

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-28-000-2019-00001-00

Actores: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Demandado: NESTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA – FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

Asunto: Nulidad Electoral – Auto

Deciden los demás integrantes de la Sala el recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra el auto de 15 de enero de 2019, mediante el cual el Magistrado Ponente rechazó la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. Demanda

Los señores Vivian Newman Pont, Diana Rodríguez Franco, Alejandro Jiménez Ospina, María Paula Ángel Arango, Gustavo Gallón Giraldo, Juan Carlos Ospina, Jorge Iván Cuervo Restrepo, en nombre propio, y Rodrigo Uprimny Yepes, a través de apoderado judicial, demandaron en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 139 del C.P.A.C.A., la nulidad del Acuerdo 871 del 11 de junio de 2016, a través del cual la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia eligió al señor Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación, así como del acto de confirmación en dicho cargo.

Para lo anterior, formularon la siguiente pretensión:

“(...) PRIMERA Y ÚNICA: Que DECLARE la nulidad del Acuerdo 871 de 11 de julio de 2016, expedido por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, a través de la cual se nombró a Néstor Humberto Martínez Neira, identificado con cédula de ciudadanía número 19’266.052, en el cargo de Fiscal General de la Nación y del acto de confirmación de dicha elección, por falsa motivación. (...)”

En el concepto de la violación de la demanda la parte actora alegó que los actos acusados adolecen de falsa motivación, debido a que el señor Martínez Neira omitió manifestar a la Corte Suprema de Justicia, órgano elector, 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 (...)”.¹

Así mismo, los demandantes adujeron en el libelo introductorio que en el presente caso, en atención a la causal de nulidad invocada, el término de caducidad del medio de control de nulidad electoral no puede computarse a partir del día siguiente a la confirmación, de conformidad con el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del C.P.A.C.A., sino que éste debe contabilizarse “(...) desde que la ciudadanía conoció el grado de conocimiento de Néstor Humberto Martínez Neira en la trama de Odebrecht y, en consecuencia, la falsa motivación de los actos de elección y confirmación. Hasta ahora dicho conocimiento deriva de la publicación del material audiovisual entregado por Jorge Enrique Pizano a Noticias UNO y El Espectador, de manera que, como mínimo, el tiempo debería contarse desde la publicación del primer audio por parte de Noticias UNO el 13 de noviembre de 2018 (...)”.

Para sustentar lo anterior, los actores citaron diversas sentencias de la Corte Constitucional sobre la naturaleza de la caducidad de la acción.

Así mismo, adujeron que el criterio propuesto en el *sub judice* para computar el término de caducidad de la acción no es ajeno a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para lo cual explicaron como en materia de reparación directa, primero con fundamento en la teoría del daño descubierto esbozada por la Sección Tercera del Consejo de Estado y luego en virtud a lo dispuesto el artículo 164 del C.P.A.C.A., el término de caducidad debe computarse a partir del momento en el cual el demandante tiene o debió tener conocimiento de la acción u omisión causante del daño.

1.2. Auto recurrido

En auto de 15 de enero de 2019, el Consejero Ponente ordenó rechazar la demanda por haber operado la caducidad de la acción.

¹ Para mayor precisión se transcriben los mismos términos empleados por la parte demandante al resumir el libelo introductorio en el recurso objeto de estudio.

Se explica que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 164 del C.P.A.C.A., el término de caducidad del medio de control de nulidad electoral es de 30 días, el cual, en los casos que requieren confirmación, se cuenta a partir del día siguiente del mismo.

Luego, la providencia afirma que de acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional, la caducidad busca dotar de firmeza las actuaciones, y evitar así un estado de incertidumbre e imprecisión que entorpecería el desarrollo de las funciones públicas, y garantizar así la seguridad jurídica y el interés general. Así las cosas, se enfatiza en que la Corte explica 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.

Luego, en el auto se cita jurisprudencia de la Sección Quinta para advertir que ésta ha sido enfática en establecer que la caducidad pretende el respeto a la seguridad jurídica y no mantener la indefinición de situaciones que pueden generar conflicto.

Así las cosas, se resalta 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 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.

Por lo tanto, en la providencia recurrida se señala 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.

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, se precisa en la providencia recurrida 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.

Por los anteriores motivos, se asevera que pretender que el término de caducidad en el presente evento se compute de manera excepcional no tiene fundamento legal ni constitucional y por tanto, no puede ser de recibo.

Consecuentemente, se concluye que el término de caducidad en el caso concreto inició el 26 de julio de 2016, día siguiente a la confirmación, y venció el 6 de septiembre siguiente, por lo tanto, como la demanda de la referencia sólo se radicó el 11 de enero de 2019 es claro que fue presentada fuera del término legal, por lo que el Consejero Ponente ordenó su rechazo.

La anterior decisión se notificó el 16 de enero de 2019.

1.3. Recurso de súplica

Mediante escrito presentado el 17 de enero de 2019, los demandantes interpusieron recurso de súplica contra la anterior decisión, con fundamento en los siguientes argumentos:

1.3.1. Sobre los elementos aducidos de la caducidad aducidos por la jurisprudencia constitucional

Los recurrentes explicaron que según la jurisprudencia constitucional la caducidad: **(i)** es una sanción; **(ii)** obedece a la libre configuración del Legislador; y, **(iii)** tiene como fundamento la seguridad jurídica.

Destacaron que la decisión recurrida omitió desarrollar el primer elemento (caducidad como sanción), porque debido a esta naturaleza, para que pueda ser aplicada, se debe comprobar 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, elementos que no podían materializarse en el presente caso, debido a que durante el término legal de 30 días posteriores a la confirmación del acto de elección del señor Néstor Humberto Martínez Neira los demandantes no tuvieron la oportunidad de incoar la acción, pues no conocían el hecho que daría lugar a la acción de nulidad electoral. Agregaron, que dicha falta de conocimiento no se dio por negligencia o incuria, sino porque el beneficiario del acto electoral decidió guardarse para sí dicha información.

En ese sentido, destacaron que la imposición de la caducidad en el presente caso es desproporcionada porque sancionaría a quien no estaba en capacidad de ejercer la acción, pues no conocía del hecho que le daría lugar.

A manera de ejemplo, destacaron lo sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia C-985 de 2010, en la que se estudiaba la constitucionalidad del término de caducidad de la acción de divorcio.

Así mismo, afirmaron que la decisión recurrida dio un alcance sesgado e incompleto a los otros dos elementos de la caducidad (la libre configuración del legislador y la seguridad jurídica).

Frente al primer elemento, advirtieron que la libre configuración del legislador no es absoluta, sino que tiene límites definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo que ha llevado a la declaratoria de la inexecutable de normas que regulan el término de caducidad, como en el caso de la acción de divorcio y de las acciones populares.

Así mismo, como ejemplo de dichos límites, señalaron como la Sección Tercera del Consejo de Estado, en materia de reparación directa, avocó por una interpretación que expandía la literalidad de la norma que regulaba la caducidad de la acción en el C.C.A., bajo la teoría del daño descubierto.

Por lo tanto, concluyeron que a partir del comportamiento del Consejo de Estado, 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 jurisdiccional, lo que hace necesario que en materia de caducidad deben verificarse las circunstancias del caso para garantizar que su aplicación no sea desproporcionada, irrazonable o implique un exceso ritual manifiesto.

Frente al segundo elemento, correspondiente a la seguridad jurídica, adujeron que la providencia recurrida se limitó a citar la sentencia C-781 de 1999, sin advertir que dicho principio no es un bien jurídico absoluto, como lo ha advertido la Corte Constitucional.

En ese sentido, manifestaron que a través de un juicio de ponderación el operador jurídico puede 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 corresponden

únicamente a intereses particulares, sino a intereses colectivos o de la comunidad.

Por lo tanto, aseveraron que la providencia recurrida, al haberse omitido realizar tal ponderación, concluye que la seguridad jurídica debe primar sobre los demás bienes jurídicos que busca proteger el medio de control de nulidad electoral, tales como la moralidad pública, la recta e imparcial administración de justicia, la confianza de la sociedad en las instituciones, la defensa de la legalidad y la transparencia del sistema democrático.

1.3.2. Sobre el cómputo del término de caducidad cuando las pruebas de nulidad aparecen con posterioridad a la confirmación de la elección

Los actores indicaron que en la providencia recurrida, al descartar la aplicación de una regla similar a la aplicada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en materia de caducidad en los casos de daños descubiertos, incurrió en tres imprecisiones que deben ser corregidas en sede de súplica: **(i)** que según los actores se debe avalar que la presentación del medio de control de nulidad electoral opera en cualquier tiempo; **(ii)** que las reglas sobre el término de caducidad y su cómputo no admiten excepción alguna; y, **(iii)** 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 recurrentes indicaron que en ningún momento han pretendido que se permita la presentación del medio de control de nulidad electoral en cualquier tiempo. Por el contrario, con fundamento en lo expuesto en la demanda, resaltaron que lo pretendido es variar la regla sobre el momento a partir del cual se debe computar el término de caducidad, por concurrir dos circunstancias excepcionales, ambas ajenas al control y 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.

Así mismo, evidenciaron como la jurisprudencia contencioso-administrativa ha admitido en casos concretos que las reglas de caducidad y su cómputo pueden interpretarse de forma diferente a lo dispuesto en la ley cuando se está ante circunstancias excepcionales, como en los siguientes casos: **(i)** en el caso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho cuando la imposibilidad de presentar la demanda obedece a factores ajenos

e irresistibles a la voluntad del accionante² o cuando el error de la administración induce al error al administrado sobre el término de caducidad;³ **(ii)** en el caso del medio de control de controversias contractuales cuando el litigio se origina en la presunta comisión de delitos que las partes conocen con posterioridad a su ocurrencia⁴ o cuando el proceso versa sobre vicios ocultos en bienes y servicios asegurados;⁵ **(iii)** en el caso del medio de control de reparación directa cuando bajo el anterior código se aplicó la teoría del daño descubierto o en los casos de privación injusta de la libertad cuando el término se debe computar desde el momento de la ejecutoria del fallo absolutorio, entre otros casos.

En consonancia con lo anterior, pusieron en evidencia como la flexibilización del cómputo del término de caducidad por vía jurisprudencial no se ha restringido al caso de la reparación directa, sino que ha tenido cabida en otros medios de control.

Si bien los actores reconocen que ninguno de los casos citados versa sobre nulidad electoral, sostuvieron que las consideraciones por las cuales se puede flexibilizar el cómputo de la caducidad en los demás medios de control son aplicables a este último.

Al respecto, indicaron que el auto recurrido yerra al señalar que las consideraciones por las cuales la jurisprudencia ha flexibilizado el término de caducidad en el medio de control de reparación directa no son aplicables a la nulidad electoral, ya que en el primero se ventilan intereses particulares mientras que en el segundo está en discusión el principio democrático, porque **(i)** si bien en el fondo o el mérito de la reparación directa son intereses particulares, en el análisis sobre la ocurrencia 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; **(ii)** la regla general es que en los medios de control donde está en juego el principio democrático o se discute el interés general, el término de caducidad es más largo que en los que tienen que ver con intereses particulares.

² Los actores citan el siguiente caso: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”. Expediente 73001-23-31-000-2005-02913-01 (0225-10). Providencia de 21 de abril de 2016. C.P.: Dr. William Hernández Gómez.

³ Los actores citan el siguiente caso: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Expediente 2001-00790. Providencia de 7 de abril de 2011.

⁴ Los actores citan el siguiente caso: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección “A”. Expediente 08001-23-33-006-2015-00126-01 (57402). Providencia de 22 de septiembre de 2016. C.P.: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁵ Los actores citan el siguiente caso: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 19001-23-31-000-1994-09004-01 (14667). Providencia de 22 de abril de 2009. C.P.: Dra. Myriam Guerrero Escobar.

Por lo tanto, los recurrentes sostuvieron que 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.

Conforme a lo expuesto, concluyeron que el término de caducidad del medio de control de nulidad electoral debe computarse de manera diferente cuando: **(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 pueda tomar una decisión informada, siempre que **(iv)** no exista otro recurso judicial adecuado y efectivo para que la ciudadanía impugne directamente la decisión.

Así mismo, argumentaron que insistir en que el término de caducidad es inamovible e impermeable a circunstancias especiales y excepcionales tiene los siguientes 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.

1.3.3. Sobre el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades

Los actores indicaron que la providencia recurrida transgrede el principio previsto en el artículo 228 de la Constitución de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, razón por la cual se hace 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 administración de justicia y la seguridad jurídica.

1.3.4. Sobre las consecuencias de la decisión en términos del control ciudadano a la administración pública y las elecciones de altos funcionarios

Los recurrentes advirtieron que la decisión recurrida genera 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 lo anterior, pusieron de presente dos casos hipotéticos en los cuales la aplicación de la regla sostenida en el auto recurrido puede ser problemática: en primer lugar, el caso en el cual el Fiscal podría ser elegido a partir de un diploma, un acta de grado y una tarjeta de profesional falsos; y, en segundo lugar, el caso en el cual el Fiscal podría ser elegido como consecuencia de la violencia sobre sus electores, por ejemplo, cuando utilice información privada sobre la vida de los magistrados con el fin de amenazarlos para que estos voten por él.

1.3.5. La pertinencia de la aplicación de los principios *pro actione* y *pro damato*

Los actores citaron jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual, en virtud de los principios *pro actione* y *pro damato* la caducidad debe operar únicamente en los casos que se tenga plena certeza de su ocurrencia. 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.

Consecuentemente, solicitaron que en el presente caso la decisión sobre la caducidad sea postergada a la sentencia, con el fin de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia de los demandantes y para permitir un mayor debate sobre las tesis por ellos planteadas, lo cual no es una práctica única de esta jurisdicción sino que también ha sido aplicada en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

1.4. Adhesión al recurso de súplica

En escrito remitido por los demandantes el 17 de enero de 2019, el señor Luquegi Gil Neira adhirió al recurso de súplica presentado contra el auto de 15 de enero de 2019.

1.5. Complementación del recurso de súplica

A través de memorial radicado el 18 de enero de 2019, los demandantes Gallón y Ospina⁶ presentaron un escrito complementario del recurso de súplica, en el cual incluyeron los siguientes argumentos:

⁶ En escrito presentado en esa misma fecha los demás demandantes adhirieron a este escrito de complementación.

1.5.1. El impacto de la caducidad sobre el acceso a la administración de justicia

Los recurrentes indicaron que la caducidad tiene dos efectos: uno positivo, consistente en producir condiciones de seguridad jurídica, relevantes en el ordenamiento jurídico y necesarias para la estabilidad del derecho; y otro negativo, porque conduce a la restricción del derecho de acceso a la administración de justicia que se justifica por la necesidad de asegurar las condiciones de estabilidad del ordenamiento jurídico.

Luego, citaron el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece de manera específica la protección judicial que el Estado está obligado a reconocer a las personas, la cual incorpora el derecho de toda persona a un recurso judicial efectivo, en concordancia con el alcance dado al mismo por la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, para indicar que en determinadas circunstancias no resulta justificado restringir el acceso a la administración de justicia cuando ha operado formalmente la caducidad.

En ese sentido, insistieron en evidenciar como en materia de reparación directa, como en la teoría del daño descubierto y en casos de desaparición forzada y “falsos positivos”, el Consejo de Estado ha flexibilizado la ocurrencia de la caducidad.

Luego, reiteraron que el planteamiento aducido en la providencia recurrida, según el cual es posible plantear dichas excepciones en procesos donde se ventilan intereses particulares pero no en sede de nulidad electoral, por estar en discusión el principio democrático, no es de recibo porque este último, según la Corte Constitucional, adquiere una dimensión de mayor relevancia en aquellos casos en los que se persigue proteger el interés público a través del acceso a la administración de justicia.

Por lo tanto, señalaron que esta distinción no es válida para efectos de determinar si proceden las excepciones frente a la ocurrencia de la caducidad. Por el contrario, indicaron que parece aún más razonable que existan excepciones tratándose de asuntos que están impactados por principios democráticos que protegen a toda la ciudadanía, como la

moralidad administrativa, la transparencia, la rendición de cuentas, la publicidad, entre otros, como sucede en el presente caso.

En atención a lo expuesto, concluyeron que la decisión de rechazo de la demanda, en vez de proteger la seguridad jurídica, como se manifiesta en la misma, atenta contra la estabilidad del derecho en la medida en que atribuye un carácter absoluto al momento a partir del cual debe contabilizarse el término de caducidad, so pretexto de una supuesta seguridad jurídica, lo que desdeña hechos notorios que demuestran, por el contrario, que se está en presencia de una situación de inseguridad jurídica, de trascendental importancia para la sociedad, que no pudo ser conocida antes por la opinión pública.

Consecuentemente, expresaron que la imposibilidad de corregir tal irregularidad, como consecuencia de una aplicación descontextualizada del instituto de la caducidad, genera una grave afectación del derecho de acceso a la justicia de quienes buscan una decisión judicial que proteja los intereses públicos, en incumplimiento de la interpretación sistemática de la caducidad realizada por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

1.5.2. La ausencia de argumentación precisa frente al caso expuesto

Los demandantes criticaron la decisión recurrida porque ésta utilizó citas de jurisprudencia que explican y justifican la caducidad en el derecho pero que no consideran las circunstancias alegadas en el caso concreto y el carácter notorio de los hechos expuestos en la demanda.

Al respecto, reiteraron que la caducidad no puede ser una sanción para los ciudadanos que desconocen hechos que han sido ocultados por el beneficiario del acto electoral y que lo pretendido en el *sub judice* no consiste en señalar que el medio de control de nulidad electoral pueda ser presentado en cualquier tiempo.

1.5.3. La existencia de una situación de imposible conocimiento e imprevisibilidad en relación con los hechos que dan lugar a la interposición del medio de control

Finalmente, los recurrentes insistieron que aquí se requiere una valoración particular debido a las siguientes circunstancias particulares: **(i)** el ocultamiento de información de un aspirante a ser funcionario público; **(ii)** la

imprevisibilidad de las circunstancias que impidieron presentar la acción de nulidad dentro de los 30 días siguientes a la confirmación; y, (iii) el desconocimiento público de información relevante para el proceso de elección adelantado que afecta gravemente al mismo.

Por lo tanto, explicaron que la omisión en el estudio de estas circunstancias condujo a que en el auto recurrido se exigiera a los accionantes que conocieran a mediados del año 2016 los hechos que se hicieron públicos el 13 de noviembre de 2018, para evitar la ocurrencia de la caducidad de la acción.

Lo anterior, evidencia que para cualquiera de los accionantes e incluso cualquier ciudadano, distinto del mismo demandado y del señor Jorge Enrique Pizano, las circunstancias que motivan la acción eran de imposible conocimiento y previsión.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

En los términos de los artículos 125 y 276 del C.P.A.C.A. corresponde a los demás integrantes de la Sala pronunciarse sobre el recurso de súplica interpuesto por la parte demandante contra el auto de 15 de enero de 2019, mediante el cual el Magistrado Ponente rechazó la demanda.

2.2. Oportunidad del recurso

De conformidad con el artículo 276 del C.P.A.C.A., el recurso de súplica contra el auto que rechaza la demanda debe interponerse dentro de los dos días siguientes a la notificación de la decisión, actuación que se surtió por correo electrónico el 16 de enero de 2019. Debido a que en el presente caso el recurso y su complementación fueron presentados los días 17 y 18 del mismo mes y año, respectivamente, su interposición fue oportuna.

2.3. Planteamiento del recurso

Corresponde a los demás integrantes de la Sala determinar si, de conformidad con el recurso interpuesto y su complementación, el Consejero Ponente erró al rechazar la demanda, para lo cual se estudiará el momento a partir del cual debe computarse el término de caducidad en el presente caso.

Los actores demandaron en nulidad electoral el Acuerdo 871 del 11 de junio de 2016, a través del cual la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia eligió al señor Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación, así como el acto de confirmación en dicho cargo.

Lo anterior, por considerar que se configuró el vicio de la falsa motivación debido a que el demandado ocultó a sus electores, los integrantes de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, información sobre el escándalo de Odebrecht que evidenciaba un posible conflicto de intereses y podía afectar la decisión tomada por dicha Corporación en el acto acusado.

En el auto recurrido, el Consejero Ponente rechazó la demanda por haber operado el fenómeno de la caducidad de la acción, el cual, de conformidad con la regla dispuesta en el literal a) del numeral segundo del artículo 164 del C.P.A.C.A., debe computarse a partir del día siguiente de la confirmación, sin que sea posible realizar una excepción con fundamento en las particularidades del caso concreto.

Tanto en la demanda como en el recurso objeto de estudio y su complementación, los demandantes aducen que en el presente caso el cómputo del término de caducidad no se puede realizar de conformidad con la literalidad de la referida norma, sino que por las particularidades del caso debe flexibilizarse.

En concreto, sostienen que en el *sub judice* dicho término se debe computar a partir del día siguiente en el que la ciudadanía supo del grado de conocimiento que tenía el señor Néstor Humberto Martínez Neira de los hechos relativos al escándalo de Odebrecht, lo que ocurrió a raíz de las publicaciones del material audiovisual entregado por Jorge Enrique Pizano a Noticias UNO y El Espectador, es decir el 13 de noviembre de 2018.

Para defender dicha postura, en síntesis los recurrentes expusieron los siguientes argumentos en sede de súplica: **(i)** debido a que la caducidad es una sanción y tiene un efecto negativo, resulta desproporcionado aplicarla en el presente caso en el cual los demandantes no estaban en capacidad de ejercer la acción debido a que eran desconocidos los fundamentos que originaron la interposición de la demanda; **(ii)** si bien en materia de caducidad debe reconocerse la libre configuración del Legislador y que esta figura busca preservar la seguridad jurídica, éstos principios no son absolutos, razón por la cual al momento de estudiarse la caducidad de la

acción debe realizarse una ponderación de los otros bienes jurídicos que puedan verse afectados por la decisión de declararla, de conformidad con las particularidades del caso concreto; **(iii)** existen precedentes en los cuales la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en otros medios de control, ha aceptado la necesidad de flexibilizar la forma como se debe computar la caducidad de la acción, los cuales pueden ser aplicados por analogía a los casos de nulidad electoral en los cuales se solicita la anulación del acto con base en pruebas surgidas con posterioridad a la confirmación, como consecuencia de su ocultamiento por parte del beneficiario del acto; **(iv)** aceptar la regla sentada en el auto recurrido desconoce el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas y afecta negativamente el control ciudadano sobre las elecciones de altos funcionarios; **(v)** ante la existencia de dudas sobre la ocurrencia de la caducidad, ésta debe ser estudiada en la sentencia, en virtud de los principios *pro actione* y *pro damato*.

Para resolver los anteriores argumentos expuestos en el recurso, se estudiarán las siguientes materias: **(i)** la naturaleza del medio de control de nulidad electoral; **(ii)** la caducidad en el medio de control de nulidad electoral; y, **(iii)** el caso concreto.

2.4. La naturaleza del medio de control de nulidad electoral

El medio de control de nulidad electoral está consagrado en el artículo 139 del C.P.A.C.A. a través de la cual cualquier persona puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en ejercicio del control de legalidad de los actos electorales.

Para comprender adecuadamente la acción de nulidad electoral y sus alcances, se requiere entonces ahondar en la naturaleza misma de los actos que están sujetos a su control, es decir, aquélla de los actos electorales.

Por lo tanto, la Sala pasará a explicar: **(i)** la diferencia entre los actos electorales y los actos administrativos; **(ii)** las causales judiciales para el control de legalidad de los actos electorales; y, **(iii)** la naturaleza objetiva del juicio de legalidad de los actos electorales.

2.4.1. La diferencia entre los actos electorales y los actos administrativos

Sabido es que en los recientes años, la Sección Quinta ha construido una dogmática que ha permitido diferenciar los actos electorales de los actos administrativos, así como el alcance y principios que deben orientar su control jurisdiccional.⁷

Dicha diferencia se explica debido a que **el acto electoral**, entendido como la materialización de la voluntad de los electores, **emana del ejercicio de la función electoral**, ya sea de manera directa o indirecta; mientras que el **acto administrativo deriva del ejercicio de la función administrativa**, razón por la cual éstos no pueden ser confundidos entre sí.

En efecto, y con el fin de otorgar mayor claridad al caso, la Sala pasa a explicar **la diferencia entre la función electoral y la función administrativa**.

La función administrativa tiene como característica esencial la de concretar, mediante su actividad, los fines del Estado, principalmente el de satisfacer las necesidades públicas. En ese sentido, los autores clásicos definen la función administrativa, desde su contenido material, como “(...) *la actividad práctica que el Estado desarrolla para cuidar, de modo inmediato, los intereses públicos que asume en los fines propios (...)*”⁸ o “(...) *la actividad concreta del Estado dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas, de manera directa e inmediata (...)*”,⁹ o como la “(...) *actividad funcional, idónea y concreta del Estado que satisface las necesidades colectivas en forma directa, continua y permanente y con sujeción al ordenamiento jurídico vigente (...)*”.¹⁰

La función electoral, por su parte, tiene como fin la elección de representantes en las otras ramas del poder público o sus titulares, de manera directa o indirecta, en otras palabras, su propósito es concretar la democracia participativa y el diseño institucional, entre otros. Como lo ha señalado la doctrina, la función electoral comprende “(...) *el conjunto de actividades que realiza el Estado para preparar, organizar, calificar y sancionar los procesos electorales. Y por analogía con la función pública, asumiremos también que las*

⁷ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2014-00110-00. Sentencia de 4 de febrero de 2016. Demandados: Representantes a la Cámara por el departamento de Magdalena. C.P.: Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 13001-23-33-000-2016-00070-01. Auto de 3 de junio de 2016. Demandados: Concejales de Cartagena. C.P.: Lucy Jeanette Bermúdez Bermúdez; y, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2015-00051-00. Sentencia de unificación de jurisprudencia de 7 de junio de 2016. Demandada: Gobernadora del departamento de La Guajira. C.P.: Alberto Yepes Barreiro.

⁸ Zanobini, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, t. I, Milán, 1958, 8ª ed.

⁹ D'alessio, E., *Istituzione di Diritto Amministrativo*, t. I, Turín, 1949, 4ª ed., p. 17.

¹⁰ Diez, Manuel María, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1956, p. 32.

*tareas del Estado destinadas a garantizar el ejercicio libre, secreto, universal y directo del voto, y de la conversión de los sufragios efectivamente emitidos en escaños y puestos de elección popular, solamente puede realizarse de manera legítima en apego al principio de legalidad (...).*¹¹

En ese sentido, **los actos que se producen en ejercicio la función electoral, por su misma naturaleza, no pueden ser asimilables, ni en sus fines ni en su procedimiento de formación, a los actos administrativos producto de la función administrativa.**

Los actos electorales tienen su génesis en la democracia participativa y en un derecho fundamental de carácter político: el de elegir o ser elegido, artículo 40, numeral 1 de la Constitución, y no en la mera y simple expresión de la voluntad de la administración derivada del ejercicio de la función administrativa, como sucede en los actos administrativos.

Ahora bien, realizadas las anteriores precisiones sobre la diferencia existente entre las funciones administrativa y electoral, es menester precisar que **los elementos de validez del acto electoral se diferencian del acto administrativo, por lo menos, en los siguientes aspectos: en cuanto al procedimiento para su formación; respecto de los sujetos que intervienen en su expedición; y, por último, en lo que concierne a su finalidad.**

Frente a la formación del acto electoral debe tenerse en cuenta que, a diferencia del procedimiento de formación de actos administrativos cuyas reglas están contenidas en el C.P.A.C.A. y en las leyes que regulan procedimientos administrativos especiales, el procedimiento específico de creación de actos electorales, tiene fundamento en atribuciones de carácter constitucional concretas y en principios democráticos sobre los que descansa un Estado Social de Derecho y, para los cuales y, precisamente por esa naturaleza, se prevé un procedimiento de elaboración especial y absolutamente diferente.

Este procedimiento autónomo para la expedición de actos electorales está conformado por el conjunto de actuaciones que adelantan las autoridades electorales para materializar o exteriorizar la voluntad popular expresada a través del derecho al voto, para el caso de las elecciones por voto popular, el cual está regulado en normas especiales como el Decreto 2241 de 1986

¹¹ Nohlen, Dieter; Zovato, Daniel; Orozco, Jesús; Thompson, José, *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición, 2007. Pág. 441.

(Código Electoral) y la Ley 1475 de 2011; y en el caso concreto, tratándose de la elección del Fiscal General de la Nación, en el artículo 249 de la C.P., el artículo 29 de la Ley 270 de 1996 y el Reglamento de la Corte Suprema de Justicia.

En lo que respecta a los sujetos que intervienen en su formación, a diferencia del acto administrativo, cuyo sujeto principal es la Administración, el sujeto del acto electoral es el electorado que participa en la contienda democrática en ejercicio del derecho a elegir consagrado en los artículos 40 y 98 de la Constitución Política, para expresar su voluntad de representación en forma directa o indirecta.

Consecuentemente, la finalidad del acto electoral corresponde a concretar o materializar el principio democrático y la expresión de la voluntad popular, de manera directa o indirecta.

En razón a la naturaleza particular del acto electoral, en especial a que éste debe ser entendido como la materialización de la voluntad expresada en las urnas, la jurisprudencia ha sostenido que en su expedición, así como en su control por vía judicial, que hecho el test de proporcionalidad de rigor, deben preponderar los derechos de los electores sobre los mismos derechos del elegido, en virtud de la prevalencia de los principios *pro hominum* y *pro electoratem*.¹²

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2015-00051-00. Sentencia de unificación de jurisprudencia de 7 de junio de 2016. Demandada: Gobernadora del departamento de La Guajira. C.P.: Alberto Yepes Barreiro:

“(…) Es importante señalar que el sistema democrático se funda, entre otros, en los principios de transparencia, igualdad y legitimidad institucional, que imponen desde la perspectiva de la función asignada al juez electoral su defensa.

En esa tarea, lo lógico es que este juez esté llamado a resolver las tensiones que se generan entre los valores y principios propios del sistema democrático y los derechos de quien, en ejercicio de las reglas que fija ese sistema, resulta como titular de cierta porción del poder estatal. Tensión que en el marco de las funciones asignadas a este juez, no puede ser resuelta bajo la lógica de la prevalencia de los derechos del elegido, en tanto ha de entenderse que, para que aquellos -los derechos del elegido- se materialicen, necesariamente primero ha de lograrse la pervivencia del sistema democrático pues, de no respetarse éste, la garantía y realización de aquellos se hace imposible.

Dentro de esta lógica, antes que la realización del derecho subjetivo a ser elegido, el juez de lo electoral está obligado, frente al ejercicio de la función electoral bien por parte del pueblo mediante el sufragio o de los diversos órganos estatales que tienen asignada dicha potestad, a hacer compatibles los principios en que se funda el Estado democrático con todo el sistema de principios y valores constitucionales, en donde su análisis no puede tener como fin último o único la prevalencia de los derechos del elegido, en los que, seguramente para lograr la pervivencia y eficacia del sistema democrático, estos pueden resultar limitados. En ese orden de ideas, para la efectiva realización de la democracia, se requiere que, con fundamento en los parámetros constitucionales, el Estado y los individuos cumplan y observen sus presupuestos -entendidos como esos requisitos formales y materiales para el acceso a un cargo o función pública que la norma fundamental ha fijado-, razón por la que no es posible subordinar sus fundamentos a la realización exclusiva de los derechos fundamentales del elegido, pues estos solo se pueden satisfacer cuando previamente se han observado los supuestos para la realización de la democracia, entendida esta como principio y valor fundante del Estado colombiano. Por ello es que no puede perderse de vista que, el acto electoral antes que el derecho del elegido, es el derecho del elector y que, por ende, en esta materia el

2.4.2. Las causales judiciales para el control de legalidad de los actos electorales

A raíz de la especial naturaleza de los actos electorales y su distinción respecto de los actos administrativos, ha existido debate acerca si el control de legalidad de los primeros puede realizarse con fundamento en las causales de anulación consagradas en la ley para los segundos.

En efecto:

Con la creación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el artículo 38 de la Ley 130 de 1913, primer Código Contencioso Administrativo, otorgó a los Tribunales Administrativos Seccionales la competencia en única instancia para conocer “(...) de las demandas sobre nulidad de las votaciones o actas de escrutinio de los Jurados de votación, Jurados y Juntas Electorales (...)”. Sin embargo, en esta codificación el Legislador no hizo mención expresa a las causales por las cuales podía solicitarse tal anulación.¹³

Luego, los juicios electorales fueron regulados con mayor detalle en el Capítulo XX de la Ley 167 de 1941, segundo Código Contencioso Administrativo, en el cual, además de determinarse las autoridades judiciales competentes para conocer de tales procesos, se señalaron las causales especiales por las cuales podía solicitarse la nulidad de los actos electorales.¹⁴

principio pro homine opera a favor del segundo y no del primero, lo que se traduce en pro hominum (humanidad), pro electoratem (electorado) o pro sufragium (electores). (...)”

¹³ Antes de la expedición de este Código, es posible encontrar la consagración de causales de “nulidad” en las normas electorales, tales como la Ley 7 de 1888 y la Ley 119 de 1892, las cuales se asemejan a las actuales causales de reclamación electoral. En estos ejemplos, debe destacarse que el Legislador dispuso que las causales de nulidad debían ser declaradas por las corporaciones que tuvieran a su cargo los escrutinios.

¹⁴ **“ARTICULO 195.** Son nulos los registros practicados por los Jurados de Votación en los siguientes casos.

1. Cuando la elección se verifica en días distintos de los señalados por la ley, o de los señalados por la respectiva autoridad con facultad legal;
2. Cuando no se hayan verificado las elecciones o escrutinios respectivos en presencia, por lo menos, de la mayoría absoluta de los miembros de la corporación;
3. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores, o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o se hayan destruido o perdido éstas por causa de violencia;
4. Cuando el número de sufragantes exceda del número de cédulas expedidas o revalidadas en el respectivo Municipio, a favor de ciudadanos hábiles para ejercer el derecho de sufragio.

PARAGRAFO. Las actas de elección y escrutinios verificados por las Asambleas Departamentales o por otras corporaciones públicas del orden nacional, departamental o municipal, serán nulas por los mismos motivos, a excepción de los comprendidos en los incisos 3 y 4 de este artículo.”

“ARTICULO 196. Los registros de toda corporación electoral serán nulos por las siguientes causas:

1. Cuando aparezca que han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmados por los miembros de la corporación que los expide;

Con la expedición del Decreto 01 de 1984, tercer Código Contencioso Administrativo, la alusión genérica de juicios electorales se transformó por la denominación “acción de nulidad electoral”. Esta codificación, en sus artículos 223, 224 y 225, nuevamente consagró unas causales especiales con fundamento en las cuales podía ejercerse dicha acción.¹⁵

2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación;

3. Cuando se hayan computado pliegos o registros que no fueron introducidos en el término legal en la respectiva urna;

4. Cuando el registro se extienda y firme en sitio distinto del local en que debe funcionar la respectiva corporación electoral, y

5. Cuando tratándose de registro de un Jurado Electoral aparece que el número de votos excede al de ciudadanos hábiles para sufragar en el Municipio, de acuerdo con las cifras que arroje el libro de cédulas inscritas o revalidadas.”

“ARTICULO 201. También puede cualquier particular ocurrir en demanda directa por la vía jurisdiccional contra los actos y decisiones de las corporaciones electorales, para que se anulen aquéllos o éstas, o se rectifiquen, modifiquen, adicionen o revoquen las resoluciones de las corporaciones electorales por medio de las cuales se declare indebidamente alguna nulidad, o se computen votos a favor de ciudadanos que constitucional o legalmente no sean elegibles, o se hubiere dejado de computar un registro, o se haya alterado o cambiado el nombre de uno o varios candidatos.”

“ARTICULO 202. Cuando un candidato no reúne las condiciones constitucionales o legales para el desempeño de un cargo, fuere inelegible o tuviere algún impedimento para ser elegido, podrá pedirse la nulidad de la elección hecha en su favor y la cancelación de la respectiva credencial ante la jurisdicción contencioso-administrativa.”

¹⁵ **“Artículo 223. Causales de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación.** Serán nulas las actas de escrutinio de los jurados de votación en los siguientes casos:

1. Cuando funcionen mesas de votación en lugares o sitios no autorizados conforme a la ley.

2. Cuando la elección se verifique en días distintos de los señalados por la ley, o de los señalados por la autoridad con facultad legal para este fin.

3. Cuando los cuatro ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmados por menos de tres de estos.

4. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación o éstas se hayan destruido por causa de violencia.

5. Cuando se hayan destruido o perdido los votos emitidos en las urnas y no existiere acta de escrutinio en la que conste el resultado de las votaciones, y

6. Cuando han sufragado en un jurado de votación mayor número de ciudadanos de los autorizados por la ley.”

“Artículo 224. Causales de nulidad de las actas de escrutinio de las corporaciones electorales. Las actas de escrutinio de toda corporación electoral serán anuladas por las siguientes causas:

1. Cuando aparezca que han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la corporación que las expiden.

2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

3. Cuando se hayan computado actas de escrutinio que no fueron entregadas a los claveros municipales dentro del término señalado por la Registraduría Nacional del Estado Civil y se comprueben graves irregularidades que indiquen la alteración de los auténticos resultados electorales.

4. Cuando injustificadamente el acta se extienda y firme en sitio distinto del lugar o local en donde debe funcionar la respectiva corporación electoral.

5. Cuando en el acta aparezca que el número total de votos exceda al de ciudadanos hábiles para sufragar en el municipio.

6. Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema electoral adoptado en la Constitución Política y leyes de la República.

7. Cuando las listas de candidatos no se hayan inscrito o modificado en la oportunidad legal o cuando los candidatos no hubieren expresado su aceptación y prestado el juramento de afiliación política, dentro del término señalado por la ley para la inscripción.

8. Cuando se computen votos a favor de ciudadanos o candidatos que no reúnan las calidades constitucionales o legales para ser electos.

9. Cuando se computen votos a favor de candidatos que hubieren sido escrutadores como delegados de la Corte, de las comisiones auxiliares o como magistrados de la Corte Electoral.

Bajo la vigencia del tercer Código Contencioso Administrativo, por diferentes razones esta Corporación señaló inicialmente que las causales de nulidad de los actos administrativos consagradas en el artículo 84 del Decreto Ley 01 de 1984 no podían ser invocadas para solicitar la nulidad de actos electorales, ya que para este último fin el Legislador había previsto unas de carácter especial.¹⁶

Luego, a partir del año 1998, la Sección Quinta del Consejo de Estado varió dicha postura al aceptar que la nulidad de los actos electorales puede solicitarse tanto por las causales especiales previstas en la regulación de la acción de nulidad electoral, como excepcionalmente por aquellas generales consagradas para los actos administrativos.¹⁷

Esta última postura jurisprudencial fue acogida en el C.P.A.C.A., el cual señala expresamente que la nulidad de los actos electorales puede ser solicitada por las causales especiales señaladas en su artículo 275 y, de conformidad con la ley, también “(...) en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código (...)”.¹⁸

En este caso la nulidad se refiere al acta de escrutinio en que hubiere sido escrutador el ciudadano que aparezca como candidato.

10. Cuando hubiere error aritmético al totalizar los resultados electorales o equivocaciones al anotar en dichas actas los nombres y apellidos de los candidatos, caso en el cual se harán las respectivas correcciones.”

“Artículo 225. Nulidad de elecciones por violación de la ley. Será nula toda elección, hecha popularmente o por una corporación pública, cuando los votos emitidos en ella se computen con violación del sistema electoral fijado en la ley.”

¹⁶ “No sobra agregar que el precitado Art. 180 del C. Electoral no consagra causal de nulidad electoral, y que las generales del Art. 84 del C.C.A. no son aplicables en tratándose de “las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda Corporación Electoral...”, por cuanto la ley consagró al respecto **causales específicas**, las del Art. 223 del C.C.A (...)” Consejo de Estado. Consejero Ponente, Amado Gutiérrez Velásquez, febrero 8 de 1996. Radicado 1503.

¹⁷ “(...) la acción de nulidad de carácter electoral sólo podía ejercerse cuando se invocara una de las causales especiales de nulidad de los actos administrativos de contenido electoral expresamente señaladas en los artículos 223, 227 y 228 del Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, esa tesis fue modificada por esta Sección y según jurisprudencia reiterada desde el año de 1998, viene sosteniendo que además de las causales específicas señaladas en los artículos citados, al ejercer la acción de nulidad de carácter electoral también se pueden invocar las causales generales de nulidad del acto administrativo contempladas en el artículo 84 de esa misma normativa. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia actual de la Sección Quinta del Consejo de Estado, se desvirtúa la presunción de legalidad de un acto administrativo de contenido electoral cuando se encuentra probada la existencia de una causal de nulidad de los actos administrativos, ya sea especial o general (...)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Rad. No. 2238 C.P Darío Quiñones Pinilla. Actor: Carlos Arturo Burbano.

¹⁸ **“ARTÍCULO 275. CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL.** Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

1. Se haya ejercido cualquier tipo de violencia sobre los nominadores, los electores o las autoridades electorales.

2. Se hayan destruido los documentos, elementos o el material electoral, así como cuando se haya ejercido cualquier tipo de violencia o sabotaje contra estos o contra los sistemas de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones.

3. Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales.

2.4.3. La naturaleza objetiva del juicio de legalidad de los actos electorales

Independientemente de la discusión histórica sobre las causales por las cuales se puede solicitar la nulidad de los actos electorales, lo cierto es que siempre ha existido consenso respecto de la naturaleza de este medio de control, en el entendido de que se trata de un **contencioso objetivo**, puesto que **a través de su ejercicio no se puede perseguir el reconocimiento, restablecimiento o reparación de derechos subjetivos o particulares, sino únicamente la defensa del orden jurídico y de la legalidad en el ejercicio de la función electoral, con miras a garantizar la materialización del principio democrático.**

Por tal razón, la titularidad de esta acción es amplia, lo que permite que en materia de nulidad electoral cualquier persona pueda ejercer dicho medio de control, a diferencia de los contenciosos subjetivos, en los cuales la legitimación en la causa por activa está condicionada a la existencia de un interés particular.

Así, y en atención a la naturaleza del medio de control de nulidad electoral, tanto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo como esta Sección han sido enfáticas en señalar que **el juicio de legalidad de los actos electorales en sede de nulidad electoral es estrictamente objetivo, lo que impide al juez escrutar aspectos de naturaleza subjetiva**, tales como la culpabilidad del demandado o de la autoridad que intervino en su elección o nombramiento, o si la conducta desplegada por el demandado efectivamente le generó una ventaja electoral.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación de 27 de septiembre de 2016, al diferenciar este medio de control de la pérdida de investidura, señaló al respecto:¹⁹

4. Los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer.

5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad.

6. Los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges, compañeros permanentes o parientes de los candidatos hasta en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil.

7. Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción.

8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política (...)"

¹⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente No. (SU) 11001-03-15-000-2014-03886-00. Sentencia de 27 de septiembre de 2016. Demandado: Juan Carlos Rivera Peña –

*“(…) En el medio de control de nulidad electoral, acción pública creada por el legislador y elevada a rango constitucional en el Acto Legislativo No. 02 de 2009, el juez está llamado a hacer **un juicio sobre la legalidad del acto de elección**, es decir, su correspondencia o no con el orden jurídico, sin efectuar calificación alguna sobre las razones o el contexto en que se configuró la causal de nulidad invocada. Es por ello que se habla de un **control objetivo de legalidad**, en tanto se analiza **el acto de elección o designación** frente al ordenamiento jurídico. El juzgador no puede hacer examen diverso a la confrontación **acto-norma**²⁰.*

Es decir, la pretensión de nulidad electoral es la de dejar sin efectos el acto de elección o designación por ser contrario al ordenamiento. El juez solo debe confrontar la disposición que se dice vulnerada con el acto de elección o designación, para determinar si el mismo se aviene o no a los supuestos exigidos por la disposición que se dice desconocida, juicio meramente objetivo que protege la voluntad popular del electorado.

*Por su parte, el estudio al que está obligado el juez de la pérdida de investidura es diferente. En tanto le corresponde confrontar **la conducta** del demandado con las causales de pérdida de investidura alegadas por la parte actora. Al juez le corresponderá imponer la consecuencia si halla probada la causal, que no es otra que la de decretar la desinvestidura, que trae aparejada la inhabilidad permanente para ser elegido a un cargo de elección popular.*

*Es decir, el examen en este proceso es sobre la **conducta del demandado**, en otros términos, el análisis del juez del proceso de la pérdida de la investidura es **subjetivo**, y pretende sancionar al congresista por defraudar el principio de representación democrática. Como la pérdida de investidura gira en torno a la conducta desplegada por un sujeto de derechos, esto es, una persona natural, y va encaminada a imponer una sanción, la acción de pérdida de investidura está gobernada por el principio de presunción de inocencia, que se desvirtúa endilgándole al demandado una responsabilidad subjetiva. (…)*

*La diferencia entre un proceso y otro, para efectos de determinar si el pronunciamiento que se dicte en un proceso de nulidad puede oponerse en el juicio de pérdida de la investidura con la fuerza de la cosa juzgada, está, entonces, en el carácter **subjetivo** que tiene el proceso de pérdida de la investidura, naturaleza esta de la que carece la nulidad electoral.*

*El juicio que está llamado a ejercer el juez electoral es **objetivo** en tanto aquel solo debe analizar si el **acto de elección o designación** se ajusta al ordenamiento. Por su parte, el juez de la pérdida de la investidura debe enjuiciar, se repite, **la conducta del demandado**, lo que implica necesariamente que este efectúe un examen diverso al que debe desplegar aquél. Examen que, por demás, no puede desconocer la naturaleza sancionatoria de este proceso, lo que **significa que el artículo 29 de la Constitución rige plenamente en el proceso de pérdida de investidura**.*

*En otros términos, mientras el juez de la nulidad hace un **análisis objetivo –acto-norma**, el juez de la pérdida de la investidura debe realizar un **análisis conducta-***

Representante a la Cámara por el departamento de Risaralda – Período 2014-2018. C.P.: Dr. Alberto Yepes Barreiro.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia de 3 de agosto de 2015. Expediente 2014-00051-00. Demandante: Iván Medina Ninco. Demandada: Ana María Rincón Herrera. Consejera Ponente. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

*norma, es decir, subjetivo, en tanto **debe valorar el comportamiento del demandado a partir de las causales** previamente establecidas en la norma fundamental, por lo menos en cuanto a lo que a la violación del régimen de inhabilidades se refiere. Diferencia esta que resulta sustancial entre una y otra acción.*

*Ese análisis subjetivo que le corresponde al juez de la pérdida de la investidura tiene, por demás, como fundamento, el carácter sancionatorio de este proceso, que debe determinar si el demandado incurrió en el **comportamiento** proscrito por el Constituyente. Es decir, en aquella conducta objeto de reproche que atente contra el principio de representación y que busca preservar la **dignidad** que implica el ejercicio de las funciones del mandato otorgado a través del voto popular, en aras de salvaguardar la democracia en que se funda el Estado. (...)*

*No se puede perder de vista que la nulidad del acto electoral o de designación **no es una sanción** contra el que resultó elegido, como sí lo es la pérdida de la investidura, hecho que, por sí mismo, implica que el juez de una y otra acción estén obligados a efectuar exámenes diversos.*

*Así, a diferencia del medio de control de nulidad electoral en el que basta demostrar que se cumplen los elementos que configuran la respectiva inhabilidad, **sin juicios adicionales por parte del juzgador**, en el proceso de pérdida de investidura el juez, además de comprobar que la inhabilidad se configuró –como le corresponde al juez electoral-, requiere, adicionalmente, determinar **el llamado elemento subjetivo**, para lo cual, necesariamente, quien conoce del proceso sancionatorio debe acometer un estudio diferente al que efectúa el juez del medio de control electoral. (...)*

En similar sentido, esta Sección ha indicado que **en el juicio de nulidad electoral, por tratarse de un contencioso objetivo de la legalidad, no pueden estudiarse elementos subjetivos de la conducta del demandado o de la autoridad que intervino en su designación, puesto que no es un juicio de carácter sancionatorio.**

Así se señaló en la sentencia de 18 de mayo de 2017:²¹

*“(...) En efecto, la **nulidad electoral** es el medio a través del cual se ejerce en sede jurisdiccional el control objetivo de la legalidad de los actos electorales. Consecuentemente, **en este juicio, por tener naturaleza objetiva, es irrelevante el análisis subjetivo de la conducta o de la intención que pudo haber tenido el demandado o la autoridad que participó en la expedición del acto al momento de cometer una irregularidad.***

*En consonancia con lo anterior, debe resaltarse que la Sección ha sostenido que para efectos del ejercicio del medio de control de nulidad electoral **aún las causales subjetivas de nulidad, como las inhabilidades, deben ser interpretadas de manera objetiva.** (...)” (negrilla por fuera del texto original)*

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 15001-23-33-000-2016-00119-03. Sentencia de 18 de mayo de 2017. Demandado: Ilbar Edilson López Ruiz – Personero de Tunja – Período 2016-2019. C.P.: Dr. Alberto Yepes Barreiro.

De igual manera lo ha sostenido la Corte Constitucional en la sentencia SU-424 de 2016, en la cual se señaló lo siguiente sobre la naturaleza objetiva del juicio de nulidad electoral, en contraste con aquélla del juicio de pérdida de investidura:²²

“(…) Admitida entonces la autonomía de los procesos electoral y de pérdida de investidura, la pregunta que surge es la siguiente: ¿la diferencia en esos procesos es de naturaleza formal y sustancial, o es posible únicamente admitir su autonomía formal?

En primer lugar, es clara la autonomía formal entre los procesos de pérdida de investidura y de nulidad electoral. En efecto los procesos se surten ante jueces diferentes, el primero ante la Sala Plena del Consejo de Estado o la Sección Primera en segunda instancia, dependiendo del cuerpo colegiado del que se trate, y el segundo ante la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Del mismo modo, se trata de procedimientos diferentes, uno que se rige por la Constitución y las Leyes 144 de 1994 –para congresistas- y 617 de 2000 –para diputados, concejales y ediles-, y otro por la Ley 1437 de 2011 y el Código Electoral.

Además, se trata de procesos que tienen consecuencias diferentes, de un lado, el de pérdida de investidura conlleva la separación inmediata de las funciones del sancionado como integrante del cuerpo colegiado del cual hace parte y la inhabilidad permanente para serlo de nuevo en el futuro, y de otro, el proceso electoral conlleva la nulidad del acto de elección por voto popular (en el caso de los miembros de cuerpos colegiados).

*En segundo lugar, también se evidencia la autonomía sustancial entre ambos procesos. Así pues, de una parte, **el proceso sancionatorio de pérdida de investidura comporta el reproche ético a un funcionario con el fin de defender la dignidad del cargo que ocupa, y de otra, el de nulidad electoral conlleva un juicio de validez de un acto de naturaleza electoral, en el cual el demandante solamente está interesado en la defensa objetiva del ordenamiento jurídico.***

*En ese orden de ideas, en el juicio sancionatorio el juez confronta la conducta del demandado con el ordenamiento para determinar si se debe imponer la consecuencia jurídica contenida en la Constitución, en otras palabras, realiza un análisis subjetivo, pues conlleva una sanción para quien resultó electo. En contraste, **en el juicio de validez electoral, en el que se somete a control jurisdiccional el acto electoral, se confronta este último con las normas jurídicas invocadas y el concepto de violación, es decir, se hace un control objetivo de legalidad**²³(…)”*

La naturaleza objetiva del juicio de nulidad electoral implica, por ejemplo, que en materia de inhabilidades derivadas del ejercicio de autoridad por

²² Corte Constitucional. Sentencia SU-424 de 2016. M.P.: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²³ Sobre el particular, se pueden estudiar las siguientes sentencias antes citadas: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (i) Sentencia del 8 de septiembre de 1992, Exp. AC-175; C.P. Guillermo Chahín Lizcano, y (ii) Sentencia del 20 de marzo de 2001, Exp. AC-12157; C.P. Darío Quiñónez Pinilla.

parientes de la persona elegida, resulta indiferente para su configuración que el familiar efectivamente haya ejercido las funciones del cargo revestido de autoridad, o que se demuestra la incidencia del ejercicio de dicha autoridad en el electorado, o el título bajo el cual se ejerce el cargo cuyas funciones denotan autoridad, o la buena o mala relación existente entre el demandado y su pariente.²⁴

Así mismo, en el caso de las inhabilidades originadas en la celebración del contrato, la Sección ha precisado que para su configuración se debe verificar si el contrato debe ejecutarse o cumplirse en la respectiva circunscripción, sin importar si efectivamente se ejecutó o cumplió allí.²⁵

La configuración normativa de las causales de inhabilidad deviene simplemente del análisis y la órbita del Constituyente y el Legislador, al establecerlas como límites del sistema democrático, y en ellos, y sólo en ellos, radica la potestad de consagrarlas positivamente.

La razón por la cual el medio de nulidad electoral es estrictamente objetivo obedece a la necesidad de proteger el valor supremo de la democracia mediante la fijación de reglas de juego claras y objetivas que sean conocidas previamente por los electores y por los elegidos.²⁶

En efecto, subjetivizar el juicio de nulidad electoral, es decir aceptar que se puedan escrutar elementos subjetivos de la conducta del demandado o de la autoridad que intervino en su elección o nombramiento, abre las puertas a que el juzgador pueda proferir decisiones contrarias a la luz de los diferentes procesos, minándose con ello la seguridad jurídica, la legitimidad jurisdiccional y la democracia misma.²⁷

2.4.4. Resumen de las conclusiones sobre la naturaleza del medio de control de nulidad electoral

En conclusión, de acuerdo con lo expuesto sobre la naturaleza del medio de control de nulidad electoral, debe destacarse que: **(i)** los actos electorales

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 17001-23-31-000-2011-00637-01(Acumulado). Sentencia de 06 de mayo de 2013. Demandado: Guido Echeverry Piedrahita (Gobernador de Caldas). C.P.: Dr. Alberto Yepes Barreiro.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 23001-23-33-000-2015-00461-02. Sentencia de 8 de septiembre de 2016. Demandado: Salim Hamed Chagui Flórez (Alcalde de Cereté). C.P.: Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio.

²⁶ Ver Alberto Yepes Barreiro, Entendimiento y aplicación objetiva de las causales de inhabilidad electoral ¿Una cuestión de mero capricho, publicado en Retos y tendencias del derecho electoral. Editorial Universidad del Rosario, 2014. Págs.167 en adelante.

²⁷ Ver *Ibidem*.

tienen una naturaleza distinta de aquélla de los actos administrativos, lo que explica que su control judicial deba realizarse a través de un medio de control especial, como lo es el de nulidad electoral; **(ii)** el medio de control de nulidad electoral es un contencioso objetivo cuyo único fin es la defensa del orden jurídico y de la legalidad en el ejercicio de la función electoral, con miras a garantizar la materialización del principio democrático, lo que impide que por esta vía se pueda solicitar el reconocimiento, restablecimiento o reparación de derechos particulares o subjetivos; **(iii)** el juicio electoral, por su naturaleza especial, es enteramente objetivo y no sancionatorio, razón por la cual en éste no se pueden realizar juicios subjetivos sobre la conducta del demandado o de la autoridad que interviene en su elección o nombramiento.

2.5. La caducidad en el medio de control de nulidad electoral

La caducidad es el fenómeno procesal que limita o extingue el ejercicio del derecho a la acción, y por ende el acceso a la misma, en virtud del transcurso del tiempo, el cual se justifica ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en aras de garantizar el interés público, la presunción de legalidad de las actuaciones estatales y la seguridad jurídica en las relaciones con las entidades estatales.

En ese sentido, ha señalado la Corte Constitucional:²⁸

“(...) La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso.

Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia.

La justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas acciones, transcurridos los

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001. M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general. (...)”

En cuanto a la determinación del término de caducidad de la acción, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el Legislador está revestido de una amplia libertad configurativa para efectos de su determinación.²⁹

Sin embargo, al momento de su fijación debe realizarse una ponderación de los distintos intereses que pueden entrar en conflicto con ocasión de la ocurrencia de la caducidad de la acción, la cual, en principio, corresponde al mismo Legislador.

En la sentencia C-709 de 2001 se indica lo siguiente al respecto:³⁰

“(...) 4. La caducidad

Como señala el Ministerio Público, uno de los aspectos fundamentales de la acción contractual es el relacionado con la caducidad, entendida como una institución jurídica que pone límites en el tiempo al ejercicio de una acción “(...) independientemente de consideraciones que no sean el sólo transcurso del tiempo. Su verificación es simple, pues el término ni se interrumpe ni se prorroga y es la ley la que al señalar el término y el momento de su iniciación indica el término final invariable o dies fatalis”.

El legislador, habilitado para regular las acciones en defensa de la integridad del orden jurídico (art. 89 C.P.), en el caso sub examine, la acción contractual, estableció en el artículo 44, numeral 10, literal e) de la Ley 446 de 1998 el término de caducidad de dicha acción, al consagrar que podrá ser alegada dentro de los dos años siguientes al perfeccionamiento del contrato, o si su vigencia es superior, el término de caducidad será el de la vigencia del mismo, sin exceder en todo caso de cinco años. (...)

Pues bien, en punto a la caducidad de la acción contractual para impetrar la declaración judicial de una nulidad absoluta respecto de contratos estatales, el artículo 44, numeral 10, literal e, de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, de manera expresa estableció un término de caducidad para el efecto. Eso no significa, en manera alguna que el Estado abandone el principio de legalidad sino que, en aras de su propio interés, que es el interés público, señala un momento a partir del cual en beneficio de la seguridad jurídica clausura la posibilidad de la tramitación de un proceso para deducir judicialmente la pretensión aludida.

Lo que ocurre en este caso es que frente a dos valores caros al Estado constitucional y democrático de Derecho, el legislador los concilia mediante el establecimiento de un término preclusivo para que dentro de él se ejerza la acción pertinente en defensa del principio de legalidad. (...)”

²⁹ Ver Corte Constitucional. Sentencia C-1049 de 2004. M.P.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-709 de 2001. M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Consecuentemente, es el Legislador quien, en principio, debe realizar la ponderación de los derechos que puedan afectarse con la ocurrencia del fenómeno de la caducidad de la acción, para lo cual goza de una amplia libertad configurativa que le permite determinar, según los intereses en juego, la mayor o menor amplitud del término de caducidad, e inclusive la posibilidad de que la acción pueda ser ejercida en cualquier tiempo.

Debido a que los actos electorales tienen como finalidad la materialización del principio democrático en la conformación del poder público, de antaño el Legislador ha establecido, dentro de su libertad de configuración normativa, reglas para efectos de que su control de legalidad, ejercido por la vía de la nulidad electoral, deba realizarse con celeridad, pues de ello depende la estabilidad institucional y la legitimidad de las autoridades estatales al ejercer sus funciones.

Por tal razón, históricamente la regulación de la nulidad electoral se ha caracterizado por contener términos más expeditos que aquéllos previstos para el ejercicio de los demás medios de control, como sucede respecto a la caducidad de la acción, más aún por tratarse, se repite, de un contencioso estrictamente objetivo.

Lo anterior es natural, si se tiene en cuenta que el ejercicio de este medio de control tiene un profundo impacto en la conformación de las instituciones públicas y, por lo tanto, en la legitimidad de quienes ostentan altas dignidades en el aparato estatal.

Así lo ha reconocido la Corte Constitucional cuando declaró la exequibilidad del numeral 12 del artículo 136 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998, norma que incluso preveía un término menor que el actual para el ejercicio de la entonces denominada acción de nulidad electoral:³¹

“(...) La acción electoral es un mecanismo procesal dirigido a defender la legalidad y transparencia del sistema democrático, cuyo objeto y características han sido destacadas por la jurisprudencia administrativa (...)

Estas notas distintivas deben de ser complementadas con el ya referido término de caducidad prescrito por el legislador para que los ciudadanos puedan ejercer el referido control legal alrededor de actos que, como la elección o nombramiento de los agentes estatales, tienen una evidente incidencia en el adecuado funcionamiento del Estado y en la materialización del principio de democracia participativa que define la organización política colombiana.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-781 de 1999. C.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Al mismo tiempo, es oportuno señalar que 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.

5. La caducidad en los procesos electorales

La consagración de un término de caducidad de 20 días,³² como el que establece la norma demandada para el caso de las acciones electorales, no resulta violatorio de la Constitución, pues (a.) responde al libre ejercicio de las funciones que la propia Carta Fundamental otorga al legislador -i.e. libertad de configuración legislativa-, y (b.) tiene la finalidad de dar certeza a actos que, como los que declaran una elección o hacen un nombramiento, no pueden quedar suspendidos indefinidamente en el tiempo, so pena de vulnerar los derechos reconocidos por la propia Carta Política a los aspirantes a ocupar un cargo o a los funcionarios ya electos (artículo 40 inciso 1 y numeral 1), y las garantías de la comunidad, expresadas en la aspiración a gozar de un sistema administrativo, legislativo y judicial -i.e. un orden político- estables, en clara concordancia con el principio de seguridad jurídica.

(a.) Por una parte, resulta claro que en desarrollo de las funciones constitucionalmente asignadas (artículo 150 C.P.), el legislador goza de libertad para configurar los procedimientos a través de los cuales se protegen los derechos ciudadanos y la integridad del ordenamiento jurídico. Resulta pertinente, entonces, que como consecuencia de esta facultad, se puedan fijar límites en el tiempo para alegar el reconocimiento de garantías o impugnar la juridicidad de ciertos actos. (...)

(b.) De otro lado, **resulta necesario dotar de firmeza a las determinaciones oficiales estableciendo un momento a partir del cual, ya no es posible controvertir algunas actuaciones. De lo contrario, el sistema jurídico se vería avocado a un estado de permanente latencia en donde la incertidumbre e imprecisión que rodearían el quehacer estatal, entorpecería el desarrollo de las funciones públicas. Ha dicho la Corte:**

"La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, 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"³³.

Ahora bien: los términos de caducidad no pueden interpretarse como una forma de negar el acceso a la justicia, precisamente porque la limitación del plazo para impugnar ciertos actos -y es algo en lo que se debe insistir- está sustentada en el

³² Esta sentencia estudió la constitucionalidad del numeral 12 del artículo 136 del C.C.A., que consagraba un término de 20 días para el ejercicio de la acción de nulidad electoral. Actualmente dicho término es de 30 días según lo dispuesto en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del C.P.A.C.A.

³³ Corte Constitucional Sentencia C-574 de 1998.M.P. Antonio Barrera Carbonell.

principio de seguridad jurídica y crea una carga proporcionada en cabeza de los ciudadanos para que se interesen y participen prontamente en el control de actos que vulneran el ordenamiento jurídico. (...)

Como se observa, **a raíz de los derechos e intereses que se ven afectados por el ejercicio del medio de control de nulidad electoral**, al realizar la ponderación correspondiente, **el Legislador ha optado por hacer prevalecer el principio de la seguridad jurídica sobre el derecho del acceso a la administración de justicia mediante la fijación de términos breves de caducidad**. Lo anterior, con el fin de evitar la desestabilización en las instituciones estatales.

En consonancia, y ante la necesidad de garantizar la celeridad del control de legalidad de los actos electorales y la seguridad jurídica, actualmente el C.P.A.C.A. regula en los siguientes términos la ocurrencia de la caducidad en el medio de control de nulidad electoral:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. 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. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1o del artículo 65 de este Código.

En las elecciones o nombramientos que requieren confirmación, el término para demandar se contará a partir del día siguiente a la confirmación (...)

De acuerdo con esta disposición, en materia de nulidad electoral el Legislador optó dentro de su libertad configurativa por: **(i)** establecer un término de caducidad breve para el ejercicio de la acción, correspondiente a 30 días; y, **(ii)** prever 3 reglas para determinar el momento a partir del cual debe correr dicho término, según se trate de una elección declarada en audiencia pública, una elección o nombramiento que requiera confirmación o de cualquier otro caso distinto a los anteriores.

Lo expuesto evidencia que la actual regulación de la caducidad de la nulidad electoral, al igual que en el anterior Código, obedece al juicio de ponderación realizado por el Legislador respecto de los derechos y principios en conflicto en esta clase de procesos, en el cual se ha optado por dar prevalencia a la

seguridad jurídica sobre el acceso a la administración de justicia, en atención a la necesidad de garantizar la estabilidad institucional.

Evidentemente, la fijación de un término breve de caducidad puede ser indeseable desde la óptica del ejercicio del control ciudadano sobre la conformación de la administración pública, sin embargo, se reitera, en la ponderación de los derechos e intereses en juego en los procesos de nulidad electoral, históricamente el Legislador ha decidido otorgar una mayor preponderancia a la seguridad jurídica.

Por tal razón, si bien es cierto que en los procesos en los cuales se discuten intereses generales se suele adoptar un término amplio para el ejercicio de la acción, como lo señalan los recurrentes, y que incluso en el caso del medio de control de simple nulidad la demanda puede ser presentada en cualquier tiempo, lo cierto es que en el caso de la nulidad electoral, en atención a la necesidad de garantizar la objetividad legal, la seguridad jurídica y prevenir la desestabilización de las instituciones estatales, es el mismo Legislador quien optó por la fijación de un término breve de caducidad, y así lo señala imperativamente en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del C.P.A.C.A.

Es que debido a la especial naturaleza de la nulidad electoral, deben destacarse las siguientes particularidades respecto de la ocurrencia de la caducidad en este medio de control: **(i)** la caducidad no tiene una naturaleza sancionatoria en el medio de control de nulidad electoral; y, **(ii)** es imposible tener en cuenta factores subjetivos para la determinación de la caducidad en el medio de control de nulidad electoral.

2.5.1. La caducidad no tiene una naturaleza sancionatoria en el medio de control de nulidad electoral

Para determinar si la caducidad de la acción puede tener o no un carácter sancionatorio, debe atenderse a la naturaleza del medio de control. En particular, si el medio de control corresponde a un contencioso objetivo o subjetivo.

La caducidad como sanción personal al demandante sólo puede predicarse respecto de los medios de control en los cuales se discuten derechos particulares o subjetivos (contenciosos subjetivos), en los cuales la presentación inoportuna de la demanda, como consecuencia de la incuria o

negligencia de dicho sujeto procesal, es sancionada con la negación del derecho a la acción y la consecuente imposibilidad de solicitar el reconocimiento de dicho derecho particular o subjetivo ante la jurisdicción.

En estos casos, la caducidad es una sanción subjetiva o personal para el demandante porque como consecuencia de su actuar procesal (interposición extemporánea de la demanda), el ordenamiento jurídico le impone una sanción personal que afecta sus derechos subjetivos (negación del derecho a acceder a la administración de justicia para obtener la declaratoria o reconocimiento de derechos subjetivos).

En otras palabras, **en los contenciosos subjetivos la caducidad se convierte en una sanción personal al demandante porque la tardía interposición de la demanda le impide poder solicitar ante la jurisdicción la declaratoria o reconocimiento de sus derechos subjetivos.**

En cambio, en los contenciosos objetivos, como en el medio de control de nulidad electoral, la caducidad no puede tener una naturaleza sancionatoria ya que ésta no busca castigar los derechos subjetivos o particulares del demandante, sino garantizar la estabilidad institucional y abortar la incertidumbre de la legitimidad en el ejercicio del poder delegado en sus representantes, ya sea directa o indirectamente.

Si bien en los contenciosos objetivos contra actos administrativos, por regla general, no hay un término de caducidad para instaurar la demanda, ya que ésta puede ser interpuesta en cualquier tiempo, en atención a la especial naturaleza de los actos electorales y de su control judicial, el cual se reitera tiene como propósito preservar la institucionalidad, garantizar la legitimación en la conformación de los poderes públicos y salvaguardar el principio democrático, el Legislador dispuso que el ejercicio del medio de control de nulidad electoral estuviera sujeto a un término de caducidad, el cual, naturalmente, no tiene una naturaleza sancionatoria.

Y por esa potísima razón, a diferencia de los demás medios de control, en la nulidad electoral, por tratarse de un juicio objetivo de la legalidad del acto electoral que busca la materialización del principio democrático, la caducidad no puede tener una naturaleza sancionatoria, ya que no castiga los derechos subjetivos del demandante.

En esta clase de procesos no puede entenderse que la caducidad tenga como fin sancionar personalmente al demandante, debido a que el castigo impuesto por el ordenamiento jurídico a su actuar procesal no afecta de ninguna manera sus derechos subjetivos, los cuales no pueden estar en discusión en el medio de nulidad electoral por tratarse de un contencioso objetivo de la legalidad del acto electoral.

2.5.2. Sobre la posibilidad de tener en cuenta factores subjetivos en la determinación de la caducidad en el medio de control de nulidad electoral

Por regla general, la caducidad debe ser determinada a partir de los extremos fijados por el Legislador, sin que sea posible acudir a elementos de índole subjetiva, puesto que de esta manera se garantiza su aplicación objetiva y que las partes puedan conocer de manera cierta y de antemano el momento de su ocurrencia, en aras de garantizar la seguridad jurídica.

Sin embargo, tal como lo señalan los recurrentes, **excepcionalmente la ocurrencia de la caducidad puede atender a factores subjetivos o hechos sobrevinientes, pero únicamente en el caso de los procesos contenciosos subjetivos, en los cuales se puede controvertir el reconocimiento de derechos subjetivos o particulares, pero jamás en el caso del control judicial de los actos electorales-**.

En ese sentido, sólo cuando se cumplen las siguientes condiciones pueden tenerse en cuenta factores subjetivos o hechos sobrevinientes para el estudio de la caducidad en los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo: **(i)** que se trate de un contencioso subjetivo, lo que excluye la aplicación de esta regla para el medio de control de nulidad electoral; y, **(ii)** que exista un pronunciamiento oficial a partir del cual pueda computarse el término de caducidad.

2.5.2.1. Que se trate de un contencioso subjetivo

Como se explicó, en los medios de control en los cuales están en disputa derechos subjetivos o particulares, la caducidad adquiere una connotación sancionatoria frente a la conducta procesal del demandante, razón por la cual cobran relevancia los juicios de carácter subjetivo respecto del actuar de dicho sujeto procesal, como el conocimiento que tenía, o debía tener, del extremo objetivo a partir del cual se computa el término de caducidad.

Al ser en estos casos la caducidad una sanción personal que castiga el actuar negligente del demandante, puede aceptarse que de manera excepcional el juez tenga en cuenta elementos subjetivos para efectos de determinar su ocurrencia.

De lo contrario, como lo señalan los recurrentes, la ocurrencia de la caducidad podría ser una sanción procesal desproporcionada y desmedida del actuar del demandante.

En efecto, como se señala en el recurso, **la jurisdicción de lo contencioso administrativo** ha admitido para dar curso a las controversias de los **actos expedidos en ejercicio de la función administrativa, así como relativas a los hechos, omisiones y operaciones administrativas**, verbigracia en el caso de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, controversias contractuales y reparación directa, que excepcionalmente puede flexibilizarse el cómputo del término de caducidad para efectos de que sean tenidos en cuenta elementos subjetivos para determinar su ocurrencia.

Empero, ello obedece a que se trata de **contenciosos subjetivos** y no del **contencioso electoral**, en donde no existe antecedente alguno que así lo haya permitido, precisamente por tratarse del control judicial de actos de naturaleza diferente cuyas finalidades y valores protegidos **no admiten subjetividad alguna**.

En consecuencia, **en los contenciosos objetivos no se pueden tener en cuenta factores de índole subjetiva para determinar la ocurrencia de la caducidad por varias razones**.

En primer lugar, **porque en los contenciosos objetivos como el de nulidad electoral, el juez realiza un juicio de carácter objetivo de la legalidad del acto, con fundamento en los posibles vicios en los que se pudo incurrir al momento de su expedición, mientras que en los demás, como la nulidad y restablecimiento del derecho, la reparación directa y las controversias contractuales, se involucran juicios sobre la posible violación o transgresión de derechos de carácter subjetivo o particular**. Por la misma razón, se debe destacar que en el caso de la nulidad pura y simple, el Legislador, en su sabiduría, hizo público dicho medio de control y lo despojó de un término de caducidad para ejercer la acción.

Por lo tanto, las censuras por las cuales se puede cuestionar un acto electoral deben ser anteriores o concomitantes a su expedición, sin que sea

relevante para la realización del juicio objetivo de legalidad el momento en el cual el demandante tuvo o debía tener conocimiento de su posible ocurrencia.

En segundo lugar, **debido a que en los contenciosos objetivos la caducidad no tiene una connotación sancionatoria.**

En ese sentido, se debe reiterar que el medio de control de nulidad electoral se ejerce a través de una acción pública que busca la materialización del principio democrático y no la satisfacción o reconocimiento de derechos particulares o subjetivos.

Por lo tanto, debido a que en el medio de control de nulidad electoral la caducidad no puede entenderse como una sanción frente a la conducta procesal del demandante, ésta debe determinarse a partir de elementos estrictamente objetivos señalados por el Legislador -como los son las fechas en la cual se declara la elección en la audiencia pública, en la que se realiza la confirmación o en la que se realiza la publicación del acto electoral-, que impiden escrutar aspectos de naturaleza subjetiva, tales como el momento a partir del cual el demandante tuvo conocimiento, o pudo tener conocimiento, de la ocurrencia de la causa de ilegalidad del acto electoral.

Al respecto, se debe reiterar que si bien los contenciosos objetivos contra actos administrativos por regla general no están sujetos a un término de caducidad, debido a la especial naturaleza de los actos electorales el Legislador decidió sujetar el ejercicio del medio de control de nulidad electoral a un término de caducidad que debe determinarse de manera estricta, a partir de los elementos objetivos señalados en la Ley.

En tercer lugar, **porque en los contenciosos objetivos existe una legitimación amplia para ejercer la acción.**

Aceptar que para la determinación de la caducidad en el medio de control de nulidad electoral deban tenerse en cuenta factores de índole subjetivo, tales como el grado de conocimiento que se tenga o se deba tener sobre el origen de la ilegalidad del acto demandado, es inviable debido a la naturaleza pública de la acción y a la amplia legitimación para su ejercicio, dado que implicaría la coexistencia de diferentes términos de caducidad según la situación particular de cada demandante.

En otras palabras, sentar un precedente para futuros casos en el sentido propuesto por los recurrentes implicaría que el término de caducidad se deba computar de manera distinta para cada posible demandante -que en estos casos puede ser cualquier persona por tratarse de una acción pública-, según el grado de conocimiento subjetivo que tenga de la causal de ilegalidad del acto electoral, lo cual atentaría contra el principio de seguridad jurídica, desquiciaría el sistema electoral colombiano, y desnaturalizaría por completo la naturaleza objetiva del juicio de legalidad que se debe realizar en sede de nulidad electoral.

Por lo tanto, resulta incompatible aceptar que en la nulidad electoral, contencioso objetivo en el cual no se exige una legitimación en la causa por activa para ejercer la acción, la ocurrencia de la caducidad pueda ser determinada a partir del conocimiento subjetivo que tenga el demandante de la ilegalidad del acto electoral demandado, debido a que ello implicaría la existencia de un término de caducidad distinto para cada posible persona que ejerza dicho medio de control.

Consecuentemente, los precedentes citados en el recurso objeto de estudio, en los cuales se ha aceptado la flexibilización del cómputo del término de caducidad, para efectos de que sean tenidos en cuenta elementos de tipo subjetivo, tales como el conocimiento que tenía o debía tener el demandante respecto del actuar ilegal de la administración, no pueden ser aplicados al caso de la nulidad electoral porque: **(i)** se trata de precedentes que tienen origen en medios de control en los cuales se discuten derechos de carácter subjetivo; **(ii)** en la nulidad electoral, por tratarse de un contencioso objetivo de la legalidad en el cual no son objeto de controversia los intereses particulares del demandante, no pueden valorarse elementos o circunstancias de tipo subjetivo, como el momento en el cual dicho sujeto procesal tenga, o deba tener, de la ilegalidad del acto demandado, para efectos de determinar la ocurrencia de la caducidad; **(iii)** es decir que los precedentes citados por los actores, por versar sobre el control de actos, hechos, operaciones, omisiones o contratos administrativos, en los cuales están en disputa derechos particulares o subjetivos, son inaplicables al presente caso, en el cual corresponde a la Sala realizar el control judicial objetivo de la legalidad de un acto electoral.

Ahora bien, no escapa del conocimiento de la Sala que existen dos providencias aisladas, dictadas ambas en el expediente 2012-00039-02,

correspondientes a los autos de 16 de octubre y 11 de diciembre de 2014,³⁴ en las cuales la Sección consideró la denominada teoría de la ilegalidad al descubierto, para efectos del estudio de la caducidad de la acción y aplicarla excepcionalmente al control judicial de actos de nombramiento o de designación originados en concursos de mérito de carácter laboral, atribuidos por la ley a esta Sala.

Lo primero que advierte la Sala es que estas providencias nada tienen que ver con el presente asunto, en virtud que estos antecedentes son propios del derecho administrativo laboral y no son aplicables al *sub judice* ya que se refirieron al control judicial de actos administrativos expedidos en ejercicio de la función administrativa, y no a aquél de los actos electorales propiamente dichos, como en el caso ahora objeto de estudio.

En efecto, en ese asunto **no se controvertió la legalidad de un acto electoral propiamente** dicho, sino la nulidad de un acto de nombramiento realizado en el marco de un concurso de méritos, cuyo control judicial se rige por reglas propias de los actos administrativos expedidos en ejercicio de la función administrativa, es decir por el derecho laboral administrativo.

Para mayor claridad del asunto, la Sala reitera que en el artículo 139 del C.P.A.C.A., el Legislador dispuso de manera genérica que a través del medio de control de nulidad electoral puede controvertirse la legalidad de los actos de elección propiamente dichos y de los actos de nombramiento, lo que comprende tanto a aquéllas designaciones realizadas en virtud de concursos de mérito como aquéllas originadas en las facultades de libre nombramiento y remoción.

Esta alusión genérica a los actos de nombramiento obedece a que aquéllos originados en concursos de mérito no pueden considerarse como actos

³⁴ Dichas providencias se profirieron en el marco de una demanda de simple nulidad instaurada por el Departamento de Arauca ante el Tribunal Administrativo de Arauca, en el cual se solicitó la nulidad de un acto propio, correspondiente al nombramiento del Director del Hospital de San Vicente de Arauca. Lo anterior, debido a que la persona designada en dicho cargo había presentado documentos irregulares para ser nombrado en el mismo.

Al conocer de un recurso de súplica interpuesto contra el auto dictado por el Consejero Ponente que declaró la nulidad de lo actuado por el Tribunal desde la admisión de la demanda, en atención a que el *a quo* debió tramitar el proceso según las reglas del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, los demás integrantes de la Sala confirmaron dicha decisión en la providencia 16 de octubre de 2014, pero debido a que la demanda interpuesta por el Departamento de Arauca debía tramitarse bajo las reglas del medio de control de mera nulidad, por tratarse de una demanda dirigida contra un acto de nombramiento o electoral impropio (laboral). En esta providencia, se señaló que para dicho efecto, el término de caducidad de la acción debía computarse a partir del momento en el cual la entidad demandante tuvo conocimiento de la ilegalidad del acto, lo cual se precisó en el auto que aclaró dicha providencia, dictado el 11 de diciembre de 2014.

electorales propiamente dichos, sino como actos administrativos de carácter laboral, por los siguientes motivos:

- El acto electoral se caracteriza por reflejar la decisión de los electores de votar por un determinado candidato, razón por la cual tiene un carácter discrecional.
- El elemento de discrecionalidad no es predicable para los actos por medio de los que se realiza una designación mediante concursos de mérito, dado que en estos casos simplemente se reafirma el principio de meritocracia, por el cual la persona que debe acceder al cargo debe ser la que obtuvo una mejor evaluación en el concurso.
- En las designaciones por concursos de mérito el órgano elector obra como Administración y simplemente se debe limitar a elegir al mejor candidato, de conformidad con las evaluaciones realizadas.
- Por lo tanto, en las designaciones por concursos de mérito el acto no reflejará la voluntad de los electores sino simplemente reconocerá el derecho de un candidato a ocupar el cargo por ser el mejor.

Es por lo expuesto que la Sala Electoral inicialmente acepta que debido a que el artículo 139 del C.P.A.C.A. le otorga el carácter de electoral a los actos mediante los cuales se declara una elección o se realiza un nombramiento, sin importar que éste se origine en un concurso de méritos, el control de legalidad de estos últimos puede realizarse mediante el medio de control de nulidad electoral, por tratarse de “*actos electorales impropios*”, tal como se explicó en los autos de 19 de mayo y 30 de junio de 2016.³⁵

Esta jurisprudencia se decanta actualmente en los siguientes términos:

- La Sección, de manera unánime, ha señalado que las demandas de nulidad instauradas contra actos de nombramiento originados en concursos de mérito en las cuales el actor solicite el restablecimiento de sus derechos individuales, o dicho restablecimiento se genere de manera automática, por considerar que tenía un mejor derecho a ocupar el cargo que aquél de la persona nombrada, necesariamente deben tramitarse por

³⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de Sala del 30 de junio de 2016, radicación 68001233300020160048401 CP. Lucy Jeannette Bermúdez y Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de Sala del 19 de mayo de 2016, radicación 68001-23-33-000-2016-00131-01 CP. Alberto Yepes Barreiro.

la vía del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral.³⁶

- En el caso de las demandas de nulidad instauradas contra actos de nombramiento originados en concursos de mérito, en las cuales no se formulen pretensiones de restablecimiento de derecho o dicho restablecimiento no opere de forma automática para el demandante, dos magistrados de la Sección han sentado su criterio, en el sentido de indicar que dichos procesos no deben ser tramitados por la vía del medio de control de nulidad electoral, debido a que el acto controvertido no tiene la naturaleza de electoral, sino que estos procesos deben ser resueltos según las reglas del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por versar sobre actos administrativos de carácter laboral. Así lo han sostenido la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y el suscrito en diversas aclaraciones o salvamentos de voto.³⁷

Por lo tanto, debido a que los actos de nombramiento originados en concursos de mérito no pueden considerarse como actos electorales propiamente dichos, y a que los autos de 16 de octubre y 11 de diciembre de 2014 fueron dictados en el marco de un proceso en el cual se cuestionó la legalidad de un acto administrativo de naturaleza laboral, lo allí señalado en materia de caducidad de la acción no podría aplicarse al presente caso, en el cual los actores controvierten la legalidad de un verdadero acto electoral propiamente dicho.

Para evitar confusiones y hacer honor al principio de transparencia, y como síntesis de lo expuesto en este acápite, resulta claro que únicamente en los contenciosos subjetivos es posible acudir de manera excepcional a circunstancias de carácter subjetivo para efectos de determinar la ocurrencia de la caducidad de la acción, pero dicha regla excepcional no puede extenderse al medio de control de nulidad electoral, debido a la especial naturaleza de los actos controlados por esta vía.

³⁶ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 17001-23-33-000-2016-00435-02. Auto de 19 de julio de 2017. C.P.: Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio; y, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2015-00017-00. Auto de 15 de septiembre de 2016. Demandado: Gobierno Nacional. C.P.: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

³⁷ En el caso de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez pueden consultarse las aclaraciones de voto dictadas en los siguientes procesos: expediente 05001-23-33-000-2018-01554-01, demandado: Personero Municipal de Rionegro.

En el mismo sentido, pueden consultarse las siguientes aclaraciones y salvamentos de voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro: expediente 73001-23-33-000-2018-00204-01, demandado: Personero Municipal de Ibagué; expediente 05001-23-33-000-2018-01554-01, demandado: Personero Municipal de Rionegro.

En otras palabras, debe expresarse sin dubitación alguna que el término de caducidad señalado por el Legislador para la nulidad electoral es de orden público absoluto, en atención a la naturaleza del acto juzgado y de la teleología del acto electoral. Admitir lo contrario socavaría la esencia misma de la democracia y daría al traste con la dogmática electoral reiterativamente expuesta por la Sección Quinta.

2.5.2.2. Que exista un pronunciamiento oficial a partir del cual se pueda computar el término de caducidad

Ahora, si bien es cierto que se ha aceptado que en los contenciosos subjetivos excepcionalmente pueda tenerse en cuenta el conocimiento que tenía o debía tener el demandante legitimado para ejercer la acción respecto del actuar ilegal de la administración, para efectos de determinar la ocurrencia de la caducidad, **en cualquier caso es imperativo que dicho término se compute a partir de un pronunciamiento oficial que permita determinar con certeza el momento de su ocurrencia.**

Los siguientes ejemplos evidencian lo anterior: **(i)** en los casos en los cuales se solicita la indemnización de perjuicios causados por lesiones imputables a las entidades estatales, pero que son descubiertas por el demandante con posterioridad a la ocurrencia del hecho dañoso, en aplicación de la teoría del daño descubierto la Sección Tercera ha sostenido que el término de caducidad se debe computar a partir del dictamen médico que permite al demandante tener conocimiento del perjuicio causado por la entidad demandada;³⁸ **(ii)** en los casos en los cuales se solicita la indemnización de perjuicios causados por la desaparición forzada, si ésta nunca aparece, el término de caducidad se debe computar a partir de la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, tal como lo reconoció primero la jurisprudencia y lo establece actualmente el C.P.A.C.A.; **(iii)** en los casos en los cuales se solicita la indemnización de perjuicios causados por la privación injusta de la libertad, si bien el hecho dañoso es anterior, el término de caducidad se computa a partir de la ejecutoria del fallo penal absolutorio.

Consecuentemente, aún en los eventos excepcionales en los cuales pueden tenerse en cuenta factores subjetivos para efectos de determinar la ocurrencia de la caducidad en los procesos contenciosos subjetivos, lo cierto es que la jurisprudencia y la ley, en todo caso, han exigido que dicho término

³⁸ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección “B”. Expediente 19001-23-31-000-2005-01594-01(40061). Sentencia de 2 de mayo de 2016. C.P.: Dr. Danilo Rojas Betancourth.

se compute a partir de un pronunciamiento oficial que pueda ser objetivamente verificado por el juzgador.

2.5.3. Resumen

En síntesis, debido a que el medio de control de nulidad electoral es por naturaleza un contencioso objetivo de la legalidad, en el cual es imposible controvertir el reconocimiento, restablecimiento o reparación de derechos particulares o subjetivos, la caducidad **(i)** no tiene naturaleza sancionatoria y **(ii)** para su determinación no pueden tenerse en cuenta factores de carácter subjetivo.

2.6. El caso concreto

Realizadas las anteriores precisiones sobre la caducidad en el medio de control de nulidad electoral, los demás integrantes de la Sala confirmarán la decisión recurrida, debido a que en esta clase de procesos no es admisible estudiar la caducidad de la acción a partir del momento en el cual los demandantes tuvieron conocimiento de la posible ilegalidad del acto acusado, pues, como se explicó en el acápite anterior, para el cómputo de dicho término sólo pueden tenerse en cuenta los elementos objetivos señalados en el literal a) del numeral segundo del artículo 164 del C.P.A.C.A.

En consecuencia, tal como se concluyó en la providencia recurrida, en el *sub judice* el término de caducidad debe computarse a partir del día siguiente de la confirmación, sin que resulte admisible flexibilizar dicha regla por las circunstancias expuestas por los demandantes en el caso concreto.

Lo anterior se corrobora en este paradigmático caso así: aceptar la regla propuesta por los recurrentes implicaría sostener que en el presente caso puedan coexistir múltiples términos de caducidad, lo que atenta contra la seguridad jurídica.

Ello es así porque el medio de control de nulidad electoral es una acción de carácter público, razón por la cual puede ser instaurado por cualquier persona.

Por lo tanto, de acogerse la tesis planteada en la demanda y en el recurso de súplica, debería concluirse que puede existir un término de caducidad distinto para cada ciudadano, según el momento en el que conoció de los

hechos sobrevinientes con base en los cuales se solicita la anulación judicial del acto demandado,

En efecto, en el presente caso, la regla planteada por los demandantes implicaría la coexistencia de por lo menos cuatro términos de caducidad distintos para poder ejercer el medio de control de nulidad electoral contra el acto acusado: uno, para el difunto señor Pizano (Q.E.P.D.), para quien debió correr el término de caducidad desde el día siguiente a la confirmación, ya que conoció de la supuesta ilegalidad desde el momento mismo de la expedición del acto acusado; otro, para las personas que recibieron de primera mano el material audiovisual contentivo de las denuncias, para quienes el término de caducidad debió empezar a correr desde el momento en el cual el señor Pizano les hizo su entrega; otro, para los demandantes, para quienes debió computarse el término de caducidad desde el momento en el cual se hizo pública la denuncia del señor Pizano; y otro, para el resto de los ciudadanos, según su conocimiento circunstancial de los hechos sobrevinientes a la expedición del acto.

Como se evidencia, la regla propuesta por la parte actora afectaría la seguridad jurídica y la estabilidad de las instituciones que conforman las ramas del poder público, ya que implicaría aceptar que en el medio de control de nulidad electoral, en atención a su carácter público, cada potencial demandante -es decir cualquier persona- pueda estar sujeta a un término de caducidad distinto, según su grado de conocimiento subjetivo de la causal de ilegalidad del acto electoral. Un precedente en tal sentido sería caótico y desbarataría el control judicial de dichos actos.

Ahora bien, en gracia de discusión y si atropelladamente se aceptara que excepcionalmente en el estudio de la caducidad en la acción de nulidad electoral puedan tenerse en cuenta factores subjetivos, como sucede en los contenciosos administrativos, lo cierto es que dicho término debería computarse a partir de un pronunciamiento oficial que dé certeza objetiva de su ocurrencia, lo que no sucede en el *sub judice*.

Adicionalmente, debe destacarse que en el presente caso tampoco son aplicables los principios *pro actore* y *pro damato*, pues éstos tienen cabida únicamente cuando existen dudas objetivas sobre el momento a partir del cual debe computarse el término de caducidad, caso en el cual debe postergarse el análisis de dicho presupuesto procesal a la sentencia, circunstancia que no existe en el presente evento.

En efecto: **(i)** el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del C.P.A.C.A. señala con claridad que en el caso de los nombramientos sujetos a confirmación, el término de caducidad debe computarse a partir del día siguiente de la confirmación; **(ii)** en el presente caso, no existe duda objetiva alguna sobre la fecha en la cual se llevó a cabo la confirmación, lo que ocurrió el 25 de julio de 2016; **(iii)** en materia de nulidad electoral, no se pueden valorar circunstancias subjetivas o hechos sobrevinientes para determinar el término de caducidad; **(iv)** el término de caducidad en el caso concreto inició el 26 de julio de 2016 y venció el 6 de septiembre siguiente; y, **(v)** la demanda debe ser rechazada porque fue presentada el 11 de enero de 2019, es decir por fuera del término de caducidad.

Lo anterior no implica que otras autoridades, en aras del principio de la tutela judicial efectiva, puedan pronunciarse sobre los hechos sobrevinientes expuestos y que no corresponden en su análisis y consecuencias a la Sala Electoral, a pesar de la confianza que ésta genera en la ciudadanía, so pena de invadir órbitas competenciales y jurisdiccionales que le son ajenas.

En conclusión y conforme a lo expuesto, en el presente caso la caducidad debe computarse a partir del día siguiente de la confirmación de la elección del demandado, hecho objetivo frente al cual no existe duda alguna sobre el momento exacto de su ocurrencia.

Consecuentemente, los demás integrantes de la Sala confirmarán la providencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, se

3. RESUELVE

ÚNICO: CONFIRMAR el auto de 15 de enero de 2019, mediante el cual el Consejero Ponente rechazó la demanda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

ALBERTO YEPES BARREIRO
Magistrado