



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA VEINTIDÓS ESPECIAL DE DECISIÓN

Consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá D.C. veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Radicado: 11001 03 15 000 2020 00471 00

Demandante: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Demandado: GILBERTO HUEPA NIETO Y OTROS

ACLARACIÓN DE VOTO

Mediante sentencia dictada el pasado 2 de octubre, la Sala Veintidós Especial de Decisión declaró fundado el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la Nación – Rama Judicial y, como consecuencia, anuló la sentencia dictada el 30 de mayo de 2019, por la Subsección A de la Sección Tercera de la Corporación, por considerar que se configuró *<<la causal prevista en el numeral 5 del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de nulidad originada en la sentencia, en tanto, la condena se impuso a una entidad que no había sido vinculada en el proceso>>*.

La presente aclaración de voto tiene por fundamento exponer por qué estuve de acuerdo con la nulidad de un fallo que, en su momento, acompañé como magistrada de la Subsección A de la Sección Tercera de la Corporación y que, dicho sea de paso, dejé expuesto *-también como aclaración de voto-* frente a esa decisión.

En ese sentido, debo señalar que la sentencia que quedó sin efectos acogió una postura que, aunque *unificada* de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, amerita revisarse en la actualidad, según la cual, en gran síntesis, ha considerado que la Nación es una persona jurídica que se encuentra debidamente representada, para esos asuntos, tanto por la Fiscalía General como por la Rama Judicial y ello ha permitido que se profieran sentencias en contra de dicha persona



Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN
Radicado: 11001 03 15 000 2020 00471 00
ACLARACIÓN DE VOTO

jurídica, a través del ente que la represente, así no haya comparecido al proceso la entidad que debió demandarse.

Ha sido postura reiterada en la Sección Tercera del Consejo de Estado aquella según la cual la Nación puede ser representada tanto por la Rama Judicial, como por la Fiscalía General y que, en tal sentido, la no comparecencia al proceso de alguno de dichos entes en casos como el que se analizó, no comporta una falta de legitimación en la causa, ni tampoco una indebida representación de la parte demandada, cuando esta sea la Nación.

En ese sentido, la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en decisión unificadora de su jurisprudencia, concluyó que:

... no se plantea un problema de falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que la persona jurídica demandada en el proceso es la Nación, y es ésta, a la que se le imputa el daño, distinto es que, en el proceso, haya estado representada por una autoridad diferente a la que establece el artículo 49 ibídem.

...

En conclusión, de los extractos jurisprudenciales reseñados, aparece clara la existencia de un precedente jurisprudencial aplicable al caso, toda vez que las consideraciones jurídicas expuestas tienen origen en situaciones fácticas esencialmente iguales a las del sub iudice, por tanto, se dará aplicación al precedente y, por ende, se revocará la decisión suplicada para, en su lugar, rechazar la nulidad planteada por el apoderado de la Fiscalía General de la Nación.

...

*Estas son las razones que llevarán a la Sala, no sólo a no declarar la nulidad del proceso sub examine, sino a hacer extensivas las mismas razones y, por tanto, las mismas disposiciones en todos los procesos con igual supuesto de hecho, es decir, aquellos en los que se haya demandado a la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General, y aquélla hubiera sido representada judicialmente por el Director Ejecutivo de la Administración Judicial, **incluso en las demandas que hayan sido presentadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 446 de 1998.** En efecto, se hará uso de la aplicación retrospectiva de la jurisprudencia, para salvaguardar los valores fundamentales de justicia e igualdad, consagrados en la Constitución Política, pero con un fundamento aún superior, toda vez que son valores intrínsecos al concepto de humanidad y sociedad.*

...

En consecuencia, apelando a la aplicación retrospectiva de la jurisprudencia, adoptada por esta Corporación, y en aras de respetar el derecho al acceso a la administración de justicia y la seguridad jurídica, se unificará la



Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN
Radicado: 11001 03 15 000 2020 00471 00
ACLARACIÓN DE VOTO

jurisprudencia en lo que se refiere a los procesos iniciados después de la ley 446 de 1998, en los que la Nación-Fiscalía General haya sido representada por el Director Ejecutivo de la Administración Judicial, para que se les apliquen las razones expuestas en esta providencia, de tal forma, que no pueda alegarse, al menos con éxito, la nulidad por indebida representación de la demandada”¹ (se destaca).

Con base en esa postura, la Subsección A de la Sección Tercera de la Corporación declaró la responsabilidad de la Rama Judicial, pese a que no fue parte en el proceso ordinario de reparación directa y, como lo dejé sentado en mi aclaración de voto respecto de dicha sentencia *-hoy removida del mundo jurídico por cuenta del fallo al que pertenece esta nueva aclaración de voto-* acogí ese criterio con la finalidad de mantener lo que ha sido *–y hasta el momento, incluso, sigue siendo–* una línea de pensamiento edificada décadas atrás y sostenida mediante la decisión de unificación antes descrita, pero ello no se traduce en que comparta tal tesis, por lo que procedo a reiterar lo que es mi criterio al respecto.

El tema de la representación de la Nación mediante la Rama Judicial o la Fiscalía General de la Nación y la capacidad para comparecer al proceso por parte de dichos entes ha sido objeto de análisis y de abundantes pronunciamientos por parte de la Sala, incluso desde mucho antes de que se produjera la aludida unificación jurisprudencial.

Es más, dentro del proveído que unificó la jurisprudencia en esa materia, la Sala hizo una breve reseña de lo que ha sido tal postura. Así, a título puramente enunciativo, se citaron las siguientes decisiones: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de mayo de 2006, de 26 de mayo de 2010 y de 22 de junio de 2011, a las cuales pueden agregarse, entre muchas otras, las siguientes sentencias: de 11 de febrero de 2009², de abril 27 de 2011³, de 19 de octubre de 2011⁴, y de 23 de febrero de 2012⁵.

La tesis a la que he venido refiriéndome reflejó una línea de pensamiento en el siguiente sentido: **i)** con anterioridad a la entrada en vigencia del artículo 49 de la

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, auto de 25 de septiembre de 2013, exp. 20.420(A). M.P. Enrique Gil Botero.

² Proceso 15.769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³ Proceso 20.749. M.P. Gladys Agudelo Ordóñez (E).

⁴ Proceso 18.001, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ Proceso 18.418. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.



Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN
Radicado: 11001 03 15 000 2020 00471 00
ACLARACIÓN DE VOTO

Ley 446 de 1998⁶, la representación judicial de la Nación – Rama Judicial estaba radicada en cabeza del Director Ejecutivo de Administración Judicial, incluso cuando los hechos se le imputaban a la Fiscalía General de la Nación, en virtud del numeral 8 del artículo 99 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia⁷ y *ii)* después de la entrada en vigencia del artículo 49 de la Ley 446 de 1998, la Fiscalía adquirió la representación judicial de la Nación en los procesos contencioso administrativos en que se discuta la responsabilidad de sus agentes por haber proferido el acto o ser causantes de los hechos que motivan la demanda.

Lo anterior fue afianzado por la Sala Plena de la Sección Tercera, la cual reiteró que la facultad que le concedió la Ley 446 de 1998 al Fiscal General de la Nación para representar a la Nación en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo “no riñe con la del numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996”.

A mi juicio, la postura que ha venido aplicando la Sala podía resultar procedente frente a aquellos litigios que iniciaron antes de que la Fiscalía General de la Nación tuviera la facultad de representar judicialmente ante esta Jurisdicción a la

⁶ “**Art. 149 CCA.** Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en este código si las circunstancias lo ameritan.

“En los procesos contencioso administrativos la Nación **estará representada** por el Ministro, Director General de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, **Fiscal General**, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

“El presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con el Congreso. **La Nación - Rama Judicial estará representada por el Director Ejecutivo de Administración Judicial.** En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto” (Destaco).

⁷ “**ARTÍCULO 99. DEL DIRECTOR EJECUTIVO DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.** El Director Ejecutivo de Administración Judicial deberá tener título profesional, maestría en ciencias económicas, financieras o administrativas y experiencia no inferior a cinco años en dichos campos. Su categoría, prerrogativas y remuneración serán las mismas de los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura.

“...

“8. Representar a la Nación-Rama Judicial en los procesos judiciales para lo cual podrá constituir apoderados especiales (...).”



Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN
Radicado: 11001 03 15 000 2020 00471 00
ACLARACIÓN DE VOTO

Nación, es decir, antes de que se le hubiere dado, legalmente, la capacidad para comparecer al proceso.

No obstante, la Sala Plena de la Sección Tercera, al unificar su jurisprudencia, o mejor, al ratificar aquella que se venía aplicando, dejó claramente expuesto que mantendría esa postura porque no se estaba en *“presencia de razones para considerar un cambio de jurisprudencia, por el contrario, existen criterios de justicia, igualdad e incluso de guarda y protección del erario que imponen la aplicación del precedente vigente, lo que conlleva a no declarar la nulidad del proceso, a la luz de los principios de eficiencia y celeridad consagradas en la Constitución y la ley”*.

Al respecto, estimo que no es posible que en la actualidad, cuando la facultad de que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (Rama Judicial) represente en juicio a la Nación data desde la Ley 270 de 1996, es decir, hace casi 30 años y de que, asimismo, la Fiscalía General de la Nación cuente con capacidad para comparecer al proceso en representación, igualmente de la Nación desde el año 1998 *–con la expedición de la Ley 446–*, se siga aceptando que si uno de esos dos entes fue vinculado al proceso como parte pasiva, hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de la persona jurídica a la que representan (la Nación), así el ente llamado al proceso no haya sido el que realizó las actuaciones que dan lugar a dicha responsabilidad.

Considero, respetuosamente, que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado debió fijar, en ese momento, una postura distinta en relación con los procesos iniciados bajo la vigencia de la Ley 446 de 1998 o, al menos, para aquellos que se promovieran después de proferida la decisión de unificación.

Nótese cómo, precisamente, la Sala advirtió esa situación en el siguiente sentido:

(...) es notable que la entrada en vigencia del artículo 49 de la ley 446 de 1998 supuso un abrupto freno en la jurisprudencia que venía adoptando el Consejo de Estado, y que sin duda fue un giro legal que no fue asimilado de inmediato por la jurisprudencia de esta Corporación y, mucho menos, por los Tribunales Administrativos que siguieron apelando al criterio jurisprudencial anterior a la expedición de dicha norma. De tal forma que, incluso después de 1998, los autos admisorios de las demandas presentadas en contra de la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación, por casos de privaciones injustas de la



Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN
Radicado: 11001 03 15 000 2020 00471 00
ACLARACIÓN DE VOTO

libertad, eran notificados, en unos casos, al Fiscal General de la Nación, como lo establece el artículo 49, pero en otras ocasiones, seguían siendo notificadas al Director Ejecutivo de la Administración Judicial, de conformidad con los criterios jurisprudenciales establecidos para la época (dejo destacado).

Pero aun así decidió optar por mantener una postura que, a partir de la Ley 446 de 1998 resulta insostenible, desde el punto de vista de la capacidad para comparecer al proceso por parte de la Fiscalía General de la Nación.

En modo alguno pretendo desconocer, ni mucho menos contradecir lo que al tenor de la ley es claro, en el sentido de que tanto la Rama Judicial como la Fiscalía General representan a la Nación, pero lo que no puedo aceptar, so pretexto de que se sostenga que se trata de un tema de representación y no de legitimación – *que no es así*– es que se continúen admitiendo demandas y dictando fallos de condena en contra de la Nación, con cargo al presupuesto de entidades que, teniendo capacidad para comparecer al proceso, autonomía administrativa y presupuestal, no fueron demandadas y/o vinculadas, cuestión que precisamente dio paso a la causal de revisión consistente en existir nulidad originada en la sentencia.

Cabe agregar que la Sala Plena de la Sección Tercera, en el proveído unificador de su jurisprudencia, sostuvo como argumento adicional para continuar aplicando la postura que de *otrora* traía la Sección, que tal tesis propendía por la “*guarda y protección del erario*”, lo cual considero absolutamente contrario a la realidad, por cuanto a partir de esa línea de pensamiento, antes que denegarse las pretensiones de la demanda porque el ente público que debió demandarse no lo fue, se impone una condena con cargo a la entidad que no compareció al proceso, con el argumento de que la Nación –*que es la única persona jurídica centro de imputación del daño*– estuvo “*debidamente*” representada, pero por una institución que no fue la que materialmente causó ese daño.

También estimo necesario señalar que la problemática que fue aparentemente zanjada con la unificación sí comporta un tema relacionado con la legitimación en la causa y no un simple aspecto de representación.



Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN
Radicado: 11001 03 15 000 2020 00471 00
ACLARACIÓN DE VOTO

En efecto, la legitimación en la causa <<*legitimatío ad causam*>> se refiere a la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas.

En términos procesales, la legitimación en la causa se entiende como la calidad que tiene una persona para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda, por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida y objeto de la decisión del juez, de manera que **se trata de un presupuesto de fondo para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado**⁸.

Con esa óptica, reiteradamente la jurisprudencia de la Sección Tercera ha considerado que:

*(...) la legitimación en la causa puede ser de **hecho o material**, siendo la primera aquella relación que se establece entre las partes por razón de la pretensión procesal, es decir de la atribución de una conducta que el demandante hace al demandado en su demanda, **mientras que la segunda**, corresponde a '**... la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas o hayan demandado o que hayan sido demandadas**', por lo cual la ausencia de esta última clase de legitimación, por activa o por pasiva, no constituye una excepción de fondo porque no enerva la pretensión procesal en su contenido.*

*La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, **para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado**; el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; **si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones** no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho **sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto**, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante⁹. (negrillas del original).*

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia de 29 de enero de 2009, exp. 16.169, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 22 de noviembre de 2001, exp. 13.356. M.P.: María Elena Giraldo Gómez; de 27 de abril de 2006, exp.



Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN
Radicado: 11001 03 15 000 2020 00471 00
ACLARACIÓN DE VOTO

En el fallo proferido por la Sala Veintidós Especial de Decisión se hizo un importante avance para efectos de recoger aquella postura y, por tal razón, la acompañé.

Muy atentamente,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: esta aclaración de voto fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.

