



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero

Bogotá, catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Expediente n. °: 42072
Radicado n. °: 47001-23-31-000-2010-000502-01
Actores: Fernando Robert Ferrel Ortega y otros
Demandados: Universidad del Magdalena
Naturaleza: Reparación directa

Temas: Acción de reparación directa. Inepta demanda por indebida escogencia de la acción. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la vía procesal adecuada cuando la fuente del daño es un acto administrativo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 27 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, a través de la cual declaró probadas las excepciones de inepta demanda y pleito pendiente.

SÍNTESIS DEL CASO

El señor Fernando Robert Ferrel Ortega se desempeñaba como docente de tiempo completo del Programa de Psicología en la Universidad del Magdalena, institución que en el año 2001 le concedió el beneficio de un año sabático durante el cual debía elaborar un libro de texto en el área de educación sexual, tarea a la que debía dedicarse de manera exclusiva. Sin embargo, al cabo del

periodo sabático la Universidad del Magdalena inició proceso disciplinario en contra del educador por la no entrega a tiempo del mencionado libro y porque encontró que en ese lapso había dictado clases en otra universidad, de manera que mediante actos administrativos de 21 de noviembre de 2006 y 28 de septiembre de 2007, el ente educativo sancionó al profesor Ferrel Ortega con destitución del cargo e inhabilidad por 10 años. La parte actora, en vía de reparación directa, alega la causación de perjuicios morales y materiales, en virtud de la extralimitación en el uso de las facultades disciplinarias de los funcionarios de la universidad, de quienes predica una persecución laboral y una campaña de desprestigio en su contra.

I ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. Mediante escrito presentado el 6 de octubre de 2010 ante el Tribunal Administrativo del Magdalena, los señores Fernando Robert Ferrel Ortega, Lucía Margarita Ballestas, Lucía Fernanda Ferrel Ballestas y Fernando Robert Ferrel Ballestas, formularon **demanda de reparación directa** contra la Universidad del Magdalena, por los presuntos perjuicios provocados por dicha institución *“con ocasión de la extralimitación de funciones realizada por agentes del ente universitario, en desarrollo de las potestades disciplinarias encomendadas por la ley”*. En consecuencia, solicitaron (fl. 1 -2, c. 1):

PRIMERA: Que la UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA, ente universitario autónomo del orden departamental, es administrativamente responsable de los daños antijurídicos soportados por los demandantes FERNANDO ROBERT FERREL ORTEGA, LUCÍA MARGARITA BALLESTAS, LUCÍA FERNANDA FERREL BALLESTAS y FERNANDO ROBERT FERREL BALLESTAS, con ocasión de la extralimitación de funciones realizada por agentes del ente universitario, en desarrollo de las potestades disciplinarias encomendadas por la ley.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA, a pagar a los demandantes, o a quien represente sus derechos al momento de la sentencia, todos los daños materiales, morales y afines, ocasionados por los hechos que se expondrán en esta demanda, en la siguiente cuantía o la que resulta probada en el respectivo proceso:

1) A favor del profesor **FERNANDO ROBERT FERREL ORTEGA**, la suma de quinientos cincuenta y seis millones cuatrocientos cuarenta mil pesos m/l (\$556.440.000), por concepto de: **perjuicios materiales** (daño emergente) la suma de \$25.000.000.00, **perjuicios morales** (1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes), y **pérdida de una oportunidad** o de un chance (\$16.440.000,00).

2) A favor de la señora **LUCÍA MARGARITA BALLESTAS**, la suma de doscientos setenta y ocho millones doscientos veinte mil pesos m/l (\$278.220.000), por concepto de **perjuicios morales** (500 salarios mínimos legales mensuales vigentes).

3) A favor de la joven **LUCÍA FERNANDA FERREL BALLESTAS**, la suma de doscientos setenta y ocho millones doscientos veinte mil m/l (\$278.220.000), por concepto de **perjuicios morales** (500 salarios mínimos legales mensuales vigentes).

4) A favor del joven **FERNANDO ROBERT FERREL BALLESTAS**, la suma de doscientos setenta y ocho millones doscientos veinte mil pesos m/l (\$278.220.000), por concepto de **perjuicios morales** (500 salarios mínimos legales mensuales vigentes).

TERCERA: Que igualmente, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad suplicada en el punto primero del presente libelo, se ordene la actualización de la respectiva condena, según dispone el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

CUARTA: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se ordene el reconocimiento y pago total de los respectivos intereses a la tasa más alta autorizada por la ley, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta cuando se haga efectivo el cumplimiento total de la sentencia.

QUINTA: Que se condene a la demandada en costas y agencias en derecho.

2. Los hechos en que se fundaron las pretensiones de la demanda se resumen así (fl. 1-18, c.1):

2.1. Desde el 30 de diciembre de 1988, el señor Fernando Robert Ferrel Ortega se desempeña como profesor de tiempo completo de varios programa de la Universidad del Magdalena, para la época de presentación de la demanda estaba adscrito al Programa de Sicología, inscrito en el escalafón docente en la categoría de docente asociado y era miembro de la Junta Directiva de Asociación Sindical de Profesores Universitarios – Seccional Magdalena (ASPUMAG), lo que le otorgaba fuero sindical.

2.2. En su condición de sindicalista y por su posición crítica frente la administración de la Universidad del Magdalena, el profesor Ferrel Ortega fue víctima de persecución laboral y amenazas de muerte, situación que denunció ante el Programa de Protección del Ministerio del Interior, por lo que hoy cuenta con una medida provisional de protección dada por dicho ministerio.

2.3. Conforme los requisitos señalados en el Acuerdo Superior 007 del “19 de marzo de 2003” el señor Ferrel Ortega presentó solicitud con el fin de que la universidad le concediera un año sabático con el propósito de elaborar un libro de texto en el área de la educación sexual. En efecto, el año sabático le fue otorgado mediante Acuerdo Superior n.º 0033 de 2001 y con vigencia desde el 4 de febrero de 2002 hasta el 4 de febrero de 2003. El mismo 4 de febrero de 2002, fue suscrito un convenio entre el rector de la Universidad del Magdalena y dicho profesor, en el que constan las obligaciones del docente y del ente educativo derivadas de dicha concesión.

2.4. Ninguna cláusula del referido convenio prohíbe ejercer hora cátedra en otra institución universitaria; no obstante, el 15 de mayo de 2006 el jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Universidad del Magdalena inició proceso disciplinario en contra del docente y emitió pliego de cargos por el presunto incumplimiento de las obligaciones contenidas en el convenio antes señalado, específicamente porque desatendió la prohibición de dedicación exclusiva a la realización del libro de texto, ya que durante el periodo del año sabático dictó cátedra en las facultades de Psicología y Derecho en la Corporación Universitaria de la Costa – CUC. En el señalado pliego de cargos, la Universidad del Magdalena también decidió compulsar copias la Contraloría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación para las investigaciones del caso.

2.5. Para efectos de garantizar la imparcialidad de la investigación disciplinaria y debido a amenazas recibidas, el docente le solicitó en dos oportunidades a la Procuraduría General de la Nación que ejerciera su poder preferente. Tales peticiones fueron denegadas, aunque sí se dispuso la designación de una agente especial para la vigilancia del proceso a través de la Procuraduría Regional del Magdalena.

2.6. El 21 de noviembre de 2006, el Jefe de la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario de la Universidad del Magdalena, *“apartándose de la realidad y con el único fin de infligir daño al docente FERREL”*, decidió sancionarlo con destitución del cargo e inhabilidad por 10 años.

2.7. La anterior decisión fue difundida por medio del boletín institucional n.º 113 *“En el Campus”*, publicado en el mes de diciembre de 2006 y también apareció en el diario *“El Informador”* durante los días 4 y 13 de diciembre de 2006, situación que se la actora califica como una campaña de difamación en contra del educador.

2.8. La sanción disciplinaria fue apelada por el agente especial de la Procuraduría Regional del Magdalena, quien alegó la transgresión del debido proceso del sancionado y parcialidad del funcionario que la emitió. Lo propio hizo el señor Fernando Robert Ferrel, quien solicitó la nulidad de todo lo actuado y la revocatoria de la decisión.

2.9. Pese a lo anterior, el rector de la Universidad del Magdalena resolvió confirmar el acto sancionatorio en todas sus partes mediante acto administrativo proferido el 28 de septiembre de 2007. Igualmente ordenó iniciar el proceso de levantamiento de fuero sindical del que goza el docente para efectos de su efectivo retiro de la institución. Tal decisión también fue difundida por la rectoría de la Universidad del Magdalena en el diario *“El Informador”* el 27 de octubre de 2007.

2.10. De forma paralela, por los hechos denunciados por la universidad, la Fiscalía 13 Seccional de Santa Marta profirió orden de captura contra el señor Fernando Robert Ferrel para efectos de escucharlo en indagatoria por los presuntos delitos de peculado por apropiación y prevaricato por omisión. La injurada tuvo lugar el 5 de septiembre de 2007, luego de la cual le fue concedida la libertad inmediata. El 13 de julio de 2008 la autoridad penal calificó el mérito del sumario y precluyó la investigación al constatar que los hechos denunciados no existieron.

2.11. Por su parte, la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental del Magdalena, ordenó el archivo y la cesación de la acción fiscal mediante Auto del 1º de marzo de 2010, decisión confirmada por el Director Nacional de Juicios Fiscales, a través de Auto n.º 000610 del 21 de mayo de 2010.

2.12. Adicionalmente, por medio de sentencia del 14 de septiembre de 2009, el Juzgado 7º Administrativo de Santa Marta declaró la nulidad de los fallos disciplinarios emitidos por la Universidad del Magdalena y ordenó el reintegró del profesor Fernando Robert Ferrel al cargo que ocupaba, *“decisión apelada por la Universidad y actualmente se encuentra ante el H. Tribunal Administrativo”*.

2.13. Los hechos imputados al ahora accionante por el ente universitario dieron lugar a que *“organismos serios del Estado como la Fiscalía General de la Nación y la Contraloría General de la República, declararan la inexistencia de conductas punibles y detrimento fiscal, respectivamente, han causado graves perjuicios morales y económicos a la familia FERREL BALLESTAS.”*

2.14. Debido a la inhabilidad para contratar por 10 años que pesa contra el profesor Robert Ferrel con ocasión del proceso disciplinario, este se ha visto imposibilitado para celebrar convenios, tal como ocurrió en una oportunidad donde no fue posible que este hiciera parte del proyecto de investigación denominado *“Plan de Ciencia y Tecnología e Innovación – FONCIENCIAS 2009 – 2011”*.

II. Trámite procesal

3. Surtida la notificación del auto admisorio de la demanda (fl. 254, c.1), la **Universidad del Magdalena** presentó escrito de **contestación** en los siguientes términos (fl. 261 – 270, c.1):

3.1. Reconoció como cierto que el profesor Fernando Robert Ferrel, por virtud del Acuerdo Superior n.º 033 del 18 de diciembre de 2001, fue beneficiario de un

año sabático para la elaboración de un libro de texto en el área de educación sexual, pero precisó que ello también dio lugar a la suscripción de un convenio entre la universidad y el docente, donde se estipuló claramente que este último debía dedicarse de manera exclusiva a la redacción del libro.

3.2. Afirmó que no es cierto lo atinente a la campaña de difamación contra el educador, ya que las publicaciones que se hicieron en prensa sobre la sanción disciplinaria obedecieron al libre ejercicio del deber de informar previsto en el artículo 20 de la Constitución Política.

3.3. Alegó que dentro del proceso disciplinario le otorgó todas las garantías al sancionado, pues salvaguardó su derecho de defensa y el debido proceso, tanto que el afectado hizo uso de todos los recursos que tenía a su alcance para controvertir las decisiones de la universidad.

3.4. Aclaró que el proceso disciplinario tuvo origen, justamente, en el incumplimiento del señor Ferrel Ortega de las obligaciones pactadas en el convenio celebrado con la universidad, hecho que ameritaba la destitución del cargo al constituir su conducta una falta gravísima en los términos de los artículos 23 y 50 de la Ley 734 de 2002.

3.5. Finalmente formuló como excepciones: *“inexistencia de la obligación, caducidad, prescripción, petición antes de tiempo, pleito pendiente”*, esta última en razón de la existencia de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el docente Ferrel Ortega contra la Universidad del Magdalena y que cursa en el Juzgado 7º Administrativo de Santa Marta, bajo el radicado n.º 47001-2331-001-2008-0047-00, donde se emitió sentencia condenatoria, la cual se encuentra en trámite de apelación ante el Tribunal Administrativo del Magdalena, condena que no tiene fundamento alguno, habida cuenta que *“el demandante no ha sido desvinculado a la fecha por lo tanto no puede existir pago de salarios y mucho menos reintegro”*.

4. Fenecido el periodo probatorio, el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante auto del 29 de abril de 2011 (fl. 522, c.1) corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran **alegatos de conclusión** y al agente

del Ministerio Público para que emitiera concepto previa solicitud, los cuales intervinieron así:

4.1. La **Universidad del Magdalena** señaló que no existe prueba alguna que advierta la existencia del daño reclamado, más aún cuando todos los procedimientos adelantados tuvieron su origen en el incumplimiento de los deberes del docente durante el periodo sabático, hecho del que dan cuenta los respectivos contratos suscritos por el educador con la Corporación Universitaria de la Costa y que se aportaron al presente proceso.

4.1.1. Manifestó que lo afirmado por algunos testigos era parcialmente cierto, en cuanto a que el profesor Fernando Ferrel no era catedrático de dedicación exclusiva, pero que no lo era menos que en el Acuerdo Superior n.º 033 de 2001 sí lo obligaba a que se dedicara de manera exclusiva a la elaboración del libro.

4.1.2. Insistió en que la difusión de la noticia sobre la sanción disciplinaria no debía tomarse como una persecución laboral, ya que obedeció al acatamiento de lo contemplado en el artículo 20 de la Constitución Política.

4.2. La parte **demandante** precisó la *causa petendi* de la presente acción y recordó que consistía en la indemnización de perjuicios por la “*pérdida de un chance*” irrogados al profesor Fernando Robert Ferrel por causa de un falla del servicio, consistente en la falta de objetividad con la que se desarrolló el proceso disciplinario, la aplicación indebida de la Ley 734 de 2002 y una manifiesta desviación de poder de los funcionarios encargados de la potestad disciplinaria, quienes en su afán de desvincular de la Universidad del Magdalena a dicho docente, modificaron sustancialmente las garantías del debido proceso, al punto de expresar que “*el dolo en materia de derecho disciplinario se presume*”.

4.2.1. De esta forma, reiteró la idea de una persecución institucional y del inicio de una campaña de desprestigio en retaliación a la posición crítica y de denuncia de las irregularidades detectadas por el señor Fernando Ferrel al interior del ente

universitario, especialmente desde la fecha en que fue elegido como miembro de la Junta Directiva del Sindicato de Docentes (fl. 526 – 532, c.1).

4.3. El **Ministerio Público**, a través de la Procuraduría Judicial n.º 43 – Asuntos Administrativos, rindió concepto en el que solicitó que fueran negadas las pretensiones de la demanda (fl. 535-541, c.1).

4.3.1. A su juicio, los daños alegados no están probados y los planteamientos fácticos no se relacionan con lo que se persigue mediante una acción de reparación directa y solo aluden a lo que es materia de discusión en acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

4.3.2. Destacó que la parte debió esperar a que el Tribunal Administrativo del Magdalena se pronunciara en segunda instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se deprecó la anulación de los fallos disciplinarios. No obstante, dijo que la Universidad del Magdalena tramitó las acciones disciplinarias dentro de la órbita de sus facultades y la supuesta intención de minar la reputación del educador no había sido probada de manera fehaciente, máxime cuando las publicaciones hechas en la prensa local no constituían un hecho lesivo para el demandante, ya que obedecían al devenir diario de informar a la comunidad.

5. Surtido el trámite de rigor, el 27 de julio de 2011 el Tribunal Administrativo del Magdalena profirió **sentencia de primer grado**, en la que declaró probada las excepciones de inepta demanda y pleito pendiente, con fundamento en lo siguiente (fl. 543-556, c.6):

5.1. En lo referente a la caducidad de la acción, consideró el *a-quo* que en el asunto de marras el daño alegado tiene relación directa con el inicio del proceso disciplinario seguido por la Universidad del Magdalena contra dicho docente y que culminó con la expedición de sendos actos administrativos; y no, como lo pretende hacer ver la parte actora, de *“las operaciones administrativas adelantadas con ocasión de la expedición de las decisiones disciplinarias”*:

5.2. Por consiguiente, estimó procedente estudiar si la acción de reparación directa era la adecuada en este caso. Así, corroboró que la génesis del daño alegado por el extremo activo era la expedición de decisiones disciplinarias por parte de la Universidad del Magdalena que fueron desfavorables a los intereses del docente Fernando Robert Ferrel Ortega. Agregó que las demás actuaciones desarrolladas por la universidad, esto es, la remisión de copias a la autoridad penal y fiscal, así como la divulgación de la noticia en medios periodísticos y la imposibilidad de que el demandante pudiera celebrar un convenio de investigación, no eran más que manifestaciones derivadas del proceso disciplinario.

5.3. En ese orden de ideas, dijo que al existir una decisión administrativa que dispuso la destitución del docente Ferrel Ortega, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio de la cual es posible atacar la legalidad de los actos administrativos dictados por la Universidad del Magdalena y perseguir el correspondiente restablecimiento del derecho, de ahí que la demanda adolezca de ineptitud sustantiva por indebida escogencia de la acción.

5.4. Adicionalmente, el tribunal encontró demostrada la excepción de pleito pendiente de que trata el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil. Al efecto, advirtió que el señor Fernando Ferrel Ortega presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Universidad del Magdalena con la intención de lograr la nulidad de los actos administrativos que le impusieron sanción disciplinaria; esto, mediante proceso radicado bajo el n.º 47001-2331-001-2008-00047-01, que para la época del fallo apelado aún cursaba en segunda instancia en el Tribunal Administrativo del Magdalena.

5.5. De esta forma, halló el *a quo* identidad de partes, de objeto y de causa, pues pese a que la acción de nulidad y restablecimiento buscaba la nulidad de las sanciones disciplinarias y la de reparación directa no, en ambos procesos aparecía común la pretensión, consistente en indemnizar a los accionantes los daños morales y materiales que se ocasionaron con el inicio del proceso sancionatorio.

5.6. En esas condiciones, el Tribunal Administrativo del Meta concluyó que el señor Fernando Robert Ferrel Ortega, a partir de una misma situación fáctica intentó dos acciones distintas, siendo que solo la de nulidad y restablecimiento del derecho era la idónea para zanjar el litigio derivado de la expedición de los actos administrativos que lo sancionaron disciplinariamente.

6. El 19 de agosto de 2011, la parte demandante interpuso y sustentó oportunamente **recurso de apelación** contra la anterior decisión, a fin de que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar se emita un pronunciamiento de fondo y se accede a las pretensiones contenidas en la demanda, por cuanto (fl. 559-568, c.6):

6.1. Mencionó que no se presenta identidad de causa entre el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y este de reparación directa, ya que los fundamentos fácticos eran distintos. Explicó entonces que mientras en la primera acción se trata de enervar la presunción de legalidad de los actos administrativos sancionatorios por desviación de poder, vulneración al derecho de defensa, indebida valoración probatoria, irregularidades en la notificación del auto de traslado para alegar, ausencia de fundamento legal, falsa motivación por inexistencia de la falta disciplinaria, inconstitucionalidad del dolo imputado y violación de la antijuridicidad material; en esta, la demanda se sustenta en acciones desplegadas por funcionarios de la Universidad del Magdalena, quienes so pretexto de *“ejercer autoridad interna disciplinaria desbordaron sus competencias con el único propósito de lesionar la honra de mi representado”*, esto, según los expresado en los hechos 12, 13, 16, 17 y 24 de la demanda donde se aludió a: (i) la actuación del Jefe de la Oficina Asesora Control Interno Disciplinario, quien *“apartándose de la realidad fáctica, de las normas de derecho y con el único fin de infligir daño al docente FERREL, emite fallo de primera instancia sancionándolo”*; (ii) la publicación en el Boletín Institucional n.º 113, en diciembre de 2003, y en el diario en *“El Informador”*, de las decisión sancionatoria de primera instancia y la negativa del ejercicio del poder preferente por parte de la Procuraduría General de la Nación; (iii) de la actuación del rector de la Universidad del Magdalena, quien *“a pesar de los descargos y las apelaciones contra el Fallo de Primera Instancia, los soportes testimoniales y*

documentales allegados por el demandante” resolvió confirmar la decisión sancionatoria, donde también ordenó iniciar el proceso de levantamiento de fuero sindical; (iv) la publicación en el diario “*El Informador*” del 27 de octubre de 2007 donde se difundió el contenido de la decisión que confirmó en segunda instancia la sanción disciplinaria; (v) los hechos en que incurrió la Universidad del Magdalena y que desencadenaron en la actuación de la Fiscalía General de la Nación y la Contraloría General de la República, autoridades que finalmente declararon la inexistencia de conducta punible y de detrimento fiscal, respectivamente.

6.2. En cuanto a la identidad de objeto, señaló que las pretensiones en cada uno de los procesos es diferente, por cuanto: en el de nulidad y restablecimiento del derecho se persigue la nulidad de los actos administrativos que impusieron sanción disciplinaria, el reintegro del docente al cargo que desempeñaba en la universidad, la cancelación de los salarios y prestaciones dejados de percibir, los perjuicios morales causados por los efectos de los actos acusados y la cancelación de los antecedentes disciplinarios; y en la reparación directa se pretende que se declare a la Universidad del Magdalena administrativamente responsable de los daños antijurídicos causados a los actores “*con ocasión de la extralimitación de funciones realizada por los agentes del ente universitario, en desarrollo de las potestades disciplinarias encomendadas por la ley*” y el pago de todos los daños materiales y morales ocasionados por la actuación de la administración.

6.3. Concerniente a la identidad de partes, señaló que la acción de reparación directa fue promovida por varias personas que resultaron perjudicadas por la actuación de la administración; en cambio en el de reparación directa solo obra como demandante el profesor Fernando Robert Ferrel.

6.4. Así, la parte actora insistió en que mediante la presente acción de reparación directa busca la reparación de daños materiales y morales irrogados a los miembros de la familia Ferrel Ballestas, con ocasión de la “*desviación de funciones de los agentes estatales que mediatizaron el proceso disciplinario para causar daños en la honra del directivo sindical*” y no desaparecer el mundo

jurídico las sanciones disciplinarias o restablecer al docente Fernando Ferrel en sus derechos laborales.

6.5. También manifestó que la mención a los hechos relacionados con los actos administrativos que le impusieron sanción disciplinaria era necesaria para soportar el daño ocasionado por la “*pérdida de oportunidad o chance*”, que surge de los efectos prolongados de los actos impugnados, cuyos efectos no podían percibirse al momento de formularse la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, hecho que obligaba a la magistrada ponente a declarar la prejudicialidad del proceso.

6.6. Reiteró que el mencionado profesor fue víctima de una obcecada persecución institucional y campaña de desprestigio, tal como se deriva de los testimonios de Leandro Castillo Galván, Gilberto Campo Carrasquilla, Alex Gutiérrez Moreno y Álvaro Salomón Calvano, donde “*se revela con certeza que el proceso disciplinario adelantado contra el demandante FERREL ORTEGA no fue cosa distinta que una maniobra de retaliación ejecutada por la Administración de la Universidad, bajo el ropaje de facultades institucionales, con la única finalidad de desvincular del ente educativo e inhabilitar por diez (10) años a quien denunció con vehemencia las irregularidades detectadas en el interior del claustro universitario*”.

6.7. Adicionalmente mencionó que estaba debidamente probado que el profesor participó en un convocatoria para la financiación de algunos proyectos de investigación del Plan de Ciencia y Tecnología e Innovación – FONCIENCIAS, cuyo proyecto fue debidamente aprobado por la Vicerrectoría de la Universidad del Magdalena y que para el docente pudo representar un ingreso de \$16.440.000, no obstante, el ente universitario impidió que tal convenio fuera celebrado, ya que por conducto de la Oficina Asesora Jurídica puso de presente la existencia de un certificado de antecedentes disciplinarios donde daba cuenta de la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 10 años.

7. El 2 de septiembre de 2011 el Tribunal Administrativo del Magdalena concedió la impugnación en el efecto suspensivo (fl. 570, c.6), y esta fue admitida por el Consejo de Estado el 10 de febrero de 2012 (fl. 364, c.4).

8. En consecuencia, el 16 de mayo de 2012 se corrió **traslado para alegar de conclusión en segunda instancia** (fl. 576, c.4), término dentro del cual las partes intervinieron, así:

8.1. La **Universidad del Magdalena** se mantuvo en sus afirmaciones en cuanto a que dentro del expediente no obra prueba que indique o demuestre que haya ocasionado daño alguno a los accionantes, pues los procedimientos por ella adelantados derivaron del incumplimiento de los deberes del docente durante el periodo del año sabático. Y en relación con la difusión de la noticia del proceso disciplinario iniciado contra el docente Fernando Robert Ferrel, destacó que lo hizo en obediencia del artículo 20 de la Constitución Política.

8.2. En relación con la indebida escogencia de la acción, comentó que el medio de control procedente era el de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como lo indicó el *a-quo*, y que, en efecto, habían lugar a que se declarara la excepción de pleito pendiente.

8.3. La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

I. Jurisdicción y competencia

9. Por ser las demandadas entidades estatales, el presente asunto es de conocimiento de esta **jurisdicción**, de acuerdo con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

10. El Consejo de Estado es **competente** para conocer de la impugnación, en razón del recurso incoado por la parte actora, en un proceso con vocación de segunda instancia según la Ley 446 de 1998, dado que la cuantía de la

demanda, fijada por la sumatoria de la totalidad de las pretensiones¹, supera la exigida por la norma para tal efecto².

III. Acción procedente

11. Habida cuenta de que en la sentencia de primera instancia se declararon probadas las excepciones de inepta demanda y pleito pendiente, la parte actora expuso su inconformidad al respecto por considerar que no se reunían en este caso los elementos que respaldaran tal decisión, de manera que corresponde a esta Sala pronunciarse primero en relación al tema de la ineptitud sustantiva de la demanda, así:

11.1. Debido a las múltiples formas en las que se expresa la administración pública, el Código Contencioso Administrativo fijó la extensión del control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de suerte que le otorgó la facultad para juzgar actos administrativos, hechos, omisiones, operaciones administrativas, contratos estatales³ e inclusive actos políticos y de gobierno⁴.

11.2. En consonancia con lo anterior, dicha legislación puso a disposición de los administrados mecanismos procesales diversos, con el propósito de plantear ante los jueces los conflictos que se susciten entre ellos y la administración pública; dentro de los que tienen una naturaleza ordinaria⁵ se encuentran las

¹ En vista de que el recurso de apelación se presentó en vigencia del artículo 3º de la Ley 1395 de 2010, esto es, el 19 de agosto de 2011, para efectos de la determinación de la cuantía se tiene en cuenta “el valor de la suma de todas las pretensiones acumuladas al momento de la presentación de la demanda”.

² La demanda fue presentada el 6 de octubre de 2010, cuando ya se encontraba en operación los juzgados administrativos, e igualmente vigentes las disposiciones del artículo 40 de la Ley 446 de 1998 que modificó el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, que en su numeral 6º atribuía a los tribunales administrativos el conocimiento en primera instancia de las acciones de reparación directa cuando la cuantía excediera de 500 salarios mínimos. Así, debido a que para la fecha de la presentación de la demanda, año 2010, 500 smlmv correspondían a \$257.500.000, y la sumatoria de las pretensiones de la demanda arrojan \$556.440.000, es claro que la primera instancia debía ser tramitada por el Tribunal Administrativo del Magdalena y la segunda instancia por el Consejo de Estado.

³ El texto del artículo 83 del Código Contencioso Administrativo refiere al control sobre “los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad”, no obstante, debe aclararse que con la expedición de la Ley 80 de 1993, el Estatuto de la Contratación Estatal eliminó la clasificación de contratos administrativos y los denominó contratos estatales.

⁴ Así lo previó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo: “(...) Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno”.

⁵ Vale aclarar que existe otros mecanismos de control de orden constitucional, como lo son la acción popular y la acción de grupo, regulados por la Ley 472 de 1998.

acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales⁶.

11.3. De esta forma, se ha considerado que el adecuado empleo de tales acciones no depende de la libre escogencia de quienes acuden a la jurisdicción contenciosa administrativa, sino de la forma como la Administración se haya expresado o dado origen al desmedro o daño que el reclamante alega. Así lo ha considerado el Consejo de Estado:

Por otra parte, como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, es necesario establecer cuál es el origen del daño que se alega, para determinar así mismo, cuál es la acción correcta; puesto que si aquel procede o se deriva directamente de un acto administrativo que se considera ilegal, éste deberá demandarse en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A; pero si el daño proviene del incumplimiento de una obligación contractual, o del proferimiento de actos administrativos contractuales, o, en fin, de una relación contractual existente entre el afectado y la entidad estatal, las reclamaciones que pretendan efectuarse con fundamento en la misma, deberán encauzarse por la vía de la acción relativa a controversias contractuales, contemplada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

Pero si el daño proviene, como lo dice el artículo 86, de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa, la acción procedente será la de reparación directa⁷.

11.4. Nótese cómo la acción de simple nulidad fue regulada por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, para el ejercicio del control de legalidad sobre los actos administrativos por cuyo ejercicio se somete a examen la validez de la decisión de la administración, con el único fin de confrontarla con el orden jurídico y establecer si se ajusta a este o no. Esta acción le permite a las partes pedirle al juez la verificación del respeto a las normas superiores en que debía fundarse, la veracidad de sus motivos, la ausencia de vicios en su expedición, la competencia de quien lo ha expedido y que en su ejercicio no se hayan desviado las atribuciones que la ley le confiere.

11.5. Así, el control de legalidad que ejerce el juez en el marco de esta acción está encaminado a la confrontación del acto con el orden jurídico, y tiene como

⁶ El código contencioso administrativo, en el artículo 88, preveía la acción de definición de competencias administrativas, pero dicha disposición fue derogada por la Ley 954 de 2005.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de enero de 1997, exp. 1232, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

finalidad mantener la legalidad y expulsar del ordenamiento aquella decisión administrativa de carácter general que adolece de vicios que afectan su validez.

11.6. Por su parte, cuando la acción no solo está llamada a ejercer el control de legalidad de la decisión administrativa, sino a obtener el restablecimiento del derecho y/o la reparación del eventual perjuicio, ha de ejercerse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 *ibídem*.

11.7. De otro lado, en los términos del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la acción procedente para deprecar en sede judicial la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado y la correspondiente reparación de perjuicios derivados de un hecho, omisión u operación administrativa, imputables a la administración pública, así como por la ocupación temporal o permanente de un inmueble, es la de reparación directa.

11.8. Esta acción ostenta un contenido netamente reparador y es el medio idóneo para juzgar la responsabilidad estatal, cuando el daño cuya indemnización se pretende ha sido generado por la conducta activa u omisiva de la administración, por una operación administrativa u ocupación de bien inmueble; así, cuando se cuestiona una actuación de hecho de la administración pública, es la acción de reparación directa la llamada a servir de mecanismo procesal para la tutela judicial de los derechos de las víctimas.

11.9. De igual manera, se ha considerado que procede la acción para obtener la reparación de perjuicios derivados de la ejecución de un acto administrativo, únicamente cuando no está en cuestión su legalidad⁸, en aquellos casos en que la decisión legalmente proferida genera desequilibrio frente a las cargas públicas.

11.10. Sin embargo, cuando se cuestiona la legalidad de un acto administrativo, esto es, se alegan vicios que afectan la validez de una decisión adoptada por la administración con el fin de crear, modificar o extinguir una determinada situación jurídica, la reparación de los eventuales perjuicios derivados de su

⁸ Al respecto se ha pronunciado en forma reiterada la Corporación. Ver: Consejo de Estado, sentencia de 8 de marzo de 2007, radicación 16.42, Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

ilegalidad solo procede previa anulación del acto administrativo que los determinó.

11.11. Los actos adoptados por la administración como expresión patente de su voluntad o deseo en ejercicio de sus competencias, gozan en el ordenamiento jurídico nacional de las prerrogativas de presunción de legalidad y ejecutividad, de acuerdo con las cuales: se presumen ajustados al ordenamiento jurídico⁹ y son ejecutables¹⁰ en forma inmediata, por manera que si la administración se ha pronunciado en esos términos, la inconformidad del administrado debe plantearla ante el juez administrativo, para que se pronuncie sobre la legalidad o no de la decisión cuestionada y disponga, de aparecer fundamento para ello, su suspensión o anulación. Mientras ello no ocurra, la decisión así adoptada mantiene su carácter ejecutivo y ejecutorio.

11.12. Lo expuesto encuentra relevancia en la escogencia de la acción procedente para llevar el conflicto ante el juez, por cuanto solo la pretensión de nulidad del acto lo faculta para acometer el estudio de fondo acerca de la validez de la decisión administrativa. Pero cuando el acto administrativo no ha sido cuestionado por virtud de la acción procedente para ello, continúa amparado en su presunción de legalidad, que aunque desvirtuable, sólo puede serlo cuando se ha deprecado del juzgador el análisis sobre su legalidad o no, por medio del mecanismo procesal idóneo. Como está vedado al juez asumir en forma oficiosa el estudio de la legalidad de un acto administrativo, es sólo mediante petición del interesado afectado que ésta procede, mediante el ejercicio de la acción procedente que la ley ha previsto para su ejercicio.

11.13. Por ende, cuando media un acto administrativo, expreso o ficto, como fuente de la causación del daño, el juez de la responsabilidad está atado a la presunción de legalidad que lo reviste, salvo que mediante la acción procedente

⁹ Código Contencioso Administrativo, artículo 66. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

¹⁰ *Ibidem*, artículo 64. Salvo norma expresa legal en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento.

se cuestione también su legalidad y se le pida en forma expresa al juzgador pronunciarse sobre esta.

12. Esclarecido lo anterior, para el presente asunto se encuentra que los demandantes, por la vía de la reparación directa, pretenden que se declare administrativamente responsable a la Universidad del Magdalena, por cuanto le endilgan a dicha entidad el daño por ellos soportado, *“con ocasión de la extralimitación de funciones realizada por agentes del ente universitario, en desarrollo de las potestades disciplinarias encomendadas por la ley”*. Según se precisa en el recurso de apelación, esa extralimitación a la que alude se refiere a: (i) la emisión de decisiones por medio de las cuales la Universidad del Magdalena le impuso sanción disciplinaria al docente Fernando Robert Ferrel, con el exclusivo propósito de provocarle daño; (ii) la campaña de difamación elaborada por el ente universitario en su contra y que se reflejó en la publicación, mediante diferentes medios de comunicación escritos, de los contenidos de los actos administrativos por medio de los cuales se le impuso sanción disciplinaria; (iii) las respectivas denuncias hechas por la Universidad del Magdalena que dieron inicio a investigaciones por parte de la Fiscalía General de la Nación y la Contraloría General de la República que trajeron consigo perjuicios morales y económicos a la familia Ferrel Ballestas; y (iv) el hecho de haberle impedido al docente la celebración de un convenio de investigación que le reportaría ingresos, pero que no pudo suscribir al encontrarse inhabilitado para contratar con el Estado por el término de 10 años, debido a la sanción disciplinaria impuesta por la Universidad del Magdalena. En este orden de ideas, conforme a lo acreditado en el expediente, se tiene que:

12.1. Mediante Resolución n.º 0691 del 12 de julio de 1988 de la Universidad del Magdalena, se dispuso el nombramiento del señor Robert Ferrel Ortega como profesor de tiempo completo (fl. 283, c.1).

12.2. Mediante Acuerdo n. 0033 del 18 de diciembre de 2001, el Consejo Superior de la Universidad del Magdalena le otorgó al profesor Fernando Ferrel

Ortega un periodo sabático a partir del 4 de febrero de 2002, para efectos de que se dedicara a la elaboración de un texto en el área de educación sexual¹¹.

12.3. A raíz de lo anterior, el 4 de febrero de 2002, entre el profesor Fernando Ferrel Ortega y la Universidad del Magdalena, representada por el Rector Carlos Eduardo Caicedo Omar, suscribieron un Convenio de Periodo Sabático, donde se estipuló como obligación para el educador la elaboración y entrega de un libro en el área de educación sexual, quien se reincorporaría a la institución al finalizar el año sabático; por su parte, la universidad se obligó a descargar al docente de sus compromisos laborales, a cancelarle el 100% de su salario y prestaciones, y a reincorporarlo una vez finalizara el correspondiente periodo (fl. 316, c.1).

12.4. No obstante, una certificación expedida por el Jefe de Personal de la Corporación Universitaria de la Costa – CUC, en la que se hizo constar que el docente Fernando Robert Ferrel Ortega laboró como catedrático en esa institución durante los años 2002 y 2003, periodo en el que se encontraba disfrutando del año sabático, generó que se iniciara una investigación disciplinaria por parte de la Universidad del Magdalena (fl. 118, c.1).

12.5. Así, el 21 de noviembre de 2006, la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario de la Universidad del Magdalena emitió acto administrativo, por medio del cual sancionó al docente Fernando Ferrel Ortega con destitución del cargo e inhabilidad por 10 años para ejercer función pública, por cuanto (fl. 118 – 127, c.1):

Primero: Que está, debidamente probada, la existencia de la falta disciplinaria imputada al disciplinado, Sr. FERREL ORTEGA, por cuanto, valiéndose de su condición como docente de tiempo completo de esta Universidad y gozando del periodo sabático, laboró en la Corporación Universitaria de la Costa “C.U.C.” como docente catedrático durante el año 2002 al 2003, tiempo durante el cual se encontraba bajo la exclusividad para su dedicación específicamente a lo que se obligó en el convenio de febrero 4 de 2002 celebrado con la universidad, conforme los presupuestos de hecho y de derecho claramente expuestos conforme auto de formulación de cargos.

¹¹ Textualmente, en el artículo segundo del Acuerdo Superior n. 033, se dispuso: “Durante el período sabático, el docente se dedicará exclusivamente a la elaboración de un libro de texto en el área de Educación Sexual” (fl. 405-406, c.1).

Segundo: Que la conducta endilgada al disciplinado Sr. FERREL ORTREGA, se califica definitivamente como de naturaleza gravísima, modalidad punitiva dolosa, conforme lo siguiente: (...)

De igual manera, quedó probado, conforme a la adecuación típica de la conducta desplegada por el aquí disciplinado, Sr. Ferrel Ortega, que éste, ejerció la función de docente en otra institución de educación superior y omitió la entrega del libro de texto, con el propósito de defraudar el convenio celebrado el 4 de febrero de 2002, si se tiene en cuenta que conforme lo enseña el diccionario de la lengua española, defraudar es “privar a alguien, con abuso de confianza o con engaño, de lo que le corresponde de derecho”, y que entiende por propósito: “De propósito, con intención determinada, o deliberadamente”; esa fue, precisamente la conducta desplegada por el docente Ferrel Ortega, por cuanto privó a la administración, es decir a la Universidad contar con un libro de texto de educación sexual al que podían consultar todos los estudiantes y alimentar sus conocimientos e impulsar una mejor perspectiva en el tema, para un mejor desarrollo regional, entorno en el que tiene su radio de acción esta institución, abusando de sus funciones públicas al incumplir con la exclusividad en la dedicación dentro del año sabático y la entrega del libro de texto que nunca se recibió por la Universidad; violación que se da, de manera involuntaria e intencionada, buscando con ello, defraudar el contenido normativo del reglamento en comento, esto es, lo previsto en el Convenio del Periodo Sabático de febrero 4 de 2002 (...)

TERCERO: En firme la decisión sancionatoria, remitir a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, los formularios para el registro de la sanción disciplinaria y envíese copia del presente fallo, con su constancia de ejecutoria.

CUARTO: Surtido el trámite anterior remítase copia del presente fallo al representante legal de la Universidad del Magdalena o a quien haga sus veces, para que inicie de inmediato ante la autoridad competente el proceso de levantamiento del proceso sindical que goza actualmente el Sancionado Fernando Robert Ferrel Ortega y se ejecute la sanción impuesta.

QUINTO: Remítase copia del presente fallo, al Proceso de Responsabilidad Fiscal n.º 84471-011-791 adelantado por la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental del Magdalena -, al igual que la Fiscalía General de la Nación, al proceso penal llevado contra el sancionado Ferrel Ortega.

12.6. Contra la anterior decisión el interesado interpuso recurso de apelación que fue resuelto el 28 de septiembre de 2007 por el Despacho del Rector de la Universidad del Magdalena, en el sentido de confirmar la providencia recurrida, pues estimó que ninguno de los cargos propuestos en la alzada tenían vocación para prosperar. Adicional a ello, dispuso la iniciación, ante la autoridad competente, del proceso de levantamiento del fuero sindical del que gozaba el profesor Ferrel Ortega; y compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación a

fin de que investigara la presunta comisión de los delitos consagrados en los artículos 286 a 291 y 453 del Código Penal (fl. 132-158, c.1).

12.7. Adicionalmente, el señor Fernando Robert Ferrel Ortega elevó ante el Despacho de Procurador General de la Nación, solicitud de revocatoria directa de la sanción disciplinaria antes referida, de suerte que mediante providencia del 27 de junio de 2008 el ente de control se abstuvo de avocar el conocimiento de tal solicitud, debido a que: no encontró una manifiesta infracción a las normas constitucionales, legales o reglamentarias; y el peticionario había agotado la vía gubernativa al haber interpuesto recurso de apelación contra el fallo disciplinario de primera instancia, de manera que no cumplía con lo exigido en los artículos 122 a 125 de la Ley 734 de 2002 para procediera la revocatoria solicitada (fl. 384 – 397, c.1).

12.8. Por los hechos denunciados por la Universidad del Magdalena, el señor Fernando Ferrel Ortega fue investigado penalmente, de suerte que la Fiscalía 13 Seccional de Santa Marta emitió orden de captura en su contra por el presunto delito de peculado por apropiación, la cual se hizo efectiva 5 de septiembre de 2007¹².

12.9. El señor Ferrel Ortega fue dejado en libertad después de rendir indagatoria¹³ y el 23 de julio de 2006, la Fiscalía 13 Seccional de Santa Marta precluyó la investigación a su favor, por cuanto estimó que con su actuar no había cometido los delitos de peculado por apropiación y prevaricato por omisión (fl. 68 – 82, c.1).

12.10. De igual manera, la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental del Magdalena, luego de dar trámite a un proceso de responsabilidad fiscal en contra del señor

¹² Acta de derechos del capturado del 5 de septiembre de 2007, suscrita por el señor Fernando Robert Ferrel Ortega (fl. 50, c.1). Informe rendido el 5 de septiembre de 2007, dirigido a la Fiscalía 13 Seccional de Santa Marta y suscrito por el Investigador de Campo de la Policía Judicial, en donde se lee: “En cumplimiento de la orden de captura en cuestión, se realiza el presente informe con el objeto de dar a conocer al despacho comitente que el señor FERNANDO ROBERT FERRER (sic) ORTEGA, indentificado con la C.C. n.º 201288 BOGOTÁ, fue capturado en la ciudad de Santa Marta a las 8:50 de la mañana, quien se notificó de su orden de captura.” (fl. 50-51, c.1)

¹³ Certificación del 18 de mayo de 2010, emitida por la Asistente de Fiscal II de la Secretaría de Delitos Contra la Administración Pública y Patrimonio Económico de las Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Penales del Circuito de Santa Marta (fl. 83, c.1).

Fernando Robert Ferrel por los hechos denunciados por la Universidad del Magdalena¹⁴, el 1º de marzo de 2010 dictó auto por medio del cual decretó la cesación de la acción fiscal, con sustento en lo siguiente:

En concepto de este despacho, todo el material probatorio antes mencionado contribuye a desvirtuar dentro del presente proceso la existencia del Daño Fiscal, como uno de los tres elementos integrantes de la figura jurídica de la Responsabilidad Fiscal, sin el cual no se puede predicar que el señor Fernando Robert Ferrel Ortega, haya menoscabado el patrimonio del Estado y por ende ser responsable fiscal al haber percibido salarios y demás prestaciones del Estado, durante el disfrute del periodo de año sabático concedido por la Universidad del Magdalena durante el lapso comprendido entre el 4 de febrero de 2002 y el 4 de febrero de 2003, quiere decir lo anterior que cumplió a cabalidad como bien lo afirmó en su versión, con los compromisos adquiridos en el Convenio por el Periodo Sabático suscrito el 4 de febrero de 2002 entre él como docente y el Rector de la Universidad del Magdalena; Doctor CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR; al hacer entrega al despacho del libro que se comprometió a escribir (...) (fl. 84-95, c.1).

12.11. El 10 de mayo de 2010, por vía del grado de consulta, el referido pronunciamiento fue confirmado por el Director de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva (fl. 95 – 106, c.1).

12.12. De manera paralela, el 18 de febrero de 2008, el señor Fernando Ferrel Ortega presentó ante los Juzgados Administrativos de Santa Marta, demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que solicitó se declare la nulidad de los fallos disciplinarios del 21 de noviembre de 2006 y 28 de septiembre de 2007, emitidos por la Universidad del Magdalena; y como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento, se ordene su reintegro al cargo de docente de tiempo completo y se le cancele todos los salarios y prestaciones dejadas del percibir (fl. 1 – 17, anexo 1).

12.13. El proceso de nulidad y restablecimiento del derecho fue conocido en primera instancia por el Juzgado 7º Administrativo de Santa Marta bajo el

¹⁴ Según se cita en la respectiva providencia, el proceso de responsabilidad fiscal inició a raíz de una comunicación enviada por la Oficina Asesora de Control Disciplinario de la Universidad del Magdalena mediante oficio del 6 de junio de 2006, a través del cual remitió copia del proceso disciplinario n.º 001-006, donde para esa fecha, ya se había emitido pliego de cargo en contra del docente Fernando Robert Ferrel Ortega (fl. 85, c.1).

radicado n.º 47001-23-31-001-2008-0047-00, autoridad que el 14 de septiembre de 2009 dictó fallo de primera instancia, en el sentido de declarar la nulidad de los actos administrativos demandados y el reintegro del docente Fernando Robert Ferrel Ortega al cargo que desempeñaba, al igual que el reconocimiento y pago los salario y prestaciones dejadas de percibir (fl. 305 – 315, anexo 2).

12.14. La anterior decisión fue apelada por la Universidad del Magdalena (fl. 322-327, anexo 2) de manera que el 16 de julio de 2012 el Tribunal Administrativo del Magdalena revocó el fallo impugnado y negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho (fl. 745-752, c.6)

12.15. Por otra parte, se advierte que mediante sentencia del 20 de septiembre de 2009, el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Santa Marta, calificó como justa la causal aducida por la Universidad del Magdalena para la desvinculación del señor Fernando Robert Ferrer Ortega, razón por la que accedió al levantamiento del fuero sindical de dicha persona y concedió permiso para que fura separado del servicio (fl. 356-361, c1).

12.16. El referido fallo de levantamiento del fuero sindical fue confirmado en segunda instancia el 16 de julio de 2010 por parte de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta (fl. 349 – 355, c1).

12.17. Al margen del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que planteara el demandante contra los actos administrativos que le impusieron sanción disciplinaria, el señor Fernando Robert Ferrel Ortega presentó demanda en acción de tutela en contra de la Universidad del Magdalena en la que planteó la vulneración de los derechos al trabajo, de defensa y contradicción, para que en consecuencia se dejara sin efecto la Resolución n.º 282 del 11 de abril de 2012, por medio de la cual se hizo efectiva la sanción disciplinaria impuesta por el ente universitario mediante decisiones del 21 de noviembre de 2006 y 28 de septiembre de 2007¹⁵ (fl. 1-9, anexo 5).

¹⁵ Es del caso aclarar que encontrándose el presente proceso en segunda instancia, mediante memoriales presentados el 4 y 10 de septiembre de 2012, la parte demandante aportó algunos documentos relativos a la acción de tutela adelantada por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Marta dentro del proceso con radicado n.º 2012-00390 (fl. 622-657, 659-690, c.6). De igual forma, la Universidad del Magdalena, a través de memorial del 20 de septiembre de

12.18. De esta forma, la demanda de tutela le correspondió por reparto al Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en proceso identificado bajo el radicado n.º 2012 – 00390, que en sentencia del 13 de junio de 2012 decidió tutelar los derechos alegados por el profesor Fernando Robert Ferrel Ortega y dejar sin efecto la actuación disciplinaria adelantada en su contra a partir del auto de apertura de fecha 27 de enero de 2006. Igualmente ordenó el reintegro de dicho docente al cargo que antes desempeñaba (fl. 98-125, anexo 3).

12.19, La decisión antes referida fue apelada por la Universidad del Magdalena (fl. 150-172, anexo 3) y resuelta en segunda instancia por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, que en fallo del 17 de septiembre de 2012 revocó la sentencia del 13 de agosto del 2012 del Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, por cuanto (fl. 24-35, anexo 4):

De las pruebas que reposan en el plenario puede concluirse que ni al juez a quo ni a esta Colegiatura le asiste competencia para dilucidar el tema expuesto por el señor Ferrel.

Sin duda alguna el juez natural del caso es el juez administrativo y así parece reconocerlo el actor quien acudió a la Jurisdicción Contenciosa a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en cuyo trámite se verificó la legalidad del procedimiento efectuado por la institución de educación demandada (...)

En el trámite constitucional adelantado por el Consejo de Estado, la acción estuvo dirigida principalmente contra el Tribunal Administrativo del Magdalena y a atacar su sentencia, sin embargo, esta Corporación vinculó a la Universidad del Magdalena para que se hiciera parte y presentara los informes pertinentes atendiendo que podía verse afectada con los resultados del proceso situación que nos lleva a colegir que sí existe identidad de sujetos activos y pasivos (...)

2012 allegó copia de las sentencias del 17 de septiembre de 2012 emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa – Marta dentro del referido proceso de tutela n.º 2012-00390 (fl. 745-786 y 725-730, c.6). Frente a lo anterior, en auto del 29 de agosto de 2013, esta Sala consideró que los mencionados documentos no cumplían los requisitos exigidos por el artículo 214 del C.C.A. para solicitar pruebas en segunda instancia, pues fueron aportados de manera extemporánea, sin embargo, por considerarlo necesario para el esclarecimiento de la verdad, de conformidad con el artículo 169 ibídem, la Sala, de oficio, ordenó al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Marta y a la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta que remitieran copia auténtica de la totalidad del proceso de tutela con radicado n.º 2012-00390 (fl. 787 y 788, c.6). De esta suerte, al presente proceso fue allegada la copia auténtica del mencionado expediente n.º 2012-00390 (fl. 791 y 816, c.6), de cuyo contenido se corrió traslado a las partes por el término de 5 días (fl. 820, c.6). Así, los documentos que antes reseñados y a los que se aludirá en adelante hacen parte del aludido proceso de tutela que se incorporó debidamente a este expediente como prueba trasladada y del que participaron las mismas partes que conforman la presente litis.

Es preciso recordar que el Consejo de Estado al desatar la acción de tutela en aras de verificar o no la presencia de una vía de hecho del trámite del proceso administrativo, no se limitó a indicar la simple procedencia de la acción de tutela como mecanismo subsidiario sino que realizó un juicio de legalidad sobre la sentencia de segunda instancia concluyendo que la misma se profirió acorde con el material probatorio (...) (Se destaca)

12.20. La anterior providencia fue seleccionada para revisión por parte de la Corte Constitucional mediante auto del 30 de enero de 2013 (fl. 1 – 5, anexo 6), de manera que la alta corporación se pronunció mediante sentencia T-277 del 14 de mayo de 2013 en la que decidió revocar el fallo del 17 de septiembre de 2012 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, y en su lugar declarar improcedente la acción de tutela por lo siguiente (fl. 21-26, anexo 6):

La acción de tutela es improcedente, al no cumplirse el requisito de subsidiariedad, cuando el accionante no la utiliza para controvertir la constitucionalidad de un proceso administrativo que ya fue analizado por el juez natural del asunto y su decisión fue considerada como ajustada al Ordenamiento Superior por un juez constitucional. El transcurso de un lapso de tiempo muy extenso entre la ocurrencia del presunto hecho vulnerador del derecho fundamental al debido proceso y la interposición de la acción de tutela hace improcedente el amparo de tutela. Y, la existencia de un perjuicio irremediable no puede derivarse del grado de adversidad que soporte el sujeto pasivo de una decisión administrativa que establezca una sanción disciplinaria o la haga efectiva, sino de la contrariedad de esta con el orden jurídico constitucional.

12.21. Adicionalmente, tal como lo relató la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Marta en la sentencia del 17 de septiembre de 2012 (v. párr. 12.19), al expediente de tutela con radicado n.º 2012-00390 se aportaron copias de otro proceso de tutela formulado por la parte actora; se trata del expediente n.º 2012-00589, en donde el señor Fernando Robert Ferrel Ortega presentó demanda ante el Consejo de Estado, con la finalidad de que fuera dejada sin efecto la sentencia del 29 de febrero de 2012 emitida por el Tribunal Administrativo del Magdalena (v. párr. 12.14) dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciada en contra de los actos administrativos que le impusieron sanción disciplinaria (fl. 26-40, anexo 5).

12.22. Así, se tiene que dentro del señalado proceso de tutela n.º 2012-00589, la Sección Segunda, Subsección “B” del Consejo de Estado, en sentencia del 7 de

junio de 2012 negó la protección constitucional incoada por el profesor Ferrel Ortega, por cuanto (fl. 47-65, anexo 4):

En el caso fuente de reclamo constitucional, lo primero que debe resaltarse es que no es claro si la exclusión de las referencias del Decreto Ley 80 de 1980 o del Acuerdo Superior n.º 016 de 1989 lleven o modifiquen la consideración del Tribunal según la cual el accionante incurrió objetivamente en las conductas que determinaron la iniciación de un proceso disciplinario en su contra y su posterior sanción, pues en algunos apartes del fallo se afirma que las disposiciones allí referidas tienen un equivalente en la Ley 30 de 1992 y en el mismo reglamento de la Universidad, por lo que, en consecuencia, por este aspecto no es viable acceder a las pretensiones de la demanda, máxime cuando, en consideración del Tribunal, independientemente de la naturaleza de la vinculación del accionante exista una cláusula de exclusividad que suscribió al momento en que se le concedió el año sabático.

Por otra parte, a pesar de que es válido que el interesado intente mostrar una mejor visión de los hechos acaecidos alrededor de su sanción disciplinaria, lo cierto es que, tal como se refirió con anterioridad, no le es dado al juez constitucional asumir el conocimiento del presente amparo como de si de una tercera instancia se tratara, por lo que, al no evidenciarse en el análisis probatorio del Tribunal yerro alguno o contra evidencia alguna, carga que tampoco acreditó el interesado dentro de este trámite, se impone negar las súplicas de la demanda.

12.23. La providencia antes relacionada fue confirmada en sede de apelación por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, a través de fallo del 11 de octubre de 2012, en razón a que¹⁶:

De conformidad con lo expuesto, la Sala advierte que el demandante incurrió en una actuación temeraria por las siguientes razones:

Abusó de la acción de tutela, pues pretendió lograr el mismo efecto jurídico mediante el ejercicio de dos acciones de tutela presentadas ante 2 jurisdicciones. Si bien en una tutela controvierte el proceso disciplinario y, en la otra, la providencia que denegó la nulidad de los actos administrativos que pusieron fin al mismo, lo cierto es que lo pretendido en ambos casos era la revocatoria de la sanción disciplinaria. Es decir, hay identidad de pretensiones en las dos demandas de tutela, toda vez que, en últimas, el actor discute la sanción disciplinaria que la impuso la Universidad del Magdalena (...)

Por lo demás, en el presente trámite de tutela, el demandante no expuso las razones para justificar la interposición de las dos tutelas. El hecho de que la tutela presentada ante la jurisdicción ordinaria no cuestione directamente la

¹⁶ El texto de la providencia del 11 de octubre de 2012 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado fue verificado en línea en el sistema de consulta de proceso de la Rama Judicial, en el siguiente link: <http://procesos.ramajudicial.gov.co/consultaprocesos/>. Sistema que es de fácil acceso a cualquier ciudadano y de público conocimiento.

providencia judicial del 18 de abril de 2012 del Tribunal Administrativo del Magdalena, no desvirtúa la actuación temeraria, pues lo cierto es que, se repite, la finalidad es la misma: que el juez de tutela revise los actos administrativos sancionatorios, cuya legalidad ya examinó la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La tutela, en este caso, es abiertamente improcedente, por cuanto el demandante pretendió convertirla en un mecanismo alternativo a los medios judiciales ordinarios y la empleó indiscriminadamente para que 2 jueces de tutela resolvieran paralelamente sobre pretensiones fundadas en los mismos hechos.

13. El anterior recuento probatorio esclarece lo aquí discutido y conforme a ello no cabe duda que la responsabilidad que se le pretende endilgar a la Universidad del Magdalena deviene de la emisión una sanción disciplinaria tomada mediante la expedición de sendos actos administrativos

13.1. Igualmente se encuentra que según lo alegado por los demandantes en el escrito introductorio y en el recurso de apelación, el daño que se pretende reparar deviene de comportamientos desplegados por los funcionarios de la Universidad del Magdalena, quienes bajo la excusa de *“ejercer autoridad interna disciplinaria desbordaron sus competencias con el único propósito de lesionar la honra de mi representado”* (v. párr. 6.1).

13.2. A partir de lo anterior, es del caso poner de presente que es claro que dicha potestad disciplinaria a la que alude la parte demandante, justamente, se vio reflejada en la adopción de la decisión del 21 de noviembre de 2006 de la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario de la Universidad del Magdalena (v. párr. 12.5) y la del 28 de noviembre de 2007 emitida por el Despacho del Rector de dicha institución en segunda instancia (v. párr. 12. 6), las cuales resolvieron sancionar al docente Fernando Robert Ferrel Ortega con destitución del cargo e inhabilidad por 10 años para ejercer función pública. Las presuntas conductas atribuidas a los funcionarios de la entidad no son otra cosa que el reflejo de cargos de ilegalidad en contra de dichos actos, pues se manifiesta que obraron sin competencia, con fines desviados, asuntos del resorte exclusivo del juez de la legalidad y en contravía del orden jurídico.

13.3. En efecto, aunque el recurrente en la impugnación intenta explicar que mediante el presente proceso iniciado en acción de reparación directa no busca enervar la presunción de legalidad de los actos administrativos que le impusieron sanción disciplinaria, de manera contradictoria asevera que en este caso, la responsabilidad extracontractual de la administración deviene de la actuación del Jefe de la Oficina Asesora Control Interno Disciplinario y del Rector de la Universidad del Magdalena, por cuanto el primero *“apartándose de la realidad fáctica, de las normas de derecho y con el único fin de infligir daño al docente FERREL, emite fallo de primera instancia sancionándolo”*; y el segundo, pese a los *descargos y las apelaciones contra el Fallo de Primera Instancia, los soportes testimoniales y documentales allegados*” decidió confirmar el acto sancionatorio.

13.4. Luego, la parte demandante trata de justificar la demanda de reparación directa bajo argumentos que, de manera paradójica, no hacen otra cosa que ratificar que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, pues al final de sus aseveraciones, termina por remitirse a aquellas actuaciones presuntamente desviadas que se materializaron a través de la emisión de actos administrativos sancionatorios.

13.5. Así, el libelista alude a falencias que ameritan un estudio de legalidad de las decisiones emitidas por la Universidad del Magdalena que se reflejaron en actos administrativos y no en meras acciones u omisiones de la Administración, pues nótese que al afirmar que los funcionarios de dicha institución emitieron *“fallos de primera instancia”*¹⁷, apartados de la realidad fáctica y de las normas de derecho, ello bien puede obedecer a una falsa motivación del acto que impuso sanción disciplinaria; o cuando asevera que la sanción disciplinaria se produjo con el *“único fin de infligir daño”*, aquella falencia se encuadra en una eventual desviación de poder; todas, causales de nulidad que prevé el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo para la nulidad de un acto administrativo, la cual procede *“no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con*

¹⁷ Entiéndase actos administrativos.

desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió”.

13.6. El ejercicio hecho anteriormente puede adelantarse también con las aseveraciones contenidas en el escrito de apelación, según las cuales el profesor presuntamente fue víctima de una persecución laboral y campaña de desprestigio, pues acorde con lo dicho por el censor, ello se desprende de la supuesta **utilización de un proceso disciplinario** con el objeto de ejercer *“una maniobra de retaliación ejecutada por la Administración de la Universidad bajo el ropaje de facultades institucionales, con la única finalidad de desvincular del ente educativo”* al docente universitario y la *“mediatización”* de dicho proceso a través de diferentes publicaciones en medios escritos (v. párr. 6.3 y 6.5), cuestionamientos, que una vez más, aluden como fuente del daño a la ilegalidad de los actos administrativos disciplinarios, motivados por presuntos propósitos oscuros de las directivas de la administración, contrarios a su deber funcional que se traducen, nuevamente, en una supuesta desviación de poder, que igualmente podía y debía plantearse como causal de anulación en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

13.7. Si bien dichas causales de nulidad están descritas en la norma atiente a la acción de simple nulidad, se tiene que también aplican cuando la acción adecuada es la de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, mediante la cual, además de la de la anulación del acto que se demanda puede solicitarse *“que se le repare el daño”*, de modo que las pretensiones indemnizatorias derivadas de la alegada ilegalidad de los actos que lo sancionaron también podían elevarse a través de la acción procedente, esto es, el hecho de que se pidan indemnizaciones más allá del simple restablecimiento del derecho no muta en procedente la acción de reparación directa, pues la de nulidad y restablecimiento del derecho lleva ínsita dicha posibilidad.

13.8. De esta forma, es preciso insistir en que esta Corporación ha expresado que es labor del juez verificar cuál es la fuente del desmedro que se alega y cuya indemnización se persigue, a efectos de determinar la pretensión y en consecuencia la acción o medio de control que procede, comprobación que no debe limitarse a lo expresado en los hechos de la demanda, sino que debe surgir a la luz del material probatorio anexado al plenario¹⁸.

13.9. Luego, es palmario que la conveniencia de quien demanda no puede determinar el medio de control, toda vez que la idoneidad del mismo está previamente determinado en la ley procesal, pues dependiendo de la manifestación de la administración que se pretenda enervar, un acto, un hecho, una omisión o un contrato, el legislador ha previsto la vía adecuada para poder atacarlo o mitigar sus efectos cuando el administrado lo considere desfavorable a sus derechos¹⁹.

13.10. Así, cuando se pretende la reparación de un daño y este proviene de un acto administrativo particular y concreto que se considera contrario a derecho, es imprescindible que se declare primero la nulidad del mismo para efectos de desvirtuar su presunción de legalidad, mediante el mecanismo previsto para ello, que no es otro que el de nulidad y restablecimiento del derecho, situación que se presenta distinta a la labor que se desarrolla en vía de reparación directa y que tiene una finalidad meramente resarcitoria.

13.11. En este orden de ideas, y retomando lo visto en este proceso, se reitera que la fuente del daño en este caso provino de los actos administrativos emitidos por la Universidad del Magdalena, es decir, las decisiones del 21 de noviembre de 2006 de la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario (v. párr. 12.5) y del 28 de septiembre de 2007 del Despacho del Rector de la mencionada institución (v. párr. 12.6) por medio de las cuales se sancionó al demandante, cuya validez

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, exp. 16474, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁹ “Para dotar de eficacia al derecho de acción, el legislador ha consagrado diferentes tipos de acciones que podrán ser impetradas ante la jurisdicción por los interesados en impulsar un litigio, sin que esto signifique que su escogencia queda al arbitrio del actor sino que dependerá de los fines, móviles y motivos que lleven a su ejercicio, los cuales deben coincidir con aquellos que permite la acción”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2011, exp. 19846, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

solo es susceptible de ser atacada ante el juez de su legalidad, único competente para establecer si se presentó la desviación de poder, ilegalidad o falta de competencia alegada.

13.12. El hecho de que la parte actora arguya que mediante la presente acción solo busca la reparación de daños materiales y morales, tanto para el profesor Ferrel Ortega como para sus esposa e hijos, no es un argumento suficiente para predicar que la acción reparación directa es la adecuada, pues aparte que el desmedro alegado sí proviene de actos administrativos, se insiste en que por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la parte actora pudo perseguir, no solo la nulidad de los actos que le impusieron sanción disciplinaria, sino también la reparación de los posibles daños provocados por la decisión de la administración, lo que incluye tanto los materiales y morales en caso de aparecer probados, la alegada pérdida de la oportunidad a la que alude por no poder celebrar contratos al encontrarse inhabilitado por virtud de la sanción disciplinaria y, en general, todos los perjuicios derivados de la sanción (v. párr. 6.4 y 6.6), ya que como se dijo en líneas anteriores, dicho medio de control así lo permite (v. párr. 13.7).

13.13. En esas condiciones, la Sala no puede desconocer la presunción de legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la Universidad del Magdalena impuso Sanción Disciplinaria y eventualmente ordenar la reparación exigida por la parte demandante, sin antes ejercer sobre ellos un control de legalidad y declarar su nulidad, siendo que tal solicitud no fue expuesta de manera expresa en las pretensiones de la demanda, donde tampoco se esgrimió el respectivo concepto de violación que exige el numeral 4º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo²⁰, lo que significa que no se escogió la vía adecuada para ello, la cual era la de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de reparación directa.

²⁰ El artículo 137, del Código Contencioso Administrativo, dispone: "Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá: (...)4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación".

13.14. Tan evidente es que el asunto en cuestión debía discutirse mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que la parte actora, en efecto, ejerció dicho medio de control, a través de demanda interpuesta el 18 de febrero de 2008 ante el Juzgado 7º Administrativo de Santa Marta (v. párr. 12.12 y 12.13), autoridad judicial que se pronunció de fondo mediante fallo del 14 de septiembre de 2009, en el sentido de acceder a la nulidad de los actos administrativos emitidos por la Universidad del Magdalena (v. párr. 12.13), solo que la decisión fue revocada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Marta el 16 de julio de 2012 (v. párr. 12.14), proceso en el que la parte accionante ventiló todos los posibles vicios que consideró adolecían los pronunciamientos de la administración.

13.15. De igual manera, se avizora que no conforme con lo allí expuesto, el señor Robert Fernando Ferrel Ortega interpuso acción de tutela contra la sentencia emitida el 29 de febrero de 2012 por el Tribunal Administrativo del Magdalena con el propósito de dejarla sin efecto (v. párr. 12.21); acción constitucional identificada con el radicado n.º 2012-00589 y que fue negada por improcedente a través de sendas pronunciamientos emitidos en primera y segunda instancia por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 7 de junio de 2012 (v. párr. 12.22) y por la Sección Cuarta de esta Corporación el 11 de octubre de 2012 (v. párr. 12.23), respectivamente, proceso en el que incluso se consideró que el aquí demandante había incurrido en un comportamiento temerario por abuso de la acción de tutela.

13.16. Por si fuera poco, aparece acreditado que el profesor Robert Fernando Ferrel interpuso otra acción de tutela contra la Universidad del Magdalena, específicamente por la expedición de la Resolución n.º 282 del 11 de abril de 2012, por medio de la cual se hizo efectiva la sanción disciplinaria (v. párr. 12.17), demanda que fue conocida por el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en proceso identificado con radicado n.º 2012-00390, autoridad que por medio de sentencia del 13 de junio de 2012 decidió tutelar los derechos alegados por dicho docente (v. párr. 12.8), no obstante, fue revocada en sede apelación mediante fallo del 17 de septiembre de ese año por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta (v. párr. 12.19).

13.17., Dicho asunto incluso fue analizado por la Corte Constitucional mediante el mecanismo de revisión, y de tal suerte se pronunció en sentencia T-277 de 2013, donde declaró improcedente la acción de tutela (v. párr. 12.20).

13.18. Nótese como la parte actora, a través del ejercicio de múltiples acciones, una de nulidad y restablecimiento del derecho, una de reparación directa y dos de tutela, ha pretendido, sin éxito, buscar la abolición e inaplicación de los actos administrativos que le impusieron sanción disciplinaria, provocando de contera un inusitado desgaste del aparato judicial, siendo que la única acción adecuada era la primera de las mencionadas.

13.19. De este modo, comoquiera que la acción de reparación directa no puede servir de mecanismo para cuestionar la legalidad de los referidos actos administrativos, ni en su decisión corresponde al juez verificar asuntos de estricta legalidad como lo sería lo relativo al régimen disciplinario aplicable al demandante o las motivaciones que tuvieron los funcionarios de la Universidad del Magdalena para expedirlos, la forma en que la demanda fue promovida impide un pronunciamiento de fondo, tratándose, sin duda, de un asunto que debía tramitarse por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como lo hizo el actor a través de otra demanda, de tal suerte que le asistió al Tribunal Administrativo del Magdalena que en la sentencia del 27 de julio de 2011, objeto de impugnación, declaró probada la excepción de inepta demanda.

14. Ahora, debe recordarse que el *a-quo* también declaró probada la excepción de pleito pendiente, pues conforme se dijo supra, halló que el señor Fernando Robert Ferrel Ortega formuló acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Universidad del Magdalena con la finalidad de que se anularan los actos administrativos por medio de los cuales se le impuso sanción disciplinaria. De esta suerte, la primera instancia estimó la existencia de identidad de partes, de objeto y de causa en los términos del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil (v. párr. 5.4 y 5.5).

14.1. Al respecto, la Sala señala que le asiste razón a la parte que apela, en cuanto a que no puede predicarse la existencia de la excepción de pleito

pendiente, ya que, ciertamente, en las pretensiones de la demanda del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado n.º 2008-0047 (v. párr. 12.13) se planteó un objetivo diferente, en la medida que perseguía la nulidad de los actos administrativos emitidos por la Universidad del Magdalena, el reintegro del señor Ferrel Ortega al cargo que desempeñaba y el pago de los emolumentos dejados de percibir, pretensiones que difieren de lo aquí pedido, concerniente al reconocimiento de otros tipo de perjuicios de carácter moral y material²¹; adicionalmente puede decirse que tampoco hay identidad de partes pues en dicho proceso solo demanda el profesor Fernando Robert Ferrer Ortega, en cambio, en este también acuden su esposa y sus hijos; siendo entonces el único elemento coincidente la identidad de causa, ya que como se ha dicho de manera insistente, el origen del litigio y del daño que se pretende resarcir deviene de la expedición de los actos administrativos proferidos por la institución educativa.

14.2. A lo anterior, cabe agregar que a esta altura del proceso no podría hablarse *estricto sensu* de pleito pendiente, pues bien se conoce que el mencionado proceso de nulidad y restablecimiento del derecho llegó a su término con la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 16 de julio de 2012 (v. párr. 12.14), de ahí que lo correcto sería eventualmente predicar la existencia de cosa juzgada, sin que ello signifique que esta aparezca demostrada por las mismas razones por las que se desechó la existencia de pleito pendiente, esto es, por la falta de identidad de objeto y de partes como lo exige el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil.

14.3. En ese sentido, si bien no aparece probada la excepción de pleito pendiente, subsiste la de indebida escogencia de la acción de reparación directa, que igualmente impide un pronunciamiento de fondo, pues aunque conforme al derecho de acceso a la administración de justicia es deber de los jueces evitar las decisiones inhibitorias y otorgarle a una demanda el trámite que legalmente corresponda, conforme lo prevé el artículo 88 del Código de Procedimiento

²¹ Cosa distinta es que la prosperidad de las segundas esté atada indefectiblemente a la eventual anulación de los actos administrativos de sanción.

Civil²², en el presente caso no se avizora una alternativa que pueda llevar consigo a un pronunciamiento de fondo.

14.5. De este modo, este caso, no es materialmente posible la adecuación de la acción de reparación directa a la de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto dicha acción ya fue ejercida por parte del aquí demandante y debidamente tramitada y decidida por la jurisdicción contenciosa administrativa, con la cual se garantizó el acceso de administración de justicia del demandante y la decisión definitiva de la controversia.

14.6. De esta forma, será modificada el fallo del 27 de julio de 2011, emitido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, pues la Sala considera que se encuentra demostrada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción, más no así la de pleito pendiente, lo que igual conduce a una decisión inhibitoria.

IV. Costas

15. El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente asunto, la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de los intervinientes en el presente trámite, de manera que se abstendrá de condenar por ese concepto.

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

FALLA

²² El artículo 88 del Código de Procedimiento Civil reza: “*ADMISION DE LA DEMANDA Y ADECUACION DEL TRÁMITE. El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales, y le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada.*”

MODIFICAR la sentencia proferida por Tribunal Administrativo del Magdalena, el 27 de julio de 2011. En su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción y, en consecuencia, **INHIBIRSE** para decidir sobre el fondo de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin costas en la instancia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente de Subsección

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado