

## **CIRCULAR - Operación administrativa / CIRCULAR - Acto administrativo**

No le asiste razón al a quo al considerar que hubo indebida escogencia de la acción porque debió demandarse la circular en la cual se daba la instrucción de impedir el ingreso de los oficiales nombrados en la lista adjunta, por haber sido retirados del servicio. A juicio de la Sala, dicha circular no constituye un acto administrativo sino una operación administrativa, en cuanto lo único que se hace en la misma es ejecutar el contenido del acto administrativo mediante el cual el demandante y los demás oficiales que figuran en ella fueron retirados del servicio. Una circular es un acto administrativo cuando crea, modifica o extingue una situación jurídica y no cuando se limita a relacionar las instrucciones que el superior jerárquico considera procedentes para el adecuado ejercicio de la función administrativa en relación con un asunto determinado, es decir, cuando se instruye a los funcionarios sobre la manera como deben ejecutar una decisión o aplicar una disposición jurídica. A propósito de estos actos, la Sala ha precisado los criterios que permiten distinguir la naturaleza jurídica de una circular en la cual se dan simples instrucciones o cuando la misma constituye un verdadero acto administrativo. En consecuencia, revisado el contenido del oficio del Segundo Comandante JEM-BR-13 del Ejército Nacional al Comandante del Batallón Grupo Rincón Quiñónez se advierte que el mismo no modifica ninguna situación jurídica, sino que se limita a dar instrucciones a sus subalternos, en relación con la restricción del ingreso a esas instalaciones de los oficiales que fueron retirados del servicio. Lo cual significa que dicho oficio no es más que una operación administrativa, en cuanto no hace otra cosa que ejecutar materialmente la decisión adoptada en un acto administrativo previo, como se analizará a continuación.

## **FUENTE DEL DAÑO - Acción procedente**

El daño presuntamente causado al demandante tuvo su origen en el acto administrativo en el que se dispuso su retiro del servicio y no en la ejecución del mismo. Afirma el demandante que los daños materiales y morales cuya indemnización reclama y que se concretaron en la afrenta a su honor moral y su reputación como hombre de bien, así como en la pérdida de los ingresos laborales y de su vinculación al Club Militar, se derivaron de su inclusión en la lista de oficiales a quienes se prohibió su acceso a las instalaciones militares, al sindicárseles de la comisión de hechos delictivos, como en su caso, que se le imputa estar vinculado al narcotráfico. Sin embargo, se advierte que de acuerdo con las pruebas que el mismo demandante aportó al presentar la demanda, esa sindicación fue la que motivó su retiro del servicio y él la conocía desde aquella época. En consecuencia, aunque no se acreditó en el expediente que el acto administrativo mediante el cual se dispuso el retiro de la institución del señor Guillermo Rueda Plata, hubiera estado motivado expresamente en la vinculación del oficial al narcotráfico, ni tampoco existe constancia de que contra el mismo se hubiera adelantado investigación formal penal o disciplinaria por esa sindicación, lo cierto es que dicha sindicación fue conocida por el Oficial antes de que se le comunicara su desvinculación del servicio y pretendió ser discutida por él mismo después de que se tomara esa decisión ante sus superiores jerárquicos en la institución, pero no ante la jurisdicción, porque el afectado, según lo manifestó en la declaración arriba citada, optó por acatar la decisión del Gobierno. Es claro, entonces, que la manifestación que obra en el oficio del Segundo Comandante del Ejército, relacionada con su presunta vinculación al narcotráfico, no fue la causa del daño, porque esa sindicación, de acuerdo con la misma declaración del demandante fue la que motivó su retiro del servicio, lo que significa que constituyó el fundamento expreso o tácito del acto administrativo en el que se

tomó la decisión que, por lo tanto, debió ser discutido oportunamente a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

**OPERACION ADMINISTRATIVA - Acción procedente / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Idónea para obtener la indemnización de perjuicios derivados de una operación administrativa / OPERACION ADMINISTRATIVA - Debe ser la fuente directa del daño / FUENTE DEL DAÑO - Cuando es el acto administrativo que se ejecuta a través de dicha operación la acción procedente es nulidad y restablecimiento del derecho**

Dado que el oficio dirigido por el Segundo Comandante JEM-BR-13 del Ejército Nacional al Comandante del Batallón Grupo Rincón Quiñónez constituye la ejecución del acto administrativo mediante el cual se dispuso el retiro del servicio del señor Guillermo Rueda Plata, dicho oficio corresponde a una de las manifestaciones de la ejecución del acto administrativo que dispuso su retiro de la entidad. La acción de reparación directa es la idónea para obtener la indemnización de los perjuicios causados con una operación administrativa, conforme lo establecía, desde la fecha de presentación de la demanda, el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, por cuya virtud: “La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos”, pero siempre que esa operación administrativa sea directamente la fuente del daño por el cual se reclama indemnización, no así cuando el daño tiene su génesis en el acto administrativo cuyo contenido se ejecuta a través de dicha operación, evento en el cual la acción procedente será la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. De lo anterior se concluye que el demandante escogió indebidamente la acción, porque la idónea para reclamar la indemnización, por los daños que le causó la imputación que se le hizo de tener vínculos con el narcotráfico, era la de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto en el que se dispuso su retiro del servicio, acción en la cual le correspondía alegar y probar la falsa motivación, implícita o explícita del acto. Pero, no procedía la acción de reparación directa contra el oficio en la cual se dio instrucciones para prohibir el ingreso del oficial en retiro a las instalaciones militares, porque ese oficio sólo fue la ejecución del acto -operación administrativa-, en tanto en el mismo no se hizo otra cosa diferente a ejecutar lo decidido en aquél. En síntesis, como en el caso bajo estudio no podía reclamarse lo pedido a través de la acción de reparación directa, sino a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se confirmará la decisión que declaró la ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción, pero por las razones antes señaladas.

#### **INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCION - Fallo inhibitorio**

La indebida escogencia de la acción que se concluye en este caso, afecta la demanda de ineptitud, con lo cual se echa de menos uno de los presupuestos procesales para dictar sentencia de fondo, esto es la demanda en forma, presupuesto procesal de la acción entendiéndose por estos “los requisitos indispensables para la formación y desarrollo normal del proceso y para que éste pueda ser decidido de fondo mediante una sentencia estimatoria”, por lo que al no cumplirse este requisito no es viable proferir sentencia estimatoria o desestimatoria sino inhibitoria, la cual tiene como característica fundamental ponerle fin al proceso sin que haga tránsito a cosa juzgada.

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCION TERCERA**

**Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO**

Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1992-08151-01(17311)**

**Actor: GUILLERMO RUEDA PLATA Y OTROS**

**Demandados: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA-APELACION-**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 22 de julio de 1999, en la cual se declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, por indebida escogencia de la acción y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda. La sentencia recurrida será confirmada.

## **I. ANTECEDENTES PROCESALES**

### **1. Las pretensiones**

Mediante escrito presentado el 24 de agosto de 1992 y corregido el 22 de febrero de 1993, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, los señores GUILLERMO RUEDA PLATA y MARÍA NELLY BUITRAGO ALBA, obrando en nombre propio y el primero, además, en representación de sus hijos menores de edad MARCELA, CAROLINA, CAMILO ANDRÉS y JUAN GUILLERMO RUEDA BUITRAGO formularon demanda en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, con el objeto de que se declarara patrimonialmente responsable a esa entidad de los daños y perjuicios que sufrieron como consecuencia de la expedición y

elaboración de una circular emanada del Ejército, en la cual hace una relación de los oficiales en retiro, entre los cuales se menciona al primero de los demandantes, que tienen restringidas la entrada a las unidades tácticas.

A título de indemnización por el perjuicio moral, se solicitó en la demanda el reconocimiento del valor equivalente a 1.000 gramos de oro, para cada uno de los demandantes, y por el perjuicio material, en la modalidad de lucro cesante, la cuantía que pericialmente se establezca, a favor del señor Guillermo Rueda Plata, por haber visto anulada cualquier posibilidad de vinculación laboral, y limitados sus ingresos a su exigua pensión de retiro y por haber sido excluido como socio del Club Militar, y a favor de su esposa e hijos, por la pérdida del apoyo económico que aquél les brindaba.

## **2. Fundamentos de hecho**

Los hechos relatados en la demanda son, en resumen, los siguientes:

-Mediante Decreto 302 de 9 de febrero de 1989, el Gobierno Nacional dispuso el retiro del servicio del Coronel Guillermo Rueda Plata.

-Un año y medio después, el Comando del Ejército expidió el Comunicado 009146, en el cual se incluyó el listado de oficiales que habían sido retirados del servicio por presuntos vínculos con el narcotráfico y a los cuales se les restringió la entrada a unidades militares, listado en el cual fue incluido el nombre del Coronel Guillermo Rueda Plata.

-Los oficiales incluidos en esa lista solicitaron a la Procuraduría General de la Nación que se investigara su conducta. Mediante providencia de 18 de marzo de 1992, la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares decidió que no existía mérito probatorio para abrir investigación disciplinaria en contra de dichos oficiales.

Afirma la parte demandante que los daños que sufrieron son imputable a las entidad demandada, a título de falla del servicio, porque en dicho listado se tergiversó la motivación contenida en el acto administrativo que dispuso el retiro del servicio e implicó una sindicación de violación de la ley penal, lo cual lesiona el honor y la reputación del oficial y de su familia; además, el Coronel, por ese

hecho, se ha visto privado de su actividad laboral y de su admisión al Club Militar, cuando más requería de esos servicios.

### **3. La oposición de la demandada**

La Nación – Ministerio de Defensa se opuso a las pretensiones de la demanda. Formuló las siguientes excepciones: (i) Falta de competencia, porque la acción se fundamenta en la producción de actos de carácter administrativo, como lo son el Decreto 302 de 9 de febrero de 1989 y la circular contenida en el oficio 009146 de 23 de agosto de 1990 suscrita por el Segundo Comandante de la Décima Tercera Brigada del Ejército, actos que deben ser atacados a través de la acción de nulidad, lo cual no fue solicitado en la demanda; (ii) indebida acumulación de pretensiones. Ante la firmeza de los actos aludidos, mal pueden cimentarse unas indemnizaciones, sujetas a creación de peritos y no de ley. Lo único que faltó al demandante fue solicitar el reintegro al cargo; (iii) habersele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde, en consideración a que la acción procedente es la prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, y lo que se invoca en la demanda no encaja en la acción de reparación directa, que procede cuando la causa del daño es un hecho o una operación administrativa, y (iv) ineptitud formal de la demanda por no haberse razonado su cuantía de manera adecuada, en tanto no se especifica el origen o deducción aritmética de los perjuicios morales y patrimoniales reclamados.

### **4. La sentencia recurrida**

El Tribunal *A quo* consideró, en primer término que los demandantes estaban legitimados para actuar porque acreditaron el interés jurídico que los asistía en el resultado del proceso.

En relación con las excepciones formuladas por la entidad demandada, decidió que no prosperaban las de: (i) falta de competencia, porque no se señaló el fundamento real de la excepción y no se advierte *prima facie* que dichos funcionarios actuaran fuera del ejercicio de sus funciones; (ii) indebida acumulación de pretensiones, porque las propuestas no se excluyen entre sí, dado que no se solicitó la nulidad de la circular mencionada ni se cuestionó la legalidad del decreto 302 de 9 de febrero de 1999, mediante el cual se retiró al actor del servicio; (iii) haberle dado a la demanda un trámite distinto del que le

corresponde, porque la acción propuesta fue la de reparación directa y no la de nulidad y restablecimiento del derecho, y no podía oficiosamente variarse la acción, por tratarse de una carga exclusiva del demandante y porque el juez de instancia debe pronunciarse sobre lo pedido, y (iv) ineptitud formal de la demanda, porque existen suficientes elementos de juicio para concluir que se razonó debidamente la cuantía; además, la oportunidad procesal para pronunciarse sobre dicho vicio de forma es el auto admisorio de la demanda, bien porque así lo advirtiera el juez al analizar la demanda, o bien porque la parte demandada recurriera el auto.

No obstante, consideró que se incurrió en indebida escogencia de la acción, porque, siendo la circular 009146, según la parte demandante, la fuente de la lesión a sus derechos, y dado que la misma constituye un acto administrativo, debió interponerse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Agregó que en el evento de que el Estado fuera condenado a pagar una indemnización, a través de la acción de reparación, la circular continuaría produciendo todos sus efectos.

## **5. Lo que se pretende con la apelación**

La parte demandante pretende que se revoque la sentencia impugnada y, en su lugar, se acceda a las pretensiones. Adujo que lo que se está demandando en el caso concreto es el hecho de haber elaborado y difundido un listado, que no tiene firma responsable ni fue notificado y, por lo tanto, no constituye un acto administrativo, sino un hecho, que fue difundido, con el fin de prohibirle al Coronel Rueda Plata y a su familia su ingreso a las dependencias, aduciendo para ello una falsa imputación, lo cual le generó a él y a su familia perjuicios de orden material y moral, que consistieron en la pérdida de vinculaciones laborales y en la tristeza y congoja que les produjo esa imputación.

## **7. Actuación en segunda instancia**

Dentro del término concedido en esta instancia, intervinieron la parte demandada y el Ministerio Público, quienes solicitaron que se confirmara la sentencia recurrida.

La Nación adujo que los argumentos señalados por el a quo están en armonía con la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema y porque, además, la parte demandante no cumplió con la carga probatoria que le correspondía. Por su parte, el Ministerio Público consideró que le asistía razón a quo, al señalar que la parte demandante escogió indebidamente la acción, porque no es posible en el caso concreto reclamar indemnización de perjuicios, sin que previamente se haya obtenido la nulidad del acto administrativo ilegal que originó el supuesto daño. Adicionalmente, señala que si bien la circular no aparece firmada por funcionario alguno, ese hecho no afecta su naturaleza de acto administrativo, porque el mismo constituye un anexo del oficio remitido por el Segundo Comandante del Ejército Nacional, documentos que conforman un todo, a través del cual fue expresada la voluntad de la Administración.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.**

### **1. Competencia**

La Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo Cundinamarca, el 22 de julio de 1999, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, seguido en contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, en la cual se declaró que prosperaba la excepción de indebida escogencia de la acción y se negaron las pretensiones de la demanda. Se anticipa que la decisión adoptada por el a quo habrá de modificarse, para declarar que, en efecto, prospera la excepción de indebida escogencia de la acción y, por lo tanto la decisión no debe ser denegatoria de las pretensiones de la demanda, sino inhibitoria, al echarse de menos uno de los presupuestos procesales –demanda en forma- para dictar sentencia de fondo.

### **2. El oficio al que se refiere la demanda no constituye un acto administrativo**

No le asiste razón al a quo al considerar que hubo indebida escogencia de la acción porque debió demandarse la circular en la cual se daba la instrucción de impedir el ingreso de los oficiales nombrados en la lista adjunta, por haber sido retirados del servicio. A juicio de la Sala, dicha circular no constituye un acto administrativo sino una operación administrativa, en cuanto lo único que se hace en la misma es ejecutar el contenido del acto administrativo mediante el cual el

demandante y los demás oficiales que figuran en ella fueron retirados del servicio.

En efecto:

2.1. Con la demanda se aportó en copia simple el oficio dirigido el 23 de agosto de 1990, por el Segundo Comandante y JEM-BR-13 del Ejército Nacional al Comandante del Batallón Grupo Rincón Quiñónez (fl. 15 C-1), en el cual consta lo siguiente:

“Con el fin de que sean ubicadas en la Guardia de esta Unidad Táctica se envía a ese Comando la relación del personal de Oficiales y Suboficiales que fueron retirados del servicio activo por voluntad del Gobierno.

“Lo anterior, con el fin de que el Comandante de Guardia se abstenga de dejar entrar al personal a las Instalaciones de esa Unidad”.

En el listado adjunto a ese oficio se relacionan los nombres, los actos mediante los cuales se dispuso el retiro de cada militar y el motivo de ese retiro (fls. 16-20). En relación con el señor Guillermo Rueda Plata, figura: *“Decreto 302 09-FEB-89. Presunta vinculación con narcotráfico”*.

Cabe señalar, en primer término, que habrá de dársele valor probatorio a la copia simple de los documentos relacionados porque la entidad demandada, al ser requerida por el a quo para que allegara la copia auténtica de los mismos, manifestó:

“...me permito informar que revisado el archivo de la Sección Segunda no se encontró ningún fundamento documental ni aún el oficio No. 009146-BR13-B2-JEM-109 de 1990 y que al parecer hace referencia a la relación o circular que restringía la entrada a unidades tácticas a personal retirado del Ejército, toda vez que, de acuerdo a las disposiciones de archivo y correspondencia, la documentación se mantiene con una vigencia de dos años y el resto se incinera...” (fl. 329 C-2).

Ha dicho la Sala que podrán valorarse las copias simples de los documentos traídos por una de las partes cuando la otra parte no aporte la copia auténtica, a pesar de tener en su poder los originales:

“...la Sala considera que cuando una de las partes no cumple con el deber de aportar la copia auténtica de un documento cuyo original se

encuentra en su poder o legalmente bajo su guarda y archivo, corre con el riesgo y los efectos que con su conducta omisiva pretendió evitar, que, en el presente caso, se concreta en tener como susceptible de valoración la copia remitida por la parte que desplegó todas las gestiones que estuvieron dentro de su esfera material y jurídica para que la misma fuera remitida al proceso en las condiciones formales requeridas, y dado que el estudio de la misma interesa al proceso en su conjunto.

“Es decir que el incumplimiento o renuencia en aportar el documento en dichas condiciones legales pese a la orden judicial proferida por el *a quo* en tal sentido, acarrea como consecuencia en aplicación del principio de la comunidad de la prueba que deba otorgársele valor o mérito probatorio a las copias aportadas con la demanda, solución procesal que restablece el equilibrio de las partes en el proceso, y que se sustenta en los principios constitucionales de igualdad procesal (art. 13 C.P.), del debido proceso y derecho de defensa (art. 29 de la C.P.), y de presunción de buena fe respecto de ellas (art. 83 C.P.), honrando con ella además los deberes de probidad, lealtad procesal y colaboración de las partes en el proceso (art. 71 del C. de P. Civil).

La equidad que debe gobernar la actuación judicial en estas circunstancias (artículo 238 C.P.), determina que se garantice el derecho a la obtención de la prueba que tiene la parte que, como en el *sub lite*, realizó todo lo que legalmente estuvo a su alcance para la producción en debida forma de aquel elemento de convicción con el que pretende hacer valer sus argumentos, toda vez que no resultan admisibles las conductas procesales en las que la contraparte gozando de una posición privilegiada se abstiene de aportar la prueba, pues ello perturba la investigación de la verdad real en el proceso y, por ende, el correcto y normal funcionamiento de la Administración de Justicia, en contraposición al deber que le atañe a todos los colombianos de colaborar con ésta (numeral 7 del artículo 95 C.P.).

...

“Es así como, en el caso concreto, habrá de aplicarse en toda su extensión la presunción de buena fe en relación con la veracidad de los datos que se consignan en las copias del balance de 1989 aportadas con la demanda, principio superior al cual se hizo alusión y consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, por cuya inteligencia “[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten antes éstas.”

“Esta consecuencia no resulta extraña al ordenamiento procesal<sup>1</sup>, dado que en varias de sus normas establece este efecto en aquellas situaciones en las que se presenta una renuencia o reticencia de una de las partes para la elaboración de la prueba documental o la constancia de autenticidad de ésta, es decir, para darle valor probatorio a documentos que sean aportados en copia simple por una

---

1 El artículo 5 del C. de P. Civil, ordena que cualquier vacío en las disposiciones de ese código para solucionar asuntos que atañen al proceso, deben llenarse con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal.

de las partes, como por ejemplo: a) en el numeral 6 del artículo 133 del C. de P. Civil a propósito del trámite de reconstrucción por pérdida total o parcial de un expediente, se establece que si sólo concurriere a la audiencia que para el efecto se cita una de las partes o su apoderado, se declarará reconstruido el proceso con base en su exposición jurada y las demás pruebas que se aduzcan en aquélla, dentro de las cuales pueden ser aportadas copias simples de documentos que obraban en el proceso y que estuvieren en su poder; o b) en el artículo 274 *ibídem*, cuando una vez citado al autor del documento para su reconocimiento<sup>2</sup>, se presenta renuencia por parte del mismo porque no concurre a la diligencia, o si a pesar de comparecer se niega a prestar juramento o a declarar, o da respuestas evasivas, en cuyos casos no obstante la amonestación del juez, se tendrá por surtido el reconocimiento, y así se declarará en nota puesta al pie del documento”<sup>3</sup>.

2.2. Una circular es un acto administrativo cuando crea, modifica o extingue una situación jurídica y no cuando se limita a relacionar las instrucciones que el superior jerárquico considera procedentes para el adecuado ejercicio de la función administrativa en relación con un asunto determinado, es decir, cuando se instruye a los funcionarios sobre la manera como deben ejecutar una decisión o aplicar una disposición jurídica. A propósito de estos actos, la Sala ha precisado los criterios que permiten distinguir la naturaleza jurídica de una circular en la cual se dan simples instrucciones o cuando la misma constituye un verdadero acto administrativo:

“Una conclusión se sigue de lo anterior, la Circular CNTV 11 de 2005 es un auténtico y genuino acto administrativo, en tanto tiene la aptitud de producir efectos jurídicos al crear una situación jurídica general, que vincula a los administrados destinatarios de la misma.

“Y resulta ostensible e indubitable que no se está delante de una simple circular del servicio, esto es, de una mera herramienta al servicio de la Administración, para que ésta guíe u oriente al administrado, en aras del cabal cumplimiento de los fines del Estado, de la prestación eficiente de los servicios públicos y en general, de la ejecución de la función administrativa con sujeción a los principios de economía, celeridad, eficacia, e imparcialidad, al tenor de los artículos 209 C. P. y 2 y 3 del C. C. A.

---

<sup>2</sup> C. de P. Civil: “ARTÍCULO 272. CITACION PARA RECONOCIMIENTO. [Artículo modificado por el artículo 1, numeral 122 del Decreto 2282 de 1989] El que presente un documento privado en original o reproducción mecánica, podrá pedir su reconocimiento por el autor, sus herederos, un mandatario con facultades para obligar al mandante en actos de la misma índole, o el representante de la persona jurídica a quien se atribuye...”

<sup>3</sup> Sentencia Ag-025.

“*Contrario sensu*, la Circular atacada desborda estos modestos propósitos informativos en tanto produce verdaderos efectos jurídicos, y por lo mismo es pasible de revisión en esta sede judicial.

“De ahí que no se tenga duda sobre el carácter de acto administrativo que reviste la Circular impugnada. Aunque ésta trate de ocultar su verdadero alcance en un aparentemente criterio instructivo, es palmar que inequívocamente adopta una decisión a todas luces vinculante para sus destinatarios y -por lo mismo- es clara la idoneidad del medio judicial escogido. De tiempo atrás se encuentra determinado por la jurisprudencia que:

‘Una Circular de un funcionario Administrativo, así como puede contener un simple concepto o una recomendación, por ejemplo, o sea que no es una manifestación de la voluntad dirigida a producir efectos de derecho, es posible que contenga una decisión que se pretende sea acatada por las personas a quienes va dirigida. En el primer caso, que la coloca al margen de la categoría de los actos jurídicos, no es objeto de conocimiento por esta jurisdicción, ni por ninguna otra; en el segundo sí, puesto que constituye un acto decisorio de la Administración’.<sup>4</sup>

“Resulta incuestionable que la Circular CNTV 11 de 2005 constituye un verdadero acto administrativo en tanto no se limita a dar a conocer un criterio institucional sobre la manera de cumplir el derecho vigente. Aparece de bulto que ella contiene una decisión, en tanto adopta una prescripción que no tiene soporte en preceptos previos, así se intente mostrar ello, al recurrir al artilugio de remitirse a lo establecido en una norma que había sido derogada, por demás, por la misma entidad accionada.

“O lo que es igual, mediante ella la entidad demandada adoptó, en realidad de verdad, una nueva prescripción que, por supuesto produce efectos jurídicos, al pretender “revivir” un precepto que la propia CNTV había decidido derogar, con efectos claramente vinculantes frente a terceros.

“Carece de asidero pretender, como lo hace la entidad demanda, eludir el control judicial y una vez más soslayar el cumplimiento de la ley por la vía de expedir simples circulares, que pretenden ocultar la adopción de una medida regulatoria. A este propósito la Sala ratifica el criterio que de antaño ha sentado el Consejo de Estado: ‘(...) *si en las circulares de servicio, o con ocasión de ellas, se adoptan nuevas prescripciones, no comprendidas en disposiciones precedentes, se trata de actos administrativos ordinarios, que crean situaciones jurídicas, susceptibles de invalidarse por las causas generales.*’<sup>5</sup>

“La Circular CNTV 011 de 2005 contiene una decisión de la Comisión Nacional de Televisión que vincula al administrado. Determinación que crea una situación jurídica que antes no tenía soporte jurídico en precepto alguno [la fijación de la tarifa que debe pagarse por concepto de compensación] -por lo mismo- tiene vocación de producir efectos

---

<sup>4</sup> SECCIÓN SEGUNDA, Sentencia de abril 20 de 1983, Exp. 6273

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO, Auto de abril 23 de 1.975.

jurídicos y, de consiguiente, tiene efectos vinculantes a los concesionarios del servicio de televisión por suscripción cableada.

“Con toda razón, la Corporación ha dejado en claro que las Circulares pueden ser objeto de demanda ante la jurisdicción, cuando quiera que contengan una decisión emanada de una autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y de producir efectos vinculantes frente a los administrados, esto es, constituyan verdaderos actos administrativos:

‘Las circulares o instrucciones que expide la administración para dar a conocer el pensamiento o política del Gobierno sobre determinada materia, tienen por objeto ilustrar tanto a los funcionarios públicos como a los administrados sobre una determinada gestión. Estas instrucciones, como la que se demanda, contienen un conjunto de reglas de carácter interno, emanadas del superior, expedidas en ejercicio de sus atribuciones legales y destinadas a los funcionarios de la administración para que ajusten determinada actividad a lo que en ellas se establece.

‘Expide entonces la administración en ejercicio de su función opiniones, interpretaciones o pareceres que se convierten en reglas, que vinculan a los particulares ante la Administración.

‘Si a través de tales actos, llámense instrucciones o circulares de servicio, la administración toma decisiones que afectan a los administrados en sus derechos sustantivos o procedimentales, esas decisiones, que obligatoriamente deben aplicar los funcionarios, (Decreto 2117 de 1992 artículos 12 literal d), 13 literal f), 57 literal a) y párrafo, 76 párrafo), constituyen verdaderos actos administrativos que no pueden ser excluidos de control de legalidad. Es por ello que el legislador las sometió expresamente a control de la jurisdicción en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo al establecer que:

‘Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos...’

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

Por ello no comparte la Sala la argumentación de la apoderada de la demandada en cuanto persigue que actos de este tipo escapen al control de la jurisdicción.’<sup>6</sup> (subrayas fuera de texto original)”<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Sentencia de 29 de marzo de 1996, Rad. 7324, Actor: Ramiro Rodríguez López, Demandado: Dian, C.P. Julio Enrique Correa Restrepo. En sentido similar ver SECCIÓN CUARTA, Sentencia de 22 de enero de 1987, Exp. 549 M.P. Hernán Guillermo Aldana Duque; SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 14 de octubre de 1999, Exp. 5064, M.P. Manuel Urueta Ayola; SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 3 de febrero de 2000, Exp. 5236, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola; SECCION PRIMERA, Sentencia de 10 de febrero de 2.000, Rad. 5410, C.P. Olga Ines Navarrete Barrero; SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531, M.P. Olga Inés Navarrete Barrero; SECCIÓN PRIMERA, Sentencias de 6 de diciembre de 2001, Expediente No. 6063, C.P. Olga Inés Navarrete; SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 9 de mayo de 2002, Exp. 6604, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola; SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 27 de septiembre de 2006, Exp. 19142, M.P. Ramiro Saavedra Becerra; SECCION TERCERA, Sentencia de 20 de febrero de 2008, Rad. 11001-03-26-000-2001-00062-01(21845), C.P. Myriam Guerrero de Escobar; SECCION PRIMERA, Sentencia de 19 de marzo de 2009, Rad. 11001-03-25-000-2005-00285-00, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Planeta y SECCION PRIMERA, Sentencia de 4 de junio de 2009, Rad. 11001-03-24-000-2005-00284-01, C.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

<sup>7</sup> Sentencia de 14 de abril de 2010, exp. 11001-03-26-000-2005-00044-00 (31.223)

En consecuencia, revisado el contenido del oficio del Segundo Comandante JEM-BR-13 del Ejército Nacional al Comandante del Batallón Grupo Rincón Quiñónez se advierte que el mismo no modifica ninguna situación jurídica, sino que se limita a dar instrucciones a sus subalternos, en relación con la restricción del ingreso a esas instalaciones de los oficiales que fueron retirados del servicio. Lo cual significa que dicho oficio no es más que una operación administrativa, en cuanto no hace otra cosa que ejecutar materialmente la decisión adoptada en un acto administrativo previo, como se analizará a continuación.

### **3. El daño presuntamente causado al demandante tuvo su origen en el acto administrativo en el que se dispuso su retiro del servicio y no en la ejecución del mismo**

Afirma el demandante que los daños materiales y morales cuya indemnización reclama y que se concretaron en la afrenta a su honor moral y su reputación como hombre de bien, así como en la pérdida de los ingresos laborales y de su vinculación al Club Militar, se derivaron de su inclusión en la lista de oficiales a quienes se prohibió su acceso a las instalaciones militares, al sindicárseles de la comisión de hechos delictivos, como en su caso, que se le imputa estar vinculado al narcotráfico. Así quedó expresado en la primera pretensión formulada en la demanda:

“LA NACIÓN...es responsable de indemnizar todos los daños y perjuicios, tanto morales, como materiales causados a los demandantes con ocasión de la elaboración y difusión de una circular emanada del Comando del Ejército, en la cual se hace una relación del personal militar, en retiro ‘que tiene restringida la entrada a unidades tácticas’ y que ha sido retirada del servicio activo por ‘voluntad del gobierno’, entre los cuales está el nombre del Teniente Coronel RUEDA PLATA GUILLERMO cambiando la verdadera causa original de su retiro por una ‘PRESUNTA VINCULACIÓN CON NARCOTRÁFICO’, lo cual es absolutamente inexacto y lesivo a su honor militar y a su reputación como hombre de bien y de antecedentes sin mancha; listado que fue enviado a todas las unidades militares para su cumplimiento por el Segundo Comandante de la Décima Tercera Brigada del Ejército mediante oficio No. 009146 –BR-B2-JEF-109, recibido y registrado en el Grupo Mecanizado ‘Rincón Quiñones’, con fecha 23 de agosto de 1990”.

---

Sin embargo, se advierte que de acuerdo con las pruebas que el mismo demandante aportó al presentar la demanda, esa sindicación fue la que motivó su retiro del servicio y él la conocía desde aquella época.

No obra en el expediente copia del acto administrativo mediante el cual se dispuso el retiro del servicio del demandante. No obstante, en la hoja de vida obra certificación expedida por el Jefe de la División de Archivo General del Ministerio de Defensa, en la cual consta que *“el señor Teniente Coronel GUILLERMO RUEDA PLATA fue retirado del servicio activo del Ejército por VOLUNTAD DEL GOBIERNO, según Decreto No. 302/89, novedad con fecha 16 de febrero de 1989”* (fl. 309 C-2). También obra el oficio dirigido el 25 de enero de 1989, por el Comandante del Ejército, al demandante, mediante el cual le fue comunicado su retiro del servicio, en estos términos:

“Informo al señor Teniente Coronel que la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional en sesión de 13 de enero del presente año aprobó su retiro del servicio activo del Ejército por voluntad del Gobierno, con novedad fiscal 16 de febrero de 1989.

“Este Comando hace propicia la ocasión para agradecerle los servicios que por más de veinte años le prestó a la Institución y desearle toda clase de éxitos en sus nuevas actividades”.

Pero, si bien no obra el acto administrativo de retiro del demandante de las Fuerzas Armadas, ni existe constancia de que dicho acto hubiera sido motivado expresamente por la sindicación que se hacía al oficial, lo cierto es que, como lo admitió él mismo al formular queja ante la Procuraduría General de la Nación, el 14 de noviembre de 1990 (fls. 33-35 C-1), se había informado a los altos mandos del Ejército su presunta vinculación a grupos de narcotraficantes, razón por la cual fue separado del Comando de la Cuarta Zona de Reclutamiento de Medellín y luego retirado del servicio, y también se le reprochó su actuación en un operativo militar, imputaciones que no fueron objeto de investigación formal penal ni disciplinaria, pero que fundamentaron la decisión del Gobierno. Dijo el demandante en la queja:

“Yo salí trasladado del Batallón Cazadores al Comando de la Cuarta Zona de Reclutamiento de Medellín como Comandante; comencé a recibir a partir del 19 de diciembre de 1988, comunicándome que el día 23 de diciembre debía suspender la recepción de la zona, que debía

viajar a Bogotá el día 26 de diciembre a las 08:00 horas para hablar con el Comandante del Ejército, así lo hice, hablé con el señor General Nelson Mejía, quien me dijo que tenía serias implicaciones con el narcotráfico, a raíz de una llamada o intersección de una llamada..., le solicité que qué decía en esa llamada...Me mandó salir de su oficina, sé que hizo llamadas a mis superiores directos, quizá a averiguar por mis antecedentes, me mandó regresar luego, seguir, me dijo que no me podía dejar en Medellín, le dije que nunca había solicitado ese traslado...le solicité que me trajera para Bogotá, que se me investigara, a lo cual dijo que sí...; cuando regresé a Bogotá, él había salido con permiso de año nuevo, hablé con mi General Arias Cabrales, en la fecha Segundo Comandante del Ejército, le solicité que a qué puesto iba; me dijo que todavía no había definido; yo salí a vacaciones en el turno del primero de enero..., y encontrándome en vacaciones fui informado que había sido retirado del servicio activo por voluntad del Gobierno. Estaba en Bucaramanga, en la casa paterna, de inmediato me regresé para hablar con mi General Mejía, Comandante del Ejército, con tan mala fortuna, quizá debido a la misma preocupación, que me fui a un abismo con mi señora y mis hijos, fuimos trasladados al hospital de Barbosa..., fuimos remitidos posteriormente al Hospital Central Militar, Bogotá. Allí permanecimos durante dos meses, una vez salí víspera de Semana Santa, me dirigí de inmediato al Comando del Ejército, para hablar con él sobre mi baja, a lo cual me respondió que a partir de los quince años el Gobierno me podía retirar, le respondí que eso era cierto pero que debían existir motivos, a lo cual me respondió que él no me podía comprobar nada con relación al narcotráfico, pero que habían otras cosas y le dije que cómo cuales, me dijo que la emboscada del Caquetá..., palabras más, palabras menos esas fueron la explicaciones de mi baja. Como una voluntad del Gobierno la recibí y quise dejar las cosas así, pero hoy ante esa lista y consciente de que no tengo nada de que avergonzarme, que cumplí con mi deber y que estar sindicado de narcotráfico es poner en peligro mi vida, es que recurro a la Procuraduría para que se aclare lo que he denunciado. PREGUNTADO: Como funcionario o miembro que fue del Ejército, cuál cree o cuál es la razón en la que se basan para poder determinar y calificar a un miembro de esa vinculación (sic) con presuntas vinculaciones con el narcotráfico. CONTESTÓ: Porque yo venía de un área muy vinculada al narcotráfico, que es el Caquetá..." (subrayas fuera del texto).

Dentro de la investigación que se adelantó en la Procuraduría, con fundamento en la queja formulada por el demandante, se practicaron algunas diligencias, que fueron traídas también en copia auténtica con la demanda, tales como la visita practicada el 29 de octubre de 1990, a la Sección de Archivo General y el 30 de octubre de 1990, a la Jefatura del Estado Mayor de la Décima Tercera Brigada del Ejército, con el fin de establecer qué constancias existían sobre la sindicación que se hacía al quejoso en esa institución, sobre su vinculación con grupos de narcotraficantes. Lo que se verificó en esas visitas consta en las siguientes actas:

“ACTA DE VISITA PRACTICADA EN LA SECCIÓN DE ARCHIVO GENERAL, HOJAS DE VIDA MINDEFENSA.

...

“DESARROLLO DE LA DILIGENCIA:

“Se procedió a examinar las hojas de vida de las siguientes personas, verificándose lo siguiente:

“GUILLERMO RUEDA PLATA

...

“En la tarjeta de kárdex se observa lo siguiente: mediante Resolución 682 del 3 de febrero de 1989 lo trasladan de la Cuarta Zona de Reclutamiento al Cuartel General del Comando del Ejército. Según Decreto 302 de 9 de febrero de 1989, con fecha 16 de febrero de 1989 y por voluntad del gobierno, es retirado del servicio activo...”.

En la Visita Especial practicada el 30 de octubre de 1990, por la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación a la Jefatura del Estado Mayor de la Décima Tercera Brigada del Ejército, según consta en el acta levantada en tal oportunidad y que obra en copia auténtica en el expediente (fls. 31-32 C-2), se verificó lo siguiente:

“...A continuación se verificó de los anexos sobre personal de Oficiales que han sido involucrados en actividades delictivas las siguientes:

...

TC. GUILLERMO RUEDA PLATA, retirado según Decreto 302 de 09 de febrero de 1989, por informaciones de la Cuarta Brigada se tuvo conocimiento de que el Oficial mantiene relaciones con elementos del llamado Cartel de Medellín. RETIRADO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO. Documento soporte ninguno.

...

“Además, fue observado por parte de los suscritos funcionarios la relación de personal retirado de oficiales y suboficiales que tienen restringida la entrada a las Unidades Tácticas, figurando entre ellos las personas antes mencionadas. No hallándose ningún otro documento al respecto”.

Obra, además, en el expediente el oficio dirigido al a quo por la Coordinadora de la Unidad de Antecedentes y Capturas de la Policía Nacional, en el cual se certificó que en la información sistematizada de antecedentes penales y contravencionales y órdenes de captura que se llevaban en esa institución no aparecía registrado el demandante (fl.330 C-2). De igual manera, el Jefe de la Unidad de Negocios Judiciales del Ministerio de Defensa Nacional certificó que no figuran antecedentes penales en la hoja de vida del demandante (fl. 339 C-2). También el Secretario de la Procuraduría Departamental de Antioquia certificó que en el índice radicator de sanciones no se halló constancia alguna de que el demandante registrara antecedentes en esa entidad.

En consecuencia, aunque no se acreditó en el expediente que el acto administrativo mediante el cual se dispuso el retiro de la institución del señor Guillermo Rueda Plata, hubiera estado motivado expresamente en la vinculación del oficial al narcotráfico, ni tampoco existe constancia de que contra el mismo se hubiera adelantado investigación formal penal o disciplinaria por esa sindicación, lo cierto es que dicha sindicación fue conocida por el Oficial antes de que se le comunicara su desvinculación del servicio y pretendió ser discutida por él mismo después de que se tomara esa decisión ante sus superiores jerárquicos en la institución, pero no ante la jurisdicción, porque el afectado, según lo manifestó en la declaración arriba citada, optó por acatar la decisión del Gobierno.

Es claro, entonces, que la manifestación que obra en el oficio del Segundo Comandante del Ejército, relacionada con su presunta vinculación al narcotráfico, no fue la causa del daño, porque esa sindicación, de acuerdo con la misma declaración del demandante fue la que motivó su retiro del servicio, lo que significa que constituyó el fundamento expreso o tácito del acto administrativo en el que se tomó la decisión que, por lo tanto, debió ser discutido oportunamente a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En otros términos, los daños que hubieran sufrido los demandantes como consecuencia de la sindicación que se hizo en el Ejército al Teniente Coronel (R) Guillermo Rueda Plata de tener vínculos con el narcotráfico no se dieron con ocasión de la circular en la que se prohibió su ingreso a las instalaciones de la entidad, sino con el acto administrativo mediante el cual se dispuso su retiro del servicio y, por lo tanto, aquélla no constituyó más que una de las manifestaciones de la ejecución del acto administrativo que dispuso su retiro de la institución.

#### **4. La acción de reparación interpuesta es improcedente**

Dado que el oficio dirigido por el Segundo Comandante JEM-BR-13 del Ejército Nacional al Comandante del Batallón Grupo Rincón Quiñónez constituye la ejecución del acto administrativo mediante el cual se dispuso el retiro del servicio del señor Guillermo Rueda Plata, dicho oficio corresponde a una de las manifestaciones de la ejecución del acto administrativo que dispuso su retiro de la entidad.

La acción de reparación directa es la idónea para obtener la indemnización de los perjuicios causados con una operación administrativa, conforme lo establecía, desde la fecha de presentación de la demanda, el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, por cuya virtud: *“La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos”*, pero siempre que esa operación administrativa sea directamente la fuente del daño por el cual se reclama indemnización, no así cuando el daño tiene su génesis en el acto administrativo cuyo contenido se ejecuta a través de dicha operación, evento en el cual la acción procedente será la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

De lo anterior se concluye que el demandante escogió indebidamente la acción, porque la idónea para reclamar la indemnización, por los daños que le causó la imputación que se le hizo de tener vínculos con el narcotráfico, era la de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto en el que se dispuso su retiro del servicio, acción en la cual le correspondía alegar y probar la falsa motivación, implícita o explícita del acto. Pero, no procedía la acción de reparación directa contra el oficio en la cual se dio instrucciones para prohibir el ingreso del oficial en retiro a las instalaciones militares, porque ese oficio sólo fue la ejecución del acto - operación administrativa-, en tanto en el mismo no se hizo otra cosa diferente a ejecutar lo decidido en aquél.

En síntesis, como en el caso bajo estudio no podía reclamarse lo pedido a través de la acción de reparación directa, sino a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se confirmará la decisión que declaró la ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción, pero por las razones antes señaladas.

##### **5. La decisión por indebida escogencia de la acción es inhibitoria**

La indebida escogencia de la acción que se concluye en este caso, afecta la demanda de ineptitud, con lo cual se echa de menos uno de los presupuestos procesales para dictar sentencia de fondo, esto es la demanda en forma, presupuesto procesal de la acción entendiéndose por estos *“los requisitos indispensables para la formación y desarrollo normal del proceso y para que éste*

*pueda ser decidido de fondo mediante una sentencia estimatoria*<sup>8</sup>, por lo que al no cumplirse este requisito no es viable proferir sentencia estimatoria o desestimatoria sino inhibitora, la cual tiene como característica fundamental ponerle fin al proceso sin que haga tránsito a cosa juzgada.

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

### **F A L L A:**

**MODIFÍCASE** la sentencia recurrida, esto es, la dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 22 de julio de 1999, la cual quedará así:

**PRIMERA: DECLÁRASE** probada excepción de ineptitud sustantiva de la demanda respecto de las pretensiones y, en consecuencia, declárase inhibida la Sala para dictar sentencia de mérito en relación con las mismas.

**SEGUNDA:** Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE**

**RUTH STELLA CORREA PALACIO    ENRIQUE GIL BOTERO**  
**Presidenta de la Sala**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

---

<sup>8</sup> COUTURE Eduardo J., Fundamentos de Derecho Procesal Civil, 3 ed., Buenos Aires, Desalma, 1966, pág. 104.

