

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Nulidad Simple

Expediente: 11001 03 24 000 **2018 00016** 00

Demandantes: Juan Pablo Pantoja Ruiz y Santiago Camilo Cuadros Carrascal

Demandados: Nación – Presidencia de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Defensa Nacional

AUTO

Estando el expediente al Despacho para decidir sobre la fijación del litigio y las pruebas, el Despacho advierte que debe pronunciarse sobre una excepción previa advertida de oficio en el trámite del presente proceso judicial, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

I. ANTECEDENTES

1.1. Los ciudadanos Santiago Camilo Cuadros Carrascal y Juan Pablo Pantoja Ruíz, actuando en nombre propio, promovieron demanda en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 135 del CPACA, por medio de la cual pretenden la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 1º (numeral 1.2) y 6 del Decreto 4890 de 2011, "*Por el cual se modifica parcialmente la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y se dictan otras disposiciones*", expedido por el Ministerio de Defensa Nacional.

1.2. Mediante auto del 13 de marzo de 2019, se adecuó el medio de control al de nulidad simple previsto en el artículo 137 del CPACA, se admitió la demanda y se ordenó notificar al Presidente de la República, al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al Ministro de Defensa Nacional, al Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado¹. Así mismo, se advirtió el deber de la entidad demandada de allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes del acto acusado.

1.3. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público² y el Ministerio de Defensa Nacional³, por intermedio de apoderado judicial, contestaron la demanda, y no propusieron excepciones previas o mixtas.

1.4. La apoderada del Presidente de la República contestó la demanda⁴ y planteó la excepción previa que denominó "*Indebida representación de la Nación*".

¹ Cuaderno principal, folios 32 a 34.

² *Ibíd*em, folios 48 a 52.

³ *Ibíd*em, folios 56 a 66 y 87 a 107.

⁴ *Ibíd*em, folios 68 a 75.

1.5. De conformidad con el párrafo 2º del artículo 175 del CPACA, la Secretaría de la Sección Primera corrió traslado de excepciones por 3 días, término dentro del cual la parte actora allegó escrito describiendo el traslado⁵.

1.6. Mediante providencia de 21 de julio de 2021⁶, se negó la solicitud de acumulación del presente proceso al expediente bajo radicado No. 11001 03 24 000 2017 00241 00 que cursa en el Despacho de la Magistrada Nubia Peña Garzón. En esta misma providencia se requirió a la parte demandada para que allegara los antecedentes administrativos del Decreto núm. 4890 de 23 de diciembre de 2011.

1.7. El Ministerio de Defensa Nacional, en cumplimiento del anterior requerimiento, aportó vía correo electrónico el 20 de agosto de 2021⁷ los antecedentes administrativos del acto acusado.

1.8. Por auto de 19 de septiembre de 2022, el Despacho negó la prosperidad de la excepción denominada indebida representación de la Nación alegada por la apoderada de la Presidente de la República⁸.

II. CONSIDERACIONES

Previo a resolver sobre la fijación del litigio, el Despacho declarará de oficio la excepción previa prevista en el numeral 10 del artículo 100 del Código General del Proceso, denominada "*No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar*"; con el fin de garantizar el derecho a la defensa (artículo 29 constitucional) y a la proposición de excepciones en la contestación a la demanda a todas las partes por ley deben comparecer al proceso.

Sea lo primero advertir que los medios exceptivos son una herramienta con la que cuenta el demandado para ejercer sus derechos de contradicción y defensa durante el trámite procesal. Así, el Legislador previó tres (3) tipos, a saber, las previas, las mixtas y las de fondo.

La última, es decir, las de fondo, son aquellas que tienen por objeto controvertir las pretensiones en que se funda el libelo introductorio y, por lo tanto, deben ser resueltas al momento de proferir sentencia, pues con ella se controvierte el derecho sustancial que se reclama vía jurisdiccional.

Por su parte, las excepciones previas y mixtas tienen como finalidad sanear el proceso en su parte inicial en aras de evitar pronunciamientos inhibitorios, o en caso contrario, terminarlo cuando las falencias tengan tal connotación que sean insuperables.

Ahora bien, el carácter mixto se explica en que pueden proponerse para sanear el proceso, y además atacar el medio de control, por lo que pueden, eventualmente, ser resueltas en la sentencia definitiva, siempre

⁵ *Ibidem*, folios 119 a 128.

⁶ Visto en el índice No. 23 del expediente de la referencia en la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del Consejo de Estado SAMAI.

⁷ *Ibidem*, índice No. 31 SAMAI.

⁸ *Ibidem*, índice No. 35 SAMAI

que el juez carezca de los suficientes elementos para resolverla en la oportunidad correspondiente. De igual forma, el numeral 3 del artículo 42 de la Ley 2080 establece que, en cualquier estado del proceso, cuando el juzgador encuentre probadas las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, podrá dictar sentencia anticipada.

Vistas así las cosas, y entendiendo que las excepciones previas y las mixtas buscan atacar el ejercicio del medio de control al existir inconsistencias en la forma en la que fue presentada la demanda, se advierte que la finalidad de este tipo de herramientas es sanear los mencionados vicios en aras de evitar una decisión inhibitoria o, en su defecto, impedir la continuación del proceso en caso de que la naturaleza de las citadas falencias no permita su trámite. Es decir, se refieren a situaciones acontecidas de manera previa a que se trabé la *Litis*, momento éste en el cual existe una verdadera controversia ventilada ante los jueces de la República; de modo que las irregularidades que tengan que ver con situaciones propias del devenir procesal una vez admitida la demanda, tendrán que ser ventiladas en la etapa de saneamiento.

En ese mismo sentido esta Corporación ha manifestado:

"Resulta propicio comentar aquí la diferencia que existe entre las dos clases de excepciones que puede formular la parte demandada en ejercicio del derecho de defensa, las previas, y las de mérito, siendo aquellas, también denominadas dilatorias o de forma, las que buscan atacar el ejercicio de la acción, por presentarse alguna inconsistencia en la manera como fue presentada la demanda, vale decir, por alguna deficiencia externa; y estas, llamadas también de fondo o perentorias, destinadas a atacar el derecho sustancial reclamado por el accionante.

La finalidad de las excepciones previas, es la de conjurar vicios formales en procura de evitar decisiones inhibitorias o, dada la entidad de las falencias, impedir que continúe el curso del proceso ab initio, ya que no sería posible, ante su existencia, llegar a la sentencia por sustracción de materia; por su parte, la finalidad de las excepciones de fondo, es controvertir la existencia misma y alcance del derecho reclamado por el demandante, por lo que tienen la virtud de enervar las pretensiones y provocar que el fallo correspondiente se constituya en cosa juzgada, dando término de manera definitiva al debate planteado.

Pues bien, teniendo como premisa tales definiciones, debe el juez, en ejercicio del principio constitucional del iura novit curia, determinar con total claridad, ante omisiones de los postulantes en un proceso sometido a su conocimiento, independientemente del título que hubieren dado a cada una de ellas, si las excepciones planteadas se encaminan a atacar la forma de la demanda o el fondo del asunto, a fin de pronunciarse sobre cada una de ellas en la correspondiente etapa procesal (...)".

Bajo tal perspectiva, es claro para el Despacho que los medios exceptivos señalados en los artículos 100 del CGP y 180 del CPACA no son taxativos, y que, en tal medida, corresponde al operador judicial valorar en cada caso en concreto cuáles de las excepciones invocadas en la contestación de la demanda, se ajustan o no dentro del análisis antes descrito.

En materia contenciosa administrativa la oportunidad para plantearlas es en la contestación a la demanda y en la contestación a la reforma a la demanda.

Ahora bien, el momento de resolver las excepciones presentadas fue variado inicialmente por el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, y posteriormente por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, que modificó el parágrafo 2º del artículo 175 del CPACA, pues con anterioridad a tales normativas su análisis debía acometerse en la audiencia inicial.

En este punto es importante precisar que el artículo 86 de la Ley 2080 de 2021, preceptúa lo siguiente:

*"De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, **las reformas procesales introducidas en esta ley prevalecen sobre las anteriores normas de procedimiento desde el momento de su publicación y solo respecto de los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011.***

En estos mismos procesos, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones." (Se destaca)

Como quiera que en el caso objeto de examen la demanda fue presentada el 6 de diciembre de 2017⁹, es decir, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, y que la regulación sobre la resolución de excepciones fue modificada por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, con efecto general inmediato, esta norma es la aplicable para este caso.

En este contexto, el artículo 38 de la ley en comento preceptúa lo siguiente:

"Modifíquese el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, el cual será del siguiente tenor:

PARÁGRAFO 2o. De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201A por el término de tres (3) días. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicarán. Allí mismo, resolverá las

⁹ Cuaderno principal, folio 13.

excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A.” (Se destaca)

Como puede apreciarse, la disposición normativa vigente ordena resolver los medios exceptivos según el trámite previsto en los artículos 100, 101¹⁰ y 102 del CGP.

Específicamente, el artículo 100 del Código General del Proceso señala:

“Artículo 100. Excepciones Previas. Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda: [...]

10. No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar.

[...]

En el caso objeto de examen, el Despacho encuentra de oficio que es aplicable al caso la excepción prevista en el numeral 10 anotado, como quiera que el contradictorio no se encuentra debidamente integrado, debido a las razones que pasan a esgrimirse.

Es menester indicar que el artículo 159 del CPACA dispone que “*Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados*”, y que “*La*

¹⁰ *“Artículo 101. Oportunidad y trámite de las excepciones previas. Las excepciones previas se formularán en el término del traslado de la demanda en escrito separado que deberá expresar las razones y hechos en que se fundamentan. Al escrito deberán acompañarse todas las pruebas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandado.*

El juez se abstendrá de decretar pruebas de otra clase, salvo cuando se alegue la falta de competencia por el domicilio de persona natural o por el lugar donde ocurrieron hechos, o la falta de integración del litisconsorcio necesario, casos en los cuales se podrán practicar hasta dos testimonios.

Las excepciones previas se tramitarán y decidirán de la siguiente manera:

1. Del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante por el término de tres (3) días conforme al artículo 110, para que se pronuncie sobre ellas y, si fuere el caso, subsane los defectos anotados.

2. El juez decidirá sobre las excepciones previas que no requieran la práctica de pruebas, antes de la audiencia inicial, y si prospera alguna que impida continuar el trámite del proceso y que no pueda ser subsanada o no lo haya sido oportunamente, declarará terminada la actuación y ordenará devolver la demanda al demandante.”

entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador

General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho”.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que en las demandas que se instauren en ejercicio de los medios de control contra actos administrativos, tienen capacidad para ser sujetos procesales las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que, de acuerdo con la ley, deban ser vinculados como parte demandada o pasiva.

Así, si fueren varios los sujetos procesales los que intervinieron en la expedición del acto demandado, deberán estar representados en el proceso judicial por la persona –de existir un solo representante- o por las personas -si hubiere concurrencia de sujetos procesales, por expresa disposición legal-, de mayor jerarquía en la autoridad que expidió el acto.

En el presente caso, tratándose del medio de control de nulidad, el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 dispone que cualquier persona, natural o jurídica, puede solicitar la nulidad de los actos administrativos de carácter general; el contradictorio se integra por el sujeto que persigue la nulidad de las normas acusadas, o del acto administrativo cuestionado, en condición de demandante, y por las entidades públicas que suscribieron el acto acusado, en condición de parte demandada.

Para estos efectos, se entiende que la autoría o expedición del acto administrativo se materializa con la firma del funcionario o funcionarios, quienes obraron en nombre y representación de la respectiva entidad pública que, de acuerdo con la ley, tengan capacidad para expedir actos administrativos.

En estos términos, en lo que tiene que ver con la representación de la Nación, Gobierno Nacional, según el artículo 115 de la Carta, por el Presidente de la República, el Ministro o Director del Departamento Administrativo correspondiente en cada negocio particular, ella debe recaer en todas y cada una de las personas que expidieron el acto demandado y plasmaron su voluntad unilateral al suscribir el acto de Gobierno demandado; luego, la representación de la Nación - Gobierno Nacional se encuentra en cabeza del Presidente de la República y de los ministros y directores de Departamentos Administrativos que suscribieron el acto en forma conjunta.

De lo anterior es dable concluir que en las demandas que se promuevan contra actos administrativos en ejercicio del medio de control de nulidad, expedidos por la Nación, a través del Gobierno Nacional, se tendrá como único sujeto procesal a la Nación, la cual podrá estar representada en el proceso por el Presidente de la República y los ministros del ramo o los directores de Departamentos Administrativos que expidieron y suscribieron el acto administrativo demandado.

Tal razonamiento encuentra sustento en lo decidido en idéntica forma en la Sala de la Sección Primera, de manera consecutiva, desde el auto del 15 de febrero de 2018, dictado en el proceso identificado con el número 11001-03-24-000-2014-00573-00; así como lo resuelto desde las

audiencias iniciales celebradas el 9 de febrero de 2018 en el expediente número 11001-03-24-000-2015-00522-00, y el 16 de febrero de esa anualidad en el proceso número 11001-03-24-000-2015-00495-00, hasta la fecha.

Bajo tales premisas, y atendiendo a que el Despacho sustanciador, en providencia de 13 de marzo de 2019, dispuso admitir la demanda y ordenó la notificación personal al Presidente de la República, al Ministro de Hacienda y Crédito Público y al Ministro de Defensa Nacional, en calidad de parte demandada, como consta a folios 32 a 34 del cuaderno principal, y que el acto acusado, Decreto 4890 de 23 de diciembre de 2011, fue suscrito por el Presidente de la República, los Ministros ya vinculados, pero adicionalmente por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, todas las citadas autoridades están llamadas a representar a la Nación – Gobierno Nacional, y en esa medida se configura la excepción previa transcrita en el numeral 10 del artículo 100 del CGP, en tanto que el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública debe ser citado al plenario, toda vez que suscribió el acto que se cuestiona.

En consecuencia, por las razones expuestas, el Despacho resolverá: i) declarar de oficio la excepción previa “10. *No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar*”; (ii) vincular al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública quien, junto con el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Ministro de Defensa Nacional intervinieron en la expedición del acto acusado; iii) notificar personalmente de la demanda y de esta decisión al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública; iv) suspender el proceso hasta tanto se vincule y corra traslado de la demanda a la autoridad vinculada; y v) surtido el trámite anterior, devolver el expediente al Despacho para proveer lo que corresponda.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR DE OFICIO LA EXCEPCIÓN PREVIA consagrada en el numeral 10 del artículo 100 del CGP., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Por Secretaría, **CITAR** al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, notificándolo personalmente de esta providencia, en la forma prevista en el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

TERCERO: Remitir de inmediato al buzón electrónico para notificaciones judiciales copia de la demanda, de sus anexos y de la presente providencia, al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

CUARTO: Correr traslado de la demanda al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, en los términos del artículo 172 del

CPACA.

QUINTO: En consecuencia, se dispone suspender el proceso hasta tanto se dé cumplimiento a lo antes ordenado.

SEXTO: Agotados los trámites anteriores, REGRESAR el expediente al Despacho para proveer lo que corresponda.

Notifíquese y cúmplase.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.