

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA
CONSEJERA PONENTE: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de diciembre dos mil trece (2013).

Salvamento de Voto
Consejero de Estado: Guillermo Vargas Ayala

Radicación: 2012-00337-01

Asunto: Apelación auto de rechazo de demanda. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

De manera respetuosa me permito señalar las razones del salvamento de mi voto frente al auto de 21 de noviembre de 2013:

El ciudadano CESAR AUGUSTO ROMERO MOLINA, por conducto de apoderado judicial, formuló demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA con el fin de obtener la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la Contraloría General de la República resolvió en doble instancia un proceso de responsabilidad fiscal¹, así como el subsecuente restablecimiento del derecho, consistente en el pago de los daños morales y materiales que, estima, le fueron producidos por los actos atacados.

El Tribunal Administrativo del Santander rechazó la demanda porque consideró que había operado el fenómeno de la caducidad, en los términos del numeral 2º literal d) del artículo 164 CPACA. Lo anterior

¹ Los actos demandados son el fallo No. 04 Proceso No. 1667 del 29 de marzo de 2012, expedido por la Coordinadora de Gestión del Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, Gerencia Departamental de Santander; y el auto No. 000523 del 27 de julio de 2012, por medio del cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto, proferido por la Dirección de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República.

REF: Expediente núm. 2012-00337-01. Actor: CESAR AUGUSTO ROMERO MOLINA.

teniendo en cuenta que el término de caducidad vencía el día 29 de octubre y, al amparo de la imposibilidad de presentar la demanda que acarrearía el paro judicial del año anterior², el actor solo solicitó la conciliación prejudicial el día 2 de noviembre, esto es, fuera de los cuatro meses que señala la Ley como término de caducidad del medio de control utilizado. En concepto del Tribunal este tiempo debe contarse de forma continua y conforme al calendario, e incluye el término dentro del cual se debe dar cumplimiento al requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial, sin que sea viable tener en cuenta el cese de actividades ocasionado por el paro judicial para efectos de su contabilización, so pena de faltar al régimen que rige el agotamiento de este requisito.

Inconforme con esta decisión el demandante interpuso recurso de apelación en su contra. Fundamenta su desacuerdo en que, en su criterio, el término fijado por el artículo 164 del CPACA aplica respecto de la presentación de la demanda y no para el cumplimiento del requisito de procedibilidad.

Por medio del auto del 21 de noviembre de 2013, del cual me aparto, la Sala decidió confirmar el auto apelado. El problema jurídico a resolver consiste en determinar si la presentación de una solicitud de conciliación por fuera de los cuatro meses inmediatamente siguientes a la notificación del último acto administrativo demandado estando el actor en imposibilidad de interponer la demanda a causa del paro de 2012 judicial supone el incumplimiento de los requisitos para demandar y permite entender que en relación con dicha demanda operó el fenómeno de la caducidad y por ende debe ser rechazada.

² Artículos 62 de la Ley 4 de 1913 y 161 del Código de Procedimiento Civil.

REF: Expediente núm. 2012-00337-01. Actor: CESAR AUGUSTO ROMERO MOLINA.

Según el razonamiento expuesto en la providencia de la que me separo la respuesta a esta pregunta es afirmativa. De acuerdo con lo expuesto en ella la decisión de rechazar la demanda resulta adecuada en tanto que si bien es cierto que la caducidad tendría lugar el 29 de octubre de 2012 y que ese día el actor no podía presentar la demanda debido al paro judicial (desarrollado entre el 11 de octubre y el 7 de diciembre del año anterior), el cumplimiento del requisito de procedibilidad solo hasta el día 2 de noviembre, fecha para la cual la acción ya debía estar caducada, evidencia un incumplimiento de la exigencia legal que hace del trámite oportuno de la conciliación prejudicial un presupuesto de la acción.

Así, para la Sala *“una cosa es que el actor no estuviese obligado a presentar la demanda el día 29 de octubre de 2012 por cuanto el paro judicial le impedía acceder al Tribunal, y otra diferente que no hubiera intentado oportunamente la conciliación prejudicial, requisito sine qua non para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, habida cuenta de que aquella se lleva a cabo ante una entidad diferente (La Procuraduría), que no se encontraba en cese de actividades”*³.

En mi criterio el razonar de la mayoría no se ajusta a las exigencias que la garantía constitucional del debido proceso (artículo 29 CP) y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (artículo 229 CP) elevan al operador jurídico en situaciones de indefinición legal como la que origina el asunto bajo revisión. **La falta de una previsión jurídica que en términos perentorios defina un lapso fijo dentro del cual se deba dar cumplimiento a este requisito de procedibilidad origina una situación de indeterminación normativa que, a mi juicio, debe ser interpretada de la manera que mejor se acompase y**

³ Folio 8.

REF: Expediente núm. 2012-00337-01. Actor: CESAR AUGUSTO ROMERO MOLINA.

asegure la mayor efectividad de los referidos derechos fundamentales consagrados por la Carta.

En efecto, aun cuando es cierto que el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 erigió a la solicitud de conciliación prejudicial en requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos [85](#), [86](#) y [87](#) del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan cuando quiera que se trate de asuntos susceptibles de conciliación, no lo es menos que ninguna disposición de esta normativa, ni de la Ley 640 de 2001 ni del Decreto 1716 de 2009 ni de ningún otro estatuto legal, definen explícitamente un término dentro del cual se deba cumplir con este requisito. Con todo, de lo establecido por el artículo 2º párrafo 1º del Decreto 1716 de 2009, en cual se señala que no son susceptibles de conciliación extrajudicial (i) los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario, (ii) los que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, y (iii) **aquellos en los que la acción haya caducado, se puede inferir que el cumplimiento de este requisito no se puede dar en cualquier tiempo: debe darse antes de que se produzca la caducidad de la acción respectiva.**

Lo anterior explica, por ejemplo, que el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 prescriba que “[l]a presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad”. Solo si el derecho de acción está vigente tiene sentido que se prevea la suspensión del término de caducidad como forma de armonizar el cumplimiento de este requisito con la ineludible exigencia legal de acudir en tiempo a la jurisdicción.

Visto lo anterior puede manifestarse que del análisis de estas disposiciones se deduce que el legislador ha querido condicionar el

REF: Expediente núm. 2012-00337-01. Actor: CESAR AUGUSTO ROMERO MOLINA.

término para el cumplimiento del requisito de procedibilidad al de caducidad de la acción, cualquiera que este sea. En este orden se tiene que **aun cuando no estableció un término fijo, la Ley sí definió un tiempo indeterminado pero determinable dentro del cual se debe cumplir con el requisito de procedibilidad consistente en la solicitud de conciliación prejudicial: el de caducidad de la acción.**

Siendo esto así no cabe más que concluir que encontrándose el plazo de caducidad en estado de indefinición como consecuencia del evento fortuito representado por el paro judicial de 2012 carece de sentido contabilizar los cuatro meses propios del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para efectos de valorar la oportunidad de la solicitud de conciliación prejudicial. Hacerlo, como si el legislador específicamente hubiera determinado un lapso específico y perentorio de cuatro meses para cumplir con esta carga, riñe con los derechos fundamentales a la tutela judicial y al debido proceso proclamados por la Constitución. Esto, no solo por cuanto supone aplicar un término fijo no determinado expresamente por la Ley para este específico acto previo al proceso, sino también porque a la postre conlleva hacer del agotamiento de la conciliación extrajudicial una barrera que obstaculiza el acceso a la administración de justicia a los particulares; efecto claramente opuesto al que persiguió el legislador al regular esta figura y erigirla en un trámite obligatorio para acudir a la justicia administrativa.

No debe olvidarse que conforme ha sido subrayado por la jurisprudencia constitucional, la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en materia contencioso administrativa *“resulta ser un medio adecuado y efectivamente conducente para garantizar el acceso a la justicia, como quiera ofrece un espacio para dar una solución a los conflictos por la vía de la autocomposición y permite que asuntos que normalmente no llegan a la justicia estatal formal porque las partes los*

REF: Expediente núm. 2012-00337-01. Actor: CESAR AUGUSTO ROMERO MOLINA.

*consideran dispendiosos, difíciles o demasiado onerosos en términos de tiempo y esfuerzos, puedan ser ventilados y resueltos rápidamente y a un bajo costo*⁴.

Bajo estas condiciones puede afirmarse sin temor a equivocarse que antes que alterar o truncar el debido proceso o restringir la tutela judicial u obstaculizar el derecho de acceso a la jurisdicción la finalidad de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en el campo administrativo no es otro que promover acuerdos conciliatorios como forma de reducir la congestión judicial mediante la prevención de litigios y de contribuir a una mayor eficacia de los derechos de las personas por vía del impulso de acuerdos directos entre las partes en conflicto.

De aquí que ante una situación como la que se observa en el asunto bajo revisión no pueda más que preguntarse (i) si la demanda se presentó en tiempo y (ii) si previo a dicho acto procesal se agotó el requisito de procedibilidad respectivo. Lo primero supone tomar en consideración el término señalado por el numeral 2º literal d) del artículo 164 CPACA, tomando en consideración vicisitudes como el paro judicial; lo segundo, valorar si se acudió o no a la Procuraduría de forma previa. En tanto que actos jurídico procesales claramente diferenciables y provistos por la Ley de distintos regímenes jurídicos resulta vedado mezclar o confundir las reglas que les son aplicables a cada uno.

Es por lo anterior que no puedo compartir la postura según la cual la no presentación de la solicitud de conciliación dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del último acto administrativo demandado comporta la caducidad de la acción. Ésta **debe valorarse por el juez**

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1195 de 2001.

REF: Expediente núm. 2012-00337-01. Actor: CESAR AUGUSTO ROMERO MOLINA.

competente de forma independiente a lo que haya podido suceder de forma previa con el requisito de procedibilidad.

Que el término de caducidad estuviera en la indefinición que ocasionan eventos como el paro judicial supone, de un lado, respecto del derecho de acción, que la persona podrá presentar la demanda el primer día hábil del día siguiente al momento en que se levante la situación excepcional. Debe considerarse aquí que según la jurisprudencia de esta Corporación, en los casos de paro judicial *“a los términos judiciales se les da un tratamiento semejante a lo que ocurre con los días de vacancia judicial, es decir si cae en un día de cierre “extraordinario”, de semana santa o de vacaciones judiciales, por ejemplo, el último día de plazo será el primer día hábil siguiente”*⁵. En este orden, el término que la parte actora tenía para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por ser de cuatro meses a partir del día siguiente a la notificación del acto administrativo demandado, vencía el 29 de octubre de 2012; fecha inhábil por razón del referido paro judicial, levantado solo el día viernes 7 de diciembre de 2012, de suerte que la demanda se pudo interponer oportunamente el lunes 10 de ese mes y año, por ser el primer día hábil siguiente al evento fortuito que impidió la normal comparecencia a la autoridad jurisdiccional.

De otro lado, en relación con el requisito de procedibilidad, se tiene que la anomalía derivada del paro judicial en relación con el cómputo del tiempo para demandar comporta que el actor se encontraba habilitado para acudir ante la Procuraduría General de la Nación en cualquier momento antes de que efectivamente se verificara la caducidad, lo cual no podía suceder mientras se encontrara en pie el referido cese de

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 21 de julio de 2011, Rad. No. 11001 03 15 000 2011 00502-00. C. P.: Hugo Bastidas Bárcenas. También Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 30 de enero de 2003, Rad. No.: 25000-23-27-000-2002-0153-01(13366). C. P.: GERMÁN AYALA MANTILLA.

REF: Expediente núm. 2012-00337-01. Actor: CESAR AUGUSTO ROMERO MOLINA.

actividades. Entender lo contrario va en contravía del debido proceso porque se termina por fijar un término fijo no previsto legalmente para el cumplimiento del trámite prejudicial. Y atenta también contra el derecho a la tutela judicial y de acceso a la administración de justicia porque a causa de la exigencia anterior se acaba truncando el legítimo derecho a presentar una reclamación dentro del tiempo señalado por la Ley.

Que no acudir a la instancia conciliatoria dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del último acto administrativo demandable pueda resultar cuestionable desde el punto de vista de la responsabilidad profesional del apoderado del actor no puede significar jurídicamente que esta práctica –legítima, como se vio, dada la ausencia de la previsión legal de un tiempo fijo dentro del cual se deba surtir este trámite- conlleve la afectación de los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia de las personas en los términos antes señalados.

Por último, se estima relevante señalar que según lo ha recordado esta Corporación en su jurisprudencia de tutela, el artículo 6 parágrafo 2º del Decreto 1716 de 2009, en virtud del cual cuando se presenta una solicitud de conciliación que verse sobre un asunto no conciliable por cualquiera de las razones referidas por el artículo 2º antes mencionado –lo cual incluye la presentación de una solicitud fuera del término de caducidad de una demanda- le corresponde al Procurador expedir una constancia, “le otorga competencia al Procurador para verificar si la acción ha caducado, con el propósito de determinar si el asunto es o no es conciliable, pero **de ninguna manera para establecer si el solicitante puede acudir ante el juez administrativo quien es el competente para verificar los presupuestos procesales de la**

REF: Expediente núm. 2012-00337-01. Actor: CESAR AUGUSTO ROMERO MOLINA.

acción⁶. De modo que aún habiéndose presentado una solicitud de conciliación por fuera del término señalado en la Ley para la presentación de una acción el derecho de acceso a la justicia se mantiene a salvo, sin perjuicio, claro está, de lo que determine el Juez del caso respecto a la admisibilidad o rechazo de la demanda; lo cual, conforme se manifestó líneas atrás, debe hacerse con arreglo al régimen jurídico de la acción, independientemente de lo que haya ocurrido en sede de conciliación prejudicial.

En esos términos me permito con todo respeto dejar sentado mi salvamento de voto,

GUILLERMO VARGAS AYALA

Fecha *ut supra*.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 16 de septiembre de 2010, Rad. No. 76001-23-31-000-2010-00853-01(AC). C. P.: Gerardo Arenas Monsalve. En sentido análogo véase también de la misma Corporación y ponente la sentencia del 10 de diciembre de 2009, Rad. No. 52001-23-31-000-2009-00310-01(AC).