760

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Bogotá D.C., agosto dieciocho (18) de dos mil diez (2010)

Proceso:	**13001233100020000025 -02**
Radicación:	**35999**
Actor:	**Instituto de Fomento Industrial y otros**
Demandado:	**Corporación Financiera Ganadera S.A.**
Referencia:	**Ejecutivo contractual**

Procede el Despacho a resolver acerca de la nulidad promovida por la parte ejecutante contra el auto dictado el 26 de mayo de 2009 por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

I. A N T E C E D E N T E S :

1. Antecedentes procesales.

1.1. El 26 de abril de 2000, el Instituto de Fomento Industrial –IFI–, mediante apoderado judicial, presentó demanda ejecutiva en contra de la Corporación Financiera Ganadera S.A. CORFIGAN S.A., con el fin de que se librara mandamiento de pago por la suma de $6.408´908.873, los cuales le adeudaría la entidad demandada por la ejecución de un contrato de arrendamiento y operación de una refinadora de sal y sus instalaciones complementarias (fl. 1 y ss. c.1).

1.2. El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante auto de 20 de noviembre de 2000, resolvió abstenerse de librar mandamiento de pago por considerar que no existía título ejecutivo; además ordenó la notificación personal de la providencia a la Corporación Financiera Ganadera S.A. (fl. 444 c.2).

1.3. Contra la anterior decisión, la parte ejecutante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido por el Tribunal *a quo* mediante auto del 13 de diciembre de

2000, previa notificación a la parte demandada (fl. 456 c. 2). El 24 de abril de 2001 se notificó al Banco Ganadero (BBVA) -el cual absorbió a la Corporación Financiera Ganadera S.A. "CORFIGAN S.A.", mediante la escritura pública número 5948 del 17 de agosto de 1999 de la Notaría 29 del Circuito de Bogotá- la providencia por medio del cual el Tribunal se abstuvo de librar mandamiento de pago (fl. 462 c 2).

1.4. El recurso de apelación interpuesto, previa sustentación por el ejecutante e intervención del BBVA Banco Ganadero, fue resuelto por esta Corporación en auto de 14 agosto de 2003, en el sentido de revocar la providencia impugnada y librar el mandamiento de pago solicitado. Igualmente, se ordenó, de nuevo, notificar de manera personal a la parte demandada, es decir al BBVA Banco Ganadero el cual asumió las obligaciones que a CORFIGAN S.A., le correspondían (fl. 604 c.2).

1.5. En contra de la anterior decisión, el 25 de agosto de 2003, el BBVA Banco Ganadero presentó ante esta Corporación recurso de reposición, argumentando que se había cambiado de oficio a la parte demandada y que el título ejecutivo no se había allegado en original o copia auténtica con constancia de que la misma prestaba mérito ejecutivo, impugnación que fue declarada improcedente por esta Sección mediante auto de 20 noviembre siguiente, con fundamento en que no era viable interponer tal recurso contra los autos dictados por las Salas de Decisión del Consejo de Estado con el fin de resolver un recurso de apelación o queja (fl. 676 c.2).

1.6. Una vez retornó el expediente al Tribunal *a quo*, el 16 de marzo de 2004 dispuso estarse a lo resuelto por el superior y el 30 de abril de 2004 se notificó de forma personal a la demandada el auto mediante el cual el Consejo de Estado libró mandamiento de pago (fl. 633 reverso c.2).

1.7. A través de memorial radicado el 4 de mayo de 2004, la parte ejecutada BBVA Banco Ganadero, interpuso nuevamente recurso de reposición contra el auto proferido por la Sección Tercera de esta Corporación el 14 de agosto de 2003

mediante e cual se revocó la providencia impugnada y, en su lugar se libró mandamiento de pago (fl. 702 c.2), para lo cual adujo las siguientes razones: ***(i)*** el acto administrativo de liquidación base del recaudo, no contiene una suma expresa de dinero; ***(ii)*** los documentos anexos a la liquidación no sirven para determinar la suma adeudada; ***(iii)*** la obligación que pretende deducirse de los documentos anexos no es líquida, lo que configura la excepción previa de inepta demanda; ***(iv)*** el documento presentado como título ejecutivo no contiene obligación expresa a cargo de CORFIGAN; ***(v)*** con la demanda no se allegó la primera copia auténtica del acto administrativo que es la que constituye título ejecutivo, lo cual configura la excepción previa de inepta demanda; ***(vi)*** la demanda no fue dirigida contra el BBVA Banco Ganadero; ***(vii)*** con la demanda no se anexó copia de ella y sus anexos para su notificación al Banco Ganadero.

El anterior recurso de reposición, interpuesto por el ejecutado, lo rechazó por improcedente el *a quo* el 1° de octubre del mismo año (fl. 755 c.2).

1.8. En memorial radicado el 14 de octubre de 2004, el BBVA Banco Ganadero, solicitó aclaración y complementación de la providencia anterior, con fundamento en que el Tribunal Administrativo consideró que el recurso de reposición se había interpuesto contra el auto mediante el cual se dispuso obedecer y cumplir lo dispuesto por el Consejo de Estado, cuando la impugnación se encontraba dirigida contra la providencia proferida por esta Corporación el 14 de agosto de 2003 en la cual se ordenó librar mandamiento de pago (fl. 757 c.2).

Adicionalmente, el mismo 14 de octubre de 2004 el demandado presentó, en escrito separado, excepciones de fondo (fl. 759 c.2), las cuales denominó así: ***(i)*** falta de legitimación por pasiva; ***(ii)*** inexistencia por indeterminación de las obligaciones reclamadas en la demanda ejecutiva; ***(iii)*** los documentos anexos a la liquidación no sirven para determinar la suma adeudada; **(iv)** carencia absoluta de título ejecutivo; **(v)** cobro de lo no debido.

1.9. En escritos radicados el 7 de diciembre de 2005, la parte ejecutante solicitó al Tribunal *a quo* el decreto de las medidas cautelares solicitadas, que negara por improcedente la solicitud de aclaración formulada por el ejecutado y que se abstuviera de tramitar las excepciones de fondo por considerar que se habían propuesto de forma extemporánea (fl. 877 y ss. del c.2).

1.10. Mediante auto de 18 de mayo de 2006, el *a quo* decretó la medida cautelar de embargo y secuestro de dineros de propiedad del ejecutado, negó por improcedente la solicitud de aclaración y complementación de la providencia de 10 de octubre de 2004 y se abstuvo de dar trámite a las excepciones de fondo propuestas, por ser extemporáneas (fl. 886 c.ppl).

Para sustentar su decisión, señaló que el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil establece que tales excepciones deben interponerse en el término de 10 días, contados a partir de la notificación del auto que libró mandamiento de pago. Por su parte, el artículo 120 *ibídem* consagra la posibilidad de interrupción de términos cuando contra el auto que concede uno se interpone recurso de reposición, razón por la cual dicho término inicia su cómputo al día siguiente de la notificación del auto que resuelva la impugnación presentada.

Que en el presente asunto, contra el mandamiento de pago librado por el Consejo de Estado, el ejecutado interpuso recurso de reposición ante esta misma corporación, recurso que fue declarado improcedente, razón por la cual el término de 10 días para proponer excepciones de fondo corrió desde el día siguiente a la notificación de dicha providencia, es decir desde el 20 de octubre de 2003 y las excepciones fueron presentadas el 14 de octubre de 2004, fecha en la cual ya había precluido la oportunidad para la formulación de tales excepciones.

La anterior providencia fue notificada por estado el 13 de junio de 2006.

1.11. En escrito presentado el 13 junio de 2006, la parte ejecutada solicitó que se adicionara la anterior providencia en el sentido de fijar la caución respectiva –

solicitud que había sido presentada el 4 de mayo de 2004– para impedir los embargos de los bienes de su propiedad (fls. 889-890 c ppal).

1.12. Mediante providencia de 11 de septiembre de 2006 el Tribunal adicionó el auto de 18 de mayo en el sentido de fijar la respectiva caución, de conformidad con el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil (fl. 894 c.ppl). Esta providencia fue notificada por estado el 18 de septiembre de 2006.

1.13. El 21 de septiembre de 2006, la parte ejecutante interpuso recurso de apelación contra la decisión del *a quo* proferida el 18 de mayo de 2006, en lo relacionado con la decisión de abstenerse de dar trámite a las excepciones de mérito propuestas.

Para fundamentar el recurso argumentó que una vez fue notificado de forma personal de la providencia por medio de la cual el Consejo de Estado revocó el auto impugnado –lo cual se ordenó en el mismo auto proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado– y, en su lugar, dispuso librar mandamiento de pago, el ejecutado tenía dos posibilidades de defensa: *i)* interponer recurso de reposición contra el mandamiento de pago; y/o *ii)* formular excepciones.

Expuso, en concordancia con lo anterior, que luego de remitido el expediente al Tribunal *a quo* y una vez fue notificado de la decisión del Consejo de Estado de librar mandamiento de pago, interpuso recurso de reposición contra aquella providencia, impugnación que fue declarada improcedente por el Tribunal de primera instancia, razón por la cual desde la fecha de ejecutoria de este último auto se debió contar el término para proponer las excepciones de fondo, de conformidad con el artículo 120 del C. de P. C., de lo cual se concluye que esas excepciones fueron presentadas en la etapa procesal pertinente y deben surtir el trámite establecido para tal efecto en la ley procesal.

1.14. La impugnación fue concedida por el Tribunal Administrativo de Bolívar en providencia del 6 de agosto de 2007 (fl. 926 c ppal). Luego de remitido el

expediente ante esta Corporación, se admitió por la Magistrada Ponente en auto del 10 de octubre de 2008 (fl. 935 c ppal).

En el término de traslado del recurso, la parte ejecutante manifestó que el demandado reconoció haber interpuesto en dos ocasiones recurso de reposición contra el mismo mandamiento de pago, impugnaciones que fueron rechazadas, a su vez, tanto por el Consejo de Estado como por el Tribunal *a quo* por improcedentes.

Por lo anterior, sostuvo que la interposición de un recurso improcedente de forma alguna puede tener el efecto y el alcance previsto en el artículo 120 del ordenamiento procesal civil, es decir, el término para proponer excepciones debió contarse desde el momento en el cual el mandamiento de pago quedó en firme y se hizo exigible, plazo que no podía suspenderse –como lo pretende el demandado– por la presentación de recursos de reposición improcedentes.

En este sentido, dado que las excepciones de fondo fueron presentadas 7 meses después de que se hubiere dictado por el Tribunal *a quo* el auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior, concluyó que las excepciones fueron presentadas de forma extemporánea.

Así las cosas, para el recurrente la intención inequívoca del ejecutado, esto es interponer recursos improcedentes, tenía la finalidad de revivir términos y de dilatar el proceso, más aún cuando *"se hizo"* notificar personalmente del mandamiento de pago, actuación que se surtió en la Secretaría del Tribunal el 30 de abril de 2004, sin embargo las excepciones se presentaron 5 meses y medio después.

Finalmente afirmó:

> *"Que habiéndose negado el trámite de las excepciones propuestas (sentencia en proceso ejecutivo), en auto del 18 de mayo de 2006, el apoderado del BBVA solicita una vez más de manera dilatoria, que se adicione tal providencia, para que*

se incluya en él la determinación relacionada con la autorización para prestar caución. Esta petición era a todas luces improcedente pues las actuaciones relacionadas con las medidas ejecutivas, se tramitan en cuaderno especial (Art. 513 CPC), es decir, que la sentencia que estaba dictando el Tribunal, en cuanto negaba el trámite de las excepciones, no era susceptible de ser adicionada".

2. La providencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto por el demandado.

Mediante auto dictado el 1° de abril de 2009, esta Sección revocó el auto apelado, esto es el proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 18 de mayo de 2006 y, en su lugar, ordenó que se tramitaran las excepciones de mérito formuladas por el ejecutado.

Se expuso que en aplicación de los artículos 509 y 120 del C. de P. C., el término de 10 días para proponer excepciones de fondo debía contarse a partir de la notificación del auto que libra mandamiento de pago, situación en la cual debía tenerse presente que contra esta última providencia procede recurso de reposición, lo cual trae como consecuencia que el plazo para la presentación de excepciones de mérito sólo empieza a contarse desde la notificación que desata la reposición.

Dijo la Sala en aquella oportunidad que, sea que el ejecutado tenga razones de inconformidad contra el auto que libró mandamiento de pago o sea en todas aquellas circunstancias no relacionadas con este aspecto y que configuren excepciones previas de conformidad con el artículo 97 del C. de P. C., resulta pertinente y procedente que puedan ser alegadas a través de la interposición del recurso de reposición, en los términos del artículo 509 *ibidem*.

Sin embargo, se explicó, de acuerdo con la jurisprudencia vigente de esta Sección, que, como regla general, según los artículos 29 y 348 del C. de P. C., resulta improcedente interponer recurso de reposición contra los autos proferidos por las Salas que decidan un recurso de apelación o de queja.

Así las cosas, ante el problema jurídico suscitado en torno a establecer si procedía el recurso de reposición contra una decisión proferida en segunda instancia por la Sala mediante la cual libró mandamiento de pago, con el fin de que a través de dicha impugnación el ejecutado pudiere proponer excepciones previas en los términos del artículo 509 del C. de P. C., la Sala respondió afirmativamente en el sentido de sostener la procedencia del recurso de reposición siempre y cuando éste estuviere encaminado, única y exclusivamente, a proponer excepciones previas y no a controvertir las razones tenidas en cuenta por Sala para dictar el mandamiento de pago.

En el presente caso, la Sala encontró que a pesar de que el demandado había interpuesto en dos oportunidades recurso de reposición contra una misma providencia –tanto en el trámite de la segunda instancia, como luego de que el proceso regresó el Tribunal *a quo*– tal situación se produjo ante la duda que surgía acerca de la interpretación de las nuevas normas previstas para el proceso ejecutivo en la Ley 794 de 2003, particularmente en lo que correspondía con la procedencia del recurso de reposición contra el auto que libra mandamiento de pago como mecanismo para alegar hechos que puedan configurar excepciones previas.

Finalmente, en el auto en estudio, la Sala expuso:

> *"Esta situación particular ocurrida en el trámite del presente proceso, permite entender que si bien el recurso de reposición contra el auto que libró mandamiento de pago interpuesto por el ejecutado ante el a-quo es improcedente, como quiera que éste no puede actuar en contra de la providencia del superior, dicha actuación es producto de la duda procesal que ha sido en esta ocasión despejada, razón por la cual en este caso debe entenderse que la interposición de dicho recurso contra el mandamiento de pago, sí tuvo la virtualidad, en los términos del artículo 120 del Código de Procedimiento Civil, de interrumpir el término establecido en el artículo 509 eiusdem, para la formulación de las excepciones de mérito, toda vez que el mismo tenía por finalidad el ejercicio de una potestad consagrada en la ley procesal, como lo señaló el ejecutado en dicho recurso, y no el propósito de dilatar el proceso.*
>
> *(...)*

En este orden de ideas, de conformidad con el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, se considera que el término para formular las excepciones de mérito en el presente asunto empezó a correr al día siguiente de la notificación que se hizo del mandamiento de pago al ejecutado; sin embargo, ese término se interrumpió, según lo establecido por el artículo 120 de dicho código, con la interposición del recurso de reposición el 4 de mayo de 2004 una vez retornó el expediente al a-quo, el cual fue resuelto hasta el 10 de octubre siguiente y fue notificado por estado el 13 de octubre de ese año.

De ahí que, como las excepciones de mérito fueron presentadas el 14 de octubre de 2004, esto es, al día siguiente de la notificación del auto que resolvió el recurso de reposición interpuesto y que había interrumpido el término de diez días para formulación de las excepciones de mérito, las mismas fueron presentadas en tiempo, situación que impone a la Sala revocar la providencia recurrida y, en su lugar, tener por presentadas las excepciones de mérito, las cuales serán resueltas por el juez a quo en la etapa procesal pertinente, sin perjuicio de lo que en el trámite del presente proceso ya se haya decidido".

3. La nulidad propuesta.

El 26 de mayo de 2009, la parte demandante solicitó que se declarara la nulidad del auto del 1° de abril de 2009 proferido por esta Sección por considerar que con la citada providencia el Consejo de Estado había *"procedido en contra de una providencia ejecutoriada del superior"*, esto es contra una decisión ejecutoriada por la misma Sección el 20 de noviembre de 2003.

Expuso su desacuerdo respecto de la interpretación tenida en cuenta por la Sala en relación con la posibilidad de alegar excepciones previas a través del recurso de reposición, dado que más que garantizar un "trato igual" entre las partes como lo expuso la Sala, terminó por desfigurar la ley, lo cual condujo a que se desconociera una decisión ejecutoriada que había sido proferida por la misma Sala en el año 2003.

Reiteró que en los términos del artículo 348 del C. de P. C., no resultaba procedente interponer recurso de reposición contra una decisión proferida en segunda instancia por la Sala, razón por la cual si la intención del demandado es proponer excepciones previas en un proceso ejecutivo, no puede hacerlo a través de la interposición de este recurso contra la decisión que libró un mandamiento de pago dictada por la Sala en segunda instancia, sino que debía alegar los hechos

que pudieren ser constitutivos de excepciones previas, a través de la proposición de la nulidad respectiva.

Asimismo agregó:

> *"Sin mención alguna sobre el papel que ha desempeñado el BBVA en este proceso, el Consejo de Estado conciente de que está procediendo contra providencia ejecutoriada, da a entender que no lo está haciendo, justificando que en su decisión del 20 de noviembre de 2004 –en la que rechazó por improcedente el recurso de reposición que le presentó el BBVA contra el mandamiento de pago librado por esa Corporación- no había tenido la oportunidad de hacer un estudio más acorde con la reforma surtida al proceso ejecutivo, ante la evidente falta de claridad de las normas en su aplicación durante el trámite de la segunda instancia (folio 957).*
>
> *Sobre esta inadmisible justificación, lo primero que se debe anotar es que no se entiende –pues además no se explica- porqué en ese momento (año 2004) el Consejo de Estado indica que no tenía claridad sobre la aplicación de las normas, pero ahora, cuando se favorece a un litigante que ha faltado a todos los cánones de la lealtad procesal, sí la tiene.*
>
> *Lo cierto es que el Consejo de Estado en esa oportunidad sí tuvo claridad sobre la restricción que la ley establece al recurso de reposición contra autos dictados por las salas de decisión, pero ahora, tal claridad es otra, lo que le lleva a transitar por el camino de la nulidad alegada y la violación de los derechos fundamentales de los demandantes en este proceso.*
>
> *(...) [L]a aplicación del nuevo régimen legal a la impugnación y defensa de los derechos involucrados en un proceso ejecutivo, se dio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 794 de 2003, de manera tal que el recurso que interpuso el BBVA contra el auto del 14 de agosto de 2004 que libró el mandamiento de pago en su contra, debió ser el establecido en la ley antes indicada, es decir, debió tener en cuenta la derogatoria del trámite incidental de las excepciones previas.*
>
> *Lo anterior es tan claro que no admite contradicción, por lo que no puede el Consejo de Estado justificar su cambio de posición, acudiendo al expediente* (sic) *de excusar al BBVA, indicando que este Banco al recurrir el mandamiento de pago no lo hizo alegando excepciones previas, cuando según la ley, si tal recurso era procedente, debió hacerlo.*
>
> *No creemos y la ley nos respalda, que el Consejo de Estado se hubiera equivocado al rechazar el recurso de reposición que presentó el BBVA contra el auto del 14 de agosto de 2004, como tampoco ahora resulta admisible, que esa Corporación al estimar que tal recurso sí era procedente –de manera equivocada-, disimule este inexistente error y acuda al expediente para indicar que con la aparente intención de no violentar la ley no en contra de los derechos de las partes, no sólo excuse inmerecidamente al recurrente, respecto del deber que tuvo de haber alegado los motivos de excepciones previas cuando la ley lo exigía, sino*

que ahora, lo premie otorgándole el derecho a que sean estudiadas y decididas unas excepciones de mérito, que a todas luces presentó en forma extemporánea".

Señaló que la circunstancia de que el Consejo de Estado hubiere cambiado su jurisprudencia en torno a la procedencia del recurso de reposición ante una decisión proferida en Sala por el *ad quem* en nada modifica el hecho de que el BBVA hubiere presentado de manera extemporánea las excepciones de fondo, toda vez que el término concedido por la ley para estos efectos no podía interrumpirse con la presentación de un recurso de reposición que no era procedente, pues tal como se expuso en la decisión objeto de la solicitud de nulidad: *"el Tribunal no podía ir en contra de la providencia de su superior".*

Así las cosas, dado que el demandado presentó excepciones de fondo 7 meses después de proferido por el Tribunal el auto de obedézcase a lo resulto por el superior –fecha en la cual debió comenzar a contarse el término de 10 días correspondiente- resultaba evidente que las excepciones fueron presentadas de forma extemporánea.

Finalmente consideró que la verdadera intención del demandado, a través de la interposición de recursos improcedentes, era revivir términos con el fin de dilatar el proceso.

4. Oposición de la parte demandada.

El 28 de mayo de 2009, la Secretaría de la Sección fijó en lista la solicitud de nulidad propuesta por la parte demandante por el término de 3 días, término durante el cual la parte demandada se opuso a la prosperidad de la nulidad propuesta.

Explicó que el Consejo de Estado no podía incurrir en la causal de nulidad prevista en el numeral 3 del artículo 140 del C. de P. C., puesto que esta Corporación es el órgano límite de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, por ende, no puede

presentarse ningún evento en el cual pueda afirmarse que está procediendo en contra de providencia ejecutoriada del superior.

Agregó que en el auto del 1° de abril de 2009, la Sala reiteró la posición esgrimida en la providencia del 20 de noviembre de 2003, no obstante precisó que, de forma excepcional, procede el recurso de apelación contra el auto que profiere el mandamiento de pago en segunda instancia, cuando dicho recurso tuviere el objeto de formular excepciones previas. Por lo anterior afirmó que al no haberse hecho hasta ahora la anterior precisión jurisprudencial debía admitirse que las excepciones previas formuladas en la primera instancia fueron presentadas en el término legal, dado que éstas fueron formuladas dentro de la ejecutoria del auto en el cual se dispuso obedecer y cumplir lo dispuesto por el superior.

5. Mediante auto del 15 de enero de 2010 la Magistrada Ponente del proceso, doctora Ruth Stella Correa Palacio, remitió el expediente al Magistrado que le sigue en turno por considerar que la solicitud de nulidad presentada contra el auto del 1° de abril de 2009 dictado por la Sección Tercera de esta Corporación debe ser resuelta por la Sala, mientras que la misma Sala considera que la mencionada decisión debe proferirse por auto de ponente (fl. 992 c ppal).

EXTRACTO

II. CONSIDERACIONES:

1. La competencia del Magistrado Ponente para resolver sobre las nulidades presentadas durante el trámite de la única o segunda instancia ante el Consejo de Estado.

De conformidad con la estructura y la asignación de competencias prevista para la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al Consejo de Estado, como máximo órgano de esta Jurisdicción, le corresponde conocer de determinados asuntos, sea en única o en segunda instancia.

Así, el artículo 128 del C.C.A., se encarga de enumerar los asuntos respecto de los cuales conoce esta Corporación –a través de sus Secciones– en única

instancia, mientras que el artículo 129 de esa misma codificación prevé cuáles son los procesos que conoce el Consejo de Estado en segunda instancia.

La circunstancia de que se le hubiere asignado al Consejo de Estado, como órgano colegiado, la competencia para conocer de algunos asuntos, conduce al interrogante de determinar cuáles decisiones durante el trámite de los procesos deben ser decididos por la Sala de la Sección correspondiente y cuáles otras por el Ponente respectivo, toda vez que si bien lo ideal sería que en todo proceso que se adelantara ante un órgano colegiado, las decisiones que se profirieran al interior de éste fueran adoptadas por ese mismo órgano colegiado, dado que el estudio de determinada situación jurídica estaría nutrida a partir de la intervención, el análisis y el debate no de una sola persona sino del conjunto que integra la Corproación, de tal manera que podría arrojar conclusiones que eventualmente podrían ser distintas de las decisiones que pudieren haber sido adoptadas solo por el Ponente, lo cierto es que tal circunstancia comportaría, sin lugar a dudas, una dilación injustificada del trámite del proceso, puesto que aún cuando es cierto que ciertas decisiones ameritan el estudio de la respectiva Sala, otras no revisten tal entidad, de manera que resulta favorable a la agilidad del proceso que tales proveídos sean dictados sólo por el Ponente.

Asimismo, el hecho de que una providencia sea proferida por la Sala de la Sección o por el Ponente, determina a su vez, de conformidad con la estructura de esta Jurisdicción, la procedencia de los recursos contra dichos proveídos, toda vez que en los términos de los artículos 180[1] y 183[2] del C.C.A., dependiendo si el auto lo

---

[1] *ARTICULO 180. REPOSICION. <Modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998> El recurso de reposición procede contra los **autos** de **trámite** que dicte el **ponente** y contra los **interlocutorios** dictados por las **Salas del Consejo de Estado, o por los Tribunales, o por el Juez**, cuando no sean susceptibles de apelación.*
En cuanto a su oportunidad y trámite se aplicarán los artículos 348, incisos 2 y 3, y 349 del Código de Procedimiento Civil. (Se resalta).

[2] *ARTICULO 183. SUPLICA. <Modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998.> El recurso ordinario de súplica procederá en todas las instancias contra los **autos interlocutorios proferidos por el ponente**.*
Este recurso deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto, en escrito dirigido a la Sala de que forma parte el ponente, con expresión de las razones en que se funda.

dicta la Sala o el Ponente y de la naturaleza de la decisión –de trámite o interlocutoria–, procede el recurso de reposición o el de súplica, según el caso o, incluso, como lo ha advertido la Sala en diferentes oportunidades, no procedería recurso alguno[3].

No obstante lo anterior, ocurre que dentro del Código Contencioso Administrativo, con anterioridad a la expedición de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010, no existía norma alguna que definiera, de manera general, cuáles decisiones debían ser proferidas por el Ponente y cuáles otras por la Sala, puesto que sólo respecto de ciertas y determinadas providencias la ley se había encargado de regular este aspecto, como sucede, por ejemplo, respecto del auto por medio del cual se admite o se rechaza la demanda, cuya adopción le corresponde al ponente o la providencia que resuelve sobre la suspensión provisional en única instancia, la cual debe ser resuelta por la Sala[4].

El escrito se agregará al expediente y se mantendrá en la Secretaría por dos (2) días a disposición de la parte contraria; vencido el traslado, el Secretario pasará el expediente al despacho del Magistrado que sigue en turno al que dictó la providencia, quien será el ponente para resolverlo. Contra lo decidido no procederá recurso alguno.

[3] Este sería el evento, por ejemplo de las providencias dictadas por la Sala de la Sección Tercera con ocasión de la resolución de un recurso de apelación o de queja.

[4] *ARTICULO 143. INADMISION Y RECHAZO DE LA DEMANDA. <Subrogado por el artículo 45 de la Ley 446 de 1998:> Se inadmitirá la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores y su presentación no interrumpe los términos para la caducidad de la acción.*

*No obstante, si la demanda se presenta dentro del término de caducidad, **el ponente**, por auto susceptible de reposición, expondrá los defectos simplemente formales para que el demandante los corrija en un plazo de cinco (5) días. Si así no lo hiciera, se rechazará la demanda.*

Se rechazará de plano la demanda cuando haya caducado la acción.

En caso de falta de jurisdicción o de competencia mediante decisión motivada el juez ordenará remitir el expediente al competente, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión.

*Contra el auto que rechace la demanda procederá el recurso de apelación cuando el auto sea dictado por el Juez o por la Sala, Sección o Subsección del Tribunal en primera instancia o, **el de súplica cuando sea dictado por el ponente en asuntos de única instancia**.*

*Contra el auto admisorio sólo procederá recurso de reposición, pero si resuelve sobre suspensión provisional procederá el de apelación, cuando el auto sea dictado por el Juez o por la Sala, Sección o Subsección del Tribunal en primera instancia o, el de **reposición**, **cuando sea dictado por la Sala, Sección o Subsección del Tribunal o del Consejo de Estado en única instancia**.*

Los recursos podrán fundarse también en las causales de que trata el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil. (Se resalta).

En el mismo sentido el artículo 154 del C.C.A., dispone:

De igual forma, el artículo 169[5] del C.C.A., respecto de la posibilidad de decretar pruebas de oficio en los procesos cuyo conocimiento corresponde al Consejo de Estado, determina que tal decisión debe ser proferida por la Sala en todos aquellos eventos en los cuales el proceso se encuentre dentro de la oportunidad procesal para decidir, de lo contrario, la providencia respectiva deberá ser dictada por el Ponente. Por su parte los artículos 212[6] y 213[7] del C.C.A., prevén, como resulta apenas lógico, que los recursos de apelación contra sentencias y contra autos deben resolverse por la Sala correspondiente.

"ARTICULO 154. PROCEDIMIENTO ANTE EL CONSEJO DE ESTADO. <Subrogado por el artículo 32 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989:> Los procesos ante el Consejo de Estado, la solicitud de suspensión provisional será resuelta por la ***Sala o Sección en el auto admisorio de la demanda****.*
Contra el auto que resuelve la solicitud de suspensión provisional, procede el recurso de ***reposición****.*
El auto que disponga la suspensión provisional se comunicará y cumplirá previa ejecutoria". (Se resalta).

[5] *"ARTICULO 169. PRUEBAS DE OFICIO. <Subrogado por el artículo 37 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> En cualquiera de las instancias el* ***Ponente*** *podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes; pero, si éstas no las solicitan, el* ***Ponente*** *sólo podrá decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista.*
Además, en la oportunidad procesal de decidir, ***la Sala, Sección o Subsección*** *también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días, descontada la distancia, mediante auto contra el cual no procede ningún recurso".* (Se resalta).

[6] *"ARTICULO 212. APELACION DE LAS SENTENCIAS. <Subrogado por el artículo 51 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989:> En el Consejo de Estado el recurso de apelación de las sentencias proferidas en primera instancia tendrá el siguiente procedimiento:*

(...)

Vencido este término se enviará el expediente al ponente para que elabore el proyecto de sentencia. Este se debe registrar dentro del término de treinta (30) días y ***la Sala o Sección*** *tendrá quince (15) días para fallar".* (Se resalta).

[7] *"ARTICULO 213. APELACION DE AUTOS. <Subrogado por el artículo 52 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989:> Con excepción del auto de suspensión provisional, cuyo recurso de apelación se resuelve de plano, el procedimiento para decidir el que se interponga contra los demás que sean objeto del mismo, será el siguiente:*

(...)

El ***ponente*** *registrará proyecto de decisión en el término de diez (10) días y la* ***Sala debe resolver*** *dentro de los cinco (5) días siguientes".*

En el mismo sentido, existen normas diferentes a las contenidas en el C.C.A., que se encargan de definir si determinada decisión le corresponde al Ponente o la Sala respectiva, así por ejemplo, la Ley 1285 de 2009[8] asignó a las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado la competencia para resolver sobre las solicitudes de prelación de turno para fallo y para decidir sobre los conflictos de competencia suscitados entre los Tribunales Administrativos, entre Secciones de distintos Tribunales Administrativos, entre los Tribunales y Jueces de la Jurisdicción Contencioso Administrativa pertenecientes a distintos distritos judiciales administrativos y entre Jueces Administrativos de los diferentes distritos judiciales administrativos[9].

---

[8] "*ARTÍCULO 16. **Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:***
*Artículo 63A. Del orden y prelación de turnos. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional, o en el caso de graves violaciones de los derechos humanos, o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social, las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las **Salas, Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado**, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, señalarán la clase de procesos que deberán ser tramitados y fallados preferentemente. Dicha actuación también podrá ser solicitada por el Procurador General de la Nación.*
*Igualmente, las **Salas o Secciones** de la Corte Suprema de Justicia, **del Consejo de Estado** y del Consejo Superior de la Judicatura podrán determinar motivadamente los asuntos que por carecer de antecedentes jurisprudenciales, su solución sea de interés público o pueda tener repercusión colectiva, para que los respectivos procesos sean tramitados de manera preferente.*
Los recursos interpuestos ante la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, cuya resolución íntegra entrañe sólo la reiteración de jurisprudencia, podrán ser decididos anticipadamente sin sujeción al orden cronológico de turnos.
*Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, **las Salas o las Secciones del Consejo de Estado**, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura; las Salas de los Tribunales Superiores y de los Tribunales Contencioso-Administrativos de Distrito podrán determinar un orden de carácter temático para la elaboración y estudio preferente de los proyectos de sentencia; para el efecto, mediante acuerdo, fijarán periódicamente los temas bajo los cuales se agruparán los procesos y señalarán, mediante aviso, las fechas de las sesiones de la Sala en las que se asumirá el respectivo estudio".* (Se resalta).

[9] "*ARTÍCULO 12. Modifícase el numeral 1 del artículo 37 de la Ley 270 de 1996 y adiciónase un parágrafo:*
"1. Resolver los conflictos de competencia entre las Secciones del Consejo de Estado.
*PARÁGRAFO. Los conflictos de competencia entre los Tribunales Administrativos, entre Secciones de distintos Tribunales Administrativos, entre los Tribunales y Jueces de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pertenecientes a distintos distritos judiciales administrativos y entre Jueces Administrativos de los diferentes distritos judiciales administrativos, **serán resueltos por las respectivas Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado**, de acuerdo con su especialidad. Los conflictos entre juzgados administrativos de un mismo circuito o entre secciones de un mismo Tribunal Administrativo serán decididos por el correspondiente Tribunal en pleno".* (Resalta el Despacho).

Por su parte, el artículo 65A de la Ley 23 de 1991, adicionado por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998, prevé que el auto que apruebe o impruebe un acuerdo conciliatorio corresponde a la Sala, Sección o Subsección de que forme parte el magistrado que actúe como sustanciador.

Salvo las disposiciones citadas con anterioridad y las demás que de manera específica asignen al Ponente o a la Sala la competencia para proferir determinada decisión, existen muchos otros asuntos sobre los cuales la ley había guardado silencio en el sentido de no asignar, de manera concreta, quién debía dictar determinada providencia respecto de un proceso del cual conoce esta Corporación, sea en única o en segunda instancia, como ocurre, por ejemplo, respecto de la decisión por medio de la cual se resuelve un incidente, se decide sobre la intervención de un tercero, se decreta la perención, se abre a pruebas el proceso o se resuelve una nulidad, entre muchas otras.

Sin embargo ese aparente vacío normativo encontraba regulación concreta, en los términos del artículo 267 del C.C.A., en las disposiciones que en relación con este aspecto contiene el Código de Procedimiento Civil, en particular lo dispuesto en el artículo 29 de esa codificación[10], según el cual:

> *"ARTÍCULO 29. ATRIBUCIONES DE LAS SALAS DE DECISION Y DEL MAGISTRADO PONENTE. Corresponde a la sala de decisión dictar las sentencias y los autos que decida la apelación o queja, o una acumulación de procesos, o un conflicto de competencias; contra estos autos no procede recurso*

[10] Esta norma fue modificada por la Ley 1295 del 12 de julio de 2010 en los siguientes términos:

> *"**Artículo** 29. Atribuciones de las salas de decisión y del Magistrado ponente. Corresponde a las salas de decisión dictar las sentencias y los autos que resuelvan sobre la apelación contra el que rechace o resuelva el incidente de liquidación de perjuicios de condena impuesta en abstracto. El Magistrado sustanciador dictará los demás autos que no correspondan a la sala de decisión.*
> *Los autos que resuelvan apelaciones, dictados por la sala o el Magistrado sustanciador, no admiten recurso.*
> *A solicitud del Magistrado sustanciador, la sala plena especializada podrá decidir los recursos de apelación interpuestos contra autos o sentencias, cuando se trate de asuntos de trascendencia nacional, o se requiera unificar la jurisprudencia o establecer un precedente judicial".*

alguno. El magistrado ponente dictará los autos de sustanciación y los interlocutorios que no correspondan a la sala de decisión".

Como se observa, la norma legal transcrita fijó un criterio para determinar, respecto de los procesos de que conocen los Tribunales o la Corte Suprema de Justicia, cuáles decisiones deben ser adoptadas por las Salas de Decisión y cuáles otras por el respectivo Magistrado Ponente, en el sentido de que a la Sala les corresponde dictar las sentencias y los autos que resuelvan sobre la apelación o la queja, la acumulación de procesos o un conflicto de competencias –providencias frente a las cuales no procede recurso alguno–, mientras que al Magistrado Ponente le atribuyó la competencia para dictar los autos de sustanciación y los demás interlocutorios que no se encuentren asignados específicamente a la Sala de Decisión.

En otras palabras, al Ponente le corresponde proferir todos aquellos autos que no se encuentren asignados de manera expresa a la Sala de Decisión.

Por consiguiente, en aplicación del artículo 29 del C. de P. C., respecto de los procesos cuya competencia se encuentra asignada al Consejo de Estado sea en única o en segunda instancia, debe concluirse que el Ponente ha de dictar las providencias que no correspondan, por asignación específica de la ley, a la Sala de Decisión.

Lo anterior encuentra mayor respaldo jurídico con la expedición de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010[11] –en su artículo 61[12], el cual introdujo el artículo 146-A al

---

[11] Norma de aplicación inmediata y de obligatorio cumplimiento, comoquiera que de trata de una norma procesal (artículo 6 del C. de P. C.)

[12] *"Artículo 61. El Código Contencioso Administrativo tendrá un nuevo artículo, cuyo texto será el siguiente:*

Artículo 146A. ***Las decisiones interlocutorias del proceso****, en única, primera o segunda instancia, proferidas por los tribunales administrativos y el Consejo de Estado,* ***serán adoptadas por el magistrado ponente****.*

Sin embargo, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 del artículo 181 serán de Sala excepto en los procesos de única instancia". (Se resalta).

Código Contencioso Administrativo– norma legal que de manera expresa fijo un criterio general en el sentido de determinar que todas las decisiones interlocutorias que se profieran en cualquier proceso, sea por el Tribunal Administrativo o por el Consejo de Estado, en única, en primera o en segunda instancia, deberán adoptarse por conducto del Magistrado Ponente, salvo que se trate de las decisiones a las cuales se refieren los numerales 1, 2, 3, del artículo 181 del C.C.A., a menos que se sean providencias que deban proferirse en única instancia.

Así pues, para el caso que ocupa al Despacho en esta oportunidad, dado que se trata de una decisión interlocutoria –toda vez que decreta una nulidad procesal, la cual por obvias razones puede afectar los derechos de las partes– proferida por el Consejo de Estado en el trámite de la segunda instancia, debe adoptarse por el Magistrado Ponente.

Por lo anterior, procede el Despacho a resolver la nulidad propuesta por la parte demandante.

2. La nulidad propuesta por la parte demandante.

Para la parte ejecutante la Sala en la providencia cuya nulidad se solicita –auto del 1° de abril de 2009–, consideró que había actuado en contra de lo expuesto por la misma Sala en providencia del 20 de noviembre de 2003 a través de la cual negó por improcedente el recurso de reposición que había interpuesto la parte ejecutada contra la providencia del 14 de agosto de 2003, mediante la cual se libró mandamiento de pago.

Por lo anterior invocó la causal 3ª del artículo 140 del C. de P. C. –"*cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior*"– con el fin de que se declara la nulidad de la providencia del 1° de abril de 2009.

Respecto de la anterior causal de nulidad, la doctrina ha dicho:

"La administración de justicia está organizada jerárquicamente, razón por la cual las decisiones del superior son de obligatoria observancia para el inferior, quien, así esté en desacuerdo con ellas, debe acatarlas y cumplirlas. Si se desconoce ese elemental deber de obediencia a lo resuelto por el superior, por ejemplo si se ordena la entrega de un bien levantando el embargo que pesaba sobre él, y el inferior insiste en mantenerlo, o si el superior revoca una sentencia absolutoria y la vuelve condenatoria y el inferior se niega a tramitar las etapas indispensables para su cumplimiento, se violan elementales reglas de organización judicial que dan origen a un vicio, que se erige como uno de los motivos de esta causal de nulidad"[13].

De conformidad con lo anterior y como se desprende de la simple lectura del texto normativo que consagra la causal de nulidad alegada, para que ella se configure resulta necesario que exista una providencia ejecutoriada del superior que sea desconocida por el Juez de inferior jerarquía, situación que no ocurre en el presente caso comoquiera que se trata del supuesto desconocimiento por parte de la Sección Tercera de esta Corporación –auto del 1° de abril de 2009– de una providencia ejecutoriada proferida por la *misma* Sección Tercera el día 20 de noviembre de 2003, es decir se trata de proveídos dictados por la misma Corporación.

Por lo anterior, se denegará la nulidad alegada por la parte demandante.

3. La falta de competencia funcional como causal de nulidad, se configura cuando se admite y decide de fondo un recurso de apelación presentado de forma extemporánea. El caso concreto.

No obstante que en el presente caso no se configuró la causal de nulidad alegada por la parte demandante, lo cierto es que, una vez analizado en detalle el expediente, el Despacho encuentra que esta Corporación carecía de competencia para admitir y resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 18 de mayo de 2006, situación que en los términos del numeral 2° del artículo 140 del C. de P. C., constituye una causal de nulidad insaneable la cual debe declararse de oficio.

---

[13] López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo I. Novena Edición. Ediciones Dupré. Bogotá 2005. Pág. 901.

La competencia ha sido comúnmente concebida como la porción, la cantidad, la medida o el grado de la jurisdicción que corresponde a cada juez o tribunal, mediante la determinación de los asuntos que le corresponde conocer, haciendo efectivo de esta manera el principio de seguridad jurídica[14].

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado, como características o calidades principales de la competencia, las siguientes: i) legalidad, pues surge de la ley, entendiéndose con ello también que puede originarse en la Constitución; ii) imperatividad, en el sentido de que no puede ser derogada por la voluntad de las partes o del Juez, cuando se trata de la competencia en materia judicial; iii) inmodificabilidad, dado que no se puede variar en el curso de un proceso, salvo las excepciones legales; iv) de orden público, toda vez que se funda en principios de interés general[15].

Corresponde al legislador, de manera general, cuando el constituyente no lo hubiere hecho, asignar las competencias a los diferentes órganos o entes del Estado, entre ellos a los funcionarios judiciales, según su libre configuración, puesto que, entre otros valores, involucra uno de gran trascendencia como lo es la seguridad jurídica, en la medida en que especifica cuáles son los funcionarios que tienen la potestad de conocer y definir ciertos asuntos; de igual forma, con la asignación que realiza el legislador se contribuye a materializar la garantía del debido proceso, en los términos del artículo 29 de la Constitución Política[16].

Asimismo, como garantía del debido proceso, las competencias de los órganos estatales, entre ellos las de la Administración de Justicia, deben ser expresas, claras y preexistentes a su respectivo ejercicio, tal como esta Corporación lo ha manifestado:

---

[14] Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-040 de 1997. Magistrado Ponente, doctor Antonio Barrera Carbonell.

[15] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 9 de septiembre de 2008. Expediente 11001032600020080009.

[16] Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-390 de 2000. Magistrado Ponente, doctor Alejandro Martínez Caballero.

Naturalmente las ***atribuciones o competencias*** *de los órganos estatales en un Estado de Derecho* ***deben obrar de manera expresa en el ordenamiento*** *y, necesariamente, debe preexistir a su respectivo ejercicio, con lo cual se busca evitar el abuso y la arbitrariedad de los órganos estatales, los cuales, en consecuencia,* ***sólo pueden actuar dentro de la órbita de sus facultades****, tal como lo previene claramente la Carta Política en su artículo 6 al determinar que los servidores públicos –a diferencia de los particulares– serán responsables tanto por infracción de la Constitución y de las leyes como por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, dimensión del principio de legalidad que encuentra reiteración precisa en la prohibición categórica y perentoria que recoge el artículo 121 supremo al establecer que* ***"[n]inguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley****".*

En orden a salvaguardar tan importante garantía la jurisprudencia nacional ha sido uniforme y abundante, de lo cual constituye buena muestra el pronunciamiento que al respecto efectuó esta Corporación, al puntualizar que:

> *"... en la fórmula del Estado de Derecho no son de recibo las competencias implícitas, ni tampoco las sobreentendidas, ..."*[17]*.*

Así mismo, la Corte Constitucional ha señalado:

> ***"[E]n un Estado de Derecho no pueden existir competencias implícitas, por analogía o por extensión,*** *porque ello permitiría que la autoridad pública se atribuya competencias según su voluntad y capricho, trazándose los límites de su propia actividad, invadiendo la órbita de actuación de las otras autoridades, abusando del poder y cercenando los derechos y libertades públicas. Situaciones éstas en contravía del Estado de Derecho como principio constitucional.*
>
> *La exigencia de que en un Estado de Derecho las competencias tengan que ser expresas se fundamenta en la necesidad de establecer reglas de juego claras entre las autoridades y los gobernados, con el fin de salvaguardar y proteger las libertades y demás derechos y bienes de las personas y, en últimas, evitar la arbitrariedad de los gobernantes y de los órganos estatales."*[18] *(Negrillas del texto original).*
>
> *(...)*
>
> *Así pues, dentro de este marco* ***resulta claro que al juez no le corresponde inferir y menos auto-atribuirse una competencia que no le hubiere sido asignada de manera previa y expresa****, por lo cual sus actuaciones deben ajustarse, necesariamente,* ***a los parámetros***

---

[17] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 23 de 2.000, expediente No. 16.394. Magistrado Ponente, doctor Germán Rodríguez Villamizar.

[18] Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-319 de 1997. Magistrado Ponente, doctor Alejandro Martínez Caballero.

existentes en la legislación aplicable a la respectiva materia; *proceder por fuera de ese cauce comprometería la validez de la actuación cumplida (nulidad por falta de competencia, artículo 140-1 C. de P. C.), e incluso podría exponer la responsabilidad personal del respectivo servidor público (penal, disciplinaria, fiscal y patrimonialmente)"*[19]. (Resalta el Despacho).

De conformidad con lo anterior, las consecuencias procesales resultantes de la vulneración a las normas que establecen la asignación de competencias –esto es cuando se actúa por fuera de las facultadas otorgadas por la ley a determinado funcionario, en este caso judicial– constituyen la configuración de una causal de nulidad en los términos del artículo 140-1 del C. de P. C., la cual, dependiendo del factor de competencia de que se trate, puede ser saneable o insaneable.

En efecto, el ordenamiento prevé, en general, la posibilidad del saneamiento de las causales de nulidad, salvo en los siguientes eventos (parágrafo final del artículo 144 del C. de P. C):

- Por falta de jurisdicción;
- Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior;
- Cuando revive un proceso legalmente concluido;
- Cuando pretermite íntegramente la respectiva instancia;
- Cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde;
- *Por falta de competencia funcional.*

Respecto de esta última causal conviene indicar que la misma hace referencia a aquellos eventos en los cuales el proceso se tramita por un funcionario judicial cuyo conocimiento no le correspondía en virtud de la distribución que por grados de jerarquía realiza la ley.

En relación con el factor funcional de distribución de competencia, la doctrina ha dicho:

---

[19] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 9 de septiembre de 2008. Expediente: 11001032600020080000900.

"Se tiene así que la determinación de competencia, en lo que al concepto de instancias se refiere, se realiza mediante el factor funcional, que adscribe a funcionarios diferentes el conocimiento de los asuntos, partiendo de la base esencial de que existen diversos grados jerárquicos dentro de quienes administran justicia.

En suma, cuando la ley dispone que un funcionario judicial debe conocer de un proceso en determinada oportunidad, en primera instancia, ora en segunda, bien en única instancia (...) está asignando competencia en virtud del factor funcional."[20]

Así las cosas, se configura esta causal, por ejemplo, cuando un funcionario que debía conocer en primera instancia de determinado asunto lo conoce en segunda o viceversa, esto es que debiendo conocer en segunda instancia, el funcionario respectivo lo hace en primera instancia o, simplemente, puede producirse en aquellos casos en los cuales un operador judicial al cual no le ha sido atribuida competencia -según los presupuestos previstos en la ley- ni en primera ni segunda instancia, termina conociendo de la litis.

En estos casos, puesto que se trata de la configuración de una nulidad insaneable, el Juez está en el deber legal de declararla de oficio en cualquier estado del proceso, tal como lo prevé el artículo 145 del C. de P. C.

Ahora bien, tratándose de la asignación de competencias al Consejo de Estado en segunda instancia, como lo ha expuesto en otras oportunidades la Sala[21] y según el artículo 129[22] del C.C.A., modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998,

---

[20] López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo I. Novena Edición. Ediciones Dupré. Bogotá 2005. Pág. 221.

[21] Consejo de Estado. Auto del 21 de octubre de 2009. Expediente 250002326000200100422 01 (37173).

[22] *ARTICULO 129. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA. <Subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998:> El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.*
El grado jurisdiccional de consulta se surtirá en los eventos de que trata el artículo 184 de este Código.

los artículos 181[23] y 213[24] de esta misma codificación y el artículo 352[25] del C. de P. C., son varios los requisitos y presupuestos que deben observarse para que esta Corporación conozca del recurso de apelación contra autos, a saber:

- Oportunidad: que el recurso se interponga en tiempo.

- Competencia: que el auto respectivo hubiese sido proferido por el Tribunal *a quo* en primera instancia, en Pleno o en alguna de sus Secciones o Subsecciones, según el caso.

- Que el recurso esté debidamente sustentado.

- Apelabilidad: que el auto, por su naturaleza, sea apelable.

---

[23] *"ARTICULO 181. APELACION. <Modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998:> Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales de los Jueces y los siguientes autos proferidos en la misma instancia por dichos organismos, en pleno o en una de sus Secciones o Subsecciones, según el caso; o por los Jueces Administrativos (...):".*

[24] *"ARTICULO 213. APELACION DE AUTOS. <Subrogado por el artículo 52 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Con excepción del auto de suspensión provisional, cuyo recurso de apelación se resuelve de plano, el procedimiento para decidir el que se interponga contra los demás que sean objeto del mismo, será el siguiente:*
Se dará traslado al recurrente, por tres (3) días para que sustente el recurso, si aún no lo hubiera hecho.
Si el recurrente no sustenta oportunamente el recurso se declarará desierto y ejecutoriado el auto objeto de la apelación.
Si el recurso fue sustentado y reúne los demás requisitos legales, debe ser admitido mediante auto que ordene poner el memorial que lo fundamente a disposición de la parte contraria, durante tres (3) días, en la Secretaría.
Si ambas partes apelaren, los términos serán comunes.
Vencido el término de traslado a las partes, se debe remitir al ponente para que elabore proyecto de decisión.
El ponente registrará proyecto de decisión en el término de diez (10) días y la Sala debe resolver dentro de los cinco (5) días siguientes".

[25] *ARTÍCULO 352. OPORTUNIDAD Y REQUISITOS. <Artículo modificado por el artículo 36 de la Ley 794 de 2003:> El recurso de apelación deberá interponerse ante el juez que dictó la providencia, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres días siguientes. Si aquélla se dicta en el curso de una audiencia o diligencia, el recurso deberá proponerse en forma verbal inmediatamente se profiera; el juez resolverá sobre su procedencia al final de la misma.*

En cuanto a la oportunidad para interponer el recurso, la doctrina ha explicado el alcance de este presupuesto en los siguientes términos:

> *"Como un claro reflejo de la regla técnica de la eventualidad, en la manera de constituirse la* ***preclusión****, surge este segundo requisito indispensable para la viabilidad del recurso. El legislador quiere que los derechos procesales de las partes –y los recursos son una clase de ellos– se ejerzan en la oportunidad señalada por la ley para hacerlo. Ello significa, a su vez, que si el recurso no se interpone dentro de esos límites precisos,* ***precluye*** *la oportunidad y el juez debe negar su tramitación"*[26].

Es así cómo el término concedido por la ley para interponer los recursos contra determinada providencia es preclusivo, es decir, con el vencimiento de dicho término finaliza la oportunidad de cumplir el acto procesal correspondiente, esto es la posibilidad que tienen las partes y los terceros habilitados para intervenir dentro de un proceso para solicitar la reforma o la revocatoria de una providencia judicial[27].

En efecto, la preclusión, según el Diccionario Real de la Academia Española, es definida como un "*carácter del proceso, según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales clausura la anterior sin posibilidad de replantear lo ya decidido en ella*".

Por su parte, el término preclusivo se define como:

> *"Precluir denota concluir, cancelar, cerrar, terminar. Un plazo preclusivo es el término que se concede para que un sujeto declare la voluntad, haga o deje de hacer determinada cosa dentro de un plazo,* ***resultando inválida e ineficaz la acción realizada fuera del plazo*** *(...)"*[28].

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en los siguientes términos:

---

[26] López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo I. Novena Edición. Ediciones Dupré. Bogotá 2005. Pág. 745.

[27] Ibidem. Pág. 741.

[28] Bastidas Bárcenas Hugo y Briceño de Valencia Martha Teresa. Diccionario Analítico de Derecho Administrativo. Tomo 2. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2008. Pág. 1165.

"(...) Y si generalmente se ha entendido el concepto de la preclusión con la pérdida de oportunidad procesal, por no haberse ejecutado el acto correspondiente dentro de los términos demarcados para él por la ley, pues cerrada una etapa del proceso se debe pasar a la siguiente sin posibilidad de regreso, es lo cierto que también opera la preclusión, cuando dentro de la oportunidad indicada el litigante ejercita la facultad así lo sea infructuosa o ineficazmente. Si el derecho se ejercitó anteriormente, la resolución judicial correspondiente debe producir como efecto la clausura de la respectiva etapa del proceso, ***impidiendo que el mismo derecho pueda repetirse, para no abrir la puerta por la que ingresarían a aquél al desorden y la incertidumbre*** *(...)*[29]*".* (Se resalta).

De conformidad con lo anterior, las partes y los terceros con habilitación para intervenir en el proceso, tratándose del recurso de apelación, deben interponerlo dentro del término previsto en la ley para ello, puesto que si dejan de hacerlo precluirá la oportunidad para ejercer este derecho, lo cual genera como consecuencia la ejecutoria, firmeza y ejecutividad de la respectiva providencia, además de la improcedencia del superior para conocer de la impugnación.

En este sentido puede afirmarse, sin lugar a dubitación alguna, que la competencia funcional asignada al Consejo de Estado para tramitar en segunda instancia el recurso de apelación contra sentencias o autos, se encuentra condicionada, restringida y delimitada por la oportuna formulación del respectivo recurso, de lo contrario, esto es decidir la tramitación de una impugnación extemporánea por parte del superior, comporta el ejercicio de una facultad o atribución no prevista en la ley, lo cual, sin duda alguna, genera la configuración de una causal de nulidad por falta de competencia. Lo anterior, se reitera, toda vez que dejar que transcurra el término previsto en la ley sin interponer el respectivo recurso de apelación, produce la preclusión de la oportunidad correspondiente, de tal forma que resulta improcedente, bajo este supuesto, replantear, revisar o reexaminar por el superior lo ya ejecutoriado en primera instancia.

---

[29] Pronunciamiento citado en: Bastidas Bárcenas Hugo y Briceño de Valencia Martha Teresa. Diccionario Analítico de Derecho Administrativo. Tomo 2. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2008. Pág. 1166.

Así las cosas, si la preclusión de la oportunidad para presentar un recurso, genera la imposibilidad entonces de solicitar la reforma o revocatoria de una providencia judicial, resulta necesario, ineludible e imprescindible que para que el Consejo de Estado pueda conocer en segunda instancia de la apelación interpuesta según la asignación de competencia funcional prevista en la ley, la impugnación correspondiente debe, en todo caso, haberse presentado en tiempo.

El caso concreto.

En el presente caso esta Sección de Consejo de Estado, en auto del 10 de octubre de 2008 –proferido por la señora Magistrada Ponente– admitió el recurso de apelación interpuesto por el BBVA Banco Ganadero, en contra del auto proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 18 de mayo de 2006 y, mediante proveído del 1° de abril de 2009, la Sala resolvió dicha impugnación.

No obstante, para el Despacho resulta palmario que esta Corporación carecía de competencia para admitir y resolver el mencionado recurso, toda vez que éste fue presentado de manera extemporánea.

En el auto del 18 de mayo de 2006, el Tribunal *a quo,* con ocasión de las solicitudes presentadas por las partes, profirió las siguientes decisiones:

➢ Decretó la medida cautelar de embargo y secuestro de los dineros de propiedad del BBVA Banco Ganadero que se encontraban depositados en el Banco de la República, limitando tal media hasta la suma de $9.000'000.000 M C/TE.

➢ Se abstuvo de dar trámite a las excepciones propuestas por la parte demandada, toda vez que, según el Tribunal, se habían presentado de forma extemporánea.

➢ Negó por improcedente la solicitud de aclaración y complementación presentada por la parte demandada contra el auto del 1° de octubre de 2004, a través del cual se negó la reposición del proveído del 16 de marzo de la misma anualidad mediante el cual, a su vez, ordenó obedecer y cumplir lo resuelto por el Consejo de Estado en el auto del 20 de noviembre de 2003, por cuya virtud se libró mandamiento de pago.

Como se observa de la simple lectura del recuento cronológico que acaba de efectuarse, las decisiones dictadas en la anterior providencia son por entero disímiles, diferentes, las cuales no dependen la una de la otra, por lo menos en lo que se refiere a la decisión, por un lado, de decretar las medidas cautelares solicitadas y, por el otro, de negar el trámite de las excepciones propuestas por el demandado, por tanto, bien pudieron proferirse mediante diferentes providencias.

Lo anterior se desprende de manera clara, al observar el trámite correspondiente al proceso ejecutivo, toda vez que, por una parte se regula todo lo concerniente a la oportunidad, procedencia, trámite y decisión de las excepciones de mérito –las cuales fueron las que propuso el demandado– (artículos 509 y siguientes del C. de P. C.) y, por otra parte, en relación con las medidas cautelares o ejecutivas, se tiene que éstas se encuentran reguladas en un capítulo y disposiciones diferentes (artículos 513 y siguientes del C. de P. C.), tanto así que de forma expresa se prevé que la solicitud de embargo debe formularse en escrito separado y con ella se formará un cuaderno especial, razón por la cual puede concluirse que se trata de aspectos que si bien son procedentes en el proceso ejecutivo, son por entero disímiles y, por tanto, la decisión que se tome respecto de las excepciones no se relaciona, en principio, con el tema de las medidas cautelares. De manera que por tratarse de procedimientos diferentes, en estricto sentido y como así se establece de forma expresa, deben tramitarse de forma separada.

Lo mismo ocurre con las solicitudes de aclaración y/o complementación de una providencia, las cuales deben ser tramitadas de conformidad con las normas correspondientes (artículos 309 y siguientes del C. de P. C.), de modo que

tampoco se pueden asimilar a las solicitudes para el decreto de una medida cautelar o a la proposición de excepciones de mérito.

Sin embargo, el Tribunal *a quo* consideró pertinente resolver las solicitudes aludidas en una sola providencia, lo cual por ninguna circunstancia puede llevar a la conclusión de que se trata de una sola y única decisión, sino que, por el contrario, a pesar de haber sido resueltas al mismo tiempo, cada una guarda su individualidad y, por tanto su propio tratamiento en relación, con la ejecutoria, la firmeza, la ejecutividad y los recursos procedentes, todo lo cual debe observarse de conformidad con las normas que regulan el trámite procesal respectivo.

Lo contrario, esto es considerar como una única decisión el proveído por medio del cual se resuelvan varias solicitudes que no guardan relación de dependencia entre ellas, sería llegar al absurdo de que habría lugar a conceder, admitir y resolver, por ejemplo, un recurso de apelación interpuesto contra una providencia que al mismo tiempo libró mandamiento de pago y decretó medidas cautelares –en el evento en que esto llegare a suceder, comoquiera que, se reitera, la solicitud de medidas cautelares, según previsión de la ley, debe ser tramitada a través de un cuaderno separado de las demás actuaciones– cuando, como bien se sabe, la decisión de decretar medidas cautelares es apelable, mientras que la decisión de librar mandamiento de pago sólo es susceptible del recurso de reposición.

Lo mismo ocurriría en relación con la apelación de una providencia que al mismo tiempo decrete y niegue pruebas, puesto que el superior estaría estudiando una decisión –la que decretó pruebas– sobre la cual sólo resulta procedente el recurso de reposición.

Por consiguiente, como lo indica la lógica, cuando en un mismo auto o providencia se profieren formalmente varias decisiones que son materialmente distintas entre si y respecto de las cuales existe un procedimiento y trámite diferente, las solicitudes de aclaración, adición o corrección o los recursos que contra una de ellas se interponga, no tienen por qué afectar la ejecutoria y el cumplimiento de las

demás, habida cuenta que cada una de ellas debe considerarse como independiente de las otras.

Al respecto, el C. de P. C., de manera expresa, prevé la posibilidad, en relación con una providencia que defina diferentes aspectos, de dar cumplimiento a las decisiones frente a las cuales no se interpuso y concedió en el efecto suspensivo o diferido un recurso de apelación, situación que permite entender que la ejecutoria y ejecutividad de una decisión no depende de la ejecutoria y ejecutividad –valga la redundancia– de las demás, así se hubieren proferido formalmente mediante un mismo proveído.

Dice la norma en cita (artículo 354 del C. de P. C.):

> *"Cuando la apelación en el efecto suspensivo o diferido se haya* ***interpuesto expresamente contra una o varias decisiones contenidas en la providencia, las demás se cumplirán****, excepto cuando sean consecuencia de las apeladas, o si la otra parte hubiere interpuesto contra ellas apelación concedida en el efecto suspensivo o en el diferido.*
>
> *Con las mismas salvedades, si la apelación tiene por objeto obtener más de lo concedido en la providencia recurrida, podrá pedirse el cumplimiento de lo que ésta hubiere reconocido".*

Si bien la anterior disposición legal hace referencia a los efectos de la interposición del recurso de apelación respecto de las decisiones contenidas en una providencia que no hubieren sido objeto de dicha impugnación, resulta de la mayor importancia destacar que la propia ley contempla y precisa que la ejecutoria y cumplimiento de una decisión no depende, necesariamente, de la firmeza y la ejecutividad de otro aspecto definido en la misma providencia.

En el presente caso, se reitera, el Tribunal *a quo* decidió en una misma providencia 3 aspectos por entero diferentes los unos de los otros; el mencionado proveído fue notificado por estado el 13 de junio de 2006, por lo tanto el término de ejecutoria respecto de las aludidas decisiones comenzó, de manera conjunta, a partir del 14 hasta el **16 de junio** de ese mismo año.

La parte demandada, mediante memorial allegado el 16 de junio de 2006, esto es dentro del término de ejecutoria de la anterior providencia, solicitó su adición, pero únicamente en lo que se refería a la decisión por medio de la cual se decretó la medida cautelar correspondiente. En este sentido expuso:

> *"(…) [R]espetuosamente solicito ADICIONAR el auto proferido el 18 de mayo del año en curso y notificado el día 13 de junio de 2006, en el sentido de disponer:*
>
> *a.- Que los* ***embargos*** *solicitados por la parte demandante sólo se harán efectivos una vez se constate que la ejecutada, no haya prestado caución, en los términos del artículo 519 del Código de Procedimiento Civil.*
>
> *b.- Que, para tal fin, se señale el monto de la* ***caución*** *que debe prestar el BBVA en los términos del artículo 519 del C. de P. C., atendiendo la solicitud que obra a folios 690 y 691 del expediente y que fue presentada el 4 de mayo de 2004, por la citada demandada; se señale el término dentro del cual ella debe ser prestada; y se disponga que sólo en el evento de no prestarse caución, mediante providencia judicial se ordene la práctica de las medidas cautelares.*
>
> *(…)*
>
> *El Tribunal debe tener en cuenta que la decisión que se solicita adicionar,* ***que es el pronunciamiento respecto de las medidas cautelares solicitadas por el demandante****, es totalmente nueva. Por tal razón es procedente solicitar su adición.*
>
> *La ADICIÓN es procedente en la medida* [en] *que el Tribunal* ***al pronunciarse respecto de las medidas cautelares****, omitió resolver un punto "que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento", consistente en la solicitud de prestar caución para impedir la práctica del embargo y secuestro de bienes formulada por el BBVA, que como ya se indicó fue presentada el 4 de mayo y que debió ser resuelta antes o al momento de resolver sobre la solicitud de decreto de medidas cautelares presentada por el ejecutante".* (Resalta el Despacho).

Como se observa con claridad de la simple lectura del anterior memorial y tal como lo advirtió la misma parte demandada, la solicitud de adición se refirió única y exclusivamente a la decisión proferida por el Tribunal *a quo* consistente en el decreto de las medidas cautelares solicitadas por la parte demandante, es decir la ejecutoria de dicha decisión –la que decretó las medidas cautelares– se interrumpió con la petición de adición realizada por la parte demandada.

Por su parte, comoquiera que durante el término de ejecutoria de la decisión por medio de la cual el Tribunal *a quo* se abstuvo de tramitar las excepciones de mérito presentadas por el demandante y de aquella que negó la petición de aclaración y complementación del auto del 1° de octubre de 2004, no se presentó, a su vez, solicitud de aclaración y/o adición y/o recurso alguno, tales decisiones quedaron ejecutoriadas y en firme, en los términos del artículo 331 del C. de P. C., el 16 de junio de 2006[30].

En consecuencia, habida cuenta que el recurso de apelación contra la decisión que contiene el auto del 18 de mayo de 2006 mediante el cual el Tribunal Administrativo de Bolívar se abstuvo de tramitar las excepciones propuestas por el demandado, se presentó el 21 de septiembre de 2006 (fl. 896 c. ppal.), encuentra el Despacho que tal impugnación fue interpuesta cuando la oportunidad para ello había precluido, puesto que, se reitera, la ejecutoria de tal decisión se produjo el 16 de junio de 2006.

Por consiguiente, la Sala carecía de competencia funcional tanto para admitir, como para pronunciarse y resolver sobre el recurso de apelación presentado por el demandado, toda vez que la inactividad de dicha parte generó la preclusión de la oportunidad para solicitar la revocatoria o reforma de la providencia objeto de impugnación. En este sentido, el Despacho advierte que la Sala se atribuyó una competencia que no le correspondía, dado que según la ley sólo puede conocer en segunda instancia de los recursos de apelación que se hubieren interpuesto en tiempo.

De conformidad con lo anterior, el Despacho encuentra que en el presente caso se configuró la causal de nulidad insaneable correspondiente a la falta de

---

[30] *ARTÍCULO 331. EJECUTORIA. <Artículo modificado por el artículo 34 de la Ley 794 de 2003:> Las providencias quedan* ***ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas****, cuando carecen de recursos o* ***han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes****, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos.* ***No obstante, en caso de que se pida aclaración o complementación de una providencia, su firmeza sólo se producirá una vez ejecutoriada la que la resuelva.*** (Se resalta).

competencia funcional respecto de todo lo actuado en esta instancia, la cual se declarará de oficio, en los términos del artículo 145 del C. de P. C.

En cuanto a los efectos de la nulidad, en los términos del artículo 146 del C. de P. C., el auto que la declare deberá indicar la actuación que debe renovarse, lo cual en este caso se retrotrae hasta la providencia del 10 de octubre de 2008 mediante el cual se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 18 de mayo de 2006, motivo por el cual corresponderá a la Magistrada Conductora del proceso, una vez se le haya devuelto el expediente, resolver sobre la admisión o, según se ha dejado expuesto, la inadmisión de la impugnación antes aludida.

En merito de lo expuesto, el Despacho:

R E S U E L V E :

PRIMERO. DECRETAR la nulidad de lo actuado en esta instancia, esto es a partir del auto del 10 de octubre de 2008, mediante el cual se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 18 de mayo de 2006.

SEGUNDO. Una vez en firme la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al Despacho de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURICIO FAJARDO GOMEZ