominicales y festivos en la liquidación de las cesantías definitivas, el cual fue el fundamento del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1278 del 22 de octubre de 2019, no guarda congruencia con lo resuelto en esta.

Por lo tanto, considera que si la demandante pretende la inclusión de nuevos factores salariales en la liquidación de las cesantías definitivas, debió demandar la nulidad de la Resolución No. 149 del 27 de febrero de 2019, que definió su situación jurídica respecto a sus cesantías, el cual fue conocido por ella, pues le fue notificado personalmente el 21 de marzo de 2019. Así, observa que la accionante pretende revivir términos al demandar el acto administrativo que solo le reajusta el valor reconocido por cesantías definitivas.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la **parte demandante** solicita que se revoque el auto del treinta (30) de agosto de dos mil veintiuno (2021). Señala que el Hospital Militar Central profirió un nuevo acto administrativo con base en el Decreto No. 1012 de 06 de junio de 2019, a través del cual el Gobierno Nacional fijó las escalas de la asignación básica de los empleados públicos de esa entidad a partir del 01 de enero de 2019. Así las cosas, con la presente demanda se pretende cuestionar la liquidación efectuada en la Resolución No. 1278 del 22 de octubre de 2020, confirmada con la Resolución 060 del 06 de febrero de 2020.

Resalta que contra la Resolución 149 del 27 de febrero de 2019, en la que se reconoció y ordenó el pago de un auxilio de cesantías y prestaciones sociales definitivas a favor de la señora Judith Baquero Herrera, no se tuvo objeción alguna, razón por la cual no se interpuso recurso contra la misma. Sin embargo, surge un nuevo hecho, como fue la expedición del Decreto No. 1012 de 06 de junio de 2019, a través del cual se modificó la asignación mensual de la señora Judith Baquero Herrera y, por ende, una modificación integral a la liquidación de las cesantías retroactivas definitivas que le fueron reconocidas.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver si en el *sub examine* se encuentra probada la excepción de ineptitud sustantiva en la demanda al no ser susceptibles de control judicial las Resoluciones No. 1278 del 22 de octubre de 2019 y No. 0060 del 6 de febrero de 2022, a través de las cuales la Directora General del Hospital Militar Central **reliquidó** el auxilio de cesantías y prestaciones sociales que le fue reconocida a la demandante y, resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera, respectivamente.

Así las cosas, es menester recordar que los actos administrativos se clasifican según su contenido, a saber: los actos de **trámite o preparatorios**, aquellos que la administración emite previo a tomar una decisión final o definitiva sobre el fondo de un determinado asunto; los **definitivos o principales**, mediante

Expediente No.: 11001-3335-015-2020-00248-01
 Demandante: Judith Baquero Herrera
 Demandado: Hospital Militar Central
 Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

los cuales se define una situación jurídica, es decir, definen el fondo del asunto o hacen imposible continuar con una determinada actuación (artículo 43 de la Ley 1437 de 2011); por último, los **de ejecución**, a través de los cuales se da el cumplimiento de una decisión judicial o administrativa.

La anterior clasificación es importante en la medida que con esta se determina si el acto es susceptible de control judicial o no; siendo los actos definitivos o principales los que pueden ser objeto de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Al respecto, el Consejo de Estado ha considerado que **“los actos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son los actos definitivos, entendidos como toda manifestación de voluntad¹ general o eventualmente, concreta o específica, unilateral² de quienes ejercen funciones administrativas, que crean, reconocen, transmiten, modifican o extinguen derechos y obligaciones³ o situaciones jurídicas subjetivas”⁴.**

Ahora bien, frente al acto administrativo de reconocimiento y pago de cesantías, el Consejo de Estado ha determinado que es un acto definitivo que le permite al beneficiario conocer el régimen, el tiempo y los valores utilizados para hacer la liquidación. Por ejemplo, en el **auto del 22 de octubre de 2018, con radicación número 25000-23-42-000-2017-05425-01(4692-18)**, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, se indica:

*“En ese orden, en materia de cesantías cuando la autoridad territorial correspondiente, previo agotamiento del trámite previsto en el Decreto 2831 de 2005, expide el acto de reconocimiento de dicha prestación, en representación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, **decide de fondo sobre aquella.***

Es decir, el acto de reconocimiento y pago de cesantías es un acto administrativo definitivo, que le permite al beneficiario conocer el régimen, el tiempo y los valores utilizados para hacer la liquidación de la misma, de tal forma que si se encuentra inconforme o en desacuerdo con este puede recurrirlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, previo agotamiento de los recursos de la actuación administrativa, si a ello hubiere lugar.” (Se resalta).

Asimismo, ese Alto Tribunal ha aceptado que posterior al acto que define el reconocimiento y pago de las cesantías, pueden surgir hechos que le generen expectativas al beneficiario de incrementar la base porcentual de liquidación de las mismas, sobre el cual la Administración puede pronunciarse y expedir un nuevo acto administrativo susceptible de control judicial. Esta tesis fue acogida en la **sentencia del 4 de agosto de 2010, con radicación número 25000-23-25-000-2005-05159-01(0230-08)**, consejero ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, a saber:

“De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía, es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación,

¹ En palabras del Tratadista Luciano Parejo Alonso, “toda manifestación de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por una AP en ejercicio de una potestad administrativa”

² El Tratadista Jaime Orlando Santofimio, señala que es unilateral porque proviene exclusivamente por una sola vía, que para tal efecto es de la Administración. En el texto, Acto Administrativo publicado por la Escuela Judicial Lara Bonilla, se dice que “el acto administrativo unilateral sometido al control jurisdiccional, es el acto jurídico que al manifestar la voluntad de la Administración está destinado a producir efectos en derecho, pues contiene una decisión de naturaleza administrativa”

³ Conclusión obtenida de la lectura que sobre la Teoría del Acto Jurídico trata diferentes autores como Bonnecasse, Baudry Lacantinerie, Borja Soriano, Eduardo García De Enterría, Jaime Orlando Santofimio, Jaime Vidal Perdomo”.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “A”, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez (E), auto del 6 de agosto de 2015, Radicación No.: 41001-23-33-000-2012-00137-01(4594-13).

Expediente No.: 11001-3335-015-2020-00248-01
 Demandante: Judith Baquero Herrera
 Demandado: Hospital Militar Central
 Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

*Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. **Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.***

Teniendo como base el anterior planteamiento pasará la Sala a analizar lo ocurrido en este caso en particular, en el cual la actora, sometida al régimen salarial y prestacional previsto en el Decreto 53 de 1993, tenía derecho a que la administración le reconociera y cancelara anualmente el auxilio de cesantía acorde con la normatividad vigente para cada una de las anualidades por las que procedía el reconocimiento, tal y como en efecto ocurrió, según se desprende del contenido fáctico de la demanda. En ese contexto podría concluirse prima facie, que frente a los actos de reconocimiento, se configuró la caducidad de la acción de nulidad con restablecimiento, tal y como lo afirma la primera instancia en la sentencia con sustento en la ausencia de controversia frente a los actos anuales de reconocimiento.

Ocorre sin embargo, que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la administración su reconocimiento.

Para el caso en concreto, fue así como obró la demandante, motivando el pronunciamiento de la administración que hoy se está revisando y que fue demandado dentro del término de los cuatro meses que la ley prevé, sin que tampoco se hubiera verificado la prescripción, porque entre el momento en que surgió el derecho es decir, la ejecutoria de la sentencia del 14 de febrero de 20025,, que anuló la expresión “sin carácter salarial” que contenía el artículo 7 del Decreto 038 de 1999, y que consideró dicho porcentaje como parte integrante del salario, hasta la fecha en que se radicó solicitud de reliquidación -octubre 21 de 2004-, no transcurrió un tiempo superior a los tres años que como término prescriptivo resulta aplicable al tenor de lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

Con posterioridad a la sentencia de anulación citada en precedencia, se profirieron en los mismos términos la sentencia del 15 de abril de 20046, que anuló el artículo 8º del Decreto 2743 de 2000; la sentencia del 3 de marzo de 20057 que anuló los artículos 6º del Decreto 53 de 1993 y 7º de los Decretos 108 de 1994, 49 de 1995, 108 de 1996 y 52 de 1997; la sentencia del 13 septiembre de 20078 que anuló los artículos 7 y 8 de los Decretos 050 de 1998 y 2729 de 2001, respectivamente, concretándose así la expectativa del derecho que hoy se reclama de incluir el porcentaje del 30% en la base liquidatoria de las prestaciones sociales reconocidas por los años 1993 a 2001.

*Consecuente con lo anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencia anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, **no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió con posterioridad a este reconocimiento**”. (Negrillas de la Sala).*

Así las cosas, conforme a la referida jurisprudencia, la Resolución de reconocimiento y pago de las cesantías es un acto administrativo definitivo que determina la situación del empleado respecto a estas, incluyendo los valores aplicados para su liquidación, por lo tanto, dicho acto es el que puede demandarse ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Empero, pueden surgir hechos nuevos que

Expediente No.: 11001-3335-015-2020-00248-01
Demandante: Judith Baquero Herrera
Demandado: Hospital Militar Central
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

le genere una expectativa legítima al administrado de **incrementar porcentualmente la base de liquidación** de las cesantías, caso en el cual, la Administración expedirá un nuevo pronunciamiento susceptible de control judicial, previo al agotamiento de los recursos en sede administrativa.

En el caso en estudio, se observa que mediante la **Resolución 149 del 27 de febrero de 2019**, la Directora General del Hospital Militar Central le reconoció a la señora Judith Baquero Herrera un Auxilio de Cesantías y Prestaciones Sociales definitivas, cuya base de liquidación se conformó con los siguientes factores salariales:

CONCEPTOS	DEVENGADO	FACTOR
Sueldo Básico	\$ 1.515.625,00	\$ 1.515.625,00
Prima de Antigüedad	\$ 0,00	\$ 0,00
Subsidio de Alimentación	\$ 60.170,00	\$ 60.170,00
Auxilio de Transporte	\$ 97.032,00	\$ 97.032,00
Bonificación por Servicios Prestados	\$ 757.812,50	\$ 63.151,04
Prima de Servicios	\$ 867.989,02	\$ 72.332,42
Prima de Vacaciones	\$ 904.155,23	\$ 75.346,27
Prima de Navidad	\$ 1.883.656,73	\$ 156.971,39
Salario Base de Liquidación		\$ 2.040.628,12
VALOR CESANTIAS		\$ 58.157.901,00

OTROS PAGOS	
Prima de Navidad	\$ 156.971,00
Prima de Servicios	\$ 506.327,00
Prima de Vacaciones	\$ 452.078,00
Indemnización por Vacaciones	\$ 530.469,00
Bonificación Especial de Recreación	\$ 50.521,00
TOTAL PAGOS	\$ 1.696.366,00

El referido acto administrativo fue notificado personalmente el día **21 de marzo de 2019** a la señora Judith Baquero Herrera.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expide el **Decreto No. 1012 de 06 de junio de 2019**, “*Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos públicos de los empleados civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional*”. Así, en atención al reajuste en la asignación básica mensual que dispuso el referido Decreto, la Directora General del Hospital Militar Central expidió la **Resolución No. 1278 del 22 de octubre de 2019**, a través de la cual reliquidó lo reconocido y pagado por concepto de Auxilio de Cesantías a favor de la señora Judith Baquero Herrera. Para la nueva liquidación se tuvieron en cuenta los mismos factores salariales reconocidos en la Resolución 149 del 27 de febrero de 2019.

Sin embargo, la hoy demandante interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 1278 del 22 de octubre de 2019, solicitando se le incluyan en la base de liquidación **los recargos nocturnos, dominicales y festivos**. Petición que le fue negada a través de la **Resolución No. 060 del 6 de febrero de 2020**, en la que se resolvió no reponer la Resolución No. 1278 del 22 de octubre de 2019, al considerar que la inclusión de los referidos rubros debió cuestionarse en la Resolución No. 149 del 27 de febrero de 2019.

Expediente No.: 11001-3335-015-2020-00248-01
Demandante: Judith Baquero Herrera
Demandado: Hospital Militar Central
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

En ese sentido, la Sala observa que el Decreto No. 1012 del 06 de junio de 2019 no le generó una expectativa legítima a la actora de incluir en la base de liquidación del Auxilio de Cesantías los recargos diurnos, nocturnos, dominicales y festivos, pues con este solo se **reajustó la asignación básica mensual**, es decir, la pretensión de inclusión de los recargos diurnos, nocturnos, dominicales y festivos (que es lo que ahora se solicita en sede judicial), debió ser solicitada y debatida en los recursos contra la **Resolución No. 149 del 27 de febrero de 2019**, en la que se dispuso los factores salariales a tener en cuenta para liquidar el Auxilio de Cesantías. Y, si esta se negaba, demandar la nulidad de la Resolución No. 149 del 27 de febrero de 2019.

Ahora bien, en el recurso de alzada el apoderado de la señora Judith Baquero Herrera alega que con la demanda se pretende cuestionar la liquidación efectuada por el Hospital Militar Central en aplicación al ajuste de la asignación básica mensual reconocida en el Decreto No. 1012 del 06 de junio, pretensión diferente a la enunciada en el líbello inicial y, además, distinta a la cuestionada en sede administrativa⁵, toda vez que, se reitera, en el recurso de reposición y en el escrito de la demanda lo que se está solicitando es la inclusión de los recargos diurnos, nocturnos, dominicales y festivos en la base de liquidación del Auxilio de Cesantías Definitivas.

Es así como, le asiste razón al Juez Quince (15) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, D. C., en declarar probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, pues las Resoluciones No. 1278 del 22 de octubre de 2019 y No. 060 del 6 de febrero de 2020, se expidieron para aplicar el ajuste de la asignación básica mensual de la actora en la liquidación de sus cesantías definitivas, reconocido en el Decreto No. 1012 del 06 de junio de 2019, el cual no creó el derecho económico pretendido, este es, la inclusión de los recargos nocturnos, diurnos, dominicales y festivos en la base de liquidación de las cesantías.

En mérito de lo expuesto, la Sala

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR el auto proferido el treinta (30) de agosto de dos mil veintiuno (2021), por el Juzgado Quince (15) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, D. C., mediante el cual declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de demanda.

SEGUNDO.- Ejecutoriado el presente auto, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

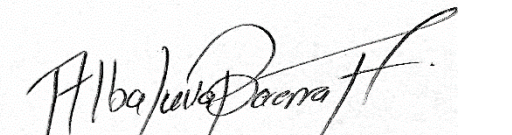
⁵ Se recuerda que el privilegio de la decisión previa o agotamiento de la vía administrativa es un requisito de procedibilidad de la demanda, el cual consiste en que las pretensiones que se quieran ventilar ante la jurisdicción han sido previamente solicitadas a la administración y, cuya decisión ha sido objeto de los recursos dispuestos en la ley, si a ellos hubiere lugar. En palabras del Consejo de Estado "(...) es un privilegio que el ordenamiento jurídico le concede a la administración y consiste en que, antes de que se la demande, se le debe dar la oportunidad de pronunciarse sobre las pretensiones y argumentos de oposición a las decisiones adoptadas en los actos administrativos, para que pueda revisarlas y, según el caso, revocarlas, modificarlas o aclararlas" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 16 de junio de 2011, Radicación No. 25000-23-27-000-2005-00630-01 (16754), C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas).

Expediente No.: 11001-3335-015-2020-00248-01
Demandante: Judith Baquero Herrera
Demandado: Hospital Militar Central
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

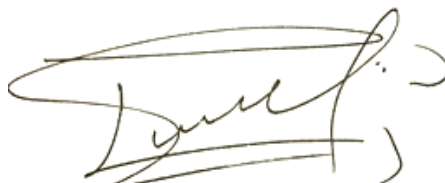
Cópiese, Notifíquese y Cúmplase
Aprobado mediante acta en sesión de la fecha



CERVELEÓN PADILLA LINARES
Magistrado



ALBA LUCÍA BECERRA AVELLA
Magistrada



ISRAEL SOLER PEDROZA
Magistrado

CPL/Erru.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN “D”

Bogotá, D. C., cuatro (04) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Expediente:	11001-33-42-056-2021-00076-01
Demandante:	Ronald David Galvis Herrera
Demandada:	Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

Conoce el Despacho del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto proferido dentro de la audiencia inicial celebrada el 07 de octubre de 2021, por el Juzgado Cincuenta y Seis Administrativo de Bogotá, mediante el cual negó el decreto de unos testimonios solicitados en el escrito de la demanda.

ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, Ronald David Galvis Herrera, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda en la cual solicitó la nulidad de la Resolución No. 2613 del 24 de septiembre de 2020, mediante la cual se le retira del servicio activo del Ejército Nacional por la causal de llamamiento a calificar servicios.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL a reintegrarlo sin solución de continuidad al cargo que venía desempeñando y sin que se afecte su antigüedad al grado de Teniente Coronel o en el grado en que se encuentren sus compañeros de curso. Igualmente, pide se reconozcan por concepto de lucro cesante futuro las primas, bonificaciones, prestaciones, aportes a seguridad social, cesantías, intereses y demás ventajas económicas que le asisten como oficial superior desde la finalización de los tres meses de alta hasta que se profiera sentencia que ponga fin al proceso.

Asimismo, pretende se le reconozca la suma de 50 SMLMV a título de daño moral, se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, que las sumas pagadas sean ajustadas de acuerdo al Índice de Precios al Consumidor y se condene en costas a la entidad demandada.

EL AUTO APELADO

La Juez Cincuenta y Seis Administrativa de Bogotá, mediante auto dictado en el desarrollo de la audiencia inicial celebrada el día 07 de octubre de 2021, en la etapa de pruebas, denegó el decreto de los testimonios de los señores: Eduardo Enrique Zapateiro Altamiranda, Luis Emilio Cardoso Santamaría, Mauricio Esteban Ruiz, César Orlando Suárez Bautista, Diego Leonardo Mejía Gómez, Jairo Antonio Castillo Colorado, Edgar Alberto Rodríguez Sánchez, Iván Delascar Hidalgo Giraldo y Darwin Alberto Alfonso Torres solicitados en el escrito de demanda.

Expediente No. 2021-00076

Al respecto adujo que el artículo 212 del Código General del Proceso en el inciso primero señala: «Cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio, residencia o lugar donde pueden ser citados los testigos, y enunciarse concretamente los hechos objeto de la prueba.», concluyendo que la solicitud de prueba del demandante consistente en la recepción de los testimonios de los señores antes mencionados no cumple en estricto sentido con lo preceptuado en el ya citado artículo 212, debido a que no enuncia los hechos objeto de la prueba. (Acta de audiencia inicial y video de la audiencia inicial - expediente digital - SAMAI).

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** apeló la decisión de no decretar los testimonios, indicando que los medios de prueba solicitados en la demanda permiten inferir cual es la finalidad y sobre que aspectos concretos se quieren probar con las declaraciones, por lo cual se entiende que lo que se busca es que estas personas depongan sobre el desempeño y la trayectoria del oficial demandante. Asimismo, sostiene que estos funcionarios realizaron los procedimientos de revisión de trayectoria de los Oficiales, por ende, son ellos quienes deben explicar cómo hicieron el análisis de la trayectoria del demandante, a fin de determinar si cumplieron con los protocolos establecidos para ello y establecer si omitieron algún detalle que diera lugar a la recomendación del retiro por llamamiento a calificar servicio del servicio actor.

TRASLADO DEL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la **parte demandada** señaló que los testimonios no son la prueba conducente ni pertinente para demostrar las calidades del demandante, ya que ellas se encuentran reflejadas en la hoja de vida, además establece que lo que se debate es la legalidad del retiro por llamamiento a calificar, que no es una sanción y no está relacionado con las calidades del demandante, las cuales no se discuten en el presente proceso.

CONSIDERACIONES

Procede el Despacho a establecer si en el *sub lite* se encuentra ajustada a derecho la decisión del a quo de **no decretar los testimonios** solicitados de algunos miembros evaluadores de las trayectorias de los Oficiales, para explicar el trámite que desarrollaron para materializar dicha evaluación.

El **artículo 62 de la Ley 2080 de 2021**, modificó el **artículo 263 de la Ley 1437 de 2011**, así:

«**ARTÍCULO 62. Modifíquese el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011**, el cual quedará así:

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

1. El que rechace la demanda o su reforma, y el que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo.
2. El que por cualquier causa le ponga fin al proceso.

Expediente No. 2021-00076

3. El que apruebe o impruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales. El auto que apruebe una conciliación solo podrá ser apelado por el Ministerio Público.
4. El que resuelva el incidente de liquidación de la condena en abstracto o de los perjuicios.
5. El que decrete, deniegue o modifique una medida cautelar.
6. El que niegue la intervención de terceros.
7. **El que niegue el decreto o la práctica de pruebas.**
8. Los demás expresamente previstos como apelables en este código o en norma especial.» (Negrilla de la Sala)

Como se observa, el mentado artículo se refirió a los autos susceptibles de apelación, dentro de los cuales aparece en el numeral séptimo, “el que niegue el decreto o la práctica de pruebas”, por ende, respecto del mismo le corresponde pronunciarse a este Despacho como superior jerárquico del *a quo*, en la medida que el auto que decida el recurso de apelación de una denegación de pruebas no aparece enlistado en el numeral 2 del artículo 125 del CPACA, modificado por el artículo 20 de la ley 2080 de 2021¹, como aquellas providencias que deben proferirse por las salas, secciones o subsecciones.

De este modo, se recuerda que los testimonios que fueron rechazadas por parte del *a quo* pretenden debatir el procedimiento administrativo por medio del cual se recomendó según Acata No. 009 el retiro del servicio de Ronald David Galvis Herrera, que se materializó a través de la Resolución No. 2613 del 24 de septiembre de 2020, se observa que el demandante justifica la procedencia de los mismos aduciendo «que tienen como finalidad demostrar los hechos de la demanda, los cargos del medio de control propuesto y la vulneración de las garantías de mi cliente [...]».

Frente a los testimonios que la juez de primera instancia no decretó, debe señalarse entonces, que el artículo 168 del C.G.P., aplicable por la remisión expresa del artículo 211 del C. P. A. C. A., dispone:

«El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.»

De otra lado, el artículo 213 del Código General del Proceso señala que el juez ordenará la práctica del testimonio solicitado cuando la petición del mismo reúna

1 ARTÍCULO 20. Modifíquese el artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así:

ARTÍCULO 125. De la expedición de providencias. La expedición de las providencias judiciales se sujetará a las siguientes reglas:

1. Corresponderá a los jueces proferir los autos y las sentencias.
2. **Las salas, secciones y subsecciones dictarán las sentencias y las siguientes providencias:**
 - a) Las que decidan si se avoca conocimiento o no de un asunto de acuerdo con los numerales 3 y 4 del artículo 111 y con el artículo 271 de este código;
 - b) Las que resuelvan los impedimentos y recusaciones, de conformidad con los artículos 131 y 132 de este código;
 - c) Las que resuelvan los recursos de súplica. En este caso, queda excluido el despacho que hubiera proferido el auto recurrido;
 - d) Las que decreten pruebas de oficio, en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 213 de este código;
 - e) Las que decidan de fondo las solicitudes de extensión de jurisprudencia;
 - f) En las demandas contra los actos de elección y los de contenido electoral, la decisión de las medidas cautelares será de sala;
 - g) Las enunciadas en los numerales 1 a 3 y 6 del artículo 243 cuando se profieran en primera instancia o decidan el recurso de apelación contra estas;
 - h) El que resuelve la apelación del auto que decreta, deniega o modifica una medida cautelar. En primera instancia esta decisión será de ponente.
3. Será competencia del magistrado ponente dictar las demás providencias interlocutorias y de sustanciación en el curso de cualquier instancia, incluida la que resuelva el recurso de queja.

Expediente No. 2021-00076

los requisitos previstos en el artículo 212 *ibídem*, referidos a la indicación del nombre, domicilio, residencia o lugar donde puedan ser citados **y los hechos objeto de la prueba**, siendo posible limitar la recepción de éstos cuando el operador judicial considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de la prueba.

Así las cosas, el Despacho considera que la prueba testimonial solicitada por la parte demandante no cumple con las exigencias prevista en el mencionado artículo 212 del Código General del Proceso, toda vez que en la justificación de la prueba se limita a establecer que los testimonios solicitados tienen por objeto demostrar los hechos de la demanda, los cargos del medio de control propuesto y la vulneración de las garantías, pero no señala de manera clara y precisa lo que se pretende demostrar con cada uno de los testimonios. En consecuencia, el Despacho encuentra que la decisión del *a quo* de negar el decreto de los testimonios pedidos en el escrito de demanda se ajusta a derecho.

Aunado, los testimonios que el demandante pretende que se decreten según lo manifestado en el recurso de apelación buscan indagar sobre los actos previos a la Resolución No. 2613 del 24 de septiembre de 2020, “Por la cual se retira del servicio activo a unos Oficiales Superiores del Ejército Nacional”, esto es, sobre el procedimiento de evaluación de la trayectoria profesional de los oficiales, pues las personas llamadas a rendir testimonios hicieron parte de la Junta de Evaluación y Clasificación para Oficiales del Ejército Nacional. Por lo tanto, los testigos se pronunciarían sobre actos administrativos que no fueron censurados en el proceso del epígrafe.

Adicionalmente, como los fundamentos que motivaron la expedición del acto administrativo demandado, citado en precedencia, están plasmados en el acta proferida por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, se considera que en efecto, citarlos en el trámite de este proceso a cuestionarlos sobre los referidos fundamentos sería en este caso inútil o superfluo.

A más de los argumentos dados en los párrafos precedentes, los **artículos 167 y 168 del Código General del Proceso**, sobre la carga de la prueba y el rechazo de las pruebas establecen que: “[...]Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. [...] **Artículo. 168. El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.**” (Se destaca ahora).

De la norma citada en el párrafo anterior, se desprende que el juez podrá rechazar o negar el decreto de algunas pruebas siempre que las encuentre impertinentes, inconducentes, superfluas o inútiles, empero, a través de providencia motivada, tal como en este caso ocurrió.

Finalmente, la Corte Constitucional ha explicado que las carencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: i) **una omisión judicial, como puede ser cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional**

Expediente No. 2021-00076

y caprichosa o puede ser por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria; ii) o por vía de una acción positiva, que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución., o por la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto, y iii) defecto fáctico por desconocimiento de las reglas de la sana crítica². (Negrilla propia).

No obstante, da cuenta este Despacho que la providencia recurrida que negó el decreto de la prueba testimonial en el proceso objeto de estudio, no obedeció a una decisión irracional, arbitraria y/o caprichosa del juez *a quo*, pues por el contrario, estuvo debidamente motivada, en los términos del artículo 168 del Código General del Proceso. En este sentido, en la **sentencia T-237 de 2017**, con ponencia del Magistrado Iván Humberto Escrucería Mayolo, la Corte Constitucional explicó lo siguiente:

«La jurisprudencia constitucional acerca del deber de motivar las decisiones judiciales ha precisado que la exposición de las razones que llevaron a tomar una determinada decisión se erige como la mejor garantía para distinguir lo legal de lo arbitrario. Por ello, los jueces deben identificar en sus decisiones cuáles son las razones de hecho y de derecho que están empleando para la resolución de un caso, porque en un Estado social y democrático de derecho están prohibidas las decisiones basadas en el poder puramente personal y es apenas lógico que los operadores judiciales estén obligados a exponer de manera clara cuáles son las bases lógicas y silogísticas de sus fallos como prenda del efectivo imperio de la legalidad en el seno de la sociedad.»

Por las anteriores razones, este Despacho concluye que le asiste razón al juez de primera instancia y, en consecuencia, en la parte resolutive del presente proveído se confirmará el auto apelado mediante el cual se negó el decreto de unos testimonios.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO.- SE CONFIRMA el auto proferido en el desarrollo de la audiencia inicial celebrada el día 07 de octubre de 2021, por el Juzgado Cincuenta y Seis Administrativo de Bogotá, mediante el cual negó el decreto de unos testimonios.

SEGUNDO.- En firme el presente auto, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

² Sentencia T-117 de 2017.

Expediente No. 2021-00076

Notifíquese y Cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Cerveleón", enclosed within a large, loopy oval stroke.

CERVELEÓN PADILLA LINARES
Magistrado

CPL/App