



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A**

Consejero Ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

SE. 017

Radicado: 110010325000201200123 00 (0539-2012)

Actor: Oscar Esteban Hernández Barragán

Demandado: Nación, Procuraduría General de la Nación y otro

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho– Decreto 01 de 1984

ASUNTO

La Subsección dicta la sentencia que en derecho corresponda en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984¹, que se tramitó en virtud de la demanda interpuesta por el señor Oscar Esteban Hernández Barragán en contra de la Nación, Procuraduría General de la Nación y la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

LA DEMANDA²

Pretensiones

Solicitó se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos en su integridad:

- 1) Fallo disciplinario de única instancia proferido el 8 de marzo de 2002 por el viceprocurador general de la Nación que decidió sancionar al demandante con destitución del cargo e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de cinco años.
- 2) Auto del 9 de julio de 2002 mediante el cual se resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto por el hoy actor en contra del anterior acto administrativo.

¹ Vigente para la época de la demanda.

² Ff. 107-117 y 123-126.

- 3) Resolución 1036 del 10 de octubre de 2002, por la cual el Ministerio de Defensa Nacional ejecutó la sanción disciplinaria impuesta.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

- Ordenar el reintegro del señor Oscar Esteban Hernández Barragán al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría.
- Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento en que se hizo efectiva la sanción hasta que se produzca su reintegro efectivo.
- Condenar a la entidad demandada al pago de los perjuicios económicos y morales causados por las decisiones disciplinarias sancionatorias.
- Ordenar la actualización de las anteriores condenas de acuerdo al IPC.
- Disponer que la condena se ejecute conforme a lo previsto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Fundamentos fácticos

1. El señor Oscar Esteban Hernández Barragán fue objeto de un proceso disciplinario que concluyó con el fallo acusado en el que se le sancionó con destitución del cargo e inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de 5 años.
2. Los hechos por los cuales se adelantó la respectiva investigación disciplinaria ocurrieron entre marzo y noviembre de 1997 en el municipio de Lebrija, Santander, cuando el actor ocupaba el cargo de comandante de la estación de policía en dicha entidad territorial.
3. Se le reprochó al hoy demandante la relación existente entre la policía y grupos armados al margen de la ley denominados «convivir», en virtud de la cual ambos patrullaban juntos, ingresaban a las instalaciones del comando y usaban armas de uso privativo de la Fuerza Pública.
4. La notificación de los actos demandados fue realizada el 24 de octubre de 2002³ y su retiro tuvo lugar de manera inmediata.

Normas violadas y concepto de violación

Para el demandante los actos administrativos acusados desconocen los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 21, 25, 29, 53, 61, 83, 125, 216, 218, 277 y 279 de la Constitución Política; 175 de la Ley 200 de 1995; el Decreto 262 de 2000; el artículo 154 del

Decreto 1798 de 2000; el Decreto 2584 de 1993; la Ley 81 de 1993 y los artículos 2, 3 y 36 del Código Contencioso Administrativo.

Como concepto de violación señaló que se le había desconocido el derecho consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política porque el despacho del viceprocurador no era competente para conocer su caso debido a que, existiendo hechos relativos a la violación de derechos humanos, correspondía tramitarlo en primera instancia al procurador delegado para la defensa de los derechos humanos. Agregó que tal proceso debió ser de doble instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Constitución Política y en el literal a) del artículo 60 de la Ley 201 de 1995 ya que esta era la norma vigente para la época de los hechos y no el Decreto 262 de 2000, que fue expedido con posterioridad.

De otro lado, señaló que el auto de cargos previó como disposiciones infringidas los artículos 25, 38 y 42 de la Ley 200 de 1995 a pesar de que dicha norma únicamente resultaba aplicable en lo procedimental pues en lo sustantivo su caso debió regirse por el Decreto 2584 de 1993, vigente para la Policía Nacional en la época en que ocurrieron los hechos.

De igual forma, erró la autoridad disciplinaria al tener en consideración en el auto de cargos el Decreto 1798 de 2000 cuando el mismo no había sido expedido aún para la fecha en que tuvieron lugar las circunstancias fácticas que dieron paso al proceso administrativo sancionatorio. Por ello, a pesar de que dicha norma estaba vigente en el momento en que se formularon los cargos, no debió otorgársele un efecto retroactivo permitiendo que regulase situaciones sucedidas con anterioridad a su vigencia.

Seguidamente, explicó que el artículo 60, inciso 2, de la Ley 200 de 1995 autoriza adelantar un solo proceso cuando los disciplinados pertenecen a la misma entidad y, en ese orden de ideas, condenó el desconocimiento de dicha norma pues mientras que el hoy demandante pertenecía a la Policía Nacional, el señor Fernando Millán Pérez integraba las Fuerzas Armadas y el señor Hernando Sánchez Salamanca era miembro del Ejército.

Agregó que se presentaba una incongruencia ya que se le dio aplicación al Decreto 262 de 2000 a pesar de que nunca fue invocado con anterioridad.

Finalmente, sostuvo que de conformidad con el artículo 90 del Decreto 2700 de 1997 debió presentarse la ruptura de la unidad procesal.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación, Procuraduría General de la Nación⁴

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda pues a su juicio los actos administrativos acusados se ajustan totalmente al ordenamiento jurídico.

En respuesta a los hechos de la demanda, señaló que estos debían ser probados por el demandante, que algunos correspondían a apreciaciones subjetivas y que el escenario judicial no podía convertirse en una tercera instancia en la que se

³ Así se indica textualmente en los folios 109 y 126 del expediente.

⁴ Ff. 429-437.

controvirtiera la valoración probatoria agotada a lo largo de un proceso disciplinario en el que el actor estuvo asistido de la más amplia gama de recursos y garantías constitucionales y legales para ejercer su derecho de defensa. En armonía con ello, señaló que el análisis que realizara la jurisdicción debía ser meramente formal.

Añadió que, de conformidad con el Decreto 262 de 2000, el procurador General de la Nación conoce en única instancia de los procesos adelantados contra generales de la República u oficiales de rango equivalente y que, como en el proceso disciplinario estaba incluido el brigadier general Fernando Millán Pérez, por unidad procesal, la competencia del mismo correspondía a aquel funcionario. También por esta razón, resultaba viable que los investigados, a pesar de pertenecer a instituciones diferentes, fueren reunidos bajo un mismo proceso.

Explicó que el hecho de que el proceso lo hubiese adelantado directamente el procurador ofrecía mayores garantías y que, posteriormente, en razón del impedimento de aquel, el conocimiento del mismo pasó a la Viceprocuraduría.

De otro lado, manifestó su desacuerdo con la parte actora en cuanto, a su juicio, el hecho de que el proceso disciplinario fuese de única instancia no vulneró en modo alguno su derecho al debido proceso ya que, en todo caso, contaba con las acciones jurisdiccionales para debatir las decisiones tomadas en sede administrativa.

Además, aludió a la conexidad como un factor en virtud del cual era viable investigar la conducta de diversos funcionarios en el mismo proceso por quien tuviere la competencia para juzgar al de mayor jerarquía.

A continuación, precisó que la Ley 200 de 1995 y el Decreto 1798 de 2000 eran aplicables en virtud del principio de favorabilidad.

Finalmente, propuso como excepción la de inepta demanda por insuficiencia en el concepto de violación, sin ofrecer una justificación al respecto.

Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional⁵

Se abstuvo de contestar la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁶

Es importante señalar que la parte actora no tuvo en consideración que el Tribunal de Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Decisión⁷, había declarado la nulidad de lo actuado, incluida la sentencia de primera instancia por ser este un proceso judicial de única. En ese orden de ideas, solicitó que se revocara la

⁵ F. 438.

⁶ Ff. 471-472.

⁷ Ff. 391-393.

decisión del *a quo* que declaró la caducidad de la acción al entender que el término debía contarse desde el acto administrativo de destitución proferido por la Viceprocuraduría y no a partir del acto de ejecución que expidió el Ministerio de Defensa.

Sobre el particular, sostuvo que una sanción disciplinaria y el acto que la ejecuta no conforman un acto administrativo complejo y que el término en cuestión comienza a partir de la materialización de la decisión de retiro, esto es, del acto de ejecución. Por lo tanto, concluyó, que debía realizarse un pronunciamiento de fondo por satisfacer la demanda los presupuestos procesales de la acción.

Nación, Procuraduría General de la Nación

No hizo uso de esta oportunidad procesal.

Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional⁸

Entre las razones de defensa que expuso, manifestó que el acto de ejecución del fallo sancionatorio, es decir, la Resolución 1036 del 10 de octubre de 2002, no se encontraba sujeto a control judicial porque no crea, modifica o extingue situaciones jurídicas, de manera que solo interesaba a efectos del término de caducidad.

Establecido lo anterior, señaló que respecto de la Policía Nacional se presentaba una falta de legitimación en la causa por pasiva como quiera que la institución no tuvo injerencia en el proceso disciplinario adelantado contra el hoy demandante por la Procuraduría General de la Nación, que en ejercicio del poder disciplinario preferente se arrogó su conocimiento. En esa medida, solicitó a esta corporación inhibirse de resolver de fondo con relación a la Policía Nacional.

De otro lado, alegó que la demanda incurría en una falencia consistente en ausencia de concepto de violación pues a pesar de destacar como vulnerado el principio de celeridad en la actuación disciplinaria no explicó en que fundaba tal apreciación. Por lo anterior, afirmó que se dejó de lado la carga argumentativa y, con ello, se configuró la ineptitud de la demanda por falta de cumplimiento de los requisitos formales.

En ese sentido, destacó la importancia del concepto de violación en cuanto constituye la esencia del ataque contra la legalidad del acto, de manera que exige precisión en los cuestionamientos que se formulen en contra de este. Agregó que aunque la demanda aludió al desconocimiento de los artículos 9, 12, 143 y 156 de la Ley 734 de 2002, no explicó la forma en que fueron conculcados en el caso concreto, reprochando la pretensión de la parte actora para que en sede judicial se efectuase una revisión integral y oficiosa de toda la actuación disciplinaria.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁹

⁸ Ff. 464-468.

⁹ Ff. 474-477.

Luego de realizar un breve recuento de las actuaciones procesales, concluyó que el término de caducidad que tenía el actor para acudir a la jurisdicción se vencía el 28 de noviembre de 2002 ya que el acto que modificó su situación jurídica, es decir, el proferido por la Procuraduría General de la Nación, se le notificó el 27 de julio del mismo año. En ese orden de ideas, adujo que al instaurar la demanda el 21 de febrero de 2003, esta se presentó cuando ya habían transcurrido casi tres meses de haber operado el fenómeno de la caducidad.

Para apoyar su concepto, adujo que el término en cuestión debía contarse teniendo como referencia los actos administrativos definitivos y no los de trámite, como lo era la Resolución 1036 del 10 de octubre de 2002, emanada del Ministerio de Defensa Nacional.

Con base en ello y sin tener en consideración que se había declarado la nulidad del proceso por falta de competencia, solicitó se confirmara el fallo de primera instancia que había declarado de oficio la caducidad.

CONSIDERACIONES

ANOTACIÓN PRELIMINAR

Con la sentencia de unificación proferida el 9 de agosto de 2016 por la Sala Plena del Consejo de Estado¹⁰, se dio inicio a una nueva línea interpretativa en torno al control que ejerce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sobre los actos administrativos de naturaleza disciplinaria.

Al respecto, señaló la providencia que, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, ese control es de carácter integral por cuanto exige una revisión legal y constitucional de las actuaciones surtidas ante los titulares de la acción disciplinaria, sin que, para tales efectos, el juez se encuentre sometido a alguna limitante que restrinja su competencia. En dicha oportunidad, la corporación fue enfática en explicar que, siendo la función disciplinaria una manifestación de la potestad sancionadora que busca mantener la actividad estatal sujeta a los límites legales y constitucionales, no es dable restringir las facultades de que goza la jurisdicción en la realización de dicho estudio.

Esta integralidad se proyecta en múltiples aspectos que son destacados en la providencia en los siguientes términos:

- [...] 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin “deferencia especial” respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino

¹⁰ Sentencia del 9 de agosto de 2016; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; Radicado 110010325000201100316 00 (1210-11).

también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva [...]

Así pues, deben tenerse en cuenta los parámetros dispuestos en aquella decisión judicial, lo que desde ya implica descartar los argumentos de la Procuraduría General de la Nación en el sentido de que el estudio que en estos casos puede hacer el órgano jurisdiccional es meramente formal. Por el contrario, hay que reconocer las facultades irrestrictas de que goza el juez para efectuar una revisión seria y profunda de todas las actuaciones y etapas surtidas en el proceso disciplinario.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Definido lo anterior, los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿Operó el fenómeno de la caducidad respecto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor Oscar Esteban Hernández Barragán en contra de la Nación, Procuraduría General de la Nación y otro?
2. ¿Los actos administrativos acusados desconocen el derecho al debido proceso de la demandante (i) por falta de competencia de la autoridad disciplinaria; (ii) por violación al principio de congruencia; (iii) por desconocimiento del derecho a la doble instancia?
3. ¿La Ley 200 de 1995 era aplicable al caso del demandante tanto en lo sustancial como en lo procesal?

Primer problema jurídico.

¿Operó el fenómeno de la caducidad respecto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor Oscar Esteban Hernández Barragán en contra de la Nación, Procuraduría General de la Nación y otro?

i) La caducidad de los actos administrativos sancionatorios que suponen remoción temporal o definitiva del servicio

El de acceso a administración la justicia no es un derecho absoluto y, por ello, su ejercicio puede encontrarse limitado, legítimamente, al cumplimiento de ciertos requisitos, entre otros, la exigencia de que las acciones se incoen en forma oportuna, según los términos legalmente consagrados. Por ello, en materia contencioso administrativa se ha contemplado la institución jurídica de la caducidad, que se refiere al término de orden público que tiene el interesado para interponer las acciones que tenga a su alcance con el fin de buscar la protección de sus derechos, es decir, se trata de un fenómeno que se predica del ejercicio del derecho de acción.

Su finalidad es racionalizar el ejercicio del derecho de acción, lo que impone al interesado la obligación de emplearla oportunamente, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y que se extinga la jurisdicción del juez de lo contencioso administrativo para estudiarlas¹¹. Lo anterior, a efectos de evitar la incertidumbre que provocaría la facultad irrestricta de ventilar las controversias que se presentan en sociedad ante la jurisdicción en cualquier momento, lo que de bulto sería atentatorio del principio de seguridad jurídica.

El Código Contencioso Administrativo dispuso diversos términos de caducidad que se aplican de acuerdo con la naturaleza de la acción ejercida. En el caso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el numeral 2 del artículo 136 *ibidem* dispone que

[...] caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe [...]

En línea con esta disposición, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que cuando el acto impugnado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es de carácter disciplinario e implica la suspensión o destitución del funcionario, el término de caducidad se computa a partir del día siguiente del acto de ejecución de la sanción. Esto con el fin de hacer honor al principio *pro homine* de interpretación y a la garantía de derechos como el de defensa, debido proceso y acceso a la administración de justicia que le asisten al disciplinado.

Así, el auto del 25 de febrero de 2016, proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda de esta corporación, unificó jurisprudencia al respecto en los siguientes términos:

[...] Es claro que en aquellos casos en los que haya sido emitido un acto ejecutando una sanción disciplinaria de retiro temporal o definitivo del servicio, y éste materialice la situación laboral del servidor público, **debe preferirse la interpretación según la cual el término de caducidad de la acción contenciosa debe computarse a partir del acto de ejecución, en la medida en que ésta constituye una garantía para el administrado y una forma de facilitar el control de los actos de la administración.** Distinto ocurre cuando no se presenta el escenario antes descrito, esto es, cuando o bien no existe un acto que ejecute la sanción disciplinaria de retiro del servicio, o cuando dicho acto no tiene relevancia frente a los extremos temporales de la relación laboral, situaciones que impiden aplicar el criterio expuesto en esta providencia y frente a las cuales debe contarse el término de caducidad a partir de la ejecutoria del acto definitivo que culminó el proceso administrativo disciplinario [...]¹² (Subraya la Sala)

En ese orden de ideas, en tales casos, será el día siguiente a aquel en que se expida el acto de ejecución de la sanción disciplinaria cuando comiencen a correr los cuatro meses a efectos de que opere la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No resulta viable extender el conteo de dicho

¹¹ Ver sentencia del siete (7) de octubre de dos mil diez (2010); Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación número: 25000-23-25-000-2004-05678-02(2137-09). Actor: José Darío Salazar Cruz. Demandado: Procuraduría General de la Nación y Congreso de la República.

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Auto del 25 de abril de 2016, radicación: 11001-03-25-000-2012-00386-00 (1493-2012).

término al día en que se produzca la notificación del acto de ejecución. En primer lugar porque tal interpretación contraría tanto el numeral 2 del artículo 136 del CCA que alude expresamente al «[...] día siguiente al de [...] la ejecución del acto», como la regla de unificación que fijó la citada providencia.

ii) Excepciones a la regla general de caducidad¹³

Tanto el legislador como la jurisprudencia del Consejo de Estado han identificado algunas situaciones en las cuales es factible suspender el término de caducidad, a efectos de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia.

Así por ejemplo, la Ley 288 de 1995 «por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos», señaló en el artículo 2 parágrafo 4 que el trámite reglado en la misma, puede realizarse incluso, si hubieren caducado las acciones previstas en el derecho interno para efectos de obtener la indemnización de perjuicios por hechos violatorios de los derechos humanos.

La norma en cita limita el ejercicio de este derecho sólo al cumplimiento de ciertos requisitos, tales como: la existencia de una decisión previa, escrita y expresa del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se concluya respecto de un caso concreto que el Estado Colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos y se establezca que deben indemnizarse los correspondientes perjuicios, así como el concepto previo favorable de un comité constituido por distintas autoridades¹⁴.

Sobre la excepción al término de caducidad analizado, la Corte Constitucional se pronunció mediante sentencia C-195 de 1998 al estudiar la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del numeral 8º del artículo 136 del C.C.A. en los siguientes términos:

[...] Estas excepciones al principio general de la caducidad **tienen fundamento supralegal y se justifican en la medida que reconocen la necesidad de darle un tratamiento especial a aquellos casos donde se produce la violación de derechos humanos**, que son objeto de reprobación internacional, frente a la gravedad de los mismos y la trascendencia que ellos tienen.

[...]

Estos requisitos denotan un tratamiento diferenciado, objetiva y razonablemente justificado por la naturaleza y contenido de la misma ley, en cuanto se ocupa de proteger especialmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos, declaradas en decisiones expresas de los órganos internacionales de derechos humanos, mediante la respectiva indemnización de perjuicios.

En estos casos, a diferencia de aquellos que quedarían comprendidos dentro del precepto demandado (artículo 136 del CCA.), no opera el fenómeno de la caducidad, por tratarse de situaciones distintas que ameritan

¹³ Véase la sentencia del 21 de abril de 2016; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A; expediente 0225-2010.

¹⁴ Artículo 2 numeral 1 y 2 de la Ley 288 de 1995.

un tratamiento diferenciado, que no implica la violación del principio constitucional de la igualdad. [...]” (Negrillas fuera de texto).

Otra excepción establecida jurisprudencialmente respecto a la forma de contabilizar el término de caducidad, ha sido la fijada por la Sección Tercera de esta Corporación cuando se está ante casos de desaparición forzada y secuestros. En este tipo de eventos se ha dispuesto que la caducidad de la acción de reparación directa se cuenta a partir del momento en que se tuvo conocimiento del daño o que se tuvo certeza de la materialización del perjuicio.

Al respecto la Sección Tercera precisó¹⁵:

[...] Esta Corporación ha señalado que en los casos en que la ocurrencia del daño y el conocimiento del mismo no coincidan o que se trate de delitos continuados, esto es que su consumación se prolongue en el tiempo, **el término de caducidad deberá contarse a partir del momento en que se tenga conocimiento del acaecimiento del daño o se tenga plena certeza de la consolidación del perjuicio**, así:

“(...) pueden darse eventos en los cuales la manifestación o conocimiento del daño no coincida con el acaecimiento mismo del hecho que le dio origen, resultando –en consecuencia- ajeno a un principio de justicia que, por esa circunstancia, que no depende ciertamente del afectado por el hecho dañoso, quien no podría obtener la protección judicial correspondiente. Por ello, en aplicación del principio pro danmatum y en consideración a que el fundamento de la acción de reparación es el daño, **se ha aceptado que en tales casos el término para contar la caducidad de la acción indemnizatoria empiece a correr a partir del momento en que se conozca o se manifieste el daño.**

(...)

“En síntesis, en un tema tan complejo como el de la caducidad, que involucra de una parte razones de justicia y de otra el interés de la seguridad jurídica, no es posible establecer criterios absolutos, pues todo depende de las circunstancias que rodean el caso concreto.

(...)

Como se observa, las reflexiones que han llevado a esta Corporación a reconocer la posibilidad de acudir a la solución que se deja vista, nacen de la aplicación de los principios de equidad y de justicia, bajo una visión de la lógica de lo razonable y **habida consideración de la circunstancia de desconocimiento por parte del afectado de la existencia del daño, desconocimiento, se reitera, no nacido del desinterés o descuido de éste, sino de las particularidades específicas en que surgió [...]**¹⁶. (Subrayado fuera de texto).

Las excepciones invocadas se refieren a: (i) Casos en los cuales se vulneraron derechos humanos; (ii) cuando el daño ha sido continuado en el tiempo o; (iii) cuando se debe contar el término a partir del conocimiento del daño por parte del afectado o a partir de que se tuvo certeza de los perjuicios.

Ahora, en los casos de desaparición forzada y secuestros, es especialmente relevante la imposibilidad del afectado de interponer la acción de reparación directa por razones ajenas a su voluntad, ya sea porque la retención lo impidió o porque no era posible saber el paradero de la víctima.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A; nueve (09) de diciembre de dos mil trece (2013) Radicación: 50001-23-31-000-2012-00196-01(48152) Actor: Edna Murielle Rubio Villate Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional Referencia: Apelación Auto - Acción de Reparación Directa.

¹⁶ Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de 16 de agosto de 2001, radicación: 13.772

El análisis anterior sirve como antecedente para indicar que existen casos en los cuales computar el término de caducidad de manera estricta, puede implicar denegación de justicia.

Frente al punto, debe precisarse que si bien los casos precedentes son propios del estudio de la acción de reparación directa, cuyo objeto y finalidad difiere del de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la **Subsección A considera aplicable este criterio garantista a casos muy excepcionales y especialísimos**, en los cuales el afectado demuestre que no pudo atacar la legalidad de un acto administrativo dentro del término de caducidad, por haber concurrido causas ajenas e irresistibles a su voluntad.

En efecto, 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.

Tal situación podría darse, verbigracia, cuando una persona por diversas circunstancias pierde su capacidad legal entendida esta como la aptitud de ejercer por sí misma sus derechos sin requerir de la autorización de otra persona¹⁷.

Así, puede suceder que sobrevengan incapacidades físicas, psíquicas o mentales sobre el afectado, que le impidan advertir las consecuencias de un acto administrativo que afecte sus intereses. En esas circunstancias, si carece de curador o tutor que actúe por él en defensa de sus derechos dentro del término legalmente indicado para el efecto, es necesario que el juez analice las circunstancias del caso concreto.

En tales situaciones, podría, de manera excepcional y especialísima, obviarse el término de caducidad señalado en el artículo 136 numeral 2 del Código Contencioso Administrativo, siempre y cuando se demuestre que la no interposición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término de caducidad, no se derivó de negligencia o desinterés del afectado, y adicionalmente se acredite lo siguiente:

- (i) Que el afectado haya perdido su capacidad legal por enfermedad física o mental, lo que le impidió defender sus derechos por sí mismo.
- (ii) Que para la fecha en que se expidió el acto administrativo, hubiera perdido su capacidad legal por la enfermedad física o mental, o que la perdiera con posterioridad a dicha expedición, siempre y cuando ello ocurra durante el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.
- (iii) Que dentro del término de caducidad no se le hubiere asignado curador o tutor para que actuara en su nombre, caso en el cual, el término se cuenta conforme a lo dispuesto por el artículo 136 numeral 2 del Código Contencioso Administrativo.

¹⁷ Inciso final artículo 1502 del Código Civil.

(iv) Que la pérdida de capacidad legal por enfermedad física o mental esté debidamente probada con la historia clínica y en general, con el arribo al proceso de los dictámenes médicos especializados o las pruebas documentales que permitan determinar: (a) La gravedad de la enfermedad; (b) cómo afectaba al demandante en su capacidad de discernimiento al momento de la expedición del acto administrativo y/o dentro del término de caducidad y; (c) si la patología es de carácter transitorio o permanente.

(v) Igualmente debe anotarse que si la enfermedad física o mental fuere transitoria, dicho término sólo se suspende hasta tanto el afectado recupere la capacidad legal, y si la patología es permanente, hasta que se le designe curador o tutor que actúe en su nombre.

En los eventos en que se materialicen los supuestos anteriores, declarar la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a sabiendas de que el interesado no pudo interponerla a tiempo por razones ajenas e irresistibles a su voluntad podría implicar un desconocimiento del derecho convencional y constitucional de acceso material a la administración de justicia.

iii) Caso concreto

En el *sub lite*, el acto de ejecución de la sanción disciplinaria impuesta al señor Oscar Esteban Hernández Barragán está dado por la Resolución 1036 del 10 de octubre de 2002 expedida por el Ministerio de Defensa Nacional.

Se observa igualmente que, previo a la presentación de la demanda, la parte actora no acudió a la conciliación extrajudicial en derecho de acuerdo con lo previsto en la Ley 446 de 1998, 640 de 2001 y el Decreto 1716 de 2009, por lo tanto, no operó la suspensión del término de caducidad. Tampoco se encuentra probada una circunstancia de carácter imprevisible e irresistible que permita exceptuar el término de caducidad de cuatro meses ya explicado.

En esos términos, es diáfano que el plazo que tenía el demandante para el ejercicio de la presente acción corrió entre el 11 de octubre de 2002 y el 10 de febrero de 2003, luego para el 21 de febrero de ese año, fecha de presentación de la demanda, la acción se encontraba caduca, motivo por el cual se procederá a declarar de oficio la configuración de este fenómeno jurídico.

En conclusión, para la fecha en que se presentó la actual demanda ya había caducado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que era titular el señor Oscar Esteban Hernández Barragán en contra de la Nación, Procuraduría General de la Nación y de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

Al ser positiva la respuesta al interrogante planteado, resulta innecesario abordar el estudio de los demás problemas jurídicos planteados.

DECISIÓN

Conforme a lo expuesto, se procederá a declarar oficiosamente la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor Oscar Esteban Hernández Barragán en contra de la Nación, Procuraduría General de la Nación y otro.

No hay lugar a condenar en costas porque no se demostró temeridad o mala fe de las partes, tal y como lo regulaba el artículo 171 del CCA, vigente para este proceso, que consagraba un criterio subjetivo para efectos de la imposición de costas.

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

FALLA

Primero: Declárase la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor Oscar Esteban Hernández Barragán en contra de la Nación, Procuraduría General de la Nación y de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Reconózcase personería al abogado Ronald Alexander Franco Aguilera, quien se identifica con la cédula de ciudadanía 74.245.716 y es portador de la T.P. 210.268 del C. S. de la J., como apoderado de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional en los términos y para los efectos del poder conferido, el cual obra en el folio 458 del expediente.

Cuarto: Reconózcase personería al abogado Donaldo Jinete Escorcía, identificado con la cédula de ciudadanía 7.472 y portador de la T.P. 37.616 del C. S. de la J., como apoderado del demandante en los términos y para los efectos de la sustitución de poder que obra en el folio 469 del expediente.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
(Con impedimento)