

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA FALLO DISCIPLINARIO DICTADO EN  
AUDIENCIA DENTRO DE PROCESO VERBAL – Debe formularse en la audiencia / MEDIO  
DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Requisito de  
procedibilidad. Agotamiento de la vía gubernativa / FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA  
GUBERNATIVA – Rechazo de la demanda

Se colige que en el presente asunto la decisión sancionatoria se dictó oralmente en la audiencia llevada a cabo el 4 de noviembre de 2015, y de acuerdo al artículo 106 de la Ley 734 de 2002 las decisiones que se profieran en audiencia pública o en el curso de cualquier diligencia de carácter verbal se consideran notificadas a todos los sujetos procesales inmediatamente se haga el pronunciamiento, se encuentren o no presentes y bajo ese entendido será en ese momento procesal en el cual se deberán interponer los recursos de ley.(...). Como en el caso analizado no se presentó el recurso de apelación contra el fallo disciplinario de primera instancia, el cual es obligatorio para que se entienda concluido el procedimiento administrativo, y además constituye un requisito previo para demandar a voces del numeral 2 del artículo 161 del CPACA, procedía el rechazo de la demanda, tal como lo hizo el a quo. Sobre este punto se reitera, que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular, se encuentra consagrado como requisito de procedibilidad para el ejercicio del medio de control, el que se hayan ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley son obligatorios, es decir, se debió interponer el recurso de apelación contra la decisión disciplinaria de primera instancia.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 43 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO  
76 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 87 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 161 ORDINAL  
2 / LEY 734 DE 2002 – ARTÍCULO 115

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 52001-33-33-000-2016-00625-01(1175-17)

Actor: WILBER PRADO RODRÍGUEZ Y CARLOS JOSUÉ GUTIÉRREZ

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Tema: Rechazo de demanda – Requisito de procedibilidad

Ley 1437 de 2011

Auto interlocutorio O-0114-2018

ASUNTO

El Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido el 12 de diciembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Nariño que rechazó la demanda al no haberse acreditado el cumplimiento del requisito para demandar, previsto en el numeral 2 del artículo 161 del CAPCA.

## ANTECEDENTES

Demanda[1].

Los señores Wilber Prado Rodríguez y Carlos Josué Gutiérrez presentaron demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con el objeto de obtener la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Proceso disciplinario IUC-D-2014-596-723981 en razón al trámite distinto que se presentó, la ausencia de defensa técnica y transgresión al principio de proporcionalidad.
- Audiencia de 4 de noviembre de 2015 por medio de la cual se sancionó y destituyó a los demandantes, por la evidente falta de defensa técnica y material del proceso.

A título de restablecimiento del derecho solicitan i) la eliminación de los nombres de los demandantes como responsables disciplinarios en todos los sistemas de información competentes, ii) reconocimiento de la suma de 100 smlmv por perjuicios morales por la decisión disciplinaria injusta e improcedente realizada.

## PROVIDENCIA IMPUGNADA[2]

El Tribunal Administrativo de Nariño a través de auto de 12 de diciembre de 2016 rechazó la demanda al no haberse acreditado el cumplimiento del requisito previo para demandar consagrado en el numeral 2 del artículo 161 del CPACA.

Precisó que en lo que se refiere a la interposición de recursos en sede administrativa como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción contenciosa, el artículo 76 del CPACA prevé que cuando el recurso de apelación proceda, será obligatorio.

Indicó que la norma especial, esto es la Ley 734 de 2002, en sus artículos 110 y siguientes señalan que si la notificación de la decisión se hace en estrados, los recursos deberán interponerse y sustentarse en el curso de la diligencia y además que el de apelación procede contra los fallos de primera instancia.

Citó el contenido del numeral 2 del artículo 161 del CPACA para exponer que los recursos en sede administrativa son un presupuesto de la acción y en ese sentido cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo de carácter particular, previamente deben haberse ejercido y decidido los recursos obligatorios conforme a la ley.

Explicó que en el caso bajo análisis se pretende la nulidad del fallo disciplinario de primera instancia de 4 de noviembre de 2015 el cual fue proferido en audiencia y notificado en estrados, sin embargo frente a dicha decisión no se interpuso el recurso de apelación el cual era obligatorio.

## RECURSO DE APELACIÓN[3]

La parte demandante formuló recurso de apelación contra la decisión anterior para lo cual manifestó que no puede la administración de justicia hacer un juicio de reproche a los

demandantes, por la no presentación de los recursos de apelación ya que fue una audiencia verbal donde no estuvieron presentes y no son abogados, ellos confiaron en un defensor y no conocían ni sabían las implicaciones que tendría el no poder apelar en esa misma escena procesal.

Citó apartes jurisprudenciales y doctrinarios relacionados con el desconocimiento del derecho de defensa, en el momento de la notificación por estrados de la audiencia verbal, para luego agregar que en cada actuación disciplinaria debe existir la presencia de un abogado que imparta garantías procesales a los investigados, o en su defecto, un estudiante de consultorio jurídico como lo prescribe el artículo 17 del CDU, que puedan dar lugar a respetar los derechos, y agregó «[...] que si en gracia de discusión o se entiende que este derecho es aplicable para que se proceda a conceder la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no obstante no haberse incoado el recurso de apelación, ya que hubo imposibilidad física y material de realizarlo, por la ausencia del defensor y los investigados, podría plantearse la excepción de inconstitucionalidad del supuesto de hecho y su consecuencia jurídica, la cual interpretamos como errónea, dando lugar entonces a que se respeten los derechos [...]».

## CONSIDERACIONES

### Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 12 de diciembre de 2016 a través del cual se rechazó la demanda al no haberse acreditado el cumplimiento del requisito para demandar, previsto en el numeral 2 del artículo 161 del CAPCA.

### Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

Para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que presentaron los señores Wilber Prado Rodríguez y Carlos Josué Gutiérrez, ¿se demostró el agotamiento del requisito de procedibilidad consagrado en el numeral 2 del artículo 161 del CPACA, es decir, se acreditó que respecto al acto administrativo particular demandado se ejerció el recurso de apelación que de acuerdo con la ley es obligatorio?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: En razón a que los señores Wilber Prado Rodríguez y Carlos Josué Gutiérrez no presentaron recurso de apelación contra el fallo disciplinario proferido el 4 de noviembre de 2015 por la Procuraduría Provincial de Tumaco, el cual es obligatorio, no se acreditó el requisito de procedibilidad que consagra el numeral 2 del artículo 161 del CPACA. Lo anterior se sustenta en las siguientes razones:

El artículo 161 numeral 2 del CPACA regula como requisito previo para demandar, haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios cuando se formulen pretensiones relativas a la nulidad de un acto administrativo.

«Artículo 161. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

[...]

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberá haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. [...]» (Resalta la Sala)

Por su parte, el artículo 87 del CPACA, prescribe lo siguiente respecto a la conclusión del procedimiento administrativo:

«Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente a su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueren interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos,
5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.» (Subraya la Sala).

Y el artículo 43 ibídem señala:

« Artículo 43. Actos definitivos. Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible seguir su actuación»

De las normas transcritas se puede concluir sin mayores argumentos, que un acto administrativo adquiere firmeza, entre otros, cuando no procede ningún recurso, cuando se hubieren decidido los interpuestos o se hubiere renunciado expresamente a ellos y bajo esas premisas quedará entonces el acto definitivo que será susceptible de ser demandado a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contemplado en el artículo 138 del CPACA.

Es importante igualmente hacer referencia a la parte final del artículo 76 del CPACA en relación con la obligatoriedad de presentar los recursos en el procedimiento administrativo, el referido precepto dice « [...] Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.» de lo cual se concluye que el recurso de apelación sí lo es.

Ahora, respecto a este recurso que resulta obligatorio para concluir el procedimiento administrativo el artículo 115 de la Ley 734 de 2002 prescribe:

« [...] ARTÍCULO 115. RECURSO DE APELACIÓN. El recurso de apelación procede únicamente contra las siguientes decisiones: la que niega la práctica de pruebas solicitadas en los descargos, la decisión de archivo y el fallo de primera instancia. [...] »

(Subraya la Sala).

Para un mejor entendimiento del problema jurídico planteado, se hará precisión sobre los presupuestos fácticos del presente asunto:

- A través de auto de 14 de septiembre de 2015[4], la Procuraduría Provincial de Tumaco en el proceso disciplinario IUC: D-2014-596-723981, por petición que presentaron los acá demandantes, les fue designado como defensor de oficio al abogado Fernando Reineiro Cabezas, con el fin de garantizar el derecho de defensa de los disciplinados.
- Más adelante según el acta de audiencia celebrada el 21 de septiembre de 2015 se indicó lo siguiente al momento de verificar la asistencia[5]:

«[...] Igualmente se hace presente el doctor HAROLD ANDRÉS CAICEDO HURTADO, identificado con cédula de ciudadanía N° 16.289.223, portador de la T.P. 156357 del Consejo Superior de la Judicatura quien hace entrega de un poder otorgado por los señores CARLOS JOSUÉ GUTIÉRREZ CUERO y WILBER PRADO GUTIÉRREZ.

De acuerdo con lo anterior la Procuradora Provincial de Tumaco (N), procede a reconocer personería jurídica para actuar al abogado [...]

El doctor FERNANDO REINEIRO CABEZAS LANDAZURI, se retira de la audiencia en razón a que los investigados cuentan con abogado de confianza. [...]

- En decisión disciplinaria de primera instancia de 4 de noviembre de 2015, se sancionó al señor Carlos Josué Gutiérrez, en su condición de alcalde municipal de Mosquera, con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 5 meses, y al señor Wilber Prado Rodríguez con destitución en el cargo de tesorero municipal de Mosquera e inhabilidad general por el término de 10 años[6].

En la referida acta se lee lo siguiente:

« [...] Se deja constancia que el doctor HAROLD ANDRÉS CAICEDO HURTADO, identificado con cédula de ciudadanía N° 16.289.223, portador de la T.P. 156357 del Consejo Superior de la Judicatura, defensor de los señores CARLOS JOSUÉ GUTIÉRREZ CUERO y WILBER PRADO RODRÍGUEZ, no asiste a la presente diligencia, habiéndosele notificado por estrados la realización de la misma en audiencia de 27 de octubre de 2015 (fs. 204-205 cuaderno 2).

Igualmente se le comunicó mediante oficio PPT 1917 del 27 de octubre de 2015, recibido el mismo el 3 de noviembre de 2015 a las 5:20 p.m. (fs 218 cuaderno 2).

Igualmente se hace constar que los señores CARLOS JOSÉ GUTIÉRREZ CUERO y WILBER PRADO RODRÍGUEZ, se les comunicó la realización de la presente diligencia mediante comisión enviada al Juzgado Promiscuo Municipal de Mosquera como se observa en los folios 215 y 216 del cuaderno 2 del paginario. [...]» (Subraya la Sala).

En atención a lo expuesto, se colige que en el presente asunto la decisión sancionatoria se dictó oralmente en la audiencia llevada a cabo el 4 de noviembre de 2015, y de acuerdo al artículo 106 de la Ley 734 de 2002 las decisiones que se profieran en audiencia pública o en el curso de cualquier diligencia de carácter verbal se consideran notificadas a todos los sujetos procesales inmediatamente se haga el pronunciamiento, se encuentren o no presentes y bajo ese entendido será en ese momento procesal en el cual se deberán interponer los recursos de ley.

Por lo tanto, si bien en el presente asunto no se debate la vulneración, o no derechos

fundamentales, es importante señalar que no obstante haberse dado las garantías mínimas a los investigados, esto es se notificó en debida forma la fecha de continuación de la audiencia tanto a éstos como a su apoderado; el abogado defensor no asistió a la audiencia, en consecuencia la eventual falta de diligencia o desatención del proceso no es un asunto que corresponda abordarse en el sub lite[7].

Bajo los presupuestos normativos atrás citados, como en el caso analizado no se presentó el recurso de apelación contra el fallo disciplinario de primera instancia, el cual es obligatorio para que se entienda concluido el procedimiento administrativo, y además constituye un requisito previo para demandar a voces del numeral 2 del artículo 161 del CPACA, procedía el rechazo de la demanda, tal como lo hizo el a quo.

Sobre este punto se reitera, que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular, se encuentra consagrado como requisito de procedibilidad para el ejercicio del medio de control, el que se hayan ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley son obligatorios, es decir, se debió interponer el recurso de apelación contra la decisión disciplinaria de primera instancia.

En conclusión: Para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que presentaron los señores Wilber Prado Rodríguez y Carlos Josué Gutiérrez no se demostró el agotamiento del requisito de procedibilidad consagrado en el numeral 2 del artículo 161 del CPACA, es decir, no se acreditó que respecto al acto administrativo disciplinario de primera instancia, se hubiera ejercido el recurso de apelación que de acuerdo con la ley es obligatorio.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden, se confirmará el auto proferido el 12 de diciembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Nariño, que rechazó la demanda al no haberse acreditado el cumplimiento del requisito previo para demandar previsto en el numeral 2 del artículo 161 del CPACA y dio por terminado el proceso.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A,

**RESUELVE**

Primero: Confirmar el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño el 12 de diciembre de 2016, que rechazó la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentaron Wilber Prado Rodríguez y Carlos Josué Gutiérrez contra la Procuraduría General de la Nación, al no haberse acreditado el cumplimiento del requisito previo para demandar dispuesto en el numeral 2 del artículo 161 del CPACA.

Segundo: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa "Justicia Siglo XXI" y ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

[1] Folios 2 a 14.

[2] Folios 541 a 543.

[3] Folios 547 a 549.

[4] Folio 241

[5] Folios 326 a 331.

[6] Folios 451 a 487.

[7] En el proceso disciplinario se ordenó compulsar copias al Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño para que se investigara la conducta del abogado Harold Andrés Caicedo Hurtado y se determine si pudo incurrir en alguna conducta que amerite reproche disciplinario (folios 486 y 489).



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores

ISSN 2256-1633

Última actualización: 30 de septiembre de 2024 - (Diario Oficial No. 52.869 - 4 de septiembre de 2024)

