



Arauca, Arauca, 05 de octubre de 2020

Asunto : **Resuelve excepción previa**
Radicado No. : 81 001 3331 001 2018 00211 00
Demandante : Jhon Freddy Clavijo Cruz
Demandado : Nación- Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho

Procede el Despacho a resolver la excepción propuesta dentro del asunto de la referencia:

ANTECEDENTES

1. La Nación- Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, en la contestación de la demanda propuso la excepción de «*CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*» (Pág. 2 del archivo digital -contestación Ejército-); de la cual se corrió traslado a la parte demandante por Secretaría (pág.3 archivo digital -excepciones-), sin que se pronunciara al respecto.

Expone su fundamento en relación con el fenómeno de caducidad, refiere las características doctrinales de esa figura procesal y transcribe el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA).

Frente al caso en concreto, explica que su disenso se enfoca a cuestionar que el demandante ataca entre otros actos, el acta No. 03537 del 21 de octubre de 2017, por medio del cual no se considera para ascenso al actor y el radiograma No. 20173055191503 del 27 de octubre de 2017 por medio del cual se le informa que se mantiene la decisión de no ascenderlo.

En ese sentido, considera que el actor tenía hasta el 28 de febrero de 2018 para presentar la demanda. Resalta que la solicitud de conciliación se presentó el 02 de abril de 2018 ante la Procuraduría Judicial para asuntos administrativos de Arauca, y la demanda se radicó ante el centro de servicios judiciales el 28 de mayo de 2018, por lo cual a su entender se configura la caducidad.

CONSIDERACIONES

1. Aplicación del Decreto Legislativo 806 de 2020.

El DL 806 de 2020 es una norma con fuerza de ley expedida por el Presidente de la República dentro del Estado de excepción declarado mediante Decreto 637 de 2020, a causa de la pandemia provocada por el Covid-19.

Dicho decreto legislativo, por su naturaleza suspende las leyes vigentes sobre la misma materia, mientras este permanezca vigente. Según el mismo DL 806/2020, estará en vigor 2 años desde su promulgación (art. 16) que ocurrió el 04 de junio de

2020. Como una de las reglas que varió el citado Decreto fue la relacionada con el tratamiento de las excepciones previas en la jurisdicción contenciosa administrativa, todo lo dispuesto al respecto en el CPACA pierde vigencia.

En efecto, antes las excepciones previas se decidían únicamente en la audiencia inicial, pero con la reforma, solo se resuelven en tal momento aquellas en las que deban practicarse pruebas, las demás, se definen mediante auto escrito precedente a dicha audiencia (art. 13 DL 806/2020, conc. art. 101 del CGP)

Este cambio procesal resulta aplicable al presente caso, en consideración a que, si bien dentro del proceso ya se había convocado a las partes a audiencia inicial para el pasado 28 de mayo de 2020, esta no se instaló por la suspensión de términos judiciales ampliamente conocida. Así que, conforme al actual artículo 40 de la ley 153 de 1887, la presente etapa procesal (decisión de excepciones previas) debe seguir las reglas del DL 806/2020, vigente ahora que se han reanudado los términos.

Por esta razón, no se reprogramará la comentada audiencia inicial, sino que se procederá a decidir las excepciones previas formuladas dentro del caso, toda vez que no hay pruebas por practicar para solventarlas.

2. Solución de la excepción previa. Caducidad.

2.1. De conformidad con el art. 43 del CPACA, los actos definitivos son aquellos «*que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*». En oposición a estos están los actos de puro trámite y los preparatorios, los cuales se caracterizan por contener una decisión de impulso, o de gestación del acto definitivo, respetivamente.

Además, la jurisprudencia ha precisado que solo son sujetos de control judicial los actos de carácter definitivo¹, al tener la capacidad de alterar el ordenamiento jurídico. Los demás no son impugnables ante la jurisdicción.

2.2. Para resolver la mencionada excepción es menester revisar la jurisprudencia del Consejo de Estado¹ en relación con la naturaleza jurídica de los actos administrativos que emiten las juntas de asesoras del Ministerio de Defensa.

«Las actas de las Juntas Asesoras del Ministerio de Defensa son actos de trámite
(...)

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 deberán 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 del carácter vinculante de los actos que crean, modifiquen o extinguen directa o**

¹ CE. Secc II, Subsección A. Sentencia del 26 de abril de 2018, MP: William Hernández Gómez. Radicación número: 18001-23-31-000-2011-00044-01(1237-16)

indirectamente situaciones jurídicas, lo que determina que no sean pasibles 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 Ministro 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 descrito, 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 acto administrativo, pues sería viable la existencia jurídica separada e independiente dado que puede darse el concepto sin la decisión de retiro» (Resaltado del Despacho)

2.3. En realidad, en criterio de este Juzgado, las recomendaciones de las juntas asesoras en materia de ascensos, no son actos de trámite, pero sí preparatorios, en la medida que son un insumo esencial para el mando militar, sin comportar la decisión en sí. Estos actos no cierran el proceso, ya que este culmina con el acto administrativo, en este caso, el Decreto mediante el cual se define la lista del personal a ascender. Y no son actos de trámite, porque no son de mero impulso, son más trascendentales, en tanto lo absorbe el acto final como motivación, manteniendo en todo caso, su carácter de previo a la decisión última.

Así las cosas, tanto el Acta No. 03537 del 21 de octubre de 2017 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, como el radiograma No. 20173055191503 del 27 de octubre de 2017, son actos preparatorios, no susceptibles de control judicial autónomo, dada su naturaleza de actos que carecen en sí mismos del carácter vinculante. En tal sentido, someterlos a estudio de caducidad, sería otorgarles atributos de actos administrativos definitivos, que son los idóneos de llevarse a control jurisdiccional, como en efecto se hizo con la Resolución No 902 del 14 de febrero de 2018, que retira del servicio activo al actor para llamarlo a calificar servicios, la cual le fue notificada personalmente el 15 de febrero de 2018 (pág. 106 -archivo digital anexos demanda)

Bajo las precisiones anteriores, no es factible declarar la excepción de caducidad deprecada por la apoderada de entidad demandada.

Por lo expuesto, se declarará no probada la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el presente asunto.

En consecuencia, se

RESUELVE

PRIMERO: Declarar no probada la excepción de caducidad propuesta por la entidad demanda, de conformidad con lo expuesto en la presente providencia.

SEGUNDO: En firme la presente decisión, vuelva el asunto al despacho para continuar con el proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

**JOSE ELKIN ALONSO SANCHEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 001 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE ARAUCA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **92443eff3be7373c50e01e8c9eb13daa2930237717874a7e418f575a950f2ee**
Documento generado en 05/10/2020 07:30:59 p.m.