

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de dos mil catorce (2014)

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELLILA MORENO

REF: Radicación No. 25000232400020070011401
Recurso de apelación contra la sentencia de 1 de julio de 2010,
proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Actor: JOHNNY PETER HESHUSIUS LOGREIRA - HILDA GLADYS
ADRIANA PINZÓN LÓPEZ

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la demandante – **JOHNNY PETER HESHUSIUS LOGREIRA y OTRO** –, contra la sentencia proferida el 1 de julio de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda en los siguientes términos:

“PRIMERO. NIÉGASE la excepción de inepta demanda por falta de requisitos sustantivos propuesta por la Alcaldía Municipal de Chía – Cundinamarca.

SEGUNDO: DECLARÁSE probada, de oficio, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, por no haberse demandado la totalidad de los actos administrativos proferidos en la vía gubernativa.

TERCERO.- RECONÓZCASE personería para actuar en el proceso a la doctora Lorena Yanet Ariza Piñerez, como apoderada de la Alcaldía de Chía – Cundinamarca, en los términos y para los fines del poder conferido y visible a folio 395 del cuaderno principal.

CUARTO.- Sin costas por la actuación probada de las partes.

QUINTO.- EN firme esta providencia archívese el expediente (fls. 447 y 448, cdno. 1).

I-. ANTECEDENTES

I.1. Mediante escrito presentado ante la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 2 a 34, cdno. 1), los señores **JHONNY PETER HESHUSIUS LOGREIRA** e **HILDA GLADYS ADRIANA PINZÓN LÓPEZ**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo – C.C.A., presentaron demanda contra el **MUNICIPIO DE CHÍA**, con miras a obtener la siguiente declaratoria:

“Primera Pretensión Principal: Que se decrete la nulidad de la Resolución No. 364 del 28 de Mayo de 2006 expedida por la Oficina de Planeación Municipal de Chía, por medio de la cual se niega una solicitud de Licencia de Construcción para Obra Nueva.

Segunda Pretensión Principal: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 1607 del 14 de Noviembre de 2006, expedida por la Alcaldía Municipal de Chía, por medio de la cual se resuelve el recurso de Apelación interpuesto en contra de la Resolución No. 364 del 28 de Mayo de 2006.

Tercera Pretensión Principal: Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los anteriores actos administrativos, se restablezca en su derecho a mis representados, ordenando la expedición del acto administrativo por medio del cual se concede la licencia de construcción solicitada.

Cuarta Pretensión Principal: Se condene a la entidad demandada al pago de los intereses comerciales y moratorios establecidos en el Artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, que se causen entre la fecha de ejecutoria de la sentencia y la fecha efectiva de pago de las condenas indemnizatorias citadas en las pretensiones de la demanda.

Quinta Pretensión Principal: Que se condene en costas y agencias en derecho a la Curadora demandada.

Primera Pretensión Subsidiaria de la Tercera Pretensión Principal: En caso que la Pretensión Tercera Principal no prospere, subsidiariamente solicito que como consecuencia de la declaratoria de nulidad señalada en las pretensiones primera, y segunda principales, se restablezca en el derecho a mis representados, a través del pago de una indemnización de perjuicios por daño emergente y lucro cesante derivados de la Negación de la Solicitud de Licencia de Construcción, perjuicios estimados en la suma de:

1. Daño Emergente: Corresponde a todos los gastos ocasionados a la fecha, que tengan relación de causalidad con el proyecto denominado Urbanización Hacienda Don Carlos .

El cual se estima en la suma de Ochocientos ocho millones, seiscientos setenta y cinco mil doscientos pesos m/cte (\$808.675.200) invertida en el proyecto a realizarse.

2. Lucro Cesante: Corresponde a las ganancias dejadas de percibir ante la imposibilidad de la terminación de las obras del proyecto y sus ganancias. El cual estima en la suma de setecientos veintiún millones, trescientos un mil, doscientos ochenta pesos (\$721.301.280)".

I.2. El actor se fundamentó en los siguientes hechos:

2.1.- En cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos por el Decreto 1600 de 2006, el día 27 de octubre de 2005, fue radicada bajo el número 097751/05, la solicitud de licencia de parcelación para el predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50N-20058333 y cédula catastral 00-00-0006-0138-000, lote número cuatro (4) sin dirección, ubicado en la Vereda de Yerbabuena del Municipio de Chía, para desarrollar el Proyecto denominado CONDOMINIO RESIDENCIAL DON CARLOS.

2.2.- El día 10 de marzo de 2006, mediante formulario radicado con el No. 3187/06, los señores Adriana Pinzón López y Johnny Heshusius Logreira, solicitan en calidad de propietarios licencia de construcción para el predio distinguido con la cédula catastral No. 00-00-0006-0138-000, ubicado en la Vereda de Yerbabuena, con la matrícula inmobiliaria No. 50N-20058333, y anexan copia de la constancia de la radicación del trámite de solicitud de Licencia de Parcelación, como consta en la boleta de radicación.

2.3.- De esta forma se encontraban tramitándose paralelamente las solicitudes de Licencia de Parcelación y Licencia de Construcción ante la Oficina de Planeación Municipal de Chía para el lote 4 ubicado en la vereda Yerbabuena del Municipio de Chía, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50N-20058333.

2.4.- La Oficina de Planeación Municipal de Chía, no se pronunció en el trámite de solicitud de Licencia de Parcelación, radicado bajo el No. 097751/05, durante los 45 días hábiles siguientes contados desde la fecha de radicación del proyecto en legal y debida, según lo estipulado en el artículo 27 del Decreto 1600 de 2005.

2.5.- De conformidad con lo anterior, por medio de la Escritura Pública No. 1045 del 9 de mayo de 2006, de la Notaría 39 del Círculo de Bogotá D.C; se procedió a protocolizar el Silencio Administrativo Positivo correspondiente a la Solicitud de Licencia de Parcelación Radicada bajo el No. 097751/05, por no existir respuesta dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles

siguientes a su presentación, escritura que constituye el acto administrativo de licencia de parcelación.

2.6.- El día 5 de junio de 2006, se radica bajo el expediente No. 097751/05, en la Oficina de Planeación Municipal de Chía, la Escritura Pública No. 1045 del 9 de mayo de 2006, por medio de la cual se protocolizó el silencio administrativo positivo referente a la Licencia de Parcelación solicitada con el número de radicación 097751/05 por los señores Adriana Pinzón López y Johnny Heshusius Logreira el día 27 de octubre de 2005.

2.7.- Con relación al trámite de solicitud de Licencia de Construcción radicado bajo el No. 3187/06, la Oficina de Planeación Municipal de Chía, no expidió en ningún momento el Acta de Observaciones exigida por el artículo 27 del Decreto 564 de 2006.

2.8.- El 28 de Mayo de 2006, la Oficina de Planeación Municipal de Chía, expidió la Resolución No. 364, por medio de la cual se niega la solicitud de Licencia de Construcción presentada por los señores Adriana Pinzón López y Johnny Heshusius Logreira, para el inmueble identificado con el folio de Matrícula Inmobiliaria No. 50N-20058333, y cédula catastral No. 00-00-0006-0138-000, ubicado en la Vereda de Yerbabuena.

2.9.- La Resolución No. 364 del 28 de Mayo de 2006, citada anteriormente, fue notificada por edicto a los interesados, fijado en la cartelera de la entidad el día 16 de agosto de 2006.

2.10.- Con radicación No. 012208 del 6 de Septiembre de 2006, se interpuso Recurso de Reposición y en Subsidio de Apelación contra la Resolución No. 364 de 2006 de la Oficina de Planeación Municipal de Chía, solicitando que se revoque en su integridad y, en consecuencia, se expida la Licencia de Construcción.

2.11.- La Oficina de Planeación Municipal de Chía, no se pronunció sobre el Recurso de Reposición, interpuesto contra la Resolución No. 364 del 28 de Mayo de 2006, remitiendo sin contestación, el expediente a su superior jerárquico; en este caso la Alcaldía Municipal de Chía, para que ésta procediera a decidir el Recurso de Apelación.

2.12.- Por medio de la Resolución No. 1607 del 14 de Noviembre de 2006 de la Alcaldía Municipal de Chía resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra la Resolución No. 364 del 28 de Mayo de 2006, confirmando el primero.

I.3. El concepto de la violación fue expuesto así:

La Resolución No. 364 del 28 de Mayo de 2006, expedida por la Oficina de Planeación del Municipio de Chía, por medio de la cual se niega una solicitud de Licencia de Construcción para Obra Nueva, para el predio ubicado en la vereda Yerbabuena con Matrícula Inmobiliaria 50N-20058333 y cédula catastral No. 00-00-0006-0138-000, radicada bajo el número 3187, viola las siguientes normas:

Los Artículos 2o, 29 y 83, de la Constitución Nacional, artículos 5, 7, 18, 22, 27 y 41 del Decreto 564 de 2006, artículos 2, numerales 2, 3 y 4 del Decreto 097 de 2006, Ley 160 de 1994, artículos 20 y 214 del Acuerdo 17 de 2000, (Plan de Ordenamiento Territorial de Chía) y el artículo 24 de la Ley 388 de 1997.

La Resolución No. 1607 del 14 de Noviembre de 2006, expedida la Alcaldía Municipal de Chía, por medio de la cual se decide un recurso de apelación presentado contra la Resolución No. 364 del 28 de Mayo de 2006, viola las siguientes normas:

Los Artículos 2o, 29 y 83, de la Constitución Nacional, artículos 5, 7, 18, 22, 27 y 41 del Decreto 564 de 2.006, artículos 2, numerales 2, 3 y 4 del Decreto 097 de 2006, Ley 160 de 1994, artículos 20 y 214 del Acuerdo 17 de 2000, (Plan de Ordenamiento Territorial de Chía) y el artículo 24 de la Ley 388 de 1997.

Falsa Motivación

Manifiestan que se configura ésta causal de ilegalidad de los actos administrativos, en primer lugar porque los fundamentos de hecho y de derecho que dieron lugar a la decisión no fueron calificados en forma correcta, y en segundo lugar porque dicha motivación no resulta suficiente ni adecuada.

Violación a la Reglamentación establecida en el Decreto 564 de 2006:

La falsa motivación que según la parte actora consiste en un error cometido por la Administración, a través de las Resoluciones 364 de 2006 y la Resolución 1607 de 2006, en las cuales manifiesta la inexistencia de ciertas situaciones de hecho, consistentes en la solicitud de la licencia de parcelación y su aprobación a través de la protocolización del Silencio Administrativo Positivo, hechos que fueron calificados erróneamente a la luz del Decreto 564 de 2006.

Se refieren a que se están ignorando por la Administración los hechos y actos jurídicos previos, toda vez que de conformidad con la Escritura Pública No. 1045 del 9 de mayo de 2006 otorgada en la Notaría 39 del Círculo de Bogotá D.C., por medio de la cual se protocoliza el silencio administrativo positivo, existe un Acto Administrativo presunto en sentido positivo, a través del cual se concede la Licencia de Parcelación para el "CONDOMINIO RESIDENCIAL DON CARLOS" aprobando además los planos correspondientes al proyecto.

Recuerdan que por lo anterior el día 28 de Agosto de 2006, fecha en la cual es expedida por la Oficina de Planeación Municipal de Chía, la Resolución No. 364 de 2006, por medio de la cual se niega la solicitud de Licencia de Construcción; para el titular ya existía por la protocolización del silencio administrativo positivo del día 9 de Mayo de 2006, motivo por el cual no es argumento válido que el predio no contaba con la respectiva Licencia de Parcelación, constituyendo esta consideración, una falsa motivación.

De otra parte, aseveran que la licencia de parcelación fue efectivamente solicitada antes que la licencia de construcción; toda vez que la primera fue radicada bajo el número 097751/05 el día 27 de Octubre de 2006, y la solicitud de Licencia de Construcción fue radicada el día 10 de Marzo de 2006 bajo el número de radicación 3187/06 ante la oficina de Planeación Municipal de Chía.

Aplicación indebida de los artículos 18, 20 y 22 del Decreto 564 de 2006

Anotan que los documentos a los cuales se refieren las disposiciones en comento fueron aportados en su totalidad, en la solicitud de Licencia de Construcción. Sin embargo, en las resoluciones objeto de esta demanda identificadas con los Nos. 364 del 28 de Mayo de 2006 (*por la cual se niega la Licencia de Construcción*) y la 1607 del 14 de Noviembre de 2006, (*por la cual se decide el Recurso de Apelación*), se afirma que debió aportarse el premiso de vertimientos expedido por la Corporación Autónoma Regional "CAR".

Precisan que lo anterior quiere decir que la autoridad competente, sólo puede exigir el cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas mencionadas, sin embargo la Oficina de Planeación Municipal y la Alcaldía Municipal de Chía confunden la aplicación de las normas, exigiendo para el trámite de licencia de construcción, la certificación de la Corporación Autónoma Regional, documento que es exigido únicamente para las solicitudes de licencia de parcelación.

Violación de las normas en que debía fundarse:

Violación de las normas del Acuerdo 017 de 2000 (Plan de Ordenamiento Territorial de Chía).

Afirman que siendo claro el propósito del POT de Chía mencionado en la Resolución No. 1607 de 2006, fundamentado en la función social de la propiedad, la prevalencia del interés general sobre el particular, y la protección y conservación del medio ambiente, se hace necesario resaltar que, dentro del marco de dichos principios orientadores y directrices se creó la normatividad constitutiva del POT de Chía, por lo tanto cada una de las normas allí establecidas tienen implícito el cumplimiento de los fines del POT, ya que estas fueron las bases de su creación; de modo que al ser aplicadas a un caso en concreto directamente se está dando aplicación a estos principios.

Violación normas contenidas en el Decreto 097 de 2006.

Comentan que el Decreto 097 de 2006, de orden nacional, reglamentó la expedición de la solicitud de Licencias en suelo rural, definiendo en el artículo 1°, numeral 2, la parcelación de predios.

Observan que dicho artículo no es aplicable, pues si bien es cierto que la subdivisión de predios rurales no permite fraccionamientos por debajo de la extensión mínima, esto solo aplica según el artículo 4° a la Unidad

Agrícola y no, al uso de vivienda campestre que es el tipo de proyecto que pretende desarrollar.

Violación normas contenidas en el Decreto 564 de 2006

Aducen que al no haber sido expedida el Acta de Observaciones, el proyecto se encontraba cumpliendo con todos los documentos necesarios para su expedición, razón por la cual, no puede ser argumentado por la Oficina de Planeación Municipal y la Alcaldía de Chía, que el interesado incumplió con los documentos exigidos por la norma para la viabilidad de la Licencia.

Desviación de poder

Finalmente, consideran que la Administración del Municipio de Chía, ha estado en desacuerdo con las políticas de desarrollo del Municipio en suelo rural establecidas en el Plan de Ordenamiento Territorial, hecho que sin lugar a dudas ha generado la expedición de actos administrativos violatorios de las normas y en los cuales es evidente que se persiguen fines diferentes a los previstos en las normas.

II.- ACTUACIÓN DE LA ENTIDAD VINCULADA AL PROCESO

Notificada del auto admisorio de la demanda, la entidad en contra de quien se dirigió el libelo inicial contestó la demanda en los términos que se resumen a continuación:

2.1. INTERVENCIÓN DEL MUNICIPIO DE CHÍA. El ente territorial, a través de apoderado judicial, contestó la demanda para lo cual manifiesta que los actos administrativos demandados se encuentran amparados por la presunción de legalidad; que la Administración está sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico; que solo efectúa aquello que le permite la ley.

Indica que mientras dicha presunción no se desvirtúe se consideran ajustadas a derecho las decisiones adoptadas. Así precisa que se corrobora que los actos administrativos materia de impugnación no vulneran de manera alguna los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios invocados por la parte demandante.

En cuanto a lo referido por el demandante que con la expedición de los actos administrativos se han infringido normas de carácter constitucional, como legal y reglamentario a saber y según el escrito de la demanda: artículos 2 -29-83 de la Constitución Política; decreto 097 de 2006 en sus artículo 2 Num,2 y 3 y artículo 4; ley 160 de 1994; artículo 20 y 214 del acuerdo 17 de 2000 y artículos 5 -7 -18 -22 - 27 y 41 del decreto 564 de 2006, y el artículo 24 de la ley 388 de 1997; no encuentra argumentación alguna por parte del extremo activo que nos indique en que consistió la infracción, violación o quebrantamiento aducidos, pues bien sabido es, que para que prosperen las acusaciones enervadas contra un acto administrativo, se deberá señalar con precisión y de manera concreta cuáles son y en qué han consistido los agravios o infracciones a la norma o normas señaladas como infringidas con la expedición de los actos acusados.

Anota que el demandante sólo se ha permitido señalar como disposiciones violadas las anteriormente enunciadas, faltando a los requisitos sustanciales que requiere una demanda en ejercicio de la acción de nulidad con restablecimiento del derecho.

Ahora bien, respecto al cargo que se endilga a los actos administrativos objeto de la acción de nulidad planteada; falsa motivación, considera que se debe hacer una concreción al problema planteado en el libelo demandatorio, al respecto precisa: *"manifiesta el extremo activo que los actos acusados son objeto de nulidad bajo el cargo de falsa motivación, fundamentada ésta en la aplicación errónea del decreto 097 de 2006 y el desconocimiento o falta de aplicación del decreto 564 de 2006, aplicación o inaplicación de dichas normas para cada caso concreto, que es consecencial de la normativa plasmada en el plan de ordenamiento territorial, según los condicionamientos expresos de las mismas normas; concluyendo entonces el demandante que al haber motivado la actuación administrativa acusada, en dichos decretos y al no haber tenido en cuenta el silencio administrativo positivo al que ya nos hemos referido tantas veces y que volvemos a reiterar, el mismo como acto ficto es totalmente contrario a la ley y por ende no podrá generar los efectos de un acto administrativo nacido a la vida jurídica bajo el amparo de la legalidad, por tal situación queda plenamente demostrado que las actuaciones acusadas no podrán ser objeto de nulidad bajo el cargo de falsa motivación"*.

En este orden de ideas, concluye que no se cumple con ninguno de los condicionamientos exigidos para efectivizar el derecho reclamado por el demandante, es decir, la expedición de la licencia de construcción que ha sido objeto de los actos acusados.

Finalmente, propone las siguientes excepciones:

1. Inepta demanda por falta de requisitos sustantivos de la demanda prescritos en el artículo 137 C.C.A. *“Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberá indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación. Como puede observarse el demandante en el cargo de violación de normas solamente se limita a describir unas normas como presuntamente violadas, ello de manera vaga y abstracta sin llegar a concretizarlas, como tampoco explica el concepto de su violación o quebrantamiento, faltando así a dicho requisito, de obligatorio cumplimiento, por tratarse de ser una norma de carácter público”.*

2. Ausencia de causales que invaliden las actuaciones o que desvirtúen la presunción de legalidad que les asiste.

III.- LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante providencia de 1 de julio de 2010 (fls. 435 a 448, cdno. 1), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la excepción de inepta demanda por falta de requisitos sustantivos propuesta por el municipio de Chía y declaró probada, de oficio, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, por no haberse demandado la totalidad de los actos administrativos proferidos en la vía gubernativa, apoyándose en los siguientes argumentos:

Asevera que el actor demandó la nulidad de la Resolución No. 364 de 28 de mayo de 2006 a través de la cual le fue negada la licencia de construcción en el predio ubicado en la vereda de Yerbabuena con matrícula inmobiliaria No. 50N-20058333; así como la nulidad de la Resolución No. 1607 de 14 de noviembre de 2006 por la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora.

Indica que a pesar de lo anterior omitió demandar la Resolución No. 651 de 10 de octubre de 2006 por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 364 de 2006.

Considera que si bien el apoderado de la parte actora sostuvo que *"la Oficina de Planeación Municipal de Chía, no se pronunció sobre el Recurso de Reposición"*, lo cierto es que dicha Oficina si resolvió el recurso impetrado mediante la Resolución No. 651 de 10 de octubre de 2006, la cual fue notificada por edicto luego de haberse intentado la notificación personal.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

4.1. APELACIÓN DE LA PARTE ACTORA. En escrito el apoderado de la accionante, la apeló, sosteniendo al efecto lo siguiente:

1. *No existe necesidad de demandar el acto administrativo que resuelve el recurso de reposición*

Luego de transcripción las disposiciones del Código Contencioso Administrativo y de la jurisprudencia del Consejo de Estado en la cual sustenta su posición, manifiesta que son demandables únicamente el acto administrativo principal y el acto administrativo que decide el recurso de apelación.

2. Indebida valoración probatoria

Como argumento subsidiario al primero y en caso de que no prospere el mismo, el recurrente indica que el a-quo, dentro de la valoración probatoria efectuada para proferir el fallo, incurrió en una indebida valoración de las pruebas aportadas al proceso, toda vez que tomó como única prueba la Resolución No. 651 de 10 de octubre de 2006 de la Oficina de Planeación de Chía, por medio de la cual presuntamente se dio respuesta al Recurso de Reposición, omitiendo revisar, analizar y evaluar los demás elementos probatorios que obran dentro del expediente.

Asevera que dentro del proceso, se encuentra la Resolución No. 1607 del 14 de noviembre de 2006 expedida por el Alcalde Municipal de Chía, acto administrativo demandado, por medio del cual se resolvió el Recurso de Apelación interpuesto en contra de la Resolución No. 364 del 28 de Mayo de 2006.

Precisa que dentro de la Resolución No. 1607 del 14 de noviembre de 2006, el Alcalde Municipal de Chía no hace mención alguna al Acto Administrativo por medio del cual

la Oficina de Planeación de Chía resolvió el recurso de reposición.

Añade que junto con los antecedentes administrativos aportados, la Alcaldía Municipal de Chía - Oficina de Planeación Municipal, remitió el documento: Resolución No. 651 de 10 de octubre de 2006 de la Oficina de Planeación de Chía, por medio de la cual presuntamente se dio respuesta al Recurso de Reposición interpuesto por la parte demandante en contra de la Resolución No. 364 del 28 de Mayo de 2006.

Considera que los actores nunca fueron notificados, ni tuvieron conocimiento de la existencia de un acto administrativo que decidiera el Recurso de Reposición, no obstante el seguimiento que en su momento se le hizo al trámite surtido ante la Oficina de Planeación.

Manifiesta que si bien es cierto la entidad demandada aportó documentos con los que presuntamente se intentó la notificación personal del documento denominado Resolución 651 de 10 de octubre de 2006 y con los que presuntamente se efectuó la notificación por edicto, no obra dentro del expediente aportado por la demandada constancia alguna de que la citación para la notificación personal haya sido entregada en la dirección de mi poderdante o en la del suscrito en calidad de apoderado para el trámite administrativo.

Considera que aún cuando la demandada aportó la totalidad de los antecedentes administrativos que llevaron a la expedición de los actos administrativos demandados,

encuentra que dentro de dicho expediente no obra la constancia de envío o recepción a la parte demandante o a su apoderado del citatorio remitido para efectuar la notificación personal del acto administrativo por medio del cual presuntamente se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 364 de 2006.

Así las cosas, concluye a diferencia de lo manifestado por el a-quo, no era posible interponer una demanda contra un acto administrativo inexistente en el trámite de vía gubernativa y desconocido por parte ellos dentro del trámite administrativo.

V-. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 26 de noviembre de 2012 (fl. 7, cdno. ppal), se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que en el término de diez (10) días presentaran sus alegatos de conclusión, vencido el plazo el actor reiteró en esencia los argumentos de nulidad. La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

VI-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia de 1 de julio de 2010, negó la excepción de inepta demanda por falta de requisitos sustantivos propuesta por el Municipio de Chía y declaró probada, de oficio, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, por no haberse demandado la totalidad de los actos administrativos proferidos en la vía gubernativa.

Corresponde, entonces a la Sala, en los términos del recurso de apelación interpuesto y de acuerdo con las prescripciones del inciso 1º del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, determinar si *i) existe necesidad de demandar el acto administrativo que resuelve el recurso de reposición; ii) el a-quo incurrió en una indebida valoración probatoria.*

i) NECESIDAD DE DEMANDAR EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN

El inciso 3º del artículo 138 del Código Contencioso Administrativo dispone a la letra lo siguiente:

ARTÍCULO 138. INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PRETENSIONES. Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.

Si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren” (Se resalta).

De la disposición pretranscrita se desprende la imperatividad, en vigencia del Código Contencioso Administrativo, de demandar, junto con el acto principal, todas las decisiones adoptadas en la vía gubernativa. No era facultativo ni se entienden demandados los actos proferidos en desarrollo de la vía gubernativa.

En efecto, como presupuesto de la demanda se deben observar los requisitos legalmente establecidos, dentro de los que se incluye la individualización de los actos objeto de la demanda, lo cual constituye un condición para entabrar la relación jurídico procesal, con miras a hacer procedente un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones como resultado del ejercicio del derecho de acción.

Sobre el particular, esta Sala ha manifestado reiteradamente su posición en el sentido de precisar que dentro de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, se requiere demandar el acto principal y aquellos por los cuales se modifica o confirma el mismo.

Al respecto, el auto de 10 de octubre de 2012¹, recoge la línea jurisprudencial en cuanto a la necesidad de demandar todos los actos de la siguiente manera:

“Esta Sala, ya se había pronunciado sobre el alcance del aludido artículo, para lo cual trae a colación la sentencia de 23 de junio de 2011, que recoge otras providencias en igual sentido.

(...)

Al respecto, esta Sala ha sostenido reiteradamente a través de diversos pronunciamientos, lo siguiente:

“(...) Es de advertir que con este pronunciamiento la Sala rectifica la tesis jurisprudencial que había venido sosteniendo reiteradamente en diversos pronunciamientos, entre ellos, las sentencias de 28 de marzo de 1996 (Exp. 3603, Actora: Flota la Macarena S.A. Consejero Ponente Ernesto Rafael Ariza Muñoz), de 6 de julio de 2001 (Actora: Servientrega

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Providencia de 10 de octubre de 2012. Magistrada Ponente: Dra. María Claudia Rojas Lasso. Expediente No. 2008-00234-01.

Ltda., Consejero Ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y de 27 de junio de 2002 (Exp. 6929, Actora: Shulumberger Surencó S.A., Consejero Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), en los cuales se dijo que por ser el recurso de reposición en la vía gubernativa un recurso optativo, cuando se interpone y es confirmatorio del acto principal, se constituye en accesorio de este y por lo mismo no es obligatorio de demandar.

Es decir, que a partir de este proveído la Sala interpreta que el alcance del art. 138 del C.C.A no puede ser otro que el de exigir la demanda contra todos los actos de la vía gubernativa, y en consecuencia es menester aportar copia hábil de todos los actos acusados (Las subrayas son ajenas al texto)”.

En sentencia de 10 de septiembre de 2009, se expuso:

“La Sala advierte que además de los actos administrativos acusados, en la actuación administrativa adelantada contra la demandante se profirió la Resolución 00004 de 17 de enero de 1997, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 000029 de 28 de noviembre de 1996, en el sentido de mantener la decisión en esta última contenida y conceder el recurso de apelación.

Dicha Resolución 00004 no fue objeto de pretensión de nulidad en la acción que ocupa la atención de la Sala.

(...).

Por lo anterior, la Sala considera que la actora debió demandar todos y cada uno de los actos de la vía gubernativa, incluido el que resolvió el recurso de reposición.

Igualmente, mediante sentencia de 15 de abril de 2010, esta Sala ratifica la posición asumida, en los siguientes términos:

“La Sala considera que la sociedad actora debió demandar todos y cada uno de los actos de la vía gubernativa, incluido aquél que resolvió el recurso de reposición. Como quiera que el actor dejó de demandar en este caso la precitada resolución, la Sala deberá abstenerse de realizar un pronunciamiento de fondo, profiriendo en consecuencia un fallo inhibitorio, pues no tendría ningún sentido anular las Resoluciones números 24458 de 30 de julio de 2002 y 8357 de 28 de marzo de 2003, dejando incólume la Resolución número 6175 de 28 de febrero de 2003, mediante la cual decidió el recurso de reposición”.

Con fundamento en lo anterior, la Sala reiteró tal tesis jurisprudencial, mediante providencia de 12 de mayo de 2011, en la cual se expresó:

“En el caso sub examine, el actor demandó la Resolución núm. 50633 de 21 de diciembre de 1994, con la cual la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio niega el registro de la marca “TOP GEAR” por considerar que presenta similitudes con el signo mixto “L.A GEAR” registrado a favor de la sociedad L.A GEAR INC., para distinguir productos comprendidos en la clase 25 de la Clasificación Internacional de Niza, y la Resolución núm. 25676 de 29 de septiembre de 2000, mediante la cual la Superintendente Delegada para la Propiedad Industrial resuelve el recurso de apelación interpuesto por el actor, confirmando la Resolución impugnada.

De lo anteriormente expuesto, se infiere que el actor omitió demandar el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición, es decir, la Resolución núm. 006308 de 28 de febrero de 1997, incumpliendo en esta forma con lo previsto en el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, al no integrar en las pretensiones de la demanda la totalidad de los actos definitivo y los confirmatorios de la decisión de denegar el registro de la marca “TOP GEAR”

En el sub judice, CONDENSA S.A expidió los actos administrativos TC-núm. 06591-RZN de 21 de mayo de 2001, denominado “Terminación del Contrato de Servicio Público Corte del Servicio” y el que resuelve el recurso de reposición núm. 1-0000481118 de 6 de julio de 2001, el cual confirma la decisión adoptada, y el Superintendente de Energía y Gas de la Superintendencia de Servicios públicos Domiciliarios, profirió la Resolución núm. 024529 de 31 de diciembre de 2001, que resuelve el recurso de apelación, confirmando la misma.

Así las cosas, la actora no dio cumplimiento al artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, ya que no integró en las pretensiones de la demanda la totalidad de los actos: el decisorio principal y los confirmatorios de tal decisión, al no haber demandado el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición que confirmó el mismo”. (Se resalta).

Así pues, contrario a lo afirmado por el recurrente, la Sala considera que se debe demandar la totalidad de los actos por los cuales se agotó la vía gubernativa. En el sub lite y en concordancia con lo anterior, la parte actora debió demandar las decisiones contenidas en las Resoluciones 364 de 28 de mayo de 2006 a través de la

cual le fue negada la licencia de construcción en el predio ubicado en la vereda de Yerbabuena con matrícula inmobiliaria No. 50N-20058333; así como la nulidad de la Resolución 651 de 10 de octubre de 2006 por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto y la 1607 de 14 de noviembre de 2006 por la cual se resolvió el recurso de apelación.

Ahora bien, **si bien es cierto que la parte actora no demandó el acto a través del cual se resolvió el recurso de reposición (Resolución 651 de 10 de octubre de 2006) lo cual en principio conduciría a confirmar la providencia de instancia, también lo es que como argumentó subsidiario por la falta de prosperidad del primer cargo, el recurrente afirmó que el acto administrativo en comento no fue notificado en debida forma, esto es, que nunca tuvo conocimiento de la existencia del mismo,** circunstancia que podría excepcionar al actor de cumplir la obligación en estudio, tal y como se estudiará en el numeral siguiente.

ii) INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA

El recurrente afirma que el a-quo, dentro de la valoración probatoria efectuada para proferir el fallo, incurrió en una indebida valoración de las pruebas aportadas al proceso, toda vez que tomó como única prueba la Resolución No. 651 de 10 de octubre de 2006 de la Oficina de Planeación de Chía, por medio de la cual presuntamente se dio respuesta al Recurso de Reposición, omitiendo revisar, analizar y evaluar los demás elementos probatorios que obran dentro del expediente.

Manifiesta que si bien es cierto la entidad demandada aportó documentos con los que presuntamente se intentó la notificación personal del documento denominado Resolución 651 de 10 de octubre de 2006 y con los que presuntamente

se efectuó la notificación por edicto, no obra dentro del expediente constancia alguna de que la citación para la notificación personal haya sido entregada en la dirección de mi poderdante o en la del suscrito en calidad de apoderado para el trámite administrativo.

Para resolver, la Sala observa lo siguiente:

Al tenor de lo dispuesto en las normas del Código Contencioso Administrativo - C.C.A. todos los actos de contenido particular en una actuación administrativa se deben notificar a los interesados en la forma y oportunidad allí establecida.

La notificación es una actuación mediante la cual el Estado entera al particular de una determinación unilateral respaldada en la supremacía que le confiere la autoridad soberana que le distingue y le separa de los administrados.

Se trata de una garantía y de la manera jurídica de hacer efectivos los derechos por cuanto desde ese momento el particular puede interponer los recursos y ejercer las acciones que la Constitución y la Ley consagran a su favor para restablecer el equilibrio perdido en tan desigual intercambio.

Las notificaciones son de varios tipos, lo anterior depende de la naturaleza de la decisión, que es precisamente la que debe darse a conocer al interesado. En términos generales si el administrado ha promovido o participado de alguna manera en la actuación surtida, la

Administración debe citarlo para que proceda a notificarse personalmente. Cuando en este caso el llamado oficial no es atendido, la decisión será notificada por edicto, trámite subsidiario que opera al cabo de cinco días del envío de la citación correspondiente (*artículo 45 del C.C.A.*). Esta clase de interesados están protegidos por la notificación personal que produce, entre otras cosas, la certeza de enterarlos de la providencia.

La notificación en debida forma asegura que la persona a quien afecta una decisión judicial o administrativa, se halle enterada de su sentido y certeza de en qué momento ha tenido lugar la transmisión oficial de la respectiva información.

En relación con la efectiva prueba de la notificación, esto es, la constancia de envío de la comunicación, es claro que se trata del documento que arroja certeza del procedimiento mismo y del cual se desprende el verdadero conocimiento de la actuación.

En el *sub examine* y una vez revisado el plenario, la Sala encuentra que en efecto el Municipio de Chía expidió la Resolución 651 de 10 de octubre de 2006, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución 364 de 2006.

Adicionalmente y como lo anotó el a-quo, a folio 36 del cuaderno de antecedentes obra carta dirigida al señor Juan Manuel González, apoderado de la parte actora, en la cual solicita que se sirva comparecer a las oficinas del

ente territorial con el fin de notificarle el contenido de la resolución antes mencionada.

No obstante lo anterior, la Sala advierte que si bien es cierto obra dicho documento, también lo es que del mismo no se desprende sello de envío o de recepción, se trata de una copia simple suscrita por la Dra. Gloria Sandoval Hernández, Profesional Universitaria del Municipio de Chía.

Tampoco se encuentra constancia de remisión a través de correo certificado, tal y como lo exige el ordenamiento jurídico, por lo que para la Sala, en principio, no se encuentra demostrado que se haya surtido la notificación del mismo en debida forma.

En efecto, el artículo 44 del C.C.A. es claro en establecer que las decisiones se notificarán personalmente al interesado, para lo cual, si no hay otro medio más eficaz para citarlo a fin de efectuar tal notificación, se le enviará por correo certificado esa citación dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto, debiéndose anexar al expediente la constancia del envío. Como se precisó, ésta no aparece en los antecedentes del acto acusado ni es mencionado por la demandada.

A su turno, el artículo 45 ibídem prevé que sólo si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de 5 días del envío de la citación, es cuando cabe fijar el edicto.

Sobre éste último, la Sala recuerda que a pesar de que obra copia del edicto en el plenario (fl. 26. Cdno. antecedentes), se trata de una actuación subsidiaria y excepcional de notificar las resoluciones que deciden los recursos, en caso de que el interesado no comparezca a notificarse personalmente. Así pues y verificado que no obra documento del cual se desprenda que la entidad demandada hubiera realizado las gestiones necesarias para llevar a cabo la notificación personal, tanto que no hay constancia alguna, y menos idónea, de que la actora hubiera sido citada para ello, el referido edicto no puede suplir y surtir los mismos efectos que el trámite que se echa de menos.

Aunado a lo anterior no se puede predicar que existió notificación por conducta concluyente del plurimencionado acto, dado que verificado el contenido de la resolución a través del cual se resolvió el recurso de apelación (*Resolución 1607 de 14 de noviembre de 2006*), no se hace mención al recurso de reposición interpuesto, al punto que en la resolutive del mismo se confirmó tan solo la resolución inicial, tal y como se observa a continuación:

"ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la Resolución No. 364 del 28 de mayo de 2006, proferida por la Dirección de Planeación del Municipio de Chía, en atención a las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente resolución" (fl. 11. Cdno. Antecedentes).

Igualmente, la Sala evidencia dicha situación en la medida que a lo largo del escrito demandatorio se pone de

presente la falta de resolución y notificación del recurso de reposición, verbigracia en el hecho décimo primero el apoderado de la parte actora señala que: *"La oficina de Planeación Municipal de Chía, no se pronuncio (sic) sobre el Recurso de Reposición, interpuesto contra la Resolución 364 del 28 de mayo de 2006, remitiendo sin contestación..."* (fl. 8. Cdno. 1).

Así las cosas, la Sala considera que en el presente caso no era posible exigirle al actor el cumplimiento de la obligación de demandar todas y cada una de las decisiones adoptadas en la vía gubernativa, en particular, el acto a través del cual se resolvió el recurso de reposición.

De lo anterior se deriva que en el presente caso, el Tribunal debió proceder al estudio del fondo de la controversia.

Cabe recordar que al respecto, la Sala en sentencia de 26 de abril de 2013², que en esta oportunidad se reitera, manifestó que:

"(...) en tratándose de recursos de apelación respecto de fallos inhibitorios injustificados, como ocurre en el sub lite, se debe devolver el expediente al a quo para que estudie los cargos de la demanda que no realizó, pues resolver de fondo la controversia en segunda instancia, equivaldría a convertirla en única instancia, privando de esta manera a la parte desfavorecida del derecho

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 26 de abril de 2013. Magistrada Ponente: Dra. María Elizabeth García González. Expediente No. 2006-01004-01.

fundamental de ejercer legítimamente su defensa, íntimamente ligado al debido proceso y al acceso a la Administración de Justicia.

En consecuencia, para garantizar el derecho a las dos instancias, que forma parte de los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, se impone la revocatoria de la sentencia recurrida para disponer, en su lugar, que el a-quo se pronuncie de fondo respecto de las pretensiones de la demanda. Para los fines anteriores, teniendo en cuenta la fecha de radicación de la demanda y la plena observancia de los principios de economía, celeridad, eficiencia y eficacia procesal, la decisión deberá emitirse conjuntamente con la orden de obediencia, entendiéndose que aquél es consecuencia directa de ella y única forma material de acatarla.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

F A L L A:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia de 1° de julio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para disponer, en su lugar, que el a-quo se pronuncie de fondo respecto de las pretensiones de la demanda. El Tribunal deberá decidir el asunto de la referencia de manera inmediata, con sujeción a la directriz de oportunidad prevista en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUILLERMO VARGAS AYALA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Ausente en Comisión