

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 25000-23-36-000-2016-01418-02 (60004)

Actor: JOSE MILTON MORALES REY MARIA CESPEDES TORRES

Demandado: ECOPETROL Y OTRO

Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA

Asunto: CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL – concepto, término y cómputo del fenómeno – Cuestiones en que podría tratarse de delitos de lesa humanidad

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra lo determinado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en audiencia inicial del 05 de abril de 2018, mediante el cual se declararon como no probadas las excepciones de caducidad del medio de control de reparación directa y frente a la decisión de declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, formulada por la apoderada de la parte demandada ECOPETROL S.A.

ANTECEDENTES

1.- En escrito de 14 de julio de 2016¹, mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de reparación directa, se solicitó que sean condenadas las entidades demandas METRA PETROLEUM CORP y ECOPETROL S.A por los daños ocasionados en el inmueble de su propiedad, denominado “*La Isla del Tesoro*” ubicado en la vereda de Planas, Vereda de Santa Helena del Municipio de Puerto Gaitán, departamento del Meta, con ocasión a la perforación de los pozos Quifa 15 y RB-351, situación que se llevó acabo mientras los propietarios del referido bien inmueble se encontraban padeciendo el fenómeno de desplazamiento forzado, según declaraciones de la parte actora.

¹ Fls. 12 del C.1.

2.- En audiencia celebrada el 25 de agosto de 2017² por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección B, declaró probada la excepción de caducidad del medio de control.

3.- Como consecuencia de la anterior decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, frente a lo cual el Tribunal de instancia concedió el mismo, en efecto suspensivo ante esta Corporación, y dar por terminada la audiencia inicial.

4.- En auto de 02 de octubre de 2017,³ esta Corporación, ordenó remitir nuevamente el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al observar que, en audiencia del 25 de agosto de 2017, el Magistrado Ponente desconoció lo dispuesto en los artículos 125 y 243 del CPACA, cuando declaró la caducidad del medio de control, en la medida de que el ponente no tenía competencia funcional para dar por terminado el proceso, por cuanto dicha decisión debió ser adoptada por la sala.

5.- En informe de 17 de enero de 2018,⁴ se remite el presente proceso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para la subsanación de la irregularidad, y así mismo, para que se procediera a resolver el recurso de apelación concedido a la parte actora.

6.- En audiencia inicial del 5 de abril de 2018, el Magistrado Ponente resuelve declarar no probada la excepción de caducidad presentada por la parte demandada, al valorar que las situaciones fácticas que se enmarcan en graves violaciones a derechos humanos, el fenómeno jurídico de caducidad debe ser resuelto hasta la sentencia, así como también resolvió declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la parte demandada ECOPETROL S.A.

7.- Contra la anterior decisión la parte demandada se alzó por vía del recurso de apelación, al considerar que la caducidad del medio de control ya había operado en razón de que el término para empezar a contar la caducidad del medio de control de reparación directa para el caso en específico, contaba a partir desde el momento en que ocurrió la ocupación del predio “La Isla del Tesoro”, o en su defecto, a partir de que se tuvo conocimiento del hecho generador del daño, además agregó que no se encuentra acreditada la condición de desplazados de los demandantes; seguidamente la apoderada de la parte demandada ECOPETROL S.A, expuso en relación a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, que si se encuentra demostrada, en razón de que ECOPETROL S.A, suscribe el contrato de asociación en virtud de que la ley le otorgó la administración de los recursos de hidrocarburos, y se encontraban ejerciendo una actividad asignada por la ley.

² Fls 283 a 288 C.P.

³ Fls. 292 a 296 CP

⁴ Fl. 307 CP

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

1.1.- Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto de conformidad con lo dispuesto por el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que le atribuye al Consejo de Estado la competencia para resolver los recursos de apelación contra los autos dictados en primera instancia por los Tribunales Administrativos.

1.2.- Igualmente, el presente proceso tiene vocación de doble instancia en razón a la cuantía, pues la pretensión mayor individualmente considerada asciende a la suma de \$500.000.000.00, equivalente a 725.21 salarios mínimos mensuales de 2016, año de presentación de la demanda, a razón de \$689.454.00 el salario mínimo legal mensual, al tenor de lo dispuesto en los artículos 152.6 y 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en atención a que el auto que declara no probadas las excepciones de caducidad del medio de control de reparación directa y la falta de legitimación en la causa por pasiva es apelable, conforme lo enseña el numeral 1 del artículo 243 *ibídem*.

1.3.- El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, por un lado, se concreta en precisar si ha operado la caducidad del medio de control de reparación directa en el presente caso, así como también, si se encuentra acreditada la falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de la entidad demandada ECOPETROL S.A.

2.- Falta de legitimación de la causa por pasiva

2.1.-Respecto de las excepciones, éstas se encargan de atacar las pretensiones de la demanda, y para el caso en cuestión es menester dilucidar que la falta de legitimación en la causa constituye una de las excepciones previas que puede ser solicitada de oficio y que se han contemplado previamente en el numeral 6° del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo como bien se indica:

“Artículo 180 – Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la reconvención según el caso, el juez o magistrado ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas (...)

6. Decisión de excepciones previas. El juez o magistrado ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y la de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva”

2.2-Con relación a la noción de legitimación en la causa, la jurisprudencia constitucional se ha referido a ella, como la “*calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés*

sustancial que se discute en el proceso”⁵, de esta manera cuando alguna de las partes carece de ella no podrá adoptarse una decisión a su favor. Frente a lo anterior es menester recordar lo que se ha dicho jurisprudencialmente al respecto:

“(…) La legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Cuando ella falte bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada (…)”⁶.

2.3.-En la reciente jurisprudencia de la Sección Tercera se ha establecido que:

“(…) se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda (…) la legitimación material en la causa, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño (…)”⁷.

3.- Caducidad del medio de control de reparación directa. Estructura conceptual.

3.1.- La caducidad de la acción contenciosa administrativa como instituto procesal tiene fundamento y sustento en el artículo 228 de la Constitución Política. Con base en el sustrato constitucional se determina la aplicación de los términos procesales en el ordenamiento jurídico⁸, buscando ante todo la protección material de los derechos y la resolución definitiva de los conflictos que surgen a diario en el complejo tejido social⁹⁻¹⁰, garantizando el derecho de

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-965 de 2003

⁶ Consejo de Estado, sentencia del 23 de octubre de 1990, expediente:6054

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, Exp. 18163 del 04 de febrero de 2010, Expediente 17720.

⁸ Corte Constitucional, SC-115 de 1998. “El fenómeno jurídico de la caducidad es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado en la ley para el ejercicio de ciertas acciones, cuando por un acto, hecho, omisión u operación administrativa por parte de una autoridad pública, se lesiona un derecho particular... “La ley establece un término para el ejercicio de las acciones contenciosas administrativas (artículo 136 del CCA), de manera que al no promoverse la acción dentro del mismo, se produce la caducidad. Ello surge a causa de la inactividad de los interesados para obtener por los medios judiciales requeridos la defensa y el reconocimiento de los daños antijurídicos imputables al Estado. **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 “ (...) “No cabe duda que **el legislador está facultado constitucionalmente para establecer un límite para el ejercicio de las acciones y de los recursos, tal como sucede en este caso, siempre y cuando aquel resulte razonable. “Por consiguiente, la fijación de términos de caducidad responde como se ha expresado, a la necesidad de otorgar certeza jurídica al accionante y a la comunidad en general, así como para brindarle estabilidad a las situaciones debidamente consolidadas en el tiempo, así como a los actos administrativos no impugnados dentro de las oportunidades legales”**. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-565 de 2000.

⁹ Corte Constitucional, SC-165 de 1993. “Desde esta perspectiva, es claro que la justicia, entendida como la resultante de la efectiva y recta mediación y resolución con carácter definitivo de los conflictos surgidos en el transcurso del devenir social, se mide en términos del referente social y no de uno de sus miembros”.

¹⁰ Corte Constitucional, SC-351 de 1994. “El derecho de acceso a la administración de justicia, sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. Implícitamente supondría además la exoneración del individuo de toda ética de compromiso con la buena marcha de la justicia, y con su prestación recta y eficaz. Y, en fin (sic), el sacrificio de la colectividad, al prevalecer el

acceso a la administración de justicia¹¹ dentro de los límites de su ejercicio razonable y proporcional¹².

3.2.- Conforme a la estructuración conceptual de nuestra legislación, la figura de la caducidad de la acción es de estricto orden público y de obligatorio cumplimiento, innegociable e irrenunciable en cuanto implica el reconocimiento normativo de un término habilitador para el ejercicio de ciertas acciones judiciales¹³. En esta perspectiva el legislador ha considerado que la no materialización del término límite establecido para la correspondiente caducidad constituye otro de los presupuestos para el debido ejercicio de las acciones contencioso administrativas que estuvieren condicionadas para estos efectos por el elemento temporal¹⁴.

3.3.- Desde este punto de vista, la caducidad se institucionaliza como un concepto temporal, perentorio y preclusivo de orden, estabilidad, interés general y seguridad jurídica para los

interés particular sobre el general. En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual sí resultaría francamente contrario a la Carta".

¹¹ Corte Constitucional, SC-418 de 1994. "El derecho de acceso a la administración de justicia, sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, éste pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia... En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual sí resultaría francamente contrario a la Carta". Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-565 de 2000.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-351 de 1994. "De ahí que tampoco sea sostenible el argumento según el cual la caducidad frustra el derecho de acceso a la justicia pues, mal podría violarse este (sic) derecho respecto de quien gozando de la posibilidad de ejercerlo, opta por la vía de la inacción. Es imposible que pueda desconocerse o vulnerarse el derecho de quien ha hecho voluntaria dejación del mismo, renunciando a su ejercicio o no empleando la vigilancia que la preservación de su integridad demanda". Corte Constitucional, sentencia C-565 de 2000. "De la anterior jurisprudencia se puede concluir que la fijación de términos de caducidad para las acciones contencioso administrativas, si bien implica una limitación al derecho de los individuos para interponerlas, está encaminada a asegurar la eficacia de los derechos de las personas, racionalizando el acceso a la administración de justicia. En tal medida, es necesario tener en cuenta además que el derecho de acción, en cuanto pretende el restablecimiento de derechos subjetivos, conlleva la obligación de su ejercicio oportuno. Por otra parte, ha sostenido esta Corporación que la determinación de la oportunidad para ejercer tal derecho corresponde fijarla al legislador, quien tiene un amplio margen discrecional para establecer los términos de caducidad de las acciones, quedando limitado únicamente por los principios de razonabilidad y proporcionalidad".

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-832 del 8 de agosto de 2001, "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 halla 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".

¹⁴ Corte Constitucional, SC-351 de 1994. "Para nadie es desconocido que la sociedad entera tiene interés en que los procesos y controversias se cierren definitivamente, y que atendiendo ese propósito, se adoptan instituciones y mecanismos que pongan término a la posibilidad de realizar intemporal o indefinidamente actuaciones ante la administración de justicia, para que las partes actúen (sic) dentro de ciertos plazos y condiciones, desde luego, con observancia plena de las garantías constitucionales que aseguren amplias y plenas oportunidades de defensa y de contradicción del derecho en litigio (...) la institución jurídica de la caducidad de la acción se fundamenta en que, como al ciudadano se le imponen obligaciones relacionadas con el cumplimiento de los deberes de colaboración con la justicia para tener acceso a su dispensación, su incumplimiento, o lo que es lo mismo, su no ejercicio dentro de los términos señalados por las leyes procesales -con plena observancia de las garantías constitucionales que integran el debido proceso y que aseguran plenas y amplias posibilidades de ejercitar el derecho de defensa-, constituye omisión en el cumplimiento de sus obligaciones de naturaleza constitucional y, por ende, acarrea para el Estado la imposibilidad jurídica de continuar ofreciéndole mayores recursos y oportunidades, ante la inactividad del titular del derecho en reclamar el ejercicio que le corresponde". Corte Constitucional, sentencia C-115 de 1998. "El fenómeno jurídico de la caducidad es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado en la ley para el ejercicio de ciertas acciones, cuando por un acto, hecho, omisión u operación administrativa por parte de una autoridad pública, se lesiona un derecho particular" (...) "La institución de esta clase de términos fijados en la ley, ha sido abundantemente analizada por la doctrina constitucional, como un sistema de extinción de las acciones, independientemente de las regulaciones consagradas a través de la figura jurídica de la prescripción extintiva de derechos". "Siempre se ha expresado que 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" (...) "La ley establece un término para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas (artículo 136 del CCA), de manera que al no promoverse la acción dentro del mismo, se produce la caducidad. Ello surge a causa de la inactividad de los interesados para obtener por los medios judiciales requeridos la defensa y el reconocimiento de los daños antijurídicos imputables al Estado. 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".

asociados y la administración desde la perspectiva procesal¹⁵, generando certidumbre y materializando el ejercicio razonable y proporcional que toda persona tiene para hacer valer sus derechos ante las autoridades judiciales¹⁶. En este sentido, las consecuencias del acaecimiento del elemento temporal que es manifiesto en toda caducidad implica la pérdida de oportunidad para reclamar por la vía judicial los derechos que se consideren vulnerados por causa de la actividad de la administración pública¹⁷.

3.4.- De manera concreta, en relación con la caducidad del medio de control de reparación directa dispone el artículo 164.2 literal i) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que “Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia”.

3.5.- Finalmente, la Sub-sección C mediante el auto de 9 de mayo de 2011¹⁸ (expediente 40324) argumentó que “considerando que la caducidad implica la pérdida de oportunidad para reclamar por vía judicial los derechos que se consideren vulnerados por causa de la actividad del Estado, solo se debe proceder a su declaración cuando existan elementos de juicio que

¹⁵ WALINE, Marcel, Droit Administratif, Sirey, Paris, pp.174 y 175. “En fin, si se dispone aún de un recurso contencioso, en principio es preferible buscar primeramente un entendimiento amigable; lo que es posible de hacer sin riesgo de que prescriba el recurso contencioso, porque el recurso administrativo, si es ejercido dentro del término señalado para el ejercicio del contencioso, interrumpe la prescripción de este”.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-781 del 13 de octubre de 1999. “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 abocado a un estado de permanente latencia en donde la incertidumbre e imprecisión que rodearían el quehacer estatal entorpecerían 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 excusas algunas 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’. Ahora bien: los términos de caducidad no pueden interpretarse como una forma de negar el acceso a la justicia, precisamente porque la limitación de plazo para impugnar ciertos actos —y es algo en lo que se debe insistir— está sustentada en el 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. Ha añadido la Corte: ‘El derecho de acceso a la administración de justicia sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, éste pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. Implícitamente supondría además la exoneración del individuo de toda ética de compromiso con la buena marcha de la justicia, y con su prestación recta y eficaz. Y, en fin, el sacrificio de la colectividad, al prevalecer el interés particular sobre el general. En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual sí resultaría francamente contrario a la Carta”.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-115 de 1998. “La ley establece un término para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas (art. 136 CCA), de manera que al no promoverse la acción dentro del mismo, se produce la caducidad. Ello surge a causa de la inactividad de los interesados para obtener por los medios judiciales requeridos la defensa y el reconocimiento de los daños antijurídicos imputables al Estado. 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”.

¹⁸ Sobre el particular se ha reiterado el tema en diversas providencias, entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Auto de 28 de mayo de 2015, exp. 53556; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Auto de 20 de octubre de 2014, exp. 49962; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Auto de 28 de mayo de 2015, exp. 53659; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Auto de 19 de agosto de 2011, exp. 38584; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Auto de 7 de febrero de 2011, exp. 38588; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa Auto de 5 de septiembre de 2016, exp. 57625.

generen certeza en el juez respecto de su acaecimiento; por lo que ante la duda se deberá dar trámite al proceso a fin de que en el mismo se determine, sin asomo de dudas, la configuración o no de la caducidad”.

3.6.- Conforme a la anterior postura jurisprudencial, este Despacho comprende que en aquellos eventos en donde el Juez Contencioso no encuentre los suficientes elementos de juicio que le lleven a predicar con certeza la caducidad del medio de control, es claro que habrá de garantizarse el acceso material a la administración de justicia, lo que se traduce en conceder la oportunidad para surtir el debate jurídico y probatorio de rigor a lo largo del proceso judicial, para que, una vez cumplido ello, dicha cuestión sea dirimida al momento de dictarse fallo.

3.7.- Todo lo anterior sin perjuicio de las excepciones que ha elaborado la jurisprudencia de esta Corporación cuando ha advertido que los hechos que sustentan el medio de control de reparación directa admiten su encuadramiento como un acto de lesa humanidad, tal como fue advertido por esta Subsección en distintos pronunciamientos¹⁹.

3.8.- Y es que ello se afirma por cuanto esta Corporación ha reconocido que adicional “a las normas procedimentales que rigen el trámite de los procedimientos contenciosos administrativos, (...) al momento de su interpretación y aplicación el funcionario judicial no sólo debe remitirse a ellas sino que en su razonamiento debe acudir a las normas constitucionales y de orden supraconstitucional, donde se enfatiza en la Convención Americana de Derechos Humanos y la doctrina desarrollada a partir de ella por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior en razón a que ya es un lugar común sostener que el Juez Administrativo no es un mero ejecutor formal de las normas legales sino que en razón al rol funcional que desempeña dentro del Estado Social de Derecho, es su obligación, antes que nada, ser garante de la corrección constitucional en la interpretación y aplicación de las normas legales, al igual que ejercer, *ex officio*, el control de convencionalidad que se le impone en razón a la fuerza vinculante de los tratados de Derechos Humanos y su doctrina²⁰. Esto se trae a colación en

¹⁹ Sobre el particular se ha reiterado el tema en diversas providencias, entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Auto de 17 de septiembre de 2013, exp. 45092, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Auto de 1 de julio de 2015, exp. 53295, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Auto de 5 de septiembre de 2016, exp. 57625, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Autos de 15 de noviembre de 2016, exp. 58030 y 58073.

²⁰ Constitución Política. Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...) Sobre el control de convencionalidad, valga señalar que se trata de la denominación conceptual con la que se comprende la obligación que se impone a los jueces ordinarios de los países firmante de la Convención de velar por la regularidad y armonía de las normas del derecho interno frente a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos al momento de su aplicación, acatando la interpretación que de las primeras ha efectuado la Corte Interamericana; no es más que un instrumento para garantizar la efectividad de las disposiciones convencionales en el marco de las decisiones judiciales ordinarias. Esta doctrina surgió como tal en el seno de la Corte a partir de la sentencia caso Almonacid Arellano y otros Vs Chile – sentencia de 26 de septiembre de 2006- en donde la Corte sostuvo: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. **El Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana,** intérprete última de la Convención Americana.” (Resaltado propio). Y en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú, del 24 de noviembre de 2006 el Tribunal Interamericano afirmó: “**Cuando un Estado ha ratificado un tratado**

razón a la naturaleza fundamental que ostenta el acceso a la administración de justicia, derivado en nuestro ordenamiento constitucional a partir de los artículos 29, 228 y 229 y en el orden internacional en los artículos 8²¹ y 25²² de la Convención, el cual no se agota en una perspectiva formal, como es la creación de recursos judiciales y un aparato institucional encargado de su conocimiento, sino que también incluye una connotación sustantiva²³²⁴

4.- El acto de lesa humanidad y sus repercusiones respecto de la caducidad del medio de control de reparación directa.

4.1.- Ya en anterior oportunidad esta Corporación, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los actos constitutivos de lesa humanidad, sus elementos y consecuencias para el instituto procesal de la caducidad del medio de control judicial de reparación directa.

4.2.- Así, se tiene que los de lesa humanidad se comprenden como *“aquellos actos ominosos que niegan la existencia y vigencia imperativa de los Derechos Humanos en la sociedad al atentar contra la dignidad humana por medio de acciones que llevan a la degradación de la condición de las personas, generando así no sólo una afectación a quienes físicamente han padecido tales actos sino que agrediendo a la conciencia de toda la humanidad”*²⁵; siendo parte integrante de las normas de jus cogens de derecho internacional²⁶, razón por la cual su

internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad”²⁰ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.” (Subrayado fuera de texto).

²¹ Artículo 8.1. “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

²² Artículo 25.1. “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

²³ Respecto del acceso a la administración de justicia la Corte Constitucional ha enseñado: “se define también como un derecho medular, de contenido múltiple o complejo, cuyo marco jurídico de aplicación compromete, en un orden lógico: (i) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares; (ii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas; (iii) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; (iv) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso y, entre otros, (v) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos”. Corte Constitucional, Sentencia 426 de 2002.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 24 de septiembre de 2012, exp. 44050.

²⁵ Auto de 17 de septiembre de 2013, exp. 45092.

²⁶ Tal como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente, en el caso Almonacid Arellano c. Chile, fallo de 26 de septiembre de 2006, en los siguientes términos:

“152. En efecto, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad²⁶ claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”.

153. Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (ius cogens), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa”. (Subrayado fuera de texto).

reconocimiento, tipificación y aplicación no puede ser contrariado por norma de derecho internacional público o interno²⁷.

4.3.- Dicho lo anterior, en lo que es de interés para la responsabilidad del Estado, se entiende que los elementos estructuradores del concepto de lesa humanidad son: i) que el acto se ejecute o lleve a cabo en contra de la población civil y que ello ocurra ii) en el marco de un ataque que revista las condiciones de generalizado o sistemático²⁸.

4.4.- Así, en cuanto al primero de estos elementos, se debe acudir a la normativa del Derecho Internacional Humanitario, específicamente al artículo 50 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, norma que establece, por exclusión, a quienes se les considera población civil, en los siguientes términos: *"1. Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil."*, constituye, entonces, población civil todas las personas que no se encuadran dentro de las categorías de miembros de las fuerzas armadas y prisioneros de guerra.

4.5.- Este punto debe ser complementado con lo establecido por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en el caso *Fiscal vs Dusko Tadic*, en donde se dejó claro que el criterio de la población civil no se aplica desde una perspectiva individual sino colectiva o grupal: *"el acento no es puesto en la víctima individual, sino, ante todo, en la colectiva. La victimización del individuo no deriva de sus características personales, sino de su pertenencia a un determinado grupo de población civil que es tomada como blanco"*²⁹.

4.6.- Por otra parte, en segundo elemento estructurador del acto de lesa humanidad hace referencia al tipo de ataque, debiendo ser éste generalizado o sistemático, en tanto supuestos alternativos. Así, por generalizado se entiende un ataque que causa una gran cantidad de víctimas o dirigido contra una multiplicidad de personas, es decir, se trata de un criterio *cuantitativo*. A su turno, el carácter sistemático pone acento en la existencia de una planificación previa de las conductas ejecutadas³⁰, de manera que, siguiendo a la Comisión de Derecho

²⁷ "(...) el jus cogens internacional va más allá que el derecho de los tratados, extendiéndose al derecho de la responsabilidad internacional del Estado, y a todo el corpus juris del Derecho Internacional contemporáneo, y abarcando, en última instancia, a todo acto jurídico. Al abarcar todo el Derecho Internacional, se proyecta también sobre el derecho interno, invalidando cualquier medida o acto incompatible con él. El jus cogens tiene incidencia directa en los propios fundamentos de un Derecho Internacional universal, y es un pilar básico del nuevo jus Gentium". CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, "La ampliación del contenido del ius cogens", en <http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.DM.MR.1-16.pdf>

²⁸ Cfr. Auto de 17 de septiembre de 2013, exp. 45092.

²⁹ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Sentencia de 7 de mayo de 1997. Caso Fiscal vs. Dusko Tadic. El aparte citado es del siguiente tenor en francés: "Ainsi, l'accent n'est pas mis sur la victime individuelle mais plutôt sur la collectivité, la victimisation de l'individu ne tenant pas à ses caractéristiques personnelles mais plutôt à son appartenance à une population civile ciblée." [<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/fr/tad-tj970507f.pdf>; consultado el 18 de marzo de 2013].

³⁰ En el caso Tadic el TIPY sostuvo esta diferencia en los siguientes términos: "648. Por lo tanto, el deseo de excluir los actos aislados o aleatorios de la noción de crímenes contra la humanidad que dio lugar a la inclusión de la exigencia de que los actos deben ser dirigidos contra una población civil" población ", y, o bien una constatación de ser generalizado, que se refiere a el número de víctimas, o sistematicidad, lo que indica que un patrón o plan metódico es evidente, cumple con este requisito.", en inglés la redacción es la siguiente: "648. It is therefore the desire to exclude isolated or random acts from the notion of crimes against humanity that led to the inclusion of the requirement that the acts must be directed against a civilian "population", and either a finding of widespreadness, which refers to the number of victims, or systematicity, indicating that a pattern or methodical plan is

Internacional, *“lo importante de este requisito es que excluye el acto cometido al azar y no como parte de un plan o una política más amplios.”*³¹.

4.7.- Ahora bien, la importancia del concepto de lesa humanidad para el ámbito de la responsabilidad del Estado consiste en predicar la no aplicación del término de caducidad en aquellos casos en donde se configuren tales elementos, pues, siendo consecuente con la gravedad y magnitud que tienen tales actos denigrantes de la dignidad humana, es que hay lugar a reconocer que el paso del tiempo no genera consecuencias desfavorables para quienes (de manera directa) fueron víctimas de tales conductas y pretenden la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado por los daños antijurídicos irrogados en su contra; pues resulta claro que allí no solo se discuten intereses meramente particulares o subjetivos sino también generales que implican a toda la comunidad y la humanidad, considerada como un todo.

4.8.- Sobre el particular, esta Corporación³², ha señalado:

“[L]a filosofía en que se inspira la caducidad de las acciones contencioso administrativas diseñada por el Código, es de una clara esencia individualista, esto quiere decir que el soporte para imponer esta sanción es limitar el acceso a la administración de justicia al obrar negligente o la incuria de la parte afectada o interesada en demandar la protección de sus derechos subjetivos, es decir, se sustenta la caducidad en el ejercicio de acciones en las que se controvierten y pretenden proteger intereses particulares.

Por el contrario, no es de recibo este criterio tratándose de asuntos en los que la acción persigue la satisfacción de intereses públicos intersubjetivamente relevantes para la humanidad, considerada como un todo, siendo sustraída de esta sanción perentoria por el transcurso del tiempo, pues, en estos eventos, el ejercicio de una acción dentro de un término específico debe ceder frente a principios o valores superiores esenciales para la humanidad, al decir de Radbruch: *“la seguridad jurídica no es el valor único ni decisivo, que el derecho ha de realizar. Junto a la seguridad encontramos otros dos valores: conveniencia (Zweckmäßigkeit) y justicia”*³³.

evident, fulfils this requirement.”. Sentencia de 7 de mayo de 1997. Caso Fiscal vs. Dusko Tadic. [<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>; consultado 1 de abril de 2013].

³¹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. 1996. V.II Segunda Parte. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones, p.51.

³² Sobre el particular se ha reiterado el tema en diversas providencias, entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Auto de 17 de septiembre de 2013, exp. 45092, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Auto de 1 de julio de 2015, exp. 53295, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Auto de 5 de septiembre de 2016, exp. 57625, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Autos de 15 de noviembre de 2016, exp. 58030 y 58073.

³³ RADBRUCH, Gustav, Arbitrariedad legal y derecho suprallegal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p.36. Sobre la tesis de Radbruch Alexy sostiene lo siguiente: “Si los mejores argumentos a favor de una prioridad estricta de la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social sobre la corrección material se pronunciasen, la famosa frase de Kelsen “[d]e ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho”³⁰ sería correcta desde cualquier punto de vista. Con posterioridad a 1945 Radbruch adujo contra esto que el conflicto entre la justicia, esto es, la corrección material, y la seguridad jurídica podría resolverse en principio a favor de la seguridad jurídica; esto, sin embargo, no resultaba válido sin restricción. La prioridad de lo legal y lo eficaz sobre lo correcto llegaba a un límite cuando la contradicción entre una ley positiva con la justicia alcanzaba una “medida insostenible”. Esto puede reducirse a la breve fórmula: La extrema injusticia no es Derecho. Lo específico de esta fórmula es que no exige un total ajustamiento del Derecho y la moral. Admite el Derecho legal y eficaz incluso cuando es injusto. Simplemente se incorpora a través de ella un límite máximo en el Derecho.”. ALEXY, Robert. “La institucionalización de la razón” En: Revista Persona y Derecho. Universidad de Navarra. No. 43. 2000, pp.217-249 (especialmente págs. 235-236), en [<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/14155>; consultado 1 de abril de 2013].

Es en este último esquema conceptual en donde se inscribe el supuesto de la acción que persigue la indemnización de perjuicios derivados de la comisión de crímenes de lesa humanidad dado el ámbito de afectación que con estas conductas se causa, que trascienden a los expectativas, principios, valores y derechos particulares, pues conforme a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs Chile*, es claro que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad “*cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido*”, adoptada en el marco de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, es una norma de *jus cogens* (...)

En este orden de ideas, **apelando a la aplicación universal del principio de imprescriptibilidad de la acción judicial cuando se investiguen actos de lesa humanidad, y sin que sea posible oponer norma jurídica convencional de derecho internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario o interno que la contraríe, el Despacho admite, entonces, que en los eventos en que se pretenda atribuir como un daño antijurídico indemnizable una conducta que se enmarca en un supuesto de hecho configurativo de dichos actos en los debe establecerse si cabe atribuir al Estado por haber participado, incitado, conspirado o tolerado algún (os) agente (s) o representante (s) estatal** (el artículo 2º de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968 establece que la disposiciones de dicho texto normativo “se aplicaran a los representantes de las autoridades del estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente la perpetración de alguno de estos crímenes o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desenvolvimiento, así como a los representantes de las autoridades del estado que toleren su perpetración”), **previa satisfacción de los requisitos para su configuración³⁴, no opera el término de caducidad de la acción de reparación directa, pues, se itera, existe una norma superior e inderogable reconocida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, y refrendada en el contexto regional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que dispone expresamente que el paso del tiempo no genera consecuencia negativa alguna para acudir a la jurisdicción a solicitar la reparación integral cuando se demanda la producción de daño (s) antijurídico (s) generados por tales actos de lesa humanidad.**

Siguiendo esta misma línea argumentativa, también debe señalar el Despacho que en casos donde han tenido lugar graves violaciones de derechos humanos, como ocurre con los actos de lesa humanidad, cuya responsabilidad sea imputable al Estado, es preciso advertir que el Juez Administrativo debe tener en consideración que en tales casos, dado el hecho que se trata de la satisfacción de intereses públicos intersubjetivamente relevantes para la humanidad (y no solo unos particulares y subjetivos), la reparación integral de tal daño debe corresponderse con este postulado, de manera que debe propender por garantizar los criterios de verdad, justicia y reparación en la mayor medida de las circunstancias fácticas y jurídicas posibles, con fundamento en el principio de equidad y en aplicación de los principios de proporcionalidad y ponderación³⁵.³⁶ (Resaltado propio).

4.9.- En consecuencia, se entiende que en aquellos casos donde se encuentren configurados los elementos del acto de lesa humanidad habrá lugar a inaplicar el término de caducidad del medio de control de reparación directa, conforme a lo expuesto. Del mismo modo, se tiene que

³⁴ Al respecto véase el aparte 3.2 “Recapitulación de las características, elementos configuradores del delito de lesa humanidad y consecuencias.” De esta providencia.

³⁵ “El examen de proporcionalidad en sentido estricto, aplicado a la prohibición de insuficiencia, aborda la relación, por un lado, entre la intensidad y el peso de la negativa a reintegrar los gastos (es decir, la no realización del derecho fundamental de prestación), la importancia de la satisfacción del derecho fundamental de prestación mediante una acción positiva que sea más eficaz que la omisión, y, por otro lado, los motivos que fundamentan la denegación de la prestación.” CLÉRICO, Laura. “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad.” En: BEADE, Gustavo A; CLÉRICO, Laura (Eds). *Desafíos a la ponderación*, 1ª edición, Ed: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011. Pág. 419.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 17 de septiembre de 2013, exp. 45092.

al momento del estudio de admisión de una demanda o en el trámite de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debe el Juez valorar prudentemente si encuentra elementos de juicio preliminares que le permitan aseverar, *prima facie*, la configuración de este tipo de conductas, caso en el cual hará prevalecer el derecho de acción y ordenará la continuación de la actuación judicial, pues la falta de certeza objetiva sobre los extremos fácticos y jurídicos de la *litis* deberán ser dirimidos al momento de dictarse sentencia.

5.- Desplazamiento Forzado en Colombia

5.1.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado aspectos generales relacionados con la temática del desplazamiento forzado a lo largo del continente americano, encontrando que este grupo poblacional vulnerable es afectado por ese delito de lesa humanidad, considerado de tal magnitud al violar de forma continua y múltiple los derechos humanos, encontrando que los diferentes Estados al permitir y no tomar las debidas medidas de protección, garantía de derechos y adopción de políticas públicas en el respectivo territorio concerniente favorecen con que este grave suceso se siga desplegando en la sociedad.

Tal es el caso por ponerlo de presente, de la Masacre de Ituango vs. Colombia en la sentencia de 1 de julio de 2006, en la cual se refirió en los siguientes términos:

“214. La Corte debe enfatizar que Colombia, al enfrentar dicha problemática de desplazamiento interno, ha adoptado una serie de medidas a nivel legislativo, administrativo y judicial, incluyendo múltiples leyes, decretos, documentos del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), resoluciones y directivas presidenciales [...]. La ley 387 de 18 de julio de 1997, por ejemplo, estableció mecanismos para registrar y prestar atención de emergencia a la población desplazada. Sin embargo, este Tribunal coincide con el criterio establecido por la Corte Constitucional Colombiana, en el sentido de que “no es el registro formal ante los entes gubernamentales lo que le da el carácter de desplazado a un individuo, sino el mero hecho de haberse visto compelido a abandonar el lugar de residencia habitual”. En este sentido, dicha Corte Constitucional ha declarado “la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinados a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado”³⁷ (Resaltado propio)

³⁷ “Los hechos del presente caso se contextualizan en el municipio de Ituango, donde la incursión de grupos armados disidentes en la zona generó un incremento de la actividad de las estructuras denominadas paramilitares o de “autodefensa”, así como una mayor presencia del Ejército Nacional. El 11 de junio de 1996 cerca de 22 miembros de un grupo paramilitar se dirigieron al corregimiento de La Granja, Ituango, donde asesinaron a un grupo de pobladores. A pesar de los recursos judiciales interpuestos, no se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables. Asimismo, entre los días 22 de octubre y 12 de noviembre del año 1997 tuvo lugar otra incursión paramilitar en el corregimiento de El Aro. 30 hombres armados torturaron y asesinaron a un grupo de pobladores. Adicionalmente el grupo paramilitar obligó y forzó, bajo amenaza de muerte, a algunos residentes del área a arrear ganado robado durante varios días. Durante la incursión, los paramilitares sustrajeron entre 800 y 1.200 cabezas de ganado. Finalmente, antes de retirarse de El Aro, los paramilitares destruyeron e incendiaron gran parte de las casas. Algunos autores de los delitos fueron investigados y sancionados, en ausencia, en el marco de un proceso penal.” Consultado vía web: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/desplazados6.pdf> el día 24 de octubre de 2016 siendo las 7:59 am.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los parámetros para el caso colombiano sobre la determinación de la figura de desplazamiento forzado bajo los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, coincide con la adopción de la definición específicamente contemplada por nuestra Corte Constitucional, se procede a indicar que mediante la sentencia T-025 de 2004 se abordó completamente las cuestiones relativas a este fragmento de la sociedad.

En dicha providencia, se magnificó la gravedad de este fenómeno que se vive al interior del país, dado el caso que se ha venido perpetrando con una frecuencia más alta y con una violación de derechos y garantías a un máximo nivel, todo ello en la medida que la mayor parte del desplazamiento se ha desplegado como consecuencia del conflicto interno en el que habitualmente vive Colombia. Así lo enfatizó dicho fallo de tutela:

*“El problema del desplazamiento forzado interno en Colombia, cuya dinámica actual tuvo su inicio en la década de los años ochenta, afecta a grandes masas poblacionales. La situación es tan preocupante, que **en distintas oportunidades la Corte Constitucional la ha calificado como (a) “un problema de humanidad que debe ser afrontado solidariamente por todas las personas, principiando, como es lógico, por los funcionarios del Estado”; (b) “un verdadero estado de emergencia social”, “una tragedia nacional, que afecta los destinos de innumerables colombianos y que marcará el futuro del país durante las próximas décadas” y “un serio peligro para la sociedad política colombiana”; y, más recientemente, (c) un “estado de cosas inconstitucional” que “contraría la racionalidad implícita en el constitucionalismo”, al causar una “evidente tensión entre la pretensión de organización política y la prolífica declaración de valores, principios y derechos contenidas en el Texto Fundamental y la diaria y trágica constatación de la exclusión de ese acuerdo de millones de colombianos”.**”³⁸ (Resaltado propio)*

Lo que evidencia el fallo, es que deja claro que ante dicha tragedia nacional la sociedad en general debe ser consciente de lo que acarrea declarar el fenómeno del desplazamiento forzado interno como un estado de cosas inconstitucional, presente en cada caso que conlleve una vulneración monumental repetida y constante a los derechos fundamentales, recordando que ante este fenómeno no solo se requiere de una entidad pública sino de varias que intervengan ante las necesidades y creen estructuradamente políticas públicas basadas en las órdenes impartidas por los distintos Tribunales y órganos internos, con el fin de minimizar y acabar con el delito tantas veces reiterado, dado que afecta a un sinnúmero de personas. La Corte Constitucional ha declarado en varias oportunidades el estado de cosas inconstitucionales, en dicha sentencia manifestó al respecto:

“El concepto de estado de cosas inconstitucional ha evolucionado jurisprudencialmente desde 1997 cuando se declaró por primera vez. En las sentencias más recientes sobre este fenómeno, de conformidad con la doctrina de esta Corporación, se está ante un estado de cosas inconstitucional cuando “(1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales.”

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. 22 de enero de 2004.

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.”³⁹

Ahora bien, se propende es por llevar a cabo el cumplimiento que indica la Carta Magna, respecto de la garantía constitucional expresada en el artículo 2º: “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”, propendiendo por asegurar que todos los afectados puedan retornar al estado de cosas en que inicialmente se encontraban, mermando por obtener en todas las áreas dimensionales de la persona que ha padecido dicha cuestión atroz, una reparación integral propendiendo por su bienestar y buscando que no se vuelvan a presentar los perspicaces sucesos que dan origen a tan desagradable fenómeno existente aun en nuestra actualidad.

5.- Caso en concreto

Previo a desatar el presente recurso interpuesto por las accionadas, precisa el Despacho que en el caso *sub examine* los actores pretenden la responsabilidad e indemnización subsiguiente por parte de las entidades demandadas, con ocasión de las perforaciones que se llevaron a cabo en el inmueble de su propiedad causando daños irreparables al suelo. Situación que se desplegó mientras los aquí demandantes –propietarios del inmueble- se encontraban en el grave contexto del desplazamiento forzado llevado a cabo entre los años 2010 y 2014, como bien lo expresan en el libelo demandatorio:

*“Según información suministrada por mis prohijados y quienes son los actuales propietarios del lote de terreno identificado en el hecho primero de la demanda, la demandante María Inés Céspedes Torres y la anterior propietaria del inmueble la señora Ana Julia Tovar Martínez fueron desplazadas de su inmueble ante graves y constantes amenazas de grupos armados ilegales durante algunos lapsos de tiempo desde el año 2.008, periodos en los cuales las susodichas se ausentaban por periodos de uno o dos meses y posteriormente regresaban a su bien inmueble, y de forma definitiva fueron desplazadas desde el mes de enero de 2.010, siendo obligados a dejar la finca de su propiedad denominada legalmente ante registro y catastro como la Isla del Tesoro.
(...)*

*De acuerdo con lo informado por los demandante4s, una vez se dieron las condiciones de seguridad en la zona geográfica donde se encuentra ubicado en el inmueble descrito en el hecho primero de la demanda, los actores regresaron al inmueble de su propiedad, hecho que se (sic) sucedió el 20 de diciembre de 2.014”.*⁴⁰

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. 22 de enero de 2004.

⁴⁰ Fls. 5-7 c.1

Precisado lo anterior anterior procede el Despacho a pronunciarse en primer lugar sobre la excepción previa de. I) Falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad demandada – ECOPETROL-, y II) caducidad de la acción.

5.1.- De la excepción de legitimación en la causa por pasiva

Respecto de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva planteada por la apoderada de Ecopetrol S.A el Tribunal de instancia sostuvo:

*“El Despacho retoma la misma motivación que se expuso en la audiencia inicial anterior diciendo que le excepción presentada por Ecopetrol se allegó copia del otrosí No. 1 del contrato de asociación Quifa, del 25 de mayo de 2005. En la parte inicial del otrosí No. 1 se indicó que las partes estaban conformadas por Ecopetrol y la sociedad Meta Petroleum CORP, es decir, el contrato de asociación se suscribió para la exploración y explotación de hidrocarburos en el área denominada Quifa, por lo que si bien es cierto en la cláusula 10 del otrosí No.1 se indicó que el operador era Meta Petroleum, en este momento procesal no puede entenderse excluido Ecopetrol básicamente por ser una de las partes del mencionado contrato de asociación Quifa, lo cual lo legitima en la causa de hecho por pasiva, en este proceso”.*⁴¹

El demandado Ecopetrol S.A impetra recurso de apelación contra el auto que declaró no probada la excepción previa de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva en el entendido que:

“El Despacho desconoce la ley y el código de petróleos, que establecía en su momento, porque cambió a partir del 2004, que los hidrocarburos del Estado colombiano iban a ser administrados por Ecopetrol, es decir, que cuando Ecopetrol suscribe este contrato de asociación lo hace en virtud de que la ley le otorgó la administración de los recursos hidrocarburíferos del Estado colombiano, y en ese momento es la única forma, y otro modelo contractual pero que tiene la misma filosofía para que un particular pueda acceder al territorio y explotar el subsuelo; nosotros no somos parte en ese momento del contrato porque fue una voluntad y ejerció el principio de la autonomía de la voluntad, y estábamos ejerciendo una actividad asignada por la ley colombiana, y por esto, en estos contratos se firma y se crea la figura del operador.

*El operador es el que tiene el control total de todas y cada una de las actividades que se realizan en el territorio para extraer los hidrocarburos, Ecopetrol no va al territorio para extraer hidrocarburos, Ecopetrol no va al territorio para perforar pozos, no adquiere los derechos inmobiliarios para extraer el petróleo, Ecopetrol lo que hace aquí, es asignar unas áreas a un operador a un contratista que ejerce de manera libre, voluntaria y autónoma su actividad, ejerce obligación legal de asignar áreas, y eso fue lo que paso aquí, y el contrato aportado dentro del proceso aparece lo que yo les estoy manifestando”.*⁴²

Ahora bien, teniendo en cuenta que en el presente caso, se demanda por los daños y perjuicios causados a los demandantes, con ocasión a las obras realizadas en el predio “La Isla del Tesoro”, que trajo como consecuencia daños irreparables al suelo, según el informe del estudio

⁴¹ Audiencia Inicial 5/04/2018 (CD. Min. 29:09-30:30)

⁴² Audiencia inicial 5/04/2018 (CD. Min. 30:40-33:04)

profesional realizado en dicho bien y lo manifestado por la parte actora, cuando los demandantes pasaban por una situación de desplazamiento forzado.

Encuentra probado el Despacho, que de conformidad con el contrato de asociación OTROSÍ No.1 AL CONTRATO DE ASOCIACIÓN QUIFA, que como bien lo dijo el *a-quo*, celebraron ECOPETROL S.A, y META PETROLEUM LTDA el 25 de mayo de 2005, para la exploración y explotación de hidrocarburos en el área denominada QUIFA, es evidente que Ecopetrol S.A, es una de las partes del contrato anteriormente descrito, ya que realizaba la perforación de los pozos Quifa 15 y RB-351, en consecuencia de ello se vio afectado el predio “*La Isla del Tesoro*” según los demandantes.

Con base en lo expuesto es claro para el Despacho, que *prima facie* no es predicable la falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de Ecopetrol S.A, ya que sólo sería prospera si es evidente desde un comienzo la ausencia de imputación fáctica por parte de la demandada; por lo que este Despacho considera que es necesario escuchar el debate probatorio dentro del proceso de la referencia para así determinar si es posible predicar la posible imputación del eventual daño probado a esta entidad demandada. De manera que, este Despacho procederá a confirmar la decisión recurrida proferida por el Tribunal de instancia, denegando la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de Ecopetrol S.A.

5.2.- Excepción de caducidad

En audiencia inicial del 5 de abril de 2016, el Magistrado Ponente, llegó a la conclusión de que no se encontraba probada la excepción de caducidad presentada por la parte pasiva, puesto que al valorar las situaciones fácticas que se enmarcan en graves violaciones a derechos humanos, el fenómeno jurídico de caducidad debe ser resuelto hasta la sentencia, garantizando así el acceso a la administración de justicia, si bien en el presente asunto no se centra el daño respecto del desplazamiento forzado, sí deriva que no pudo tener conocimiento del mismo por esta situación.

Al respecto encuentra esta Corporación que en el presente caso, y para efectos de imputar responsabilidad a las entidades demandadas, el daño posiblemente alegado consiste en que los demandantes padecieron daños y perjuicios, tal y como es el caso de las perforaciones para la explotación del mineral situado en su predio; con el desplazamiento forzado de sus tierras a que se vieron sometidos por las presuntas actuaciones de grupos armados ilegales, situación actual y existente del territorio colombiano, lo cual puede encuadrarse en un potencial asunto violatorio de derechos humanos, es por ello que existen dudas respecto de si el supuesto hecho generador del daño sería objeto de definirlo como una factible conducta de lesa humanidad o no, situación que se puede ir vislumbrando a lo largo del proceso y definido en una decisión de fondo del asunto.

En este sentido, el Despacho indica que conforme al marco jurídico arriba expuesto y siendo claro que al Juez Contencioso Administrativo le corresponde ser garante de la vigencia de los Derechos Humanos de conformidad con la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho y siguiendo, para el efecto, el control de convencionalidad obligatorio para todas las autoridades jurídicas internas; se tiene que en el presente caso se verifican algunos elementos de juicio como que: se trató de i) un desplazamiento forzado, ii) producido en contra de miembros de la población civil, y iii) perpetrada por presuntos miembros de un grupo armado insurgente (tal como lo indica la parte actora).

Tales referentes fácticos llevan a considerar que hay lugar a plantear una duda objetiva sobre la caducidad del medio de control, en tanto que en esta prematura instancia procesal no puede negarse ni afirmarse de manera certera la posible configuración de un acto de lesa humanidad cometido en perjuicio de los acá demandantes.

Por consiguiente, queda claro que la Corporación vela porque prevalezcan las garantías al debido proceso, al acceso real y efectivo a la administración de justicia, consolidados en los principios de índole convencional e interno del ordenamiento jurídico, lo que permite el respeto y garantía de los derechos de la parte cuando considere que los mismos han sido vulnerados o se encuentran bajo amenaza.

En este sentido, y para efectos de un completo análisis de la temática que nos ocupa, resulta incuestionable que el Juez Administrativo que estudie y resuelva el litigio, debe romper los senderos del mero causalismo⁴³, e incorporarse dentro de las técnicas garantistas de la imputación objetiva⁴⁴.

Técnica garantista, esta, que marcan la diferencia entre la responsabilidad entre particulares, de aquella en la cual el victimario puede ser el Estado, o sus agentes, en virtud de su posición jurídica (exigencia de deberes normativos positivos), esto en procura de consolidar la verdad, la justicia y la reparación integral, en consonancia con la eficacia de la protección de los derechos

⁴³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática". En: BREWER CARÍAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (Autores). Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, 1 ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Págs. 175-181.

⁴⁴ Puede verse: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática". En: BREWER CARÍAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (Autores). Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, 1 ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Pág. 197 – 214. La afirmación de la teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado es sostenida recientemente por Gil Botero en los siguientes términos: "La teoría de la imputación objetiva resulta pertinente para la solución de los problemas a los que se enfrenta la responsabilidad patrimonial a la hora de analizar el mal llamado "nexo causal" y los problemas de incertidumbre que de él se desprenden. Por esta razón es innegable que la mencionada construcción teórica permite, mediante los instrumentos conceptuales examinados, aliviar o solucionar la dificultad a la que se enfrenta el operador jurídico a la hora de establecer cuándo y en qué eventos un daño es producto del obrar de un determinado sujeto de derecho, además de ser una teoría con vocación de generalidad aplicable a todos los escenarios que se presentan en sede de la responsabilidad extracontractual de la administración pública". (Negrilla y subrayado fuera del texto). GIL BOTERO, Enrique. "La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia." En: BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge (Editores). La Filosofía de la Responsabilidad Civil. Estudios sobre los fundamentos filosóficos – jurídicos de la Responsabilidad civil extracontractual. 1° ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Agosto 2013. Págs. 473-511.

convencional y constitucionalmente garantizados (según la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)⁴⁵, y de lograr el verdadero efecto preventivo del instituto de la responsabilidad.

Así las cosas, sólo resta reiterar que en el caso de autos se confirmará en este aspecto, el proveído dictado por el Tribunal de instancia que declaró no probada la excepción de caducidad del medio de control de reparación directa, puesto que, se hace necesario verificar con certeza si se configuró (o no) un supuesto de lesa humanidad a partir de los hechos formulados por los actores en su petitorio, y los demás esquemas de duda que han surgido en el *sub lite*.

Finalmente, se resalta que la presente decisión encuentra respaldo jurídico sustantivo convencional y constitucional, como garantía del acceso efectivo y material a la administración de justicia así como en los derechos a las garantías judiciales y a un recurso judicial efectivo en casos de violaciones de Derechos.

En este orden de ideas, y teniendo en consideración lo expuesto a lo largo de esta providencia, se advierte que el caso - y en este estado de la actuación judicial- sometido a un análisis sumario de la información que reposa en el escrito de demanda, así como en la alzada, encuentra diversos elementos de juicio que le llevan a sostener que los hechos materia del caso por el presunto desplazamiento forzado de los habitantes del predio “Isla del Tesoro” y demás hechos integrantes del proceso, podrían llegar a ser constitutivos de actos de lesa humanidad, operando, como consecuencia la regla de la imprescriptibilidad del medio de control en este preciso asunto.

No obstante, dada la instancia procesal en la que tiene lugar este pronunciamiento, el Despacho señala que corresponderá al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a lo largo del trámite de la primera instancia, verificar con plena certeza la ocurrencia de los elementos fácticos y jurídicos sobre los cuales se cimenta el hipotético acto de lesa humanidad, así como determinar si su acaecimiento se comprende o no dentro de las reglas de la imprescriptibilidad propias a este tipo de actos, o, por el contrario, debe ajustarse a las reglas ordinarias para el cómputo de la caducidad con los elementos de juicio para llegar a determinar una decisión de fondo.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

⁴⁵ Véase: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros”, trabajo de investigación suministrado por el autor.

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión del 05 de abril de 2018 adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B que declaró no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva de Ecopetrol S.A., y de caducidad del medio de control de reparación directa, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Kapl/4C+3CDS