

EXCEPCIÓN DE INCAPACIDAD O INDEBIDA REPRESENTACIÓN DEL DEMANDANTE - Formulada al considerar que corresponde al jefe del ministerio o departamento administrativo que suscribe el acto a nombre del Gobierno Nacional asumir su representación judicial y no al Presidente de la República / CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN - Reglas / REPRESENTACIÓN DE LA NACIÓN - Gobierno Nacional: Corresponde al Presidente de la República y al ministro del ramo o el director de departamento administrativo que haya suscrito el acto administrativo demandado / NACIÓN – Es quien goza de personería jurídica / VINCULACIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA AL PROCESO – Lineamientos para determinarla / VINCULACIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA AL PROCESO - Procede por haber suscrito el acto acusado / EXCEPCIÓN PREVIA DE INDEBIDA REPRESENTACIÓN JUDICIAL DE LA NACIÓN - No probada respecto del Presidente de la República

[L]a Presidencia de la República, que acude al proceso en condición de parte, formuló la excepción previa de “Indebida representación de la Nación”, con fundamento en los artículos 115 de la Constitución Política y 159 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que señalan que corresponde al jefe del ministerio o departamento administrativo que suscribe el acto a nombre del Gobierno Nacional asumir su representación judicial y no al Presidente de la República. [...] De conformidad con el artículo 115 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional está conformado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de los departamentos administrativos. El Presidente y el ministro o director de departamento correspondiente, en cada negocio particular, constituyen el gobierno. Dicho artículo también dispone que los actos del Presidente únicamente tendrán validez cuando hayan sido suscritos por él y por el respectivo ministro del ramo o director de departamento administrativo, “[...] quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables. [...]”. Esto significa que tanto el Presidente de la República como los ministros o directores de departamento administrativo, según el caso, son responsables por los actos administrativos que emiten. Sobre este aspecto, además, el artículo 159 del CPACA señala lo siguiente: [...] La norma transcrita permite concluir que la regla general en materia de representación de entidades públicas está determinada porque ella corresponde a “la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho”, sin perjuicio de que concurren en ella el ministro o director de departamento administrativo, o las demás personas indicadas en la norma; lo que implica que, cuando el acto es expedido por la Nación - Gobierno Nacional, la persona de mayor jerarquía que lo suscribe es, sin duda alguna, el Presidente de la República. Y ello es así porque la vinculación del Presidente de la República tiene fundamento en que, como lo señala el artículo 115 de la Constitución Política, es responsable por los actos administrativos que suscribe y, en esa medida, debe ser notificado de la existencia del proceso; obsérvese al respecto que la decisión que se adopte en el proceso le afecta directamente, por lo que está llamado a defender su actuación. Aunado a lo anterior, a quien se demanda es a la Nación, Gobierno Nacional, pues quien goza de personería jurídica es la Nación; por ende, debido a que el Gobierno Nacional se conforma por el Presidente y el ministro del respectivo ramo o el director del departamento administrativo correspondiente, el contradictorio requiere la citación de todos ellos al proceso. La citación al Presidente de la República es una medida que la Sección Primera del Consejo de Estado no solo estima procedente, sino además necesaria, pues en una democracia el primero llamado a la defensa de sus actos frente al pueblo elector es la máxima autoridad ejecutiva, más cuando la Carta Política le hace responsable de ellos. A ello se agrega que la Sección Primera del Consejo de Estado ya de tiempo atrás cambió su jurisprudencia en

materia de legitimación en la causa por pasiva y representación procesal “[...] cuando se demanden actos administrativos expedidos por el Gobierno Nacional, como figura constitucional que conforma la persona jurídica Nación [...]”, en el sentido de señalar que es necesario “[...] vincular al Presidente de la República como representante de la parte pasiva y como integrante del Gobierno Nacional, cuando se demanden actos administrativos que hayan sido expedidos y suscritos por aquel [...]”; En ese sentido, esta Sección sentó los lineamientos para determinar cuándo es necesaria la vinculación del señor Presidente de la República a los procesos que se originan en los medios de control de nulidad por inconstitucionalidad o de simple nulidad, en los que se controviertan actos administrativos expedidos a nombre de la Nación únicamente por aquél o de manera concurrente entre él y otras autoridades. Para el efecto señaló los siguientes cinco parámetros [...] En ese orden, comoquiera que el acto administrativo que se acusa por parte del demandante, Decreto 1074 de 26 de mayo de 2015, fue expedido por el Presidente de la República junto con el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, autoridades que para el caso en particular constituyeron el Gobierno Nacional, era deber del Despacho notificarle al señor Presidente de la República de la existencia del medio de control en el que controvierte la legalidad de aquel. En los referidos términos, no le asiste razón a la apoderada de la Presidencia de la República al afirmar que existe una indebida representación de la Nación por falta de legitimidad en la causa por pasiva del Presidente de la República, razón por la cual la excepción planteada en la contestación de la demanda será negada.

EXCEPCIONES - Concepto / EXCEPCIONES - Clases / EXCEPCIONES DE FONDO - Concepto / EXCEPCIONES PREVIAS - Concepto / EXCEPCIONES MIXTAS - Concepto / EXCEPCIONES PREVIAS Y MIXTAS - Finalidad / EXCEPCIONES PREVIAS Y MIXTAS - No son taxativas / EXCEPCIONES - Oportunidad para plantearlas / DECISIÓN DE EXCEPCIONES - Variación por Decreto Legislativo 806 de 2020. Modificación Ley 2080 de 2021 / REFORMA PROCESAL - Introducida por la Ley 2080 de 2021 / LEY PROCESAL - Vigencia inmediata / LEY 2080 DE 2021 - Aplicación / DECISIÓN DE EXCEPCIONES - Reglas en aplicación de la Ley 2080 de 2021

NOTA DE RELATORÍA: Ver providencia Consejo de Estado, Sección Primera de 15 de febrero de 2018, Radicación 11001-03-24-000-2014-00573-00, C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 115 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 159 / LEY 153 DE 1887 – ARTÍCULO 80

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., quince (15) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-24-000-2018-00481-00

Actor: LUIS CARLOS CEPEDA VILLAR

Demandado: NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO – MINCOMERCIO

Referencia: Nulidad por Inconstitucionalidad

Tema: Decisión sobre la excepción

AUTO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021¹, que modificó el párrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, y en concordancia con el numeral segundo del artículo 101 del Código General del Proceso² (en adelante CGP), procede el Despacho a pronunciarse sobre las excepciones previas en el trámite de la referencia.

I. Antecedentes

1.1 En cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional en providencia del 13 de noviembre de 2018, la Secretaría de esa Corporación remitió a esta Sección la demanda de nulidad por inconstitucionalidad presentada por el señor Luis Carlos Cepeda Villar, en nombre propio, en contra del artículo 2.2.2.46.1.1.³ del Decreto 1074 de 2015, *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo”*, proferido por el Presidente de la República y el Ministro de Comercio, Industria y Turismo.

1.2 Mediante auto del 20 de mayo de 2019, se admitió la demanda por reunir los requisitos legales, tal como consta a folios 17 a 19 del cuaderno principal, y se ordenó notificar personalmente a la parte demandada, Secretario Jurídico de la Presidencia o a quien esté autorizado por delegación para recibir las notificaciones, al Ministro de Comercio, Industria y Turismo, al Procurador

¹ **Artículo 38.** Modifíquese el párrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011.

² **“Artículo 101. Oportunidad y trámite de las excepciones previas.** [...] 2. El juez decidirá sobre las excepciones previas que no requieran la práctica de pruebas, antes de la audiencia inicial, y si prospera alguna que impida continuar el trámite del proceso y que no pueda ser subsanada o no lo haya sido oportunamente, declarará terminada la actuación y ordenará devolver la demanda al demandante. || Cuando se requiera la práctica de pruebas, el juez citará a la audiencia inicial y en ella las practicará y resolverá las excepciones.”

³ **“Artículo 2.2.2.46.1.1. Derechos por registro y renovación de la matrícula mercantil.** La matrícula de los comerciantes, o su renovación en el registro público mercantil, causará anualmente los siguientes derechos liquidados de acuerdo con el monto de los activos: [...]”.

Delegado para la conciliación administrativa y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

1.3 Mediante escrito radicado el 13 de junio de 2019, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo contestó la demanda en la cual se advierte que no formuló excepciones previas o mixtas. Folios 39 a 40.

1.4 Mediante escrito radicado el 23 de agosto de 2019, la Presidencia de la República contestó la demanda en la cual se advierte que formuló excepción de “*Indebida representación de la Nación*”. Folios 51 a 60.

II. Excepción propuesta

2.1 La Presidencia de la República se pronunció sobre los hechos y argumentos expuestos en la demanda y se opuso a los mismos de la siguiente manera:

“La suscrita apoderada manifiesto mi oposición a las pretensiones de nulidad de la norma demandada, y para su defensa técnica coadyuvo los argumentos de defensa que expongan las entidades que suscribieron el acto demandado (demandas o vinculadas), y para efectos judiciales representan a la Nación en el proceso, por ser las responsables de la defensa de la norma acusada, en los términos de los artículos 115 superior y 159 del CPACA, como se explicará ampliamente al plantear las excepciones.

Frente a los hechos expuestos en la demanda debo manifestar que es cierto que se expidió el decreto demandado, pero no en los términos que expone el demandante, y no es cierto que el alcance de la norma demandada sea el expuesto en la demanda; lo que no aceptamos como ciertos al alejarse de la realidad jurídica y desconocer los pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con la materia objeto de demanda.”

Adicionalmente, formuló la excepción de “*Indebida representación de la Nación*”⁴, con base en que la vinculación del Presidente de la República es irregular, porque se le cita en representación de la Nación.

⁴ Folios 51 a 60 cuaderno principal.

Al respecto adujo que el CPACA prevé *“reglas de representación de la nación en asuntos contenciosos enlistando a las autoridades que pueden asumir su defensa y que no incluyen al presidente de la República como una de ellas, voluntad del legislador que siempre hemos defendido y que puede verificarse en los antecedentes del proyecto que se convirtió en la Ley 1437 de 2011...”*

Explicó que el artículo 159 del CPACA señala que los actos administrativos expedidos por el Gobierno Nacional deben ser defendidos por los ministros y directores de departamento administrativo responsables, por cuanto son ellos quienes firman el acto acusado y, en consecuencia, cuentan con la capacidad jurídica para la representación judicial, y no el Presidente de la República, como de manera equivocada se realizó en el presente proceso.

Concluyó señalando que en diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado⁵ se *“ha señalado la inexistencia de la legitimación material en la causa del Presidente de la República y del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República en la defensa de la legalidad de los actos administrativos del Gobierno Nacional”*. Por lo tanto, solicitó la desvinculación del proceso, para que, en representación de la Nación, sean los Ministerios, aquellos que suscribieron el Decreto 1074 de 2015, quienes defiendan su legalidad.

III. Traslado

La Secretaría de la Sección Primera de esta Corporación corrió traslado de las excepciones propuestas del 13 al 17 de septiembre de 2019, término durante el cual no existió pronunciamiento alguno, de conformidad con la constancia secretarial de fecha 23 de septiembre de 2019.⁶

IV. Consideraciones:

⁵ Sobre el particular hace referencia a las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Providencia del 13 de octubre de 2011. Radicado: 11001 03 26 000 2011 00039 00 (41719). Actor: Juan Carlos Castaño Posada contra la Presidencia de la República y otros. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Decisión adoptada en audiencia inicial adelantada el 26 de julio de 2017. Radicado: 11001032500020140154200. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 8 de agosto de 2012. Radicado: 25000232500020021282903, entre otros.

⁶ Folio 72 del cuaderno principal

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

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

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

Ahora bien, el carácter mixto se explica en que pueden proponerse para sanear el proceso, y además atacar el medio de control al existir inconsistencias en la forma en la que fue presentada la demanda, por lo que pueden, eventualmente, ser resueltas en la sentencia definitiva, siempre que el juez carezca de los suficientes elementos para resolverla en la oportunidad correspondiente⁷.

⁷ En la transcripción de la Sesión del 13 de octubre de la Comisión Redactora del CPACA se evidencia lo dicho: **“Doctor Arboleda:** (minutos 00:03:17 a 00:03:33 Pista 4 no se escucha).

Doctor Ostau De Lafont: No, es el mismo proyecto, ese era el mismo proyecto que se trabajó en esa comisión, yo estuve en esa comisión, inclusive delegado por el Consejo de Estado, eso fue en el 2004 cuando Alejandro Ordóñez era presidente, entonces me comisionó para ir a esa comisión y yo rendí aquí un informe del proyecto, listo, se hizo ese trabajo. De ahí en adelante el Instituto ha procurado vender la idea y ahorita se estableció con el Ministro Vargas Lleras.

Bueno, entonces... bueno, fíjate que siempre hacen falta porque Ruth trabajó esta parte de pruebas y excepciones. Pero mirémoslas.

“En relación con las excepciones previas el C. de P. C. establece que el traslado, pruebas (cuando son necesarias) y la decisión de las excepciones, se cumple antes de la audiencia.

Por el contrario, en el proyecto de C.C.A. se dispone que la audiencia inicial se lleve a cabo antes de resolver las excepciones previas y antes de que se practiquen las pruebas que sean necesarias para hacerlo.

Artículo 180. Debe ser el de nosotros.

“Es más adecuada la regulación del C.P.C. No hay razón para que, en este aspecto el C.C.A. tenga una regulación distinta. No tiene sentido tramitar la audiencia cuando — por ejemplo - el Juez puede, con anterioridad, decidir las excepciones con pruebas documentales y llega a la conclusión de que debe dar por terminado el proceso.

La regulación anterior implica modificar el término durante el cual el demandante puede reformar la demanda: Mientras en el C. de P. C. la demanda puede reformarse hasta “antes de resolver sobre las excepciones previas que no requieran práctica de pruebas, o antes de la notificación del auto que las decreta”, término que es fácilmente manejable por el demandante que es quien va a ejercer este derecho, en el proyecto de C.C.A. la demanda puede reformarse “hasta al vencimiento de los diez días siguientes al traslado de la demanda”.

Pero es anterior a la audiencia, de todas maneras. Lo de la modificación de la demanda.

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

En ese mismo sentido esta Corporación ha manifestado:

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

La finalidad de las excepciones previas, es la de conjurar vicios formales en procura de evitar decisiones inhibitorias o, dada la entidad de las falencias, impedir que continúe el curso del proceso ab initio, ya que no sería posible, ante su existencia, llegar a la sentencia por

“La ley de descongestión amplió las denominadas *excepciones mixtas*, mecanismo que permite que *excepciones de fondo* puedan ser resueltas en esta etapa.

Se dispuso en el artículo sexto de la ley de descongestión:

También podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción, caducidad de la acción, prescripción extintiva y falta de legitimación en la causa. Cuando el juez encuentre probada cualquiera de estas excepciones, lo declarará mediante sentencia anticipada.”

Igualmente, en la transcripción de la sesión del 18 de noviembre de 2010 se habla del tema de las excepciones mixtas:

“Doctor Ostau De Lafont: No, pero puede decir que la resuelve en el fondo, en la sentencia. Yo lo que quiero decir, Mauricio, es que si admitimos la teoría de las excepciones mixtas, para mí, el juez hoy podría decir con eso: yo considero que no es el momento adecuado para resolver, o no tengo los elementos para resolver como excepción previa la caducidad. O sea, la deja para resolverla en la sentencia.”

sustracción de materia; por su parte, la finalidad de las excepciones de fondo, es controvertir la existencia misma y alcance del derecho reclamado por el demandante, por lo que tienen la virtud de enervar las pretensiones y provocar que el fallo correspondiente se constituya en cosa juzgada, dando término de manera definitiva al debate planteado.

Pues bien, teniendo como premisa tales definiciones, debe el juez, en ejercicio del principio constitucional del iura novit curia, determinar con total claridad, ante omisiones de los postulantes en un proceso sometido a su conocimiento, independientemente del título que hubieren dado a cada una de ellas, si las excepciones planteadas se encaminan a atacar la forma de la demanda o el fondo del asunto, a fin de pronunciarse sobre cada una de ellas en la correspondiente etapa procesal (...).”⁸.

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

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

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

Siendo ello así, en aplicación de ésta última disposición normativa y de acuerdo a la remisión que se hace a los artículos 100, 101 y 102 del CGP, el Despacho abordará el estudio de la excepción presentada a la luz de lo allí dispuesto, pues no es requerida la práctica de ninguna prueba.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Auto del 9 de abril de 2014. Radicado número 27001-23-33-000-2013-00347-01(0539-14). Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

El precepto de la Ley 2080 de 2021, correspondiente al artículo 38 que modificó el párrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, tiene el siguiente alcance:

“Artículo 38. Modifíquese el párrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, el cual será del siguiente tenor:

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

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

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

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

Los preceptos del Código General del Proceso tienen el siguiente alcance literal:

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

1. Falta de jurisdicción o de competencia.

2. *Compromiso o cláusula compromisoria.*
3. *Inexistencia del demandante o del demandado.*
4. *Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado.*
5. *Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.*
6. *No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge o compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar.*
7. *Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.*
8. *Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.*
9. *No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.*
10. *No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar.*
11. *Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada.”*

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

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

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

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

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

Cuando se requiera la práctica de pruebas, el juez citará a la audiencia inicial y en ella las practicará y resolverá las excepciones.

Si prospera la de falta de jurisdicción o competencia, se ordenará remitir el expediente al juez que corresponda y lo actuado conservará su validez.

Si prospera la de compromiso o cláusula compromisoria, se decretará la terminación del proceso y se devolverá al demandante la demanda con sus anexos.

Si prospera la de trámite inadecuado, el juez ordenará darle el trámite que legalmente le corresponda.

Cuando prospere alguna de las excepciones previstas en los numerales 9, 10 y 11 del artículo 100, el juez ordenará la respectiva citación.

3. Si se hubiere corregido, aclarado o reformado la demanda, solo se tramitarán una vez vencido el traslado. Si con aquella se subsanan los defectos alegados en las excepciones, así se declarará.

Dentro del traslado de la reforma el demandado podrá proponer nuevas excepciones previas siempre que se originen en dicha reforma. Estas y las anteriores que no hubieren quedado subsanadas se tramitarán conjuntamente una vez vencido dicho traslado.

4. Cuando como consecuencia de prosperar una excepción sea devuelta la demanda inicial o la de reconvención, el proceso continuará respecto de la otra”.

“Artículo 102. Inoponibilidad Posterior De Los Mismos Hechos. Los hechos que configuran excepciones previas no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandante, ni por el demandado que tuvo oportunidad de proponer dichas excepciones.” (Subrayas del Despacho).

Ahora bien, la Presidencia de la República, que acude al proceso en condición de parte, formuló la excepción previa de *“Indebida representación de la Nación”*, con fundamento en los artículos 115 de la Constitución Política y 159 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que señalan que corresponde al jefe del ministerio o departamento administrativo que suscribe el acto a nombre del Gobierno Nacional asumir su representación judicial y no al Presidente de la República.

Dicha afirmación la sustenta en el hecho de que el Presidente de la República no se encuentra enlistado en el inciso segundo del referido artículo 159, como una de las autoridades señaladas para que represente a la Nación en procesos contencioso administrativos, excepto cuando se trata de asuntos contractuales, que no es el caso.

De conformidad con lo anterior, se evidencia que las alegaciones presentadas, en cuanto a la indebida representación de la Nación, tienden a sostener la existencia de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Verificado lo anterior, seguidamente el Despacho se ocupará de resolver esta excepción.

4.1. “Indebida representación de la Nación.”

De conformidad con el artículo 115 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional está conformado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de los departamentos administrativos. El Presidente y el ministro o director de departamento correspondiente, en cada negocio particular, constituyen el gobierno.

Dicho artículo también dispone que los actos del Presidente únicamente tendrán validez cuando hayan sido suscritos por él y por el respectivo ministro del ramo o director de departamento administrativo, “[...] quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables. [...]”. Esto significa que tanto el Presidente de la República como los ministros o directores de departamento administrativo, según el caso, son responsables por los actos administrativos que emiten.

Sobre este aspecto, además, el artículo 159 del CPACA señala lo siguiente:

*“[...] **ARTÍCULO 159. CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN.** Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.*

*La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o **por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.***

El Presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con la Rama Legislativa; y el Director Ejecutivo de Administración Judicial la

representa en cuanto se relacione con la Rama Judicial, salvo si se trata de procesos en los que deba ser parte la Fiscalía General de la Nación.

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.

En materia contractual, la representación la ejercerá el servidor público de mayor jerarquía de las dependencias a que se refiere el literal b), del numeral 1 del artículo 2o de la Ley 80 de 1993, o la ley que la modifique o sustituya. Cuando el contrato o acto haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de esta se ejercerá por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Las entidades y órganos que conforman el sector central de las administraciones del nivel territorial están representadas por el respectivo gobernador o alcalde distrital o municipal. En los procesos originados en la actividad de los órganos de control del nivel territorial, la representación judicial corresponderá al respectivo personero o contralor [...].”

La norma transcrita permite concluir que la regla general en materia de representación de entidades públicas está determinada porque ella corresponde a “la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho”, sin perjuicio de que concurren en ella el ministro o director de departamento administrativo, o las demás personas indicadas en la norma; lo que implica que, cuando el acto es expedido por la Nación - Gobierno Nacional, la persona de mayor jerarquía que lo suscribe es, sin duda alguna, el Presidente de la República.

Y ello es así porque la vinculación del Presidente de la República tiene fundamento en que, como lo señala el artículo 115 de la Constitución Política, es responsable por los actos administrativos que suscribe y, en esa medida, debe ser notificado de la existencia del proceso; obsérvese al respecto que la decisión que se adopte en el proceso le afecta directamente, por lo que está llamado a defender su actuación.

Aunado a lo anterior, a quien se demanda es a la Nación, Gobierno Nacional, pues quien goza de personería jurídica es la Nación⁹; por ende, debido a que el Gobierno Nacional se conforma por el Presidente y el ministro del respectivo ramo o el director del departamento administrativo correspondiente, el contradictorio requiere la citación de todos ellos al proceso.

La citación al Presidente de la República es una medida que la Sección Primera del Consejo de Estado no solo estima procedente, sino además necesaria, pues en una democracia el primero llamado a la defensa de sus actos frente al pueblo elector es la máxima autoridad ejecutiva, más cuando la Carta Política le hace responsable de ellos.

A ello se agrega que la Sección Primera del Consejo de Estado ya de tiempo atrás cambió su jurisprudencia en materia de legitimación en la causa por pasiva y representación procesal *“[...] cuando se demanden actos administrativos expedidos por el Gobierno Nacional, como figura constitucional que conforma la persona jurídica Nación [...]”,* en el sentido de señalar que es necesario *“[...] vincular al Presidente de la República como representante de la parte pasiva y como integrante del Gobierno Nacional, cuando se demanden actos administrativos que hayan sido expedidos y suscritos por aquel [...]”*¹⁰; al respecto precisó que:

“[...] en los procesos donde se ejerzan los medios de control de nulidad por inconstitucionalidad y de nulidad, respecto de actos administrativos expedidos por la Nación, a través de la figura constitucional del Gobierno Nacional, se tendrá como único sujeto procesal a la Nación, la cual será representada en el proceso por el Presidente de la República y los ministros y directores del departamento administrativo que expidieron y suscribieron el acto administrativo demandado; por lo tanto, no será completa la representación de la Nación – Gobierno Nacional si solo se vincula a uno de ellos [...]”.

⁹ Artículo 80 de la Ley 153 de 1887.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Hernando Sánchez Sánchez, providencia del 15 de febrero de 2018, radicado número: 110010324000201400573-00. Demandante: Miguel Ángel Garcés Villamil. Demandado: Nación - Gobierno Nacional: Presidente de la República y Ministra de Relaciones Exteriores.

En ese sentido, esta Sección sentó los lineamientos para determinar cuándo es necesaria la vinculación del señor Presidente de la República a los procesos que se originan en los medios de control de nulidad por inconstitucionalidad o de simple nulidad, en los que se controviertan actos administrativos expedidos a nombre de la Nación únicamente por aquél o de manera concurrente entre él y otras autoridades. Para el efecto señaló los siguientes cinco parámetros:

*“[...] El **primer parámetro** consiste en **verificar la autoría del acto administrativo**. En ese orden, se deberá establecer si el Presidente de la República expidió el acto administrativo demandado, lo cual se evidencia en el contenido del acto. Si se constata que el Primer Mandatario no expidió el acto administrativo demandado, no se le vinculará al proceso. En ese caso se deberá vincular a las autoridades que efectiva y materialmente expidieron y suscribieron el acto administrativo demandado. Este parámetro constituye la regla general de vinculación.*

*El **segundo parámetro** consiste en **verificar la naturaleza del acto demandado**. Lo anterior porque, en los términos del inciso quinto del artículo 159 de la Ley 1437, tratándose de actos suscritos por el Presidente de la República, la regla de vinculación en atención a la autoría del acto encuentra una excepción en materia contractual.*

*En ese orden, **en materia contractual** cuando el contrato o acto haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de la Nación se ejercerá por intermedio del Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y no directamente por el Presidente.*

*El **tercer parámetro** consiste en verificar **si el Presidente de la República fue la única autoridad que suscribió el acto demandado en nombre de la Nación o si la autoría del acto es conjunta con otras autoridades**, por expresa disposición de la Constitución o la ley. En el primer caso –única autoridad que expide el acto- se aplican las reglas establecidas en los parámetros primero y segundo.*

En el segundo caso –autoría conjunta por expresa disposición de la Constitución o la ley-, respetando las reglas establecidas en los parámetros primero y segundo, se deberán vincular a todas las autoridades que participaron en la expedición del acto.

*El **cuarto parámetro** se relaciona con la potestad que tiene el Presidente de la República de delegar la función de ser representado en el proceso judicial a través de otras autoridades, de conformidad con los artículos 9 y*

siguientes de la Ley 489 de 29 de diciembre de 1998¹¹. En este caso, se ordenará la vinculación del Presidente de la República en calidad de representante de la Nación, sin perjuicio de que, por virtud de la figura de la delegación, este otorgue a otra autoridad la capacidad de representarlo en el proceso.

Por último, el quinto parámetro se relaciona con la vinculación del Departamento Administrativo de Presidencia de la República, para lo cual se aplicarán los parámetros primero y segundo, sobre verificación de la autoría y de la naturaleza del acto demandado [...]”¹².

En ese orden, comoquiera que el acto administrativo que se acusa por parte del demandante, Decreto 1074 de 26 de mayo de 2015, fue expedido por el Presidente de la República junto con el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, autoridades que para el caso en particular constituyeron el Gobierno Nacional, era deber del Despacho notificarle al señor Presidente de la República de la existencia del medio de control en el que controvierte la legalidad de aquel.

En los referidos términos, no le asiste razón a la apoderada de la Presidencia de la República al afirmar que existe una indebida representación de la Nación por falta de legitimidad en la causa por pasiva del Presidente de la República, razón por la cual la excepción planteada en la contestación de la demanda será negada.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la excepción de “**Indebida representación de la Nación**” formulada por la apoderada de la Presidencia de la República, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

¹¹ “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Hernando Sánchez Sánchez, providencia del 15 de febrero de 2018, radicado número: 110010324000201400573-00. Demandante: Miguel Ángel Garcés Villamil. Demandado: Nación - Gobierno Nacional: Presidente de la República y Ministra de Relaciones Exteriores.

(Firmado digitalmente)
OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado