

RECURSO DE APELACIÓN – Contra decisión que rechazó la demanda al no haber sido corregida en debida forma: por no haber adecuado el poder / DERECHO DE POSTULACIÓN – Se debe comparecer al proceso por conducto de abogado inscrito / PODERES – Marco normativo / PODER ESPECIAL – Especificidad / INSUFICIENCIA DE PODER – El otorgado no faculta al apoderado para demandar el acto principal, tan solo el que resolvió el recurso / ACTO DEMANDABLE – Lo es el que impone la sanción / RECHAZO DE LA DEMANDA – Por no haber sido subsanada oportunamente

Como puede apreciarse, dicha norma [artículo 74 del Código General del Proceso] establece que en los poderes especiales, se deben determinar claramente los asuntos para los cuales fue otorgado y, el apoderado no puede ir más allá de las facultades otorgadas en el mismo. Ahora bien, a folio 1 del expediente obra el poder otorgado por el señor Santiago Rojas Maya al abogado Jorge Iván Acuña Arrieta, para que en su nombre y representación “[...] instaure la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la Resolución No. 300-002398 del 23 de junio de 2017 y las actuaciones judiciales que se generen dentro de la misma [...]”. El a quo, luego de advertir que las pretensiones de la demanda están encaminadas a obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 300-005871 del 22 de diciembre de 2016 y 300-002398 del 23 de junio de 2017, mediante auto 22 de junio de 2018 inadmitió la demanda con miras a que el apoderado judicial de la parte actora adecuara dicho poder, el cual, como se dijo en el párrafo anterior, fue conferido únicamente para demandar la Resolución 300-002398 de 23 de junio de 2017. Cabe poner de relieve que dicha decisión no fue objeto de recurso, lo que significa que el apoderado judicial de la parte actora consintió en la existencia de tal irregularidad; además, con el escrito de subsanación no allegó un nuevo poder y reiteró que con la demanda pretende la nulidad del acto que resolvió el recurso, mas no el acto principal por medio del cual se sancionó al señor Santiago Rojas Maya, [...] En este contexto, la Sala pone de relieve que, como bien lo indicó el a quo “[...] la eventual declaratoria de nulidad de la Resolución 300-002389 que resuelve el recurso interpuesto contra la Resolución 300-005871, no dejaría sin efectos el acto administrativo inicial (Resolución No 300-005871) que impone la sanción, es decir que conservaría su principio de presunción de legalidad, por lo que la sanción quedaría en firme [...]”. Lo anterior, en razón a que, con la declaratoria de nulidad del acto administrativo que resuelve un recurso, no se dejaría sin efectos el acto principal, por cuanto éste continuaría surtiendo efectos, dada su presunción de legalidad que lo ampara. Contrario sensu, al declarar la nulidad del acto principal, y si éste fue objeto de recursos, se entienden nulitados tales recursos, conforme lo dispone el artículo 163 del CPACA, de allí la necesidad de demandar el acto principal.

RECURSO DE APELACIÓN – Contra decisión que rechazó la demanda al no haber sido corregida en debida forma: allegar la constancia de notificación de los actos acusados / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Cómputo / CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Es un requisito de la demanda necesario para determinar la caducidad / RECURSO DE APELACIÓN – No es el momento para subsanar las falencias de la demanda inadmitida y luego rechazada / RECHAZO DE LA DEMANDA – Por no haber sido subsanada oportunamente

[L]a parte actora, debía allegar al proceso la constancia de notificación de la Resolución 300-002398 de 23 de junio de 2017, acto demandando; sin embargo omitió dicha carga procesal, aun cuando el a quo en el auto inadmisorio de la demanda lo requirió para que anexara la misma. Cabe poner de relieve, que el

Expediente No. 25-000-23-41-000-2017-01758-01
Actor: SANTIAGO ROJAS MAYA
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

apoderado judicial de la parte actora, junto con el recurso de apelación, objeto del presente pronunciamiento, anexó la constancia de notificación que obra a folio 118 del expediente, en la que se indica que “[...] la entrega del aviso de notificación número [...] acompañado de copia íntegra de la Resolución No. 300-002398 del 23/06/2017, que se realizó el día 11 de julio de 2017, en consecuencia, la notificación al señor Darío Laguado Monsalve en su calidad de apoderado del señor Santiago Rojas Maya, quedó surtida el día 12 de julio de 2017 [...] Esta constancia se expide el día 14/07/2017 [...]”. Al respecto, cabe resaltar que dicha constancia fue expedida el 14 de julio de 2017 y, que la demanda fue radicada el 2 de noviembre del mismo año; significa lo anterior que la parte actora pudo, junto con el libelo de demanda o, aún, en el escrito de subsanación, aportar la misma, para que el a quo pudiese realizar el conteo de la caducidad del medio de control; sin embargo, omitió cumplir dicha carga procesal. Por lo que la presentación de tal constancia con el recurso de apelación, resulta a todas luces extemporánea.

NOTA DE RELATORÍA: Ver providencias Consejo de Estado, Sección Primera, de 29 de julio de 2010, Radicación 25000-23-24-000-2008-00372-00, María Claudia Rojas Lasso; 1 de agosto de 2013, Radicación 15001-23-33-000-2013-00040-01, C.P. Guillermo Vargas Ayala; y 25 de enero de 2018, Radicación 11001-03-24-000-2016-00281-00, C.P. Hernando Sánchez Sánchez; y de la Corte Constitucional, C-086 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 74 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 160 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 163 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 164 NUMERAL 2 LITERAL D / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 306

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

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

Radicación número: 25000-23-41-000-2017-01758-01

Actor: SANTIAGO ROJAS MAYA

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Referencia: Recurso de apelación contra auto que rechaza la demanda

La Sala procede a decidir el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte actora en contra del auto de 25 de junio de 2018, proferido por la Subsección “B” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de

Expediente No. 25-000-23-41-000-2017-01758-01
Actor: SANTIAGO ROJAS MAYA
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Cundinamarca¹, mediante el cual se rechazó la demanda de la referencia, al considerar que la misma no fue corregida dentro del término conferido para el efecto.

I. Antecedentes

Mediante escrito presentado el 2 de noviembre de 2017 ante la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca², el señor **Santiago Rojas Maya**, a través de apoderado judicial e invocando el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, presentó demanda en contra de la **Superintendencia de Sociedades**, en la cual elevó las siguientes pretensiones:

“[...]

PRIMERA.- Que se declare la Nulidad de la Resolución No. 300-005871 del 22 de diciembre de 2016, por medio de la cual se sancionó al señor Santiago Rojas Maya liquidador de la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda., Liquidada.

SEGUNDA.- Que se declare la Nulidad de la Resolución No. 300-002398 del 23 de junio de 2017, providencia que resolvió confirmar la resolución número 300-005871 del 22 de diciembre de 2016.

TERCERA.- Que como consecuencia de la declaración de nulidad de las Resoluciones No. 300-005871 del 22 de diciembre de 2016 y No. 300-002398 del 23 de junio de 2017, se declare el restablecimiento de los derechos de mi representado, ordenando a la Superintendencia de Sociedades dejar sin efecto la inhabilidad para ejercer el comercio por el término de un año al doctor Santiago Rojas Maya.

CUARTA.- Que como consecuencia de la declaración de nulidad de las resoluciones en cita y a título de restablecimiento se ordene a la Superintendencia de Sociedades al pago de la reparación integral de los perjuicios morales y materiales causados la doctor Santiago Rojas Maya por el valor que resulte probado dentro del proceso con la correspondiente actualización y los intereses legales.

[...]”.

El expediente fue asignado, por reparto, al doctor Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón, Magistrado de la Subsección “B” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien mediante auto de 5 de febrero de 2018³, inadmitió la

¹ Integrada por los Magistrados Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón (ponente), Fredy Hernando Ibarra Martínez y Oscar Armando Dimaté Cárdenas.

² Folios 2 a 19

³ Folios 95-98

Expediente No. 25-000-23-41-000-2017-01758-01
Actor: SANTIAGO ROJAS MAYA
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

demanda, con miras a que la parte actora: i) estimara razonadamente la cuantía; ii) acreditara el agotamiento del requisito de procedibilidad respecto de la Resolución No. 300-005871 de 22 de diciembre de 2016 "por la cual se impone una sanción al liquidador de una sociedad y se adoptan otras determinaciones"; iii) allegara la constancia de notificación de los actos acusados; iv) adecuara el poder conferido, en tanto en el allegado con la demanda no se menciona la Resolución No. 300-005871 de 2016.

Mediante escrito presentado el 20 de febrero de 2018 en la Secretaría de la Sección Primera de dicha Corporación, el apoderado judicial de la parte actora⁴, manifestó subsanar la demanda en los siguientes términos:

[...]

1.- De la competencia:

[...]

Me permito informarle a su Despacho que mediante Resolución No. 300-002889 del 19 de mayo de 2011, la Superintendencia de Sociedades impuso una sanción al doctor Santiago Rojas Maya por la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$30.000.000), motivada en el presunto conflicto de intereses, suma que fue cancelada debidamente por el doctor Rojas.

De igual forma, mediante la Resolución No. 300-005871 del 22 de diciembre del 2016 la Superintendencia de Sociedades impuso una sanción al Dr. Santiago Rojas consistente en la inhabilidad por el término de un año para ejercer su profesión [...] Toda vez que el doctor Rojas Maya en su condición de Liquidador de la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda. Liquidada, percibía por el ejercicio de sus funciones una suma de CINCUENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$53.861.894,00) IVA incluido [...] la anterior cifra encuentra sustento probatorio en la certificación expedida por la profesional en contaduría pública, doctora [...] la cual aporto al presente documento [...].

2.- Requisito de Procedibilidad:

Manifiesto a su Despacho que en virtud del folio 80 del expediente, está consagrado en el Acta de Audiencia lo siguiente '(...) se pretende el pago de la reparación integral de los perjuicios causados al señor Santiago Rojas Maya; de igual manera dejar sin efectos la Resolución No. 300-002398 del 23 de junio de 2017, la cual resolvió confirmar la Resolución No. 300-005871 del 22 de diciembre de 2016, mediante la cual se sancionó a mi poderdante en su condición de liquidador de la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda. Liquidada (...)'. Por lo anterior, me permito reiterar que la solicitud de Nulidad versa sobre la Resolución No. 300-002398 del 23 de junio de 2017, y que al ser decretada dejaría sin

⁴ Folios 100-106

Expediente No. 25-000-23-41-000-2017-01758-01
 Actor: SANTIAGO ROJAS MAYA
 Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

efectos las actuaciones precedentes, tales como la Resolución del año 2016 entre otras.

3.- De la oportunidad para presentar la demanda:

Me permito aportar la constancia de publicación, notificación y ejecutoria de la Resolución No. 300-002398 del 23 de junio de 2017. La cual corresponde el día 13 de julio del 2017 [...] Le informamos a su Despacho que la solicitud de conciliación pre judicial se radicó ante la Procuraduría General de la Nación el día 26 de julio del 2017, fecha en que los términos no cuentan. La audiencia de conciliación pre judicial se realizó el día 15 de septiembre de 2017, es por lo que a partir del día 18 de septiembre continua el término de caducidad para la acción de nulidad y restablecimiento, equivalente a cuatro (4) meses. De igual forma, le manifestamos que (sic) presente demanda fue radicada ante este Corporación el día 18 de enero de 2018, siendo oportunamente presentada.

4.- Aptitud formal de la demanda:

De conformidad con el artículo 74 el Código General del Proceso, me permito manifestarle que la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho versa sobre la Nulidad de la Resolución No. 300-002398 del 23 de junio del 2017, la cual al declararse su nulidad dejaría sin efectos providencias administrativas tales como la Resolución 300-005871 del 2016.
 [...]”.

II. La providencia apelada

La Subsección “B” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante auto de 22 de junio de 2018⁵, dispuso el rechazo de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

“[...]”

1. Respecto a la estimación de la cuantía, se tendrá como subsanada, teniendo en cuenta que el valor supera los 300 salarios mínimos mensuales legales vigentes que determinan la competencia de las Tribunales en primera instancia [...].
2. Respecto a la conciliación prejudicial, se observa que si bien no se indicó con precisión en la solicitud presentada que se pretendía la nulidad no sólo del acto administrativo que resuelve los recursos - Resolución No. 300-002398 del 23 de junio de 2017-, sino también el que impuso la sanción correspondiente -Resolución No. 300-005871 del 22 de diciembre de 2016-, allí se hizo referencia a esos actos precedentes que conllevaron a la expedición del acto demandatorio que se refirió con pretensión de nulidad.

No obstante, frente al poder otorgado no puede realizarse el mismo análisis, toda vez que, a pesar de que el demandante afirme que con la

⁵ Folios 107-110

Expediente No. 25-000-23-41-000-2017-01758-01
Actor: SANTIAGO ROJAS MAYA
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

declaratoria de nulidad de la Resolución No. 300-002398 del 23 de junio de 2017 también se dejarían sin efectos los actos administrativos que le preceden, esto es el que impuso la sanción correspondiente, lo cierto es que no observa la disposición contenida en el numeral 1 del artículo 163 de la Ley 1437 de 2011, que señala concretamente [...] es decir, que la circunstancia prevista legalmente comprende los autos posteriores al acto sancionatorio que se demanda y no de forma contraria, esto, es, que se demanden los actos que resuelven los recursos procedentes respecto de la sanción impuesta y por ende se presuman también demandados los precedentes. En este sentido la eventual declaratoria de nulidad de la Resolución 300-002389 que resuelve el recurso interpuesto contra la Resolución 300-005871, no dejaría sin efectos el acto administrativo inicial (Resolución No 300-005871) que impone la sanción, es decir que conservaría su principio de presunción de legalidad, por lo que la sanción quedaría en firme. En el caso contrario, la eventual nulidad del acto inicial dejaría sin efecto el acto que resolvió el recurso interpuesto.

En suma, se entenderá por no subsanado el yerro referente a la adecuación al poder advertido en el Auto de inadmisión de la demanda, toda vez que la parte demandante no adecuo el poder como se le advirtió en dicho Auto.

- 3. Por último, en lo relacionado con la constancia de notificación que se le exigió que allegara para poder realizar el conteo de los términos de caducidad, se advierte que el accionante allegó con el escrito de subsanación la constancia de ejecutoria de los actos administrativos que son objeto de la solicitud de nulidad, pero no de la constancia de notificación que es lo que se requiere para poder realizar el conteo de los términos y determinar si ha operado o no la caducidad del medio de control respecto de esos actos. [...] por tanto para contabilizar el término de caducidad, y cumplir con el presupuesto de oportunidad para demandar atendiendo a lo dispuesto en el artículo 164, numeral 2, literal d) se hace necesario contar con la constancia de notificación del acto administrativo particular demandado como se expresó en el auto inadmisorio, por lo que al no haber sido presentado por el demandante no se subsanó en debida forma la demanda.*

[...]

En consecuencia la demanda será rechazada de conformidad con lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 169 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que la parte actora no cumplió con la carga procesal que le correspondía.

[...]”.

III. Fundamentos del recurso de apelación

El apoderado judicial de la parte actora, con fecha 3 de julio de 2018, presentó recurso de apelación en contra del auto de 22 de junio del mismo año, indicando, para el efecto, lo siguiente:

*[...] no se comparte la apreciación del despacho respecto a **que el poder otorgado debía hacer relación a todos los actos administrativos**, pues se tiene que en estricto sentido, el artículo 163 del C.P.A.C.A. del cual hace alusión el despacho para rechazar la demanda y que debe ser estudiado en armonía con (sic) artículo 162 de la misma codificación normativa [...] hace referencia a los requisitos de la demanda, **mas no al poder en sí mismo** que se otorgar (sic) para iniciar el medio de control [...] el defecto que el despacho considera para rechazar la demanda se podía subsanar o se puede subsanar en la audiencia inicial tal como lo contempla el artículo 74 del Código General del Proceso [...].*

*[...] el auto interlocutorio objeto de recurso se encuentra viciado puesto que se incurre en un defecto **material o sustantivo** porque se realizó una interpretación contraevidente -interpretación contra legem-, irrazonable o desproporcionada que atenta con los intereses del demandante, un **defecto fáctico** puesto que el auto interlocutorio no se encuentra amparado por un criterio de objetividad y legalidad, así mismo, en un **defecto procedimental** puesto que se violan los derechos fundamentales, como el acceso a la justicia (art. 229 de la C.N.) al negar el derecho sustancial [...].*

*[...] si bien se advirtió en su momento por el despacho de conocimiento que podía existir (sic) según el despacho un defecto que la ley no contempla (artículo 1 y 74 de C.G.P.), **no es menos cierto que las pretensiones de la demanda están debidamente determinadas e individualizadas en el escrito de demanda (escrito de demanda título segundo 2 'pretensiones de la demanda')**, también lo es que dicha irregularidad en el poder no es suficiente para que la demanda sea rechazada, más cuando no se presentó memorial de corrección, puesto que por mandato legal se entiende que los dos actos administrativos fueron demandados.*

[...]

Se suma a los anteriores argumentos que el despacho consideró que el poder no se entendía subsanado, toda vez que el artículo 163 del CPACA indica que 'si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que lo resolvieron'. Pero que esta circunstancia no opera de forma contraria, sin embargo, no debió el despacho rechazar la demanda, pues el ordenamiento jurídico permite al juez suplir la ausencia de regulaciones o lagunas legislativos (sic) como la que nos ocupa, pues debe colmarlos el intérprete según el caso con base en la analogía o en los principios generales del derecho. Toda vez que se trata de dos situaciones similares por lo que la segunda de ellas no debe ser penada con dicha sanción.

Ahora bien, respecto al segundo de los argumentos que esbozó el despacho para rechazar la demanda, esto es, que no se allegó el acta de notificación de los actos administrativos objeto de demanda, debe decirse que este apoderado anexó la constancia de ejecutoria del acto administrativo, que indica que el acto cobró ejecutoria el día 13 de julio de 2017, esto es, un día después de que quedara surtida la notificación, que data del 12 de julio de 2017, lo cual evidencia que la fecha aportada como subsanación en efecto es la misma con la que se subsanó la demanda como se puede evidenciar en los documentos que se anexan a este escrito.

[...]

Lo anterior quiere decir que, aun si no se hubiese interrumpido el término de caducidad con la solicitud de conciliación, la demanda fue presentada dentro del término legal lo que además de haberse subsanado, se evidencia de bulto. Además, cabe anotar que, en relación con la Copia de Constancia de Notificación del Acto, no sería procedente la causal de rechazo ya que el mismo artículo permite que se accione con la Notificación, Comunicación o Ejecución del Acto, por lo cual si en el sumario se puede inferir cualquiera de esta (sic) circunstancia esa sería la fecha a tener en cuenta para los efectos de la Caducidad.

[...].”

El *a quo*, mediante auto de 17 de julio de 2018⁶, concedió el recurso de apelación y ordenó la remisión del expediente a esta Corporación.

IV. Consideraciones de la Sala

El señor **Santiago Rojas Amaya**, a través de apoderado judicial e invocando el ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, presentó demanda en contra de la **Superintendencia de Sociedades**, con miras a obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 300-005871 del 22 de diciembre de 2016 *“por la cual se impone una sanción al liquidador de una sociedad y se adoptan otras determinaciones”*, y 300-002398 del 23 de junio de 2017 *“por la cual se resuelve un recurso y un incidente de nulidad”*, actos administrativos expedidos por dicha Superintendencia.

El conocimiento del asunto le correspondió a la Subsección “B” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, autoridad judicial que, mediante auto de 22 de junio de 2018, dispuso el rechazo de la demanda al considerar que la parte demandante no había dado cumplimiento a lo ordenado en el auto inadmisorio de 5 de febrero de 2018, en el sentido de i) adecuar el poder conferido y ii) allegar al expediente la constancia de notificación de los actos acusados.

En contra de tal decisión, el apoderado judicial de la parte actora, interpuso recurso de apelación, objeto del presente pronunciamiento, en el que manifestó que la Subsección “B” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en un exceso ritual manifiesto, al rechazar la demanda, en

⁶ Folios 120-122

tanto el poder puede ser subsanado en cualquier etapa del proceso, y en razón a que, con la constancia de ejecutoria de los actos demandados, el *a quo* podía realizar el cómputo del término de caducidad y evidenciar que la misma había sido presentada oportunamente.

Así las cosas, son dos los problemas jurídicos a resolver: i) la formalidad del derecho de postulación; y ii) desde cuándo debe contarse el término de caducidad en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se pretende atacar actos administrativos particulares y concretos.

- Derecho de postulación

El artículo 160 del CPACA, dispone:

[...]

Artículo 160 Derecho de Postulación: *Quienes comparezcan al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa.*

[...].

Por su parte, el artículo 74 del Código General del Proceso, norma aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, dispone lo siguiente:

[...]

ARTÍCULO 74. PODERES. *Los poderes generales para toda clase de procesos solo podrán conferirse por escritura pública. El poder especial para uno o varios procesos podrá conferirse por documento privado. En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados.*

El poder especial puede conferirse verbalmente en audiencia o diligencia o por memorial dirigido al juez del conocimiento. El poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante juez, oficina judicial de apoyo o notario. Las sustituciones de poder se presumen auténticas.

[...]. (negrillas de la Sala)

Como puede apreciarse, dicha norma establece que en los poderes especiales, se deben determinar claramente los asuntos para los cuales fue otorgado y, el apoderado no puede ir más allá de las facultades otorgadas en el mismo.

Expediente No. 25-000-23-41-000-2017-01758-01
Actor: SANTIAGO ROJAS MAYA
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Ahora bien, a folio 1 del expediente obra el poder otorgado por el señor Santiago Rojas Maya al abogado Jorge Iván Acuña Arrieta, para que en su nombre y representación “[...] instaure la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la Resolución No. 300-002398 del 23 de junio de 2017 y las actuaciones judiciales que se generen dentro de la misma [...]”.

El *a quo*, luego de advertir que las pretensiones de la demanda están encaminadas a obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 300-005871 del 22 de diciembre de 2016 y 300-002398 del 23 de junio de 2017, mediante auto 22 de junio de 2018 inadmitió la demanda con miras a que el apoderado judicial de la parte actora adecuara dicho poder, el cual, como se dijo en el párrafo anterior, fue conferido únicamente para demandar la Resolución 300-002398 de 23 de junio de 2017.

Cabe poner de relieve que dicha decisión no fue objeto de recurso, lo que significa que el apoderado judicial de la parte actora consintió en la existencia de tal irregularidad; además, con el escrito de subsanación no allegó un nuevo poder y reiteró que con la demanda pretende la nulidad del acto que resolvió el recurso, mas no el acto principal por medio del cual se sancionó al señor Santiago Rojas Maya, al señalar que: “[...] la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho **versa sobre la Nulidad de la Resolución No. 300-002398 del 23 de junio del 2017**, la cual al declararse su nulidad dejaría sin efectos providencias administrativas tales como la Resolución 300-005871 del 2016 [...]” (negrilla de la Sala),.

Dicho argumento fue repetido en el escrito contentivo del recurso de apelación en los siguientes términos: “[...] el despacho consideró que el poder no se entendía subsanado, toda vez que el artículo 163 del CPACA indica que ‘si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que lo resolvieron’. Pero que esta circunstancia no opera de forma contraria, sin embargo, no debió el despacho rechazar la demanda, pues el ordenamiento jurídico permite al juez suplir la ausencia de regulaciones o lagunas legislativos (sic) como la que nos ocupa, pues debe colmarlos el intérprete según el caso con base en la analogía o en los principios generales del derecho. Toda vez que se trata de dos situaciones similares por lo que la segunda de ellas no debe ser penada con dicha sanción [...]”.

En este contexto, la Sala pone de relieve que, como bien lo indicó el *a quo* “[...] la eventual declaratoria de nulidad de la Resolución 300-002389 que resuelve el recurso interpuesto contra la Resolución 300-005871, no dejaría sin efectos el acto administrativo inicial (Resolución No 300-005871) que impone la sanción, es decir que conservaría su principio de presunción de legalidad, por lo que la sanción quedaría en firme [...]”.

Lo anterior, en razón a que, con la declaratoria de nulidad del acto administrativo que resuelve un recurso, no se dejaría sin efectos el acto principal, por cuanto éste continuaría surtiendo efectos, dada su presunción de legalidad que lo ampara. *Contrario sensu*, al declarar la nulidad del acto principal, y si éste fue objeto de recursos, se entienden nulitados tales recursos, conforme lo dispone el artículo 163 del CPACA, de allí la necesidad de demandar el acto principal.

Por las anteriores consideraciones, el auto recurrido será confirmado en tal aspecto.

- **La caducidad en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho**

En lo atinente al término para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa y, en tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el literal d), numeral 2° del artículo 164 del CPACA, dispone:

[...]

Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

[...]

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

[...]

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, **notificación**, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;

[...]” (negrilla del Despacho)

Expediente No. 25-000-23-41-000-2017-01758-01
 Actor: SANTIAGO ROJAS MAYA
 Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Alega el recurrente que “[...] este apoderado **anexó la constancia de ejecutoria del acto administrativo**, que indica que el acto cobró ejecutoria el día 13 de julio de 2017, esto es, un día después de que quedara surtida la notificación, que data del 12 de julio de 2017 [...]” (negrilla de la Sala), aun cuando en el auto inadmisorio de la demanda, se le requirió para que allegara la constancia de notificación de la Resolución 300-002398 de 23 de junio de 2017.

La Sala pone de relieve que el término de caducidad, en tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, inicia en su contabilización a partir del día siguiente de su **notificación**, así lo ha señalado esta Sección, entre otras, en providencia de 29 de julio de 2010⁷, que si bien fue proferida en vigencia del Decreto 01 de 1984, resulta aplicable al presente asunto. La decisión en mención indica:

*“[...] esta Sala ha sido enfática en manifestar que el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho inicia el día siguiente a la notificación del acto administrativo y no a la ejecutoria del mismo. Al respecto, mediante auto del 27 de marzo de 2008 (M.P. Marco Antonio Velilla Moreno) ésta Sala puso de presente: “Finalmente cabe resaltar que esta Corporación en reiterados pronunciamientos ha precisado que la notificación y ejecutoria no son instituciones procesales sinónimas y en este caso el artículo 136 del C.C.A. es diáfano en establecer **el término de caducidad a partir de la notificación del acto acusado**. Luego, si la desafijación del edicto se produjo el 15 de noviembre de 2006, en dicho día se surtió legalmente la notificación de la decisión acusada, por lo que su impugnación a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho debió hacerse a mas tardar el 16 de marzo de 2007 y no el 22 de marzo siguiente, como efectivamente ocurrió.”*

[...]. (negrilla de la Sala)

Posición de la Sala, reiterada en providencia de 1º de agosto de 2013, con ponencia del doctor Guillermo Varas Ayala⁸, en los siguientes términos:

[...]

*Ha sostenido esta Corporación que en un acto común (no general) en el que se definen situaciones individuales de varias personas; para efectos de contabilizar los términos de caducidad se atiende a la forma como se haya notificado cada uno, es decir, **se cuenta a partir de la notificación***

⁷ Consejo de Estado, Sección Primera, Consejera ponente: María Claudia Rojas Lasso, 29 de julio de 2010, Radicación número: 25000-23-24-000-2008-00372-01, Actor: HOSPIRA LIMITADA, Demandado: Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento (en liquidación)

⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala, 1º de agosto de 2013, Radicación número: 15001-23-33-000-2013-00040-01, Actor: Estación de Servicio La Isla Ltda., Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Expediente No. 25-000-23-41-000-2017-01758-01
 Actor: SANTIAGO ROJAS MAYA
 Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

*individual; si fue personal será ésta y no la común que se hizo por edicto. Así las cosas, **no se tiene en cuenta el día de la ejecutoria del acto**, sino el de la notificación a cada uno de los afectados.*

[...]. (negrilla fuera de Texto)

Igualmente, en providencia de 25 de enero de 2018 con ponencia del doctor Hernando Sánchez Sánchez⁹, se precisó:

“[...]

*En ese sentido, se reitera que la Sección Primera de esta Corporación mediante auto de 17 de agosto de 2017¹⁰, al resolver un caso análogo, sostuvo que **para efectos de contabilizar el término oportuno para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho**, previsto en el literal d) del numeral segundo del artículo 164 de la Ley 1437, se debía entender que el plazo señalado era de meses y, por lo tanto, **se debía empezar a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto administrativo que puso fin a la actuación administrativa**, sin importar si ese día es hábil o no.*

[...]. (negrillas del Despacho)

Así las cosas, la parte actora, debía allegar al proceso al constancia de notificación de la Resolución 300-002398 de 23 de junio de 2017, acto demandando; sin embargo omitió dicha carga procesal, aun cuando el *a quo* en el auto inadmisorio de la demanda lo requirió para que anexara la misma.

Cabe poner de relieve, que el apoderado judicial de la parte actora, junto con el recurso de apelación, objeto del presente pronunciamiento, anexó la constancia de notificación que obra a folio 118 del expediente, en la que se indica que “[...] *la entrega del aviso de notificación número [...] acompañado de copia íntegra de la Resolución No. 300-002398 del 23/06/2017, que se realizó el día 11 de julio de 2017, en consecuencia, la notificación al señor Darío Laguado Monsalve en su calidad de apoderado del señor Santiago Rojas Maya, quedó surtida el día 12 de julio de 2017 [...] Esta constancia se expide el día 14/07/2017 [...]*”.

Al respecto, cabe resaltar que dicha constancia fue expedida el 14 de julio de 2017 y, que la demanda fue radicada el 2 de noviembre del mismo año; significa lo

⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero ponente: Hernando Sánchez Sánchez, 25 de enero de 2018, Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00281-00, Actor: Servientrega S.A., Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Primera. Auto de 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00280-00. Actora: SERVIENTREGA S.A. M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

Expediente No. 25-000-23-41-000-2017-01758-01
Actor: SANTIAGO ROJAS MAYA
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

anterior que la parte actora pudo, junto con el libelo de demanda o, aún, en el escrito de subsanación, aportar la misma, para que el *a quo* pudiese realizar el conteo de la caducidad del medio de control; sin embargo, omitió cumplir dicha carga procesal. Por lo que la presentación de tal constancia con el recurso de apelación, resulta a todas luces extemporánea.

Por todo lo anterior, es claro que la parte demandante, no cumplió con las cargas procesales que los artículos 160, 162, 163 y 166 CPACA imponen para el efectivo ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; aun cuando, a través del auto inadmisorio de la demanda el *a quo* le puso de presente las falencias de que adolecía el libelo introductorio.

En efecto, la parte actora, tuvo la oportunidad de adecuar el poder conforme a lo dispuesto en los artículos 160 del CPACA y 74 del CGP; y allegar la constancia de notificación del acto acusado, que, como ya se indicó, estaba en su poder mucho antes de la presentación de la demanda; sin embargo, omitió dicha carga procesal. En tal sentido, lo Corte Constitucional, en la Sentencia C-086 de 2016¹¹, precisó:

“[...] el proceso, como mecanismo a través del cual se materializa el derecho de acceso a la administración de justicia, inexorablemente conlleva la existencia de ciertas obligaciones de índole procesal o sustancial que la ley puede distribuir entre las partes, el juez o incluso terceros intervinientes, ya sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite procesal, proteger a las mismas partes e intervinientes o bien para prevenir situaciones que impliquen daño o perjuicio injustificado a todos o algunos de ellos. Teniendo en cuenta que el ejercicio de todos los derechos y libertades reconocidos en la Constitución implica responsabilidades, ello no es más que una concreción del mandato previsto en el artículo 95-7 de la Carta Política, según el cual son deberes de la persona y del ciudadano ‘colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia’.

5.2.- La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, recogida en varias ocasiones por la Corte Constitucional, ha establecido la diferencia entre deberes, obligaciones y cargas procesales, en los siguientes términos:

“Son deberes procesales aquellos imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que miran, unas veces al Juez (Art. 37 C. de P. C.), otras a las partes y aun a los terceros (Art. 71 ib.), y su incumplimiento se sanciona en forma diferente según quien

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 24 de febrero de 2016, Expediente D-10902, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 167 (parcial) de la ley 1564 de 2012, “por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”, Accionantes: Alejandro José Peñarredonda Franco y Helena Carolina Peñarredonda Franco, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio

Expediente No. 25-000-23-41-000-2017-01758-01
 Actor: SANTIAGO ROJAS MAYA
 Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

sea la persona llamada a su observancia y la clase de deber omitido (arts. 39, 72 y 73 ibídem y Decreto 250 de 1970 y 196 de 1971). Se caracterizan porque emanan, precisamente, de las normas procesales, que son de derecho público, y, por lo tanto, de imperativo cumplimiento en términos del artículo 6° del Código.

Las obligaciones procesales son, en cambio, aquellas prestaciones de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, como las surgidas de la condena en costas que, según lo explica Couture, obedecen al concepto de responsabilidad procesal derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. “El daño que se cause con ese abuso, dice, genera una obligación de reparación, que se hace efectiva mediante la condenación en costas”. (“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, número 130).

Finalmente, las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso.

Como se ve, las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa”. (Subrayado fuera del texto).

Una característica de las cargas procesales es entonces su carácter potestativo (a diferencia de la obligación procesal), de modo que no se puede constreñir a cumplirla. Una característica es que la omisión de su realización ‘puede traer consecuencias desfavorables para éste, las cuales pueden ir desde la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal hasta la pérdida del derecho material’. En palabras ya clásicas, ‘la carga funciona, diríamos, à double face; por un lado el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar; en ese sentido es una conducta de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo algo así como el riesgo de no contestar, de no probar, de no alegar. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla en el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones. Así configurada, la carga es un imperativo del propio interés’.

5.3.- La Corte ha señalado en forma insistente que evadir el cumplimiento de las cargas procesales no es un criterio avalado por la jurisprudencia constitucional, en la medida en que el desconocimiento de las responsabilidades de las partes en el proceso atentaría contra los mismos derechos que dentro de él se pretenden proteger y llevaría por el contrario a la inmovilización del aparato encargado de administrar justicia. Autorizar libremente el incumplimiento de las cargas procesales llevaría al absurdo de permitir que se propenda por perseguir intereses a través de la jurisdicción sin limitaciones ni restricciones procesales, incluso

Expediente No. 25-000-23-41-000-2017-01758-01
Actor: SANTIAGO ROJAS MAYA
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

alegando la propia culpa o negligencia, lo que desde luego rechaza la jurisprudencia constitucional.

[...]. (negrillas y subrayas de la Sala)

Así las cosas, no le asiste la razón al recurrente, cuando manifiesta que el *a quo* incurrió en un exceso ritual manifiesto, en tanto que, como lo indicó la Corte Constitucional, el cumplimiento de las cargas procesales son un requisito *sine qua non* para el efectivo desarrollo del proceso y la materialización del derecho al acceso a la justicia.

Por todo lo anterior, la Sala confirmará el auto de 25 de junio de 2018, por medio del cual, la Subsección “B” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, rechazó la demanda mencionada en la referencia, por no haberse subsanado conforme a lo ordenado en el auto inadmisorio de la misma.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR el auto de 25 de junio de 2018, por medio del cual, la Subsección “B” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó la demanda de la referencia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- En firme esta decisión devuélvase al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado

Presidente

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Consejero de Estado

Expediente No. 25-000-23-41-000-2017-01758-01
Actor: SANTIAGO ROJAS MAYA
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado