

Bogotá D.C., 17 de enero de 2019

Honorable
SECCIÓN QUINTA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
CONSEJO DE ESTADO
Ciudad
E.S.D.

Referencia: recurso de súplica
Medio de control: nulidad electoral
Radicado: 11001-03-28-000-2019-00001-00
Demandantes: Rodrigo Uprimny Yepes y otros
Demandado: Fiscal General de la Nación,
Néstor Humberto Martínez Neira

Vivian Newman Pont, Diana Rodríguez Franco, Alejandro Jiménez Ospina (demandante y apoderado), María Paula Ángel Arango, Gustavo Gallón Giraldo, Juan Carlos Ospina y Jorge Iván Cuervo Restrepo, demandantes en el proceso de la referencia, en atención a auto fechado del 15 de enero de 2019 y notificado por estado del día siguiente, comparecemos ante ustedes para interponer recurso de súplica en contra del mismo en los términos de los artículos 246 y 276 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En resumen, el presente recurso pretende que el auto de rechazo de la demanda sea revocado y el expediente devuelto al despacho correspondiente para se decida sobre su admisibilidad, sin que sea dable decretar la caducidad de la acción. Para sustentar dicha pretensión este recurso presenta seis argumentos distintos pero consecuenciales y coherentes. En primer lugar, se explica la naturaleza de la caducidad como figura jurídico-procesal a partir del derecho constitucional y demostrando las fallas en la concepción asumida por el despacho al respecto en el auto (II). Luego se aborda el asunto concreto de la forma en que se debía contar el término de caducidad, de manera que, a partir de la jurisprudencia de lo contencioso administrativo se demuestra que es posible asumir una postura respetuosa de las formas jurídicas, que entiende la importancia de la seguridad jurídica pero que, al mismo tiempo, es sensible a circunstancias especiales y excepcionales que pueden obligar al operador a acudir a alternativas para solucionar casos concretos en aras de no afectar valores superiores como el derecho de acceso a la justicia, la igualdad o la vigencia del Estado de derecho (III). Y, posteriormente se profundizará en las implicaciones relacionadas con el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial sobre los formalismos (IV). El recurso continúa con un argumento de consecuencia, relacionado con el déficit de control a las elecciones de altos dignatarios que genera la decisión tomada (V). Y finaliza con un argumento subsidiario, en el que se solicita a la Sección Quinta que, si no está convencida de la no operancia del fenómeno de la caducidad, postergue la decisión sobre este asunto para que sea revisado en la sentencia, de manera que se garantice el acceso a la justicia de los demandantes y se desarrolle un debate procesal suficiente al respecto (VI).

Todo esto con el fin que la Sección Quinta tome una decisión que puede resumirse en la siguiente regla: el término de caducidad de treinta días para presentar el medio de control de nulidad electoral debe contarse de manera diferente a la dispuesta en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en aquellos eventos en que (i) el beneficiario del acto se abstiene de entregar una información que (ii) es esencial para que el nominador puede tomar una decisión informada y (iii) no estaba al alcance de la ciudadanía y esta no la conocía ni tenía la posibilidad de conocerla, siempre que (iv) no exista otro recurso judicial adecuado y efectivo para que la ciudadanía impugne directamente la elección. Cuando estas cuatro características concurren, el término de caducidad debería contarse desde el momento en que la ciudadanía tuvo o debió tener conocimiento de los hechos que originaron la nulidad alegada. Así, lo que se propone es un cómputo especial y excepcionalísimo del término de caducidad cuando en el caso se encuentren estas cuatro circunstancias.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 11 de enero de 2019, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, Rodrigo Uprimny Yepes, Vivian Newman Pont, Diana Rodríguez Franco, María Paula Ángel Arango, Alejandro Jiménez Ospina, Gustavo Gallón Giraldo, Juan Carlos Ospina y Jorge Iván Cuervo, presentaron demanda contra la elección y confirmación de Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación.
2. En la demanda se alega que el Acuerdo 871 de 2016, a través del cual la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia eligió a Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación y su confirmación por parte de la misma Corporación, están viciados de falsa motivación. El vicio deriva de la omisión del entonces terno Martínez de explicar a la Corte que tenía conocimiento de información grave y relevante sobre el escándalo de corrupción de Odebrecht, el involucramiento de empresas y personas a las que él había representado y el conflicto de interés probable y aparente en que estaba incurso.
3. Dentro del texto de la demanda se explicó que, si bien era claro que ya habían pasado 30 días después de la confirmación de la elección de Néstor Humberto Martínez Neira, el término de caducidad establecido en el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo debía contarse a partir del momento en que la ciudadanía conoció las pruebas de la causal de nulidad, que habían sido ocultadas por el beneficiario del acto de elección. Así, el término debía contarse desde el 13 de noviembre de 2018, momento en el que Noticias UNO publicó la primera grabación de las conversaciones entre Jorge Enrique Pizano y Martínez Neira y, por lo tanto, el fenómeno operaría a partir del 18 de enero de 2019.
4. Radicada la demanda, fue repartida al despacho del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio quien, a través de auto fechado del 15 de enero de 2019, notificado por estado del siguiente día, rechazó la demanda por considerar que había operado el fenómeno de la caducidad.
5. Como sustento de dicha decisión explicó que la jurisprudencia constitucional es clara al afirmar que “la caducidad es la extinción del derecho a la acción por el transcurso del tiempo,

y en consecuencia si no se presenta la demanda, el derecho fenece sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlo”; y que la jurisprudencia de la propia Sección Quinta también “ha sido enfática al establecer que la caducidad pretende el respeto a la seguridad jurídica y no mantener la indefinición de situaciones que pueden generar conflicto”. De manera que “el término de caducidad establecido en la ley no puede variarse según el caso o la voluntad de las partes, por lo tanto, el hecho de que el fundamento de la causal de nulidad electoral invocada por los actores, presuntamente haya sido conocido de manera reciente no habilita el cómputo del término legal de manera diversa a la establecida (...) [en el] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

6. Así, explicó que “el hecho de que no se hubiera podido ejercer la acción dentro del término legal por desconocimiento de los hechos que ahora se ventilan, no implica que la demanda pueda ser presentada en cualquier tiempo”. De forma que “es claro que las razones aducidas por los actores para pretender que el término de caducidad en el presente evento se compute de manera excepcional no tienen fundamento legal ni constitucional y, por tanto, no pueden ser de recibo”.
7. Esa es la decisión objeto del presente recurso.

II. SOBRE LA NATURALEZA DE LA CADUCIDAD, LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y SU COLISIÓN CON OTROS PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES

Al referirse a la naturaleza de la caducidad, la jurisprudencia constitucional suele resaltar los siguientes tres elementos: (i) la caducidad es una sanción¹; (ii) la caducidad obedece a la libre configuración del legislador²; y, (iii) la caducidad tiene como fundamento la seguridad jurídica³. Si bien el auto de fecha 15 de enero de 2019 basa parcialmente la decisión en lo dicho por la Corte Constitucional, lo hace de manera selectiva, pues: (A) omite desarrollar el primer elemento, a pesar de haber sido expresamente aducido en la demanda; y, (B) da un alcance sesgado e incompleto a los elementos (ii) y (iii). A continuación, se explicará por qué.

¹ Al respecto ver: Corte Constitucional. Sentencia C-351 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara; Corte Constitucional. Sentencia C-418 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía; Corte Constitucional. Sentencia C-115 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara; Corte Constitucional. Sentencia T-667 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Corte Constitucional. Sentencia C-985 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

² Al respecto ver: Corte Constitucional. Sentencia C-781 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz; Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; Corte Constitucional. Sentencia C-1049 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³ Al respecto ver: Corte Constitucional. Sentencia C-115 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara; Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 1999. M.P. Marta Victoria SÁCHICA de Moncaleano; Sentencia C-781 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz; Corte Constitucional. Sentencia C-709 de 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil; Corte Constitucional. Sentencia C-835 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería; Corte Constitucional. Sentencia T-667 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Corte Constitucional. Sentencia C-985 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

A. LA OMISIÓN DEL CARÁCTER DE SANCIÓN QUE TIENE LA FIGURA DE LA CADUCIDAD

En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha señalado que “[l]a caducidad como instrumento constitucional y parámetro del debido proceso, es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto que al exceder los plazos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por la jurisdicción correspondiente”⁴. En tanto sanción, su existencia se justifica por cuanto “no sería dable alegar la carencia de medios de defensa en relación con el acceso a la administración de justicia si el interesado tuvo la oportunidad de iniciar un proceso dentro de los plazos preestablecidos, de los cuales por su propia incuria no hizo uso para el efecto de ejercer la acción correspondiente”⁵. De igual forma, ha explicado que “la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado”⁶. En esa medida, la caducidad parte de la base de que el titular de la acción tuvo la oportunidad de utilizarla y por su propia incuria o negligencia no lo hizo.

Adicionalmente, dicha sanción parece ser un reproche a la falta de una oportuna colaboración con el aparato judicial⁷. Al respecto, en la sentencia C-178 de 1999 la Corte Constitucional expuso:

“la institución jurídica de la caducidad de la acción se fundamenta en que, como al ciudadano se le imponen obligaciones relacionadas con el cumplimiento de los deberes de colaboración con la justicia para tener acceso a su dispensación, su incumplimiento, o lo que es lo mismo, su no ejercicio dentro de los términos señalados por las leyes procesales –con plena observancia de las garantías constitucionales que integran el debido proceso y que aseguran plenas y amplias posibilidades de ejercitar el derecho de defensa– constituye omisión en el cumplimiento de sus obligaciones de naturaleza constitucional y, por ende, acarrea para el Estado la imposibilidad jurídica de continuar ofreciéndole mayores recursos y oportunidades, ante la inactividad del titular del derecho en reclamar el ejercicio que le corresponde”⁸.

De esa manera, parece claro que para la Corte:

“el ejercicio oportuno de las acciones es una carga procesal, es decir, es una situación instituida por la ley y que demanda “(...) una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso”⁹.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-667 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-115 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-115 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-985 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-351 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-985 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

De hecho, la anterior interpretación sobre la caducidad como una sanción o carga procesal cuya omisión acarrea consecuencias desfavorables parece haber sido recogida en el tenor actual del literal 2) del artículo 164 del CPACA, según el cual:

“Artículo 164. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, **so pena de** que opere la caducidad:

a) Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. (...) (negrilla fuera del texto).

Como se ve, en dicho artículo la caducidad es expresamente interpretada como una “pena” que se impondrá en caso de que se incumpla el término legal propuesto.

La valoración en el auto de rechazo de la demanda que dio inicio al presente proceso de estas consideraciones jurisprudenciales, que coinciden con el tenor actual del numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, resultaba relevante por dos razones. En primer lugar, porque las mismas permitían entender que la caducidad, en tanto sanción, sólo se puede aplicar cuando se compruebe que: (i) efectivamente existía la oportunidad de incoar la acción judicial y que, (ii) la inactividad del titular de la acción se dio por incuria o negligencia. De aplicar estos requisitos al caso concreto, el despacho se habría percatado de que durante el término legal de 30 días posteriores a la confirmación del acto de elección de Néstor Humberto Martínez los demandantes no tuvieron la oportunidad de incoar la acción, pues no conocían el hecho que daría lugar a la acción de nulidad electoral. Además, que dicha falta de conocimiento no se dio por negligencia o incuria, sino porque el beneficiario del acto administrativo de elección decidió guardarse para sí dicha información.

En segundo lugar, dichas consideraciones hubieran podido llevar al despacho a concluir, como lo ha hecho la Corte Constitucional en otras ocasiones, que “la consecuencia que genera la caducidad solamente debe ser endilgable a aquellas personas que de manera deliberada o negligente dejan de hacer uso de su derecho de acción”¹⁰. De lo contrario, se trataría de la imposición de una consecuencia desproporcionada a quien no estaba en la capacidad de ejercer la acción, pues no conocía del hecho que le daría lugar. Al respecto, cabe destacar lo dicho por la misma Corte en la sentencia C-985 de 2010, en la que se estudiaba la constitucionalidad del término de caducidad de la acción de divorcio. En esa ocasión consideró que “la disposición acusada atribuye una consecuencia perjudicial a una situación que escapa de las manos de quien la sufre; en efecto, la pérdida del derecho de acción no es necesariamente consecuencia de la omisión o negligencia del cónyuge que no alegó la casual respectiva oportunamente, pues es posible que éste nunca haya tenido noticia de su existencia.”¹¹.

B. EL ALCANCE SESGADO E INCOMPLETO DADO A LOS OTROS DOS ELEMENTOS COMÚNMENTE ADUCIDOS SOBRE LA CADUCIDAD

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-985 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-985 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

A diferencia de la caducidad como sanción, los otros dos elementos que suelen ser aducidos por la Corte al hablar de caducidad sí fueron abordados por el despacho en el auto de fecha 15 de enero de 2019. Así, al citar la sentencia C-781 de 1999 se dejó claro: (i) que el legislador goza de libertad y de un amplio margen discrecional para fijar límites en el tiempo para alegar el reconocimiento de garantías o impugnar la juridicidad de ciertos actos; y, (ii) que la caducidad es una garantía para la seguridad jurídica, pues permite otorgar certeza jurídica a los actos, evitar la incertidumbre y brindarles estabilidad a las situaciones debidamente consolidadas en el tiempo. Sin embargo, la referencia única a la sentencia en comentario omitió tener en cuenta otras consideraciones, también desarrolladas por la Corte Constitucional en otras sentencias, sobre esos dos elementos, como a continuación se desarrolla.

1. LA LIBRE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR

En lo que respecta a la libre configuración del legislador, en sentencias como las C-115 de 1998, C-215 de 1999, C-832 de 2001 y C-985 de 2010 la Corte Constitucional ha manifestado que la libertad del legislador tiene límites. Entonces, si bien el legislador, es autónomo para fijar los plazos o términos que tienen las personas para ejercer sus derechos ante las autoridades tanto judiciales como administrativas competentes, “esa discrecionalidad no es absoluta, en la medida en que tales regulaciones no deben carecer de razonabilidad, de manera que no se desconozcan los principios y derechos fundamentales al debido proceso, defensa y al acceso a la administración de justicia para hacer efectivos derechos constitucionales, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 2o., 29 y 229 del estatuto fundamental”¹².

Entonces, a partir de varias sentencias se ha afirmado que el límite a la discrecionalidad del legislador para definir términos procesales está dado por: “(i) los principios y fines del Estado –como la justicia, (ii) los derechos fundamentales de las personas, especialmente de los derechos al debido proceso y a la administración de justicia, (...) (iii) del principio de proporcionalidad, de modo tal que no se haga nugatorio el derecho de acción”¹³; y, (iv) “(...) su fin, cual es permitir la realización del derecho sustancial”¹⁴. Así, el Legislador tiene libertad para fijar términos procesales, siempre y cuando los mismos resulten razonables¹⁵ y permitan que los sujetos ejerzan efectivamente sus derechos dentro del proceso¹⁶.

Precisamente, esas consideraciones adicionales sobre los límites que existen a la libertad del legislador son las que han llevado a la Corte Constitucional a declarar la inconstitucionalidad de algunos términos legales de caducidad, como el de la acción de divorcio¹⁷ o el de la acción popular¹⁸. Pero más importante aún, esas mismas consideraciones son la razón de ser de que, aún en vigencia del numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado se

¹² Corte Constitucional. Sentencia C- 215 de 1999. M.P. marta Victoria SÁCHICA de Moncaleano.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-985 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-115 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-985 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C- 215 de 1999. M.P. Marta Victoria SÁCHICA de Moncaleano.

atreviera a proponer que, aun existiendo una regulación legal que establecía un término de caducidad y un momento para el cómputo estrictos, los mismos debían ser interpretados de manera distinta, por considerar desproporcionado que la caducidad operase sin que la persona hubiera tenido la oportunidad de conocer el hecho. En concreto, esto hace referencia a la teoría del daño descubierto, que fue desarrollada por la Sección Tercera del Consejo de Estado al constatar que la aplicación de la literalidad del artículo 136 redactado por el legislador resultaba en ciertos casos desproporcionada e impedía el ejercicio efectivo de los derechos de los accionantes.

Así, se puede observar, a partir del comportamiento del Consejo de Estado, que más abajo se desarrollará a profundidad, que esas restricciones de razonabilidad y proporcionalidad que la jurisprudencia constitucional le asigna al legislador son trasladables a la adjudicación de casos concretos en ejercicio del poder judicial. En ese entendido, al momento de aplicar las normas sobre caducidad cuando llega a su conocimiento un caso, el operador judicial no sólo tiene la carga de reconocer la importancia de la legalidad en su decisión y, por lo tanto, aplicar por regla general lo dispuesto por el legislador, sino que debe verificar las circunstancias en que está envuelto el caso para garantizar que dicha aplicación de la norma no sea desproporcionada, irrazonable o implique un exceso ritual manifiesto.

2. LA CADUCIDAD COMO GARANTÍA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

En cuanto a la caducidad como garantía de la seguridad jurídica, la referencia exclusiva que hace el auto de 15 de enero de 2019 a la sentencia C-781 de 1999 omite tener en cuenta los casos en los que se ha permitido la intemporalidad de ciertos medios de control contencioso administrativos. Lo anterior, por considerar que en esos casos concretos la seguridad jurídica debe ceder ante otro bien jurídico de mayor relevancia, como pueden ser el principio de legalidad (para el caso de la nulidad), la protección de la moral social y el patrimonio público (para el caso de la extinción de dominio), los derechos e intereses colectivos (para el caso de la acción popular) y la vigencia de un orden justo y la convivencia pacífica (para el caso del recurso de revocatoria directa).

Así, por ejemplo, en el caso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que ejerce la administración contra actos administrativos que reconozcan prestaciones periódicas, la Corte señaló que “si bien la regla general es el establecimiento de términos de caducidad para ejercer las correspondientes acciones judiciales, por motivos de seguridad jurídica, (...) nada obsta para que en el ordenamiento jurídico, cuando quiera que se trate de defender intereses superiores de la comunidad, prevea el legislador que, en determinados casos, existan acciones cuyo ejercicio no se encuentra sometido a un término de caducidad”¹⁹. Del mismo modo, al revisar la caducidad inicialmente establecida para las acciones populares, la Corte señaló:

“No se desconoce tampoco, que los plazos que puede fijar el legislador para ejercer acciones judiciales mediante instrumentos como la caducidad y la prescripción de la acción, pueden justificarse en la mayoría de los casos, por razones de seguridad jurídica, de eficiencia en la administración de justicia y del cumplimiento del deber ciudadano de

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-1049 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

colaborar con ésta. Sin embargo, cuando se trata de derechos fundamentales, es decir, imprescriptibles, no puede someterse su ejercicio o protección a que por el transcurso del tiempo y la negligencia de uno de los titulares de un derecho colectivo perteneciente a todos y cada uno de los miembros de la comunidad afectada, se extinga la posibilidad de instaurar la acción que la Constitución ha consagrado en favor de una colectividad”²⁰.

Y, además, agregó:

“Es evidente que no se trata de la protección de meros derechos subjetivos o intereses particulares, sino que la acción popular versa sobre cuestiones de tal entidad, que su vulneración pone en peligro o ataca bienes tan valiosos para la sociedad, como la vida, la salud, el ambiente sano, el equilibrio ecológico, la seguridad, patrimonio y moralidad pública no de una persona, sino de toda una colectividad”.

Incluso, en el caso del recurso extraordinario de revisión, si bien en la sentencia C-835 de 2003 la mayoría consideró que por virtud del principio de seguridad jurídica no era constitucional que esta revisión se pudiera solicitar en cualquier tiempo, el magistrado Rodrigo Escobar Gil emitió un salvamento de voto que vale la pena traer a colación. Según el magistrado, “la redacción original de la norma, según la cual, la falta de señalamiento de un término de prescripción o caducidad, tenía como finalidad permitir que la acción especial de revisión destinada a controlar que las pensiones que se reconozcan a través de una providencia judicial, o como resultado de una transacción o conciliación judicial o extrajudicial, pudiesen ser revocadas en ‘cualquier tiempo’, cuando no se cumplan los requisitos exigidos en la ley o se obtengan con base en documentación falsa, se ajustaba plenamente a la Constitución Política al permitir la defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa como bienes jurídicos superiores, para cuya protección precisamente se establecen en el ordenamiento jurídico acciones y recursos judiciales”²¹.

Como se ve, en todas estas circunstancias se partió de la base de que el principio de seguridad jurídica, al igual que el resto de los principios, no se basa en un bien jurídico absoluto. Por ende, bien puede el operador jurídico a través de un juicio de ponderación establecer que, en aras de asegurar la protección, eficacia y eficiencia de otros bienes jurídicos de rango superior previstos en la Carta, ciertas acciones o recursos pueden ejercerse en cualquier tiempo. Más aún, en tratándose de bienes jurídicos que no responden únicamente a intereses particulares, sino a intereses colectivos o de la comunidad.

La omisión de esta consideración en el auto del 15 de enero de 2019 es importante, pues llevó al consejero ponente a considerar que la seguridad jurídica debía primar, sin más, sobre los bienes jurídicos que se busca proteger con la acción de nulidad electoral, a saber: la moralidad pública, la recta e imparcial administración de justicia y la confianza de la sociedad en las instituciones. Esto, omitiendo que al igual que las acciones antes mencionadas, y a diferencia de otros medios de control contencioso administrativos, que buscan satisfacer un interés eminentemente privado, como el

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C- 215 de 1999. M.P. Marta Victoria Sáchica de Moncaleano.

²¹ Salvamento de voto de Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional. Sentencia C-835 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.

restablecimiento de sus derechos o la reparación patrimonial por un daño, la acción de nulidad electoral tiene un interés público, a saber: defender la legalidad y transparencia del sistema democrático²². Así, con la acción de nulidad electoral no se pretenda derivar o reclamar la protección de intereses particulares que, en opinión de los demandantes, y a diferencia de lo que parece plantear el auto en comento²³, pesarían menos que la seguridad jurídica. Por el contrario, “quien actúa lo hace en interés general para esclarecer la forma en que se realizó una elección y si la misma observó los lineamientos fijados en la Constitución y la ley”²⁴. Siendo así, se trata de uno de esos casos, omitidos por el auto, en los que la seguridad jurídica debería ceder ante otro bien jurídico de mayor relevancia.

En conclusión, a la hora de abordar la figura de la caducidad, el auto de fecha 15 de enero de 2019 incurrió en las siguientes tres falencias. Por un lado, dejó de abordar el tema de la caducidad como sanción, el cual era indispensable, pues le permitía al Magistrado Ponente concluir que en el caso concreto no se podía aplicar la sanción de la caducidad. Lo anterior, pues se trata de una carga que no se le puede imponer a quien no pudo ejercer la acción por imposibilidad de conocimiento del hecho que generaría la nulidad. Por otro lado, el auto omitió mencionar que la libre configuración del legislador no es ilimitada, y que, por el contrario, encuentra su límite en la razonabilidad de los términos procesales, los cuales deben permitir la realización del derecho sustancial. La omisión de esta consideración es importante pues la misma hubiera podido llevar al Magistrado a considerar, como ya lo ha hecho el Consejo de Estado en otros escenarios, que a pesar de existir una regulación legal que establece un término de caducidad y una forma de contabilizarlo estrictos, la misma puede ser interpretada de forma distinta, para prevenir que de manera desproporcionada, la caducidad opere sin que la persona hubiera tenido la oportunidad de conocer el hecho que da lugar a la nulidad. Por último, el auto en comento presentó la seguridad jurídica como el principal bien jurídico a proteger con la caducidad, sin tener en cuenta la existencia de casos de intemporalidad de ciertas acciones contencioso administrativas, en los que la seguridad jurídica ha cedido ante otros bienes jurídicos, como podría ser en este caso la legalidad y transparencia del sistema democrático.

Entonces, de haber hecho una presentación más completa y menos sesgada de esos tres elementos, en el auto en comento se hubiera podido llegar a la conclusión de que, en el caso del acto de elección del Fiscal General de la Nación Néstor Humberto Martínez: (i) el término de caducidad debía contarse a partir del conocimiento del hecho generador de la nulidad; y en esa medida, (ii) el medio de control de nulidad electoral aún no había caducado.

²² De acuerdo con la Corte Constitucional, “los referidos principios de legalidad y transparencia rigen la actividad electoral en todas sus modalidades, bien si se trata de procesos que cuentan con la participación de los ciudadanos a través de la organización de comicios populares, bien si se hace referencia a los distintos sistemas de designación de funcionarios que la Constitución y la Ley regulan”. Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²³ Que en su parte relevante señala: “Ahora bien, frente al argumento según el cual en los casos de reparación directa sí se ha aceptado que el cómputo del término de caducidad inicie de manera excepcional con posterioridad al momento establecido en la ley, debe precisarse que en esos eventos se ventilan intereses particulares afectados presuntamente por la acción u omisión del Estado o sus agentes, en los términos del artículo 90 Constitucional, mientras que tratándose del medio de nulidad electoral, lo que está en discusión es el principio democrático que rige el Estado Social de Derecho, el cual, como lo ha dicho la Corte Constitucional debe preservarse y garantizarse, a través del establecimiento de un término de caducidad corto y perentorio”.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-437 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

III. SOBRE LA FORMA DE CONTAR EL TÉRMINO DE CADUCIDAD CUANDO LAS PRUEBAS DE LA NULIDAD APARECEN CON POSTERIORIDAD A LA CONFIRMACIÓN DE LA ELECCIÓN

Entendida la forma cómo ha sido abordado el asunto de la caducidad de la acción desde la jurisprudencia constitucional y su incidencia en el caso concreto, en el presente se explican las dificultades del razonamiento del despacho desde el punto de vista del derecho contencioso administrativo.

El auto objeto de súplica parte de dos premisas para rechazar la demanda por caducidad: (i) que “el hecho de que no se hubiera podido ejercer la acción dentro del término legal por desconocimiento de los hechos que ahora se ventilan, no implica que la demanda pueda ser presentada en cualquier tiempo” y, (ii) que “el término de caducidad establecido en la ley no puede variarse según el caso o la voluntad de las partes, por lo tanto, el hecho de que el fundamento de la causal de nulidad electoral invocada por los autores, presuntamente haya sido conocido por ellos de manera reciente, no habilita el cómputo del término legal de manera diversa a la establecida en el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Es decir, que las reglas relacionadas con el término de caducidad y la forma en que debe ser contado no admiten excepción alguna y deben ser aplicadas en todo caso y sin ningún tipo de consideración por las circunstancias del caso concreto.

Adicional a eso, explica que es cierto que el Consejo de Estado ha aceptado un cómputo del término de caducidad diverso al de la norma en casos de reparación directa, pero que esto se debe a que allí “se ventilan intereses particulares afectados presuntamente por la acción u omisión del Estado o sus agentes, en los términos del artículo 90 Constitucional, mientras que tratándose del medio de nulidad electoral, lo que está en discusión es el principio democrático que rige el Estado Social de Derecho, el cual, como lo ha dicho la Corte Constitucional debe preservarse y garantizarse, a través del establecimiento de un término de caducidad corto y perentorio”.

Así, el auto objeto de recurso se basa en tres afirmaciones que, a juicio de los demandantes, son problemáticas y deben ser corregidas por la Sección Quinta al resolver este recurso. En primer lugar, que se entienda que los demandantes pretenden que el Consejo de Estado debe avalar la presentación del medio de control de nulidad electoral en cualquier tiempo. En segundo lugar, que las reglas relacionadas con el término de caducidad y su cómputo no admiten excepción alguna. Y, en tercer lugar, que la analogía a los pronunciamientos sobre reparación directa no es aplicable por tratarse de la protección de intereses distintos. Contrario a lo expuesto en el auto, los demandantes afirman en el presente recurso que: (i) la pretensión en ningún momento ha sido que se permita presentar el medio de control de nulidad electoral en cualquier tiempo; (ii) tanto la jurisprudencia contencioso administrativa como la ley han admitido en casos concretos que las reglas de caducidad y su cómputo pueden interpretarse de forma diferente cuando se está ante circunstancias excepcionales y, (iii) que el criterio a partir del cual el consejero ponente excluye el análisis de la analogía sobre reparación directa es irrelevante al hacer un juicio sobre la relación entre ambos medios de control.

Este apartado se dedica a explicar las tres afirmaciones anteriores partiendo de lo explicado en arriba sobre la forma en que la jurisprudencia constitucional ha abordado el mismo asunto. Para ello, primero se hará una breve remisión a la demanda presentada para demostrar que en ningún momento se pretendió que el término de caducidad de la nulidad electoral fuera abierto o que esta se pudiera presentar en cualquier tiempo (A). Luego se presentarán los distintos escenarios en que la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha admitido excepciones a las reglas sobre cómputo del término de caducidad (B). Se explicará por qué la nulidad electoral no presenta una diferencia conceptual suficiente para que la lógica aplicable a los demás casos no sea aplicable a ella (C). Y, finalmente, se postulará el estándar que se considera debió ser aplicado al analizar la demanda presentada (D).

A. LA SOLICITUD RELACIONADA CON NO DECLARAR LA OPERANCIA DEL FENÓMENO DE LA CADUCIDAD EN EL CASO CONCRETO NO IMPLICA QUE SE DEJE ABIERTO EL TÉRMINO DE CADUCIDAD PARA PRESENTAR EL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL

En relación con la afirmación realizada en el auto de marras sobre que “el hecho de que no se hubiera podido ejercer la acción dentro del término legal por desconocimiento de los hechos que ahora se ventilan, no implica que la demanda pueda ser presentada en cualquier tiempo”, es necesario explicar lo pretendido en la demanda al respecto.

Como se puede observar en el expediente, en lo relacionado con la forma como debía abordarse el cumplimiento del presupuesto procesal para la acción denominado no caducidad, los demandantes solicitaron que, dado que “la pretensión de nulidad por falsa motivación expuesta aquí se relaciona con un conocimiento sobreviniente de los hechos que la generan”, “el término de caducidad sólo debe ser contado a partir de la salida a la luz de los hechos relevantes”, esto por cuanto los mismos “fueron ocultados por el beneficiario del acto de elección demandado”. Así, “no es posible declarar que operó el fenómeno de la caducidad cuando la ciudadanía no tenía la posibilidad de ejercer el derecho de acción, especialmente en asuntos de interés público (...) porque no se conocía ni se debía conocer de la existencia de la causal de nulidad o los hechos que la generan (...) [e]specialmente cuando la falta de conocimiento (...) deriva de una actuación omisiva del beneficiario de los actos”.

En ese entendido, no es cierto que la demanda pretenda que se avale la presentación del medio de control de nulidad electoral. Por el contrario, lo que se pretende es un variación excepcional de la regla sobre el cómputo del término de caducidad en el caso concreto, por concurrir dos circunstancias excepcional, ambas ajenas al control y la voluntad de los demandantes y la ciudadanía: (i) la falta de disponibilidad de las pruebas que fundamentarían la nulidad de la elección y, derivado de esto, la falta de conocimiento de los hechos generadores de la misma y, (ii) el origen de dicha falta de disponibilidad y conocimiento, que es la actuación omisiva del beneficiario del acto. De manera que, si se sigue la línea de argumentación de la demanda y el presente recurso, el término de treinta días

para la presentación de la demanda, contenido en el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo continuaba vigente cuando se presentó la misma, pues a partir del momento del conocimiento de los hechos y las pruebas que fundamentan la nulidad pretendida debían contarse los treinta días respectivos.

De ello que la primera afirmación en que se basa el auto recurrido resulte contraria a lo pretendido en la demanda. Así, en el presente recurso se solicita a la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que, al resolver el presente caso, entienda que lo pretendido no es que se deje de aplicar el término de caducidad del medio de control de nulidad electoral y, como lo afirmó el consejero ponente, “la demanda pueda ser presentada en cualquier tiempo”. Lo que se pretende efectivamente es que el término de treinta días sea aplicado, pero que se compute de una manera que garantice el derecho de los demandantes y la ciudadanía a acceder a la justicia, así como la cláusula general del Estado social de derecho y el principio de culpabilidad, como más adelante se explicará.

B. LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO HA ENTENDIDO QUE LAS REGLAS SOBRE EL CÓMPUTO DE LA CADUCIDAD SÍ ADMITEN EXCEPCIONES

El segundo punto en que se basa la decisión de rechazar la demanda por caducidad de la acción es que “el término de caducidad establecido en la ley no puede variarse según el caso o la voluntad de las partes, por lo tanto, el hecho de que el fundamento de la causal de nulidad electoral invocada por los autores, presuntamente haya sido conocido por ellos de manera reciente, no habilita el cómputo del término legal de manera diversa a la establecida” y, que la Corte Constitucional ha afirmado que “la caducidad es la extinción del derecho a la acción por el transcurso del tiempo, y en consecuencia si no se presenta la demanda el derecho fenece sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlo”. Es decir, que las reglas sobre la caducidad y la forma como debe contarse son absolutas, objetivas y no admiten excepción.

Evidentemente, los demandantes no están de acuerdo con esa afirmación y consideran que la Sección Quinta del Consejo de Estado la debe corregir, pues un análisis de la jurisprudencia de lo contencioso administrativo hace evidente que las reglas sobre el cómputo del término de caducidad sí admiten excepciones, como se pasará a demostrar a continuación. La metodología utilizada para esto será dividir la jurisprudencia de acuerdo con el medio de control pertinente, de forma que se abordarán excepciones a las reglas sobre cómputo de caducidad en: (1) la nulidad y restablecimiento del derecho; (2) las controversias contractuales y, (3) la reparación directa. Para finalizar con una conclusión breve sobre el análisis de jurisprudencia presentado.

1. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Frente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece, como regla general, que la demanda debe presentarse dentro de los cuatro meses siguientes, contados desde la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo. No obstante, el Consejo de Estado ha

admitido la presentación de demandas contentivas de ese medio de control (o de la acción para el caso de aquellas regidas por el Código Contencioso Administrativo), por fuera de dicho término, por lo menos en dos escenarios: (i) imposibilidad de presentar la demanda por factores ajenos e irresistibles a la voluntad del accionante y, (ii) error de la administración que induce en error al administrado sobre el término de caducidad.

El primero es el de la imposibilidad de presentar el medio de control por causa ajena e irresistible a la voluntad del demandante. Este fue analizado por el Consejo de Estado con ocasión de una demanda presentada por un antiguo dragoneante del INPEC cuyo cargo fue declarado vacante por abandono al no presentarse a prestar el servicio²⁵. El demandante afirmaba que sufría trastornos mentales, requirió tratamiento psiquiátrico y no entendía sus actos. El problema relacionado con la caducidad era que la demandada afirmaba que el acto administrativo había quedado ejecutoriado el 2 de agosto de 1998 y el demandante no ejerció los recursos administrativos ni acudió a la jurisdicción dentro de los cuatro meses siguientes, sino después.

Lo interesante de la forma en que el Consejo de Estado resuelve ese caso es que parte de una premisa absolutamente contraria a la del auto objeto de recurso en el presente proceso. Al abordar la posible caducidad de la acción, la sentencia explica que “existen casos en los cuales computar el termino de caducidad de manera estricta, puede implicar denegación de justicia”²⁶ y, por lo tanto, se debe acudir a un criterio distinto al de la norma.

En el caso concreto se consideró que, de forma excepcional y especialísima, era posible contar el término de caducidad desde un momento distinto a la ejecutoria del acto, siempre que “el afectado demuestre que no pudo atacar la legalidad de un acto administrativo dentro del término de caducidad, por haber ocurrido causas ajenas e irresistibles a su voluntad”²⁷. De manera que “pueden presentarse situaciones excepcionales que impidan que las personas actúen ante la jurisdicción dentro del término establecido para ello, casos en los cuales el juez debe evaluar si la imposibilidad de hacer valer su derecho fue de tal magnitud y ajena a la voluntad del accionante, que el no estudiar de fondo el asunto, vulneraría el derecho de acceso material a la administración de justicia”²⁸; siempre que dicha imposibilidad no derivara de la negligencia o el desinterés del afectado. Para lo alegado por el demandante, el Consejo de Estado consideró si este había perdido su capacidad legal, entendida como la aptitud para ejercer sus derechos por sí misma, como causa suficiente para contar el término de caducidad de forma diversa a la reglada por cuanto allí se encontraría demostrada la imposibilidad de ejercer el derecho de acción. Dentro del expediente no encontró probada dicha pérdida de capacidad por parte del demandante, por lo que declaró que sí había operado la caducidad, pero eso lo hizo a partir de un análisis que reconocía la existencia de la excepción a lo dispuesto en la ley.

²⁵ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Expediente 73001-23-31-000-2005-02913-01 (0225-10). 21 de abril de 2016. C.P. William Hernández Gómez.

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Expediente 73001-23-31-000-2005-02913-01 (0225-10). 21 de abril de 2016. C.P. William Hernández Gómez.

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Expediente 73001-23-31-000-2005-02913-01 (0225-10). 21 de abril de 2016. C.P. William Hernández Gómez.

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Expediente 73001-23-31-000-2005-02913-01 (0225-10). 21 de abril de 2016. C.P. William Hernández Gómez.

El segundo es el del escenario en que la debida notificación del acto administrativo ocurría en una fecha, pero un error de la administración indujo al accionante a pensar que fue en otra y, por lo tanto, a presentar su demanda por fuera del término de caducidad. Ese es el caso de la Sociedad Transportadora de los Andes – SOTRANDES S.A., que en 2001 presentó nulidad y restablecimiento del derecho contra distintos actos de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá a través de los cuales se le abrió investigación administrativa, se le sancionó con una multa y se confirmó la decisión en sede de reposición²⁹. Al contestar la demanda y presentar recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia la demandada afirmó que había operado el fenómeno de la caducidad, pues el acto a través del cual se resolvió el recurso de reposición había sido notificado por edicto desfijado el 28 de febrero de 2001 y la demanda había sido presentada el 26 de julio de 2001, es decir, más de cuatro meses después.

Al resolver el caso el Consejo de Estado revisó el expediente y solicitó un informe a la demandada. Allí verificó que, si bien sí se llevó a cabo la notificación por edicto, este debía desfijarse el 2 de marzo de 2001 y fue desfijado efectivamente el 28 de marzo de 2001. En ese entendido, el demandante entendió que el término de caducidad comenzaba a contar a partir del 28 de marzo de 2001 y actuó en consecuencia, presentando su demanda dentro de los cuatro meses siguientes a ello, lo que, en puridad, implicaba que la había presentado por fuera del término. En consecuencia, el Consejo de Estado determinó que tomaría como fecha de inicio del cómputo del término de caducidad el del momento en que erróneamente la administración desfijó el edicto, pues “el administrado no puede sufrir las consecuencias de los errores en que incurrió la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá D.C.”³⁰. Así, la regla de cómputo de la caducidad varió en el caso concreto y pasó, de ser cuatro meses contados a partir de la debida notificación del acto que agotó la vía gubernativa, a ser de cuatro meses contados a partir de la notificación del acto que agotó la vía gubernativa, así esta fuera realizada de forma errónea por la administración.

2. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Para el medio de control de controversias contractuales el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo también es claro. Según el artículo 164, el término para presentar la demanda es de dos años, contados a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que sirvan de fundamento a la demanda, con siete reglas especiales sobre cómo debe computarse el mismo en atención a la clase de contrato a discutir.

No obstante, a pesar de la especificidad y precisión con que fue redactada la norma respecto del medio de controversias contractuales, el Consejo de Estado ha enfrentado casos en los que ha tenido que aplicar un método de cómputo diverso al reglado, entre ellos: (i) controversias contractuales derivadas de la presunta comisión de delitos que las partes conocen con posterioridad a su ocurrencia y, (ii) controversias contractuales sobre vicios ocultos en bienes y servicios asegurados, cuando el vicio se

²⁹ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente 2001-00790. 7 de abril de 2011. C.P. María Claudia Rojas Lasso.

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente 2001-00790. 7 de abril de 2011. C.P. María Claudia Rojas Lasso.

verifica luego de terminado el contrato pero durante la vigencia de la póliza y así es declarado. Ambos se explican a continuación.

El primero es el de los incumplimientos contractuales derivados de la presunta comisión de delitos que se verifican con posterioridad. Aquí el caso es de una demanda presentada por el departamento del Atlántico contra Seguros La Previsora S.A. y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.³¹. El ente territorial afirmaba que contaba con contratos estatales de seguro de manejo global con las demandadas en los que uno de los riesgos asegurados era la ocurrencia de delitos contra la administración pública. La demandante verificó la ocurrencia de 141 operaciones fraudulentas de pago doble de nómina y procedió a presentar denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, posterior a lo cual radicó medio de control de controversias contractuales contra las aseguradoras, que se negaron a cubrir el siniestro.

El punto respecto a la controversia contractual y la caducidad de la acción era que las demandadas afirmaron que los actos fraudulentos finalizaron el 28 de febrero de 2013 y que la demandante conocía de los mismos desde el 6 de marzo de 2013, cuando inició las auditorías internas por conocer el primer acto fraudulento. Así, como la demanda debía ser presentada dentro de los dos años siguientes, contados a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que sirvan de fundamento a la demanda, y esta había sido presentada el 5 de marzo de 2015, entonces había operado el fenómeno de la caducidad. El criterio del Consejo de Estado en este caso pasó de ser la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho a ser “el hallazgo de dichas irregularidades”³², es decir, el conocimiento de los motivos de hecho o de derecho, no su ocurrencia. Tanto así que explicó que “no puede tenerse en cuenta el día en el que la administración tuvo un indicio de una de las operaciones fraudulentas referidas, pues la simple sospecha no puede ser tenida como un motivo suficiente para ejercer el derecho de acción”³³ y, por lo tanto, “debe estimarse el momento en que, una vez adelantados los estudios y verificaciones internas, el ente territorial confirmó la existencia de esa irregularidad y de las 140 restantes y las pone en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación”³⁴. De manera que el estándar de cómputo no sería solamente el conocimiento de los motivos, que ya era distinto a lo reglado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sino que dicho conocimiento debía estar calificado, basarse en más que simples indicios, pues sólo a partir de allí era exigible a la administración ejercer el derecho de acción.

El segundo es el de la controversia contractual surgida luego de finalizada la ejecución del contrato. Allí el caso es el de una demanda presentada por Seguros Generales Aurora S.A. contra el departamento del Cauca, a raíz de la declaratoria de un siniestro por la entidad demandada luego de que, terminado un contrato de prestación de servicios de reparación y suministro de repuestos en el que la demandante fungía como aseguradora, el departamento declarara el siniestro correspondiente

³¹ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Expediente 08001-23-33-006-2015-00126-01 (57402). 22 de septiembre de 2016. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Expediente 08001-23-33-006-2015-00126-01 (57402). 22 de septiembre de 2016. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Expediente 08001-23-33-006-2015-00126-01 (57402). 22 de septiembre de 2016. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Expediente 08001-23-33-006-2015-00126-01 (57402). 22 de septiembre de 2016. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

a la póliza de calidad y correcto funcionamiento de los equipos contratada con la demandante y exigiera la totalidad del valor asegurado³⁵.

Al analizar el caso, el Consejo de Estado determinó que el acto de declaratoria del siniestro era contractual y que el término de caducidad aplicable era el de las controversias contractuales, regulado en ese momento por el Decreto 2304 de 1989, que establecía que la acción caducaría transcurridos dos años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento (similar a la norma vigente hoy). No obstante, en el caso concreto lo que se solicitaba era la declaratoria de nulidad del acto administrativo que declaró el siniestro y del que resolvió el recurso de reposición respectivo, de manera que el Consejo determinó que, por más que se tratara de una acción de controversias contractuales, la forma de contar el término no era la del Decreto 2304 sino el de “la fecha de ejecutoria del acto administrativo impugnado”³⁶. Así, “cuando se trata de un contrato que según la ley no requiere liquidación, como en el de compraventa de un bien, si éste presenta vicios ocultos, después de finalizado el negocio jurídico y ello determina la declaratoria del siniestro por parte de la Administración, es decir, después de agotado el contrato, dado que se trata de aquellos que la ley denomina de ejecución instantánea, la fecha a partir de la cual se contabilizará el término para la caducidad de la acción será también el de la ejecutoria del acto administrativo que declaró el siniestro”³⁷. En ese entendido, en este caso el Consejo de Estado determinó que era necesario contar el término de caducidad de forma diversa a la reglada en el Decreto 2304 de 1989, aplicando un criterio que no se encuentra consagrado en la norma pero que se ajusta a las necesidades del litigio y sus circunstancias excepcionales, basado en el conocimiento del siniestro y la declaratoria del mismo por parte de la administración, no en el momento en que ocurrió, como exigía la norma. Posición que fue validada por el propio Consejo de Estado en casos posteriores y más recientes³⁸.

3. REPARACIÓN DIRECTA

Por otra parte, como fue explicado en la demanda, en el medio de control de reparación directa ha sido profusa la jurisprudencia del Consejo de Estado aceptando contar el término de caducidad de forma diversa a la reglada, especialmente con anterioridad a la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así, tanto en la normativa anterior como en la vigente, lo establecido era que quien quisiera acudir a la jurisdicción para solicitar una declaratoria de responsabilidad del Estado por un daño antijurídico y la correspondiente reparación, tenía dos años, contados a partir de la ocurrencia del hecho u omisión causante del daño. La diferencia entre una norma y otra es que la actual reconoce que dicho término puede contarse también desde cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si esto fue en fecha posterior y

³⁵ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 19001-23-31-000-1994-09004-01 (14667). 22 de abril de 2009. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 19001-23-31-000-1994-09004-01 (14667). 22 de abril de 2009. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 19001-23-31-000-1994-09004-01 (14667). 22 de abril de 2009. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

³⁸ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Expediente 25000-23-26-000-2000-01198-02. 9 de julio de 2014. C.P. Hernán Andrade Rincón. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Expediente 20.812. 23 de febrero de 2012. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

siempre que demuestre su imposibilidad de haberlo conocido cuando ocurrió, así como una regla especial para la desaparición forzada³⁹.

En diferentes oportunidades la jurisdicción se ha apartado de esos criterios al momento de analizar acciones de reparación directa en vigencia del código anterior o medios de control de reparación directa en el actual. Unas tienen que ver con hechos conocidos posteriormente, otras con la privación injusta de la libertad o la producción de daños con posterioridad al hecho u omisión generador, entre otras. A continuación se explicarán algunos de los más representativos.

En vigencia del Decreto 01 de 1984 el Consejo de Estado entendió que “por regla general, la fecha de iniciación del conteo de ese término [el de caducidad] es el del día siguiente al del acaecimiento del hecho, omisión y operación administrativa”⁴⁰, pero que, “[e]xcepcionalmente, (...) se cuenta a partir del conocimiento del hecho dañino y no a partir de su ocurrencia, precisamente, porque el hecho no se hizo visible”⁴¹. Como se puede observar, la jurisprudencia disponible al respecto era profusa y pacífica. Un ejemplo de caso al respecto es el de una demanda presentada por la Empresa de Telecomunicaciones de Bucaramanga S.A. E.S.P. contra La Nación – Superintendencia Financiera, para que se le declarara administrativamente responsables por su incumplimiento de su función de control, inspección y vigilancia sobre una firma comisionista de bolsa, lo que le ocasionó pérdidas económicas significativas⁴².

La demandante afirmaba que le confió más de nueve mil millones de pesos a la comisionista y que esta invirtió menos de mil, sin que la primera recuperara el resto del dinero. Así, exponía que la Superintendencia Financiera no ejerció sus funciones respecto de la comisionista sino hasta que se produjo un escándalo periodístico y era demasiado tarde. Pero que sólo conoció el daño a sus inversiones con posterioridad a la omisión de la Superintendencia, de manera que la caducidad se debía contar desde su conocimiento y no desde la ocurrencia de la omisión. El Consejo de Estado estuvo de acuerdo con la posición de la demandante y contó los dos años correspondientes a la caducidad a partir de la denuncia penal instaurada por la demandante contra los representantes de la comisionista, momento en el cual consideró que se consolidó su conocimiento del daño⁴³.

Algo similar ocurre en los casos de privación injusta de la libertad, incluso en vigencia del presente código. Si se aplicara el tenor literal de la norma, el término de caducidad debería contarse (i) desde la privación efectiva de la libertad, es decir, desde la medida de aseguramiento o el inicio del cumplimiento de la sanción impuesta, así no esté ejecutoriada o, (ii) desde que cesa la privación

³⁹ Ver Ley 1437 de 2011, artículo 164.2.i.

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 12.200. C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 76001-2331-000-2005-04726-01. 22 de marzo de 2007. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 05001-23-31-000-2009-01084-01. C.P. Enrique Gil Botero.

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 12.200. C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁴² Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Expediente 25000-23-26-000-2007-00057-01 (37637). 14 de septiembre de 2016. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁴³ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Expediente 25000-23-26-000-2007-00057-01 (37637). 14 de septiembre de 2016. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

efectiva de la libertad, si se entendiera que es un daño continuado. No obstante, la jurisprudencia ha sido clara en que el término de caducidad para la privación injusta de la libertad se debe contar desde la ejecutoria del fallo absolutorio, pues sólo en ese momento se conoce de la existencia del daño antijurídico, supuesto que no se encuentra en la norma. Así, el propio Consejo de Estado ha afirmado que “[e]n los casos en los cuales se ejerce la acción de reparación directa con fundamento en la privación injusta de la libertad, el termino de caducidad se cuenta desde el momento en el cual el sindicado recupera la libertad y la providencia absolutoria queda ejecutoriada – lo último que ocurra –”⁴⁴.

Situaciones como las anteriores eran y son recurrentes en las decisiones sobre reparación directa emitidas por el Consejo de Estado. Se ha dado en casos donde se demanda por daños al buen nombre causados por funcionarios que difunden sanciones disciplinarias no ejecutoriadas⁴⁵, en donde el demandante se encontraba privado de la libertad y por lo tanto no estaba en capacidad de presentar la demanda⁴⁶ e, incluso, en donde el perjuicio se causa con posterioridad al hecho originador⁴⁷. Todas ellas con un factor común: el criterio utilizado para el cómputo del término de caducidad fue diferente al contenido en la norma aplicable.

4. CONCLUSIÓN

El anterior estudio de jurisprudencia demuestra la importancia que tiene en el derecho contencioso administrativo el conocimiento del hecho o motivo que fundamenta las pretensiones a efectos de revisar si operó o no el fenómeno de la caducidad. Cuestión que va en línea con el análisis previo sobre la naturaleza de esta institución jurídico-procesal y su calificación desde el derecho constitucional como una verdadera sanción que se impone a quien, pudiendo, no ejerce el derecho de acción.

Asimismo, el análisis también demuestra que la practica de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lejos de ser formalista en cuanto a la manera de contar el término de caducidad en casos excepcionales y difíciles, está abierta a abordarlos con una perspectiva de garantía del derecho de acceso a la administración de justicia y a flexibilizar la forma en que realiza el cómputo. Es decir, a partir del respeto por la legalidad y la seguridad jurídica, el Consejo de Estado ha utilizado pautas de razonabilidad y proporcionalidad en casos excepcionales y especiales con el fin de garantizar los derechos de quienes acuden a la jurisdicción, adecuar la norma sobre caducidad a su finalidad y no

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Expediente 13001-23-31-000-2012-00232-01 (45550). 2 de mayo de 2013. C.P. Hernán Andrade Rincón. Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 25000-23-26-000-2006-01254-01. 8 de mayo de 2017. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

⁴⁵ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Expediente 25000-23-26-000-2004-00709-01. 24 de junio de 2015. C.P. Hernán Andrade Rincón.

⁴⁶ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Expediente 25000-23-26-000-1997-04813-01 (20880). 15 de febrero de 2012. C.P. Olga Mérida Valle de La Hoz.

⁴⁷ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 13.943. 29 de mayo de 2003. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 12.943. 4 de septiembre de 2003. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Expediente 25000-23-15-000-2002-02368-01 (34210). 16 de julio de 2015. C.P. Hernán Andrade Rincón.

imponer sanciones a los ciudadanos sin que concurra una acción u omisión de los mismos que la genere.

Y, finalmente, también queda claro que dicha flexibilización no es un evento propio del medio de control de reparación directa, sino que la jurisdicción, por lo menos en otros dos medios de control distintos, ha tenido actitudes similares o, incluso, más garantistas.

Así, de acuerdo con lo anterior, resulta necesario que la Sección Quinta haga eco de esas aproximaciones al cómputo del fenómeno de la caducidad y reconozca el derecho que tiene la ciudadanía a ejercer el medio de control dentro de los treinta días siguientes al conocimiento del hecho generador de la nulidad, cuando esta no lo conocía ni lo debía conocer al momento de la elección y confirmación, de la manera como se explicará más adelante.

C. SOBRE LA PERTINENCIA DE LAS ANTERIORES CONSIDERACIONES PARA DECIDIR EL CASO CONCRETO

Se han demostrado dos puntos hasta el momento: (i) que lo que se solicita no es que se establezca que el medio de control de nulidad electoral pueda ser presentada en cualquier tiempo y, (ii) que la forma de computar los términos de caducidad establecida en la ley sí puede ser variada y la jurisdicción de lo contencioso administrativo lo ha hecho en distintas oportunidades. Ahora bien, frente a la segunda afirmación falta por aclarar un punto adicional. Es claro que ninguno de los ejemplos presentados hasta el momento incluye un medio de control de nulidad electoral y también que cada medio de control tiene su propia teleología y dinámica. No obstante, en la presente sección se explicará por qué las consideraciones aplicables a la nulidad y restablecimiento del derecho, las controversias contractuales y la reparación directa, arriba mencionadas, sirven como criterios de comparación adecuados para resolver el presente caso.

Al revisar el texto del auto a través del cual se rechazó la demanda, de allí se desprende una explicación sobre la impertinencia del cómputo de la reparación directa en este caso. De acuerdo con el auto, “frente al argumento según el cual en los casos de reparación directa sí se ha aceptado que el cómputo del término de caducidad inicie de manera excepcional con posterioridad al momento establecido en la ley, debe precisarse que en esos eventos se ventilan intereses particulares afectados presuntamente por acción u omisión del Estado o sus agentes”, mientras que, en el caso de la nulidad electoral “está en discusión es el principio democrático que rige el Estado Social de Derecho, el cual, como lo ha dicho la Corte Constitucional debe preservarse y garantizarse, a través del establecimiento de un término de caducidad corto y perentorio”.

La explicación del despacho resulta insatisfactoria, por lo menos, por tres razones: (1) porque el objeto de protección de la caducidad en el medio de control de reparación directa sigue siendo el interés general y, (2) porque en los demás medios de control donde está en juego el principio democrático o se discute el interés general el término de hecho es más largo que en los que tienen que ver con intereses particulares.

1. EL OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA CADUCIDAD ES LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL INTERÉS GENERAL EN TODOS LOS CASOS, INCLUSO EN LOS DE REPARACIÓN DIRECTA

Frente al primer punto, el despacho aduce que en la reparación directa lo que se discuten son “intereses particulares afectados por la acción u omisión del Estado o sus agentes, en los términos del artículo 90 Constitucional”. Esta afirmación es cierta, si se entiende como referida al medio de control y al proceso contencioso administrativo que dispara como un todo. No obstante, si el análisis se hace sobre la caducidad de la acción en el medio de control de reparación directa, no resulta tan claro que únicamente se ventilen intereses particulares.

Así, como se explicó en la demanda, la caducidad tiene dos dimensiones. Por un lado, es un presupuesto procesal para ejercer la acción y por el otro es una manifestación de las cargas que tienen los ciudadanos cuando van a utilizar el aparato jurisdiccional para promover causas. Desde ambos puntos de vista, como bien lo afirma el auto objeto de recurso citando a la Corte Constitucional, la finalidad de la figura es proteger la seguridad jurídica, por cuanto “resulta necesario dotar de firmeza a las determinaciones oficiales (...) de lo contrario el sistema jurídico se vería avocado (sic) a un estado de permanente latencia en donde la incertidumbre e imprecisión que rodearían el quehacer estatal, entorpecería el desarrollo de las funciones públicas”. Algo que la propia jurisdicción de lo contencioso administrativo ha confirmado en casos de reparación al explicar que las normas sobre caducidad “tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que ciertas situaciones jurídicas permanezcan indefinidas en el tiempo”⁴⁸.

En ese sentido, si bien en el fondo o el mérito de la reparación directa lo que se ventilan son intereses particulares, en el análisis sobre la operancia de la caducidad lo que se discute es un interés general, que es el de mantener la seguridad jurídica y permitir el correcto funcionamiento de las instituciones públicas. En la reparación directa de lo que se trata es de un individuo o un grupo de individuos que afirman haber sufrido un daño antijurídico atribuible a la administración. En ese sentido, la beneficiaria de la caducidad es la propia administración.

Para quien pretende la reparación la caducidad es una sanción que se le puede imponer y un presupuesto procesal para poder acceder a la jurisdicción; pero para la administración, que representa el interés general a partir de la figura institucional del Estado, la caducidad es una garantía que le otorga seguridad jurídica. De manera que resulta ajeno a la realidad que al discutirse la caducidad de un medio de control de reparación directa lo que se debatan sea únicamente asuntos particulares, por el contrario, allí confluyen los intereses particulares del demandante con el interés general que busca proteger la caducidad de la acción (seguridad jurídica) y con los intereses de la administración, que en cualquier caso también actúa como procuradora del interés general a través del Estado.

De acuerdo con eso, si bien es cierto que los medios de control de reparación directa y de nulidad electoral tienen finalidades distintas, responden a lógicas diferentes y se desarrollan de forma distinta en la jurisdicción, la forma como se contabiliza el término de caducidad y la necesidad de que el

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Expediente 73001-23-31-000-2009-00505-01 (38846). 8 de febrero de 2012. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

demandante conozca o deba conocer del hecho generador de la pretensión son comunes a ambas. En ambos casos la caducidad tiene la finalidad de proteger el interés colectivo, materializado en la seguridad jurídica, sin que esta pueda ser una camisa de fuerza para que la jurisdicción no atienda a circunstancias especiales y excepcionales, como son los ejemplos anteriormente expuestos en materia de reparación directa, nulidad y restablecimiento, controversias contractuales o, el presente caso en materia de nulidad electoral.

2. LA FORMA EN QUE EL CONSEJO DE ESTADO SE HA ACERCADO A LA CADUCIDAD EN LA REPARACIÓN DIRECTA SÍ ES PERTINENTE PARA EL PRESENTE CASO

Ahora bien, en cuanto al segundo punto, tampoco resulta preciso afirmar que cuando “lo que está en discusión es el principio democrático que rige el Estado Social de Derecho”, como expresa el auto, la única forma de preservarlo y garantizarlo sea a través de “un término de caducidad corto y perentorio”. La demostración de este punto la entrega el propio Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Hay distintos medios de control a través de los cuales la ciudadanía puede defender el orden legal, propender por el control de la administración y hacer respetar la vigencia del Estado social de derecho. Algunos de ellos son: (i) nulidad por inconstitucionalidad⁴⁹; (ii) nulidad⁵⁰; (iii) repetición⁵¹; (iv) pérdida de investidura⁵²; (v) cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos⁵³ y, (vi) protección de derechos e intereses colectivos⁵⁴. Además, obviamente, de la nulidad electoral.

Si se revisan las normas sobre caducidad para estos medios de control, aparece lo siguiente: (i) la nulidad por inconstitucionalidad, la nulidad simple, la acción de cumplimiento y la protección de derechos e intereses colectivos pueden presentarse en cualquier tiempo, es decir, no tienen caducidad⁵⁵; (ii) en la demanda con pretensiones de repetición la administración cuenta con un término de dos años, contados a partir del día siguiente a la fecha de pago o del vencimiento del plazo para pagar⁵⁶ y, (iii) la demanda con pretensiones de pérdida de investidura se debe presentar en 5 años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia del hecho generador de la causal⁵⁷.

⁴⁹ Ver Ley 1437 de 2011, artículo 135.

⁵⁰ Ver Ley 1437 de 2011, artículo 137.

⁵¹ Ver Ley 1437 de 2011, artículo 142.

⁵² Ver Ley 1437 de 2011, artículo 143.

⁵³ Ver Ley 1437 de 2011, artículo 146.

⁵⁴ Ver Ley 1437 de 2011, artículo 144.

⁵⁵ Ver Ley 1437 de 2011, artículos 135, 164.1.a y 164.1.e. Ver Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano. En la protección de derechos e intereses colectivos se requiere que la amenaza o el riesgo persistan.

⁵⁶ Ver Ley 1437 de 2011, artículo 164.2.1.

⁵⁷ Ver Ley 1881 de 2018, artículo 6.

Por su parte, los medios de control a través de los cuales se ventilan lo que el despacho denomina “intereses particulares”⁵⁸. Estos son: (i) nulidad y restablecimiento del derecho⁵⁹; (ii) reparación directa⁶⁰; (iii) controversias contractuales⁶¹ y, (iv) reparación de perjuicios causados a un grupo⁶².

Nuevamente, si se acude a las normas sobre caducidad para estos medios de control, aparece lo siguiente: (i) en la demanda con pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda debe ser presentada dentro de un término de cuatro meses a partir de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto⁶³; (ii) para la reparación directa y la reparación de perjuicios causados a un grupo, son dos años, contados a partir de la acción u omisión causante del daño o de cuando el demandante conoció o debió conocer del mismo, para la reparación directa⁶⁴ y dos años, contados a partir de la fecha en se causó el daño, para la acción de grupo⁶⁵ y, (iii) para las demandas sobre controversias contractuales el término es de dos años, contados desde la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirven de fundamento⁶⁶.

Como se puede observar de la comparación entre ambos medios de control, la regla general es que para los medios de control en que se pretende la protección del interés general, la defensa de la legalidad y el mantenimiento del Estado de derecho, la caducidad es un factor irrelevante, porque no está consagrado, o porque es bastante amplio, entre dos y cinco años. Excepción hecha de la nulidad electoral, que el legislador decidió mantenerla con un término de caducidad corto. Por el contrario, para los medios de control en donde se ventilan intereses individuales la regla general es que la caducidad es corta, entre cuatro meses y dos años.

Así, si bien es cierto que el legislador, en uso de la libertad de configuración que tiene en materia procesal, estableció un término de caducidad corto para la nulidad electoral, no es cierto que esto tenga que ver con el tipo de intereses que se ventilan en el medio de control. Todo lo contrario, lo que la evidencia sugiere es que el legislador favorece los términos de caducidad largos o, incluso, la falta de caducidad, para los medios de control en donde se tramitan asuntos de interés público o protección de la legalidad.

En ese orden de ideas, no resulta válido argumentar que la naturaleza del medio de control de reparación directa hace impertinente la evidencia sobre cómo el Consejo de Estado ha abordado el cómputo de la caducidad respecto de casos en los que no se conocen los hechos generadores del daño.

⁵⁸ Frente a esta clasificación es de anotar que la división entre medios de control que tratan asuntos particulares y los de interés general se usa porque responde a la argumentación del despacho. No obstante, en general se considera que el control a la administración pública es un asunto de interés general, sin importar la forma en que se materialice.

⁵⁹ Ver Ley 1437 de 2011, artículo 138.

⁶⁰ Ver Ley 1437 de 2011, artículo 140.

⁶¹ Ver Ley 1437 de 2011, artículo 141.

⁶² Ver Ley 1437 de 2011, artículo 145.

⁶³ Ver Ley 1437 de 2011, artículo 164.2.d.

⁶⁴ Ver Ley 1437 de 2011, artículo 164.2.i.

⁶⁵ Ver Ley 1437 de 2011, artículo 164.2.h. Si el daño es causado por un acto administrativo, el término es de cuatro meses.

⁶⁶ Ver Ley 1437 de 2011, artículo 164.2.j.

Todo lo contrario, lo que sugiere la evidencia es que este no es un criterio relevante ni para el legislador ni para la jurisdicción.

D. CONCLUSIÓN: ¿CÓMO SE DEBERÍA CONTAR EL TÉRMINO DE CADUCIDAD EN EL PRESENTE CASO?

De acuerdo con todo lo anterior, revisar la jurisprudencia de lo contencioso administrativo no sólo permite observar mejor el panorama de la forma como la caducidad es entendida actualmente, sino que aporta elementos para tomar una decisión en el caso concreto. Es claro que la nulidad electoral es distinta a los demás medios de control, pero a todos subyacen, para lo que aquí interesa, tres asuntos concretos: (i) que la caducidad es una limitación al derecho de acceso a la justicia y una sanción para el ciudadano que, pudiendo actuar, no lo hace; (ii) que la forma de contar el término de caducidad está determinada en la ley y, en principio, no puede ser modificada por las partes o el operador judicial y, (iii) que en ocasiones especiales y excepcionales esta forma de cómputo debe variar, de acuerdo con criterios de razonabilidad, para impedir que la ley se convierta en un vehículo para situaciones injustas y que la ciudadanía sea sancionada por el incumplimiento de un deber imposible de cumplir.

Así, como se explicó en la demanda, en el presente caso, que es uno de aquellos especiales, excepcionales y difíciles, lo que se solicita es que el Consejo de Estado varíe la forma de computar el término de caducidad para atender a las circunstancias concretas. De esa forma, el término de caducidad debería ser contado a partir del momento en que la ciudadanía tuvo conocimiento de los hechos que originaron la nulidad de los actos de elección y confirmación, de manera que la demanda fue presentada en tiempo y, por lo tanto, debe ser revocado el auto objeto del presente recurso.

Ahora bien, el presente caso es excepcional, especial y difícil porque en el concurren unas características que pueden resumirse en la siguiente regla: el término de caducidad de treinta días para presentar el medio de control de nulidad electoral debe contarse de manera diferente a la dispuesta en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en aquellos eventos en que (i) el beneficiario del acto se abstiene de entregar una información que (ii) no estaba al alcance de la ciudadanía y esta no la conocía ni tenía la posibilidad de conocerla y (iii) es esencial para que el nominador puede tomar una decisión informada, siempre que (iv) no exista otro recurso judicial adecuado y efectivo para que la ciudadanía impugne directamente la elección. Cuando estas cuatro características concurren, el término de caducidad debería contarse desde el momento en que la ciudadanía tuvo o debió tener conocimiento de los hechos que originaron la nulidad alegada.

Insistir en que el término de caducidad es inamovible e impermeable a circunstancias especiales y excepcionales tiene cinco problemas: (i) bloquea de forma desproporcionada el acceso a la justicia; (ii) desnaturaliza la caducidad, pues le impone a la ciudadanía una carga que no puede cumplir; (iii) afecta gravemente la vigencia del Estado de derecho, pues deja sin control una elección irregular; (iv) permite que el elegido se beneficie de su propio dolo, pues lo premia por ocultar información relevante y sólo ser descubierto luego de vencidos los treinta días después de la confirmación y, (v) afecta el derecho a la igualdad. El punto sobre el acceso a la justicia en el presente caso es clave por un motivo adicional, si se mantiene la decisión objeto de recurso, la elección del Fiscal General de la Nación ya no podrá ser discutida a través de mecanismo judicial alguno que esté al alcance directo

de la ciudadanía. Cosa contraria a lo que ocurre en otros escenarios, como el de los congresistas, en donde además de la nulidad electoral la ciudadanía cuenta con un mecanismo adicional, que es la pérdida de investidura.

Mientras tanto, aceptar el estándar aquí propuesto no genera una afectación desproporcionada a la seguridad jurídica por cuanto (i) es aplicable a casos excepcionalísimos; (ii) en todo caso el término seguirá siendo corto y perentorio, pues son los mismos treinta días, simplemente que se deben contar desde el conocimiento de los hechos por parte de la ciudadanía; (iii) corresponde a un ejercicio legítimo de adjudicación de casos concretos basado en la razonabilidad y la proporcionalidad y, (iv) no genera un problema de indefinición de la situación de todos los servidores públicos elegidos en Colombia por cuanto en la mayoría de casos la ciudadanía cuenta con más de un mecanismo judicial para discutir su permanencia en el cargo, en el del Fiscal General de la Nación, cuando se discuten vicios en su elección, no queda ningún otro.

IV. SOBRE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE LAS FORMALIDADES, APLICADO AL CASO CONCRETO

Por último, consideramos que la decisión adoptada en el auto en cuestión desconoce la preceptiva constitucional relativa a la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, dispuesta en el artículo 228 de la Constitución. Al interpretar este principio constitucional, la Corte Constitucional ha señalado que “[e]l procedimiento no es, en principio, ni debe llegar a ser impedimento para la efectividad del derecho sustancial, sino que debe tender a la realización de los derechos sustanciales al suministrar una vía para la solución de controversias sobre los mismos. Cuando surge un conflicto respecto de un derecho subjetivo, es el derecho procesal el que entra a servir como pauta válida y necesaria de solución de la diferencia entre las partes. Se debe tener siempre presente que la norma procesal se debe a la búsqueda de la garantía del derecho sustancial”⁶⁷.

Si bien este principio constitucional no debe ser entendido como una invitación a desatender las normas procesales, el mismo debe ser tenido en cuenta como un criterio de interpretación constitucional relevante para evitar caer en el exceso ritual manifiesto. Según lo ha expresado por la Corte Constitucional,

“(…) en una providencia judicial puede configurarse un defecto procedimental por “exceso ritual manifiesto”, cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales. Específicamente, según la jurisprudencia de esta Corporación, el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta cuando el operador judicial concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial, convirtiendo su actuar en un acto de denegación de justicia por: (i) dejar de inaplicar disposiciones procesales que se oponen a la vigencia de derechos constitucionales en un caso concreto; (ii) **exigir el cumplimiento de requisitos formales de forma irreflexiva, aunque en determinadas circunstancias**

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-1306 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

puedan constituir cargas imposibles de cumplir para las partes, siempre que esa situación se encuentre comprobada; o (iii), incurrir en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas. El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta porque el juez no acata el mandato de dar prevalencia al derecho sustancial, situación que lo lleva a denegar o vulnerar el derecho al acceso a la administración de justicia”⁶⁸ (negrilla fuera del texto).

Así, en el presente caso consideramos necesario evitar que, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales, el derecho procesal se convierta en un obstáculo para la efectiva realización de los derechos sustanciales en juego, a saber: el derecho de acceso a la justicia y la seguridad jurídica. Del mismo modo, se debe impedir que el énfasis excesivo en las formas legales termine por desnaturalizar las normas procesales, cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización del derecho material. En ese sentido, una interpretación puramente literal de la norma de caducidad puede ir en detrimento de la protección de los derechos que se propone proteger con las acciones judiciales. En el caso concreto, el énfasis en la seguridad jurídica que se pretende salvaguardar con la interpretación literal de la caducidad afecta de manera negativa la garantía de la legalidad y transparencia del sistema democrático, que es lo que en últimas se busca proteger con la acción de nulidad electoral. A su vez, dicha interpretación literal favorece a quien, de una manera que algunos podrían considerar contraria al principio de buena fe, se benefició de la violación a la legalidad y la transparencia del sistema de designación por medio del cual fue electo.

V. SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA DECISIÓN EN TÉRMINOS DE CONTROL CIUDADANO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LAS ELECCIONES DE ALTOS FUNCIONARIOS

Además de todos los argumentos presentados anteriormente, la decisión tomada en el presente caso, consistente en rechazar una demanda con pretensiones de nulidad electoral por haber pasado más de treinta días después de la confirmación, sin consideración a que el beneficiario del acto ocultó la información que hubiese permitido presentarlo a tiempo, tiene consecuencias graves en términos de control a la administración pública, participación de la ciudadanía en la conformación del poder público y, en últimas, posibilidades de defender la legalidad y el Estado de derecho. Esta es una consideración adicional que debe tener en cuenta la Sección Quinta al resolver el presente recurso y se resumen en que, de mantenerse la decisión tomada, queda un incentivo para que en la elección de funcionarios se oculte información o, incluso se acuda al fraude, en aras de evitar el control ciudadano.

Para la explicación de este punto es necesario acudir a ejemplos de casos distintos al presente en donde la aplicación de la regla aplicada en el auto objeto de recurso sería problemática. Así, a continuación, se analizan dos casos hipotéticos en los que, bajo la forma en que se entiende el cómputo de la caducidad en el presente caso, los resultados crearían déficits inaceptables.

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-201 de 2015. M.P. Luis Guillermo Gerrero Pérez.

En el primer escenario se debe suponer que, en el mismo contexto de elección del Fiscal General de la Nación, el ternado que terminó elegido actuó de forma fraudulenta y acreditó tener la calidad de abogado a partir de un diploma, un acta de grado y una tarjeta profesional falsos. De conformidad con el artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la elección de candidatos que no reúnan las calidades y requisitos establecidos es causal de anulación electoral. Con la posición que sostuvo el despacho en el auto recurrido, la ciudadanía tendría tan solo treinta días, contados a partir de la confirmación, para descubrir el delito, proyectar la demanda y presentarla a la jurisdicción, si no alcanzara a hacer todo esto, tendría que confiar en el sistema penal para aforados, que en Colombia ha demostrado repetida y consistentemente su falta de eficiencia.

Así, el ternado que cometió el fraude sólo necesita no ser descubierto hasta treinta días después de su confirmación. Luego de esto, la ciudadanía no puede acudir al medio de control adecuado y efectivo para discutir su elección, que es la nulidad electoral y, por el contrario, queda dependiendo de la actuación de un tercero en la vía penal o la disciplinaria. Esto por cuanto, según lo dispuesto en el auto de marras, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia puede llevarse a cabo un cómputo del término de caducidad diverso al dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Otro caso es el de la violencia sobre los nominadores o electores. Nuevamente, supóngase que quien fuera ternado para ser Fiscal General de la Nación utilizara información sobre la vida privada de los magistrados y magistradas de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia para que votaran por él, bajo la amenaza de publicar dicha información si no lo hicieran. Como en el caso anterior, el ternado sólo necesita que la ciudadanía se entere de dicha violencia luego de pasados treinta días de su confirmación como Fiscal General de la Nación, momento en el cual, a partir de lo decidido en el auto aquí recurrido, podrá confiar en que nadie utilizará un medio de control de anulación electoral para discutir su elección, así la causal de nulidad sea clara, pero se haya conocido y demostrado con posterioridad al término de caducidad.

Estos dos ejemplos ponen de presente el incentivo perverso que crea el entendimiento exegético del cómputo del término de caducidad en las nulidades electorales. Así como el déficit de participación de la ciudadanía en la conformación y control del poder político. Luego de treinta días la ciudadanía queda a merced de la institucionalidad penal y disciplinaria, que sería la única que tendría la posibilidad de poner en peligro su elección, fruto de un delito.

VI. UN ARGUMENTO SUBSIDIARIO: LA PERTINENCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRO DAMATO

Hasta el momento el presente recurso se ha centrado en explicar por qué en el caso concreto no ha operado el fenómeno de la caducidad y, por lo tanto, el auto de rechazo de marras debería ser revocado por la Sección Quinta. No obstante, queda pendiente un argumento, relativo a la pertinencia de la aplicación de los principios *pro actione* y *pro damato*.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido, de tiempo atrás, que dado que “la caducidad implica la pérdida de oportunidad para reclamar por vía judicial los derechos que se consideren

vulnerados por causa de la actividad del Estado, solo se debe proceder a su declaración cuando existan elementos de juicio que generen certeza al juez respecto de su acaecimiento, por lo que ante la duda se deberá dar trámite al proceso a fin de que en el mismo se determine, sin asomo de dudas, la configuración o no de la caducidad”⁶⁹. Esta tesis, fundamentada en los principios *pro actione* y *pro damato* conlleva, necesariamente, que “cuando se advierte *prima facie* que hay razones serias para dudar del acaecimiento de la caducidad de la acción”⁷⁰, es necesario admitir la demanda y posponer la discusión sobre dicho asunto a la sentencia.

Así, una decisión de postergar el estudio de la caducidad para otro momento procesal “busca aliviar los rigores de las normas que consagran plazos extintivos para el ejercicio de las acciones y aboga por la cautela y el criterio restrictivo con el que deben interpretarse y aplicarse dichas normas”⁷¹. De manera que, en atención a los principios *pro actione* y *pro homine*, la acción jurisdiccional, entendida como proveniente de un Estado regido por la fórmula política social de derecho, garantice “que la autoridad prevista en el sistema legal interno no solo decida ‘sobre los derechos de toda persona’, sino también que interprete y aplique las normas de la Convención y del ordenamiento jurídico interno de manera que nos e suprima, limite o excluya el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos”⁷².

En ese orden de ideas, si la Sección Quinta no considera que los argumentos aquí presentados son suficientes para llevarla al convencimiento pleno y completo de la inoperancia del fenómeno de la caducidad en el presente caso, solicitamos muy atentamente que postergue la decisión sobre el asunto para la sentencia. Esto no sólo con el fin de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia de los demandantes, sino para permitir un mayor debate respecto de las tesis aquí planteadas, con los insumos de todas las partes involucradas, así como de la sociedad colombiana, que dado el carácter de público de este medio de control, podría tener interés en participar coadyuvando la demanda o en defensa de los actos de elección y confirmación.

Esta práctica no es única de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o del derecho colombiano. En el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, especialmente en el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se entiende que cuando un asunto previo (como la caducidad en este caso) está ligado intrínsecamente al fondo del asunto, debe ser decidido en conjunto con el fondo. Así, por ejemplo, al analizar la excepción preliminar de falta de agotamiento de recursos internos (que sería equivalente a una excepción previa en el derecho colombiano), específicamente en cuanto a si se ha vulnerado la garantía del plazo razonable, la Corte ha manifestado que este es un asunto que se mezcla con el fondo del caso, pues tiene que ver también con la vulneración de los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial. Cuando eso ocurre, “independientemente de que el Estado defina un planteamiento como ‘excepción preliminar’,

⁶⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Expediente 68001-23-33-000-2015-01192-01 (59445). 2 de octubre de 2017. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁷⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Expediente 41001-23-31-000-2012-00223-01 (19729). 28 de febrero de 2013. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

⁷¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Expediente 68001-23-33-000-2014-00248-01 (3244-14). 14 de julio de 2016. C.P. William Hernández Gómez.

⁷² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Expediente 25000-23-36-000-2012-00628-01 (46740). 29 de julio de 2013. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

si al analizar estos planteamientos fuera necesario entrar a considerar previamente el fondo de un caso, los mismos perderían su carácter preliminar”⁷³.

VII. PETITORIO

De conformidad con lo anterior, solicitamos a la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que:

PRIMERO. Revoque la decisión tomada por el consejero ponente el pasado 15 de enero de 2019 en el proceso de la referencia, a través del cual rechazó de plano la demanda presentada contra los actos de elección y confirmación de Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación para el período 2016-2020 por haber operado el fenómeno de la caducidad.

SEGUNDO. Que, en consecuencia, devuelva al despacho el expediente para que resuelva sobre la admisión de la demanda, sin que pueda oponerse la caducidad del medio de control.

TERCERO. De forma subsidiaria a la pretensión segunda, que devuelva al despacho el expediente para que resuelva sobre la admisión de la demanda, instruyéndolo de no resolver sobre la caducidad y postergar dicho asunto a la sentencia.

VIII. ANEXO

Con el presente recurso se anexa documento firmado por el decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia en el que apoya los argumentos aquí presentados y agrega consideraciones.

Cordialmente,

**VIVIAN NEWMAN PONT
C**

DIANA RODRÍGUEZ FRANCO

ALEJANDRO JIMÉNEZ OSPINA

MARÍA PAULA ÁNGEL ARANGO

⁷³ Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 18. Corte IDH. Caso Yarce y otras Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, párr. 27.

GUSTAVO GALLÓN GIRALDO

JUAN CARLOS OSPINA

JORGE IVÁN CUERVO RESTREPO