



162

Radicado: 25000-23-41-000-2019-00820-01
Demandante: Angélica Lisbeth Lozano Correa

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Magistrada Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020)

Referencia: CUMPLIMIENTO
Radicación: 25000-23-41-000-2019-00820-01
Accionante: ANGÉLICA LISBETH LOZANO CORREA
Accionado: NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTRO

Temas: Declara nulidad – debido proceso judicial – garantía de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de intervenir en los procesos en que la parte demandada es una entidad del Estado.

AUTO QUE DECRETA LA NULIDAD DE LO ACTUADO

OBJETO DE LA DECISIÓN

Sería del caso que la Sala resolviera las solicitudes de adición y aclaración de la sentencia del **18 de diciembre de 2019**, dictada por esta Sección en el vocativo de la referencia, presentadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, el Ministerio de Educación Nacional y la Presidencia de la República, si no fuera porque se advierte que el proceso está viciado de nulidad procesal insaneable que resulta imperativo decretar en esta oportunidad procesal.

I. ANTECEDENTES

1.1. Trámite de la acción de cumplimiento en primera instancia

1. Mediante escrito presentado el 17 de septiembre de 2019¹, en la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la señora **Angélica Lisbeth Lozano Correa**, en nombre propio, ejerció acción de cumplimiento contra la Presidencia de la República y el Ministerio de Educación

¹ Folio 8 del expediente.





Nacional, con el fin de obtener el **acatamiento de los artículos 5º y 27 de la Ley 1804 de 2016²**, para que procedan a la reglamentación allí prevista.

2. Como pretensión solicitó que se ordenara al Presidente de la República y al Ministro de Educación Nacional dar cumplimiento a los artículos 5º y 27 de la Ley 1804 de 2016, en el sentido de proceder con la reglamentación de las citadas disposiciones, incluyendo la regulación de los aspectos relativos a la prestación, inspección, vigilancia y control de la educación inicial.

3. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección “A”, por auto de ponente, admitió la demanda el 19 de septiembre de 2019, disponiendo la notificación al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y la Ministra de Educación Nacional, o a quien se le hubiese delegado la facultad de recibir notificaciones.

4. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección “A”, mediante sentencia del 17 de octubre de 2019³: (i) declaró el incumplimiento por parte del Gobierno Nacional de los artículos 5º y 27 de la Ley 1804 de 2016; y, (ii) en consecuencia le ordenó que en el término improrrogable de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la providencia, procedieran a dar efectivo cumplimiento a los mandatos contenidos en los artículos 5º y 27 de la Ley 1804 de 2016, expidiendo la reglamentación referida en esa disposición, al considerar que *“...el Gobierno Nacional – Ministerio de Educación Nacional desatendieron los mandatos imperativos, inobjectables y actualmente exigibles que se encontraban a su cargo, contenidos en los artículos 5 y 27 de la Ley 1804 de 2016”*.

1.2. Trámite en sede de impugnación del fallo de primera instancia

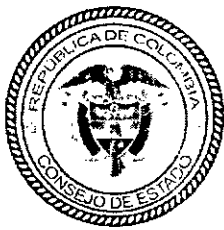
5. El 18 de diciembre de 2019, la Sección Quinta del Consejo de Estado confirmó la sentencia del 17 de octubre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A” que declaró incumplidos los artículos 5º y 27 de la Ley 1804 de 2016 y, en consecuencia, concedió diez (10) días para que el Gobierno Nacional, representado en este caso por el Presidente de la República y el Ministro de Educación Nacional, reglamentaran lo allí previsto.

6. El término concedido para dar alcance a la norma fue ampliado a tres (3) meses, contados a partir de la ejecutoria de la providencia, al considerar que las normas analizadas contienen un mandato imperativo e inobjetable, en la medida en que corresponde a la parte demandada ejercer su potestad reglamentaria

² *“Por la cual se establece la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre y se dictan otras disposiciones”*.

³ Folios 59 a 68 del expediente.





163

Radicado: 25000-23-41-000-2019-00820-01
Demandante: Angélica Lisbeth Lozano Correa

dentro de determinado tiempo, el cual se encuentra vencido pues han transcurrido más de seis (6) meses desde la promulgación de la Ley 1804 de 2016 y, a pesar de que ha adelantado acciones, éstas claramente no se ajustan al mandato imperativo e inobjetable de reglamentar la materia.

7. La sentencia fue notificada del 16 de enero de 2020⁴, por Estado y por correo electrónico a todos los intervinientes.

1.3. Solicitudes de aclaración y adición del fallo

8. En escritos radicados el 13 y 21 de enero de 2020⁵, por parte del Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, del 20 de enero de 2020⁶ por el apoderado judicial del Ministerio de Educación Nacional y del 22 de enero de 2020⁷, por la apoderada de la Presidencia de la República, estas entidades solicitaron la adición y aclaración del fallo de segunda instancia proferido el 18 de diciembre de 2019, por esta Sección.

9. En los memoriales de solicitud de adición y aclaración las entidades referidas argumentaron que en la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2019 no se hizo pronunciamiento alguno respecto del escrito presentado el **16 de diciembre de 2019**, en la Secretaría General del esta Corporación⁸, por el Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

10. Concretamente las intervenciones incluyen los siguientes argumentos:

1.3.1. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

11. En escritos radicados el 13 y 21 de enero de 2020⁹, el Director de la Agencia, solicitó la adición del fallo de segunda instancia proferido el 18 de diciembre de 2019, al considerar que:

12. La Agencia intervino en este proceso, durante el trámite de segunda instancia, exponiendo una serie de argumentos adicionales a los planteados por las dos entidades accionadas, que constituían medios de defensa, sobre los cuales esta Corporación guardó silencio en la providencia del 18 de diciembre de 2019 *“...de hecho, fácilmente se advierte en esta sentencia que el Consejo de Estado o no se percató de la intervención formulada por la Agencia o decidió no tenerla en cuenta; lo cierto*

⁴ Folios 109 a 115 del expediente.

⁵ Folios 116 a 121 y 122 a 129 del expediente.

⁶ Folios 130 a 133 del expediente

⁷ Folios 134 a 143 del expediente.

⁸ Ver sello visible en la primera página del memorial, en la que consta que se recibió en dicha dependencia el 16 de diciembre de 2019, a las 10.23 a.m.

⁹ Folios 116 a 121 y 122 a 129 del expediente.





es que no hubo pronunciamiento alguno frente a las excepciones presentadas por esta Agencia, contrariando así flagrantemente el artículo 280 de C.G.P.”.

13. Resaltó que esta Sección no se pronunció sobre las siguientes nulidades procesales:

13.1. Falta de legitimación en la causa por pasiva por incorrecta integración del litisconsorcio necesario, que deriva de la nulidad prevista en el numeral 4º del artículo 133 del CGP, configurada por cuanto “...los Ministros de Hacienda y Crédito Público, Salud y Protección Social y los Directores de los Departamentos Administrativos de Planeación Nacional y de Prosperidad Social, fueron los que junto con el Presidente de la República, sancionaron la Ley 1804/2016”.

13.2. Omisión de las oportunidades para solicitar pruebas, configurándose así la causal prevista en el numeral 5º del artículo 133 del CGP “.. derivada precisamente de la falta de integración del litisconsorcio necesario antes explicado. pues se privó a estos funcionarios de contestar la demanda, pedir pruebas, alegar de conclusión. apelar y de recorrer los traslados, y en general de concurrir y participar en el trámite procesal, lo que constituye además una nulidad procesal en los términos del numeral 6º del art. 133 del CGP”.

13.3. No se practicó en legal forma la notificación “...del auto admisorio de la demanda al Presidente de la República, ni a los Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Salud y Protección Social, ni a los directores del Departamento Administrativo de Planeación Nacional, y del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, lo que también constituye la causal de nulidad del numeral 8º del artículo 133 del CGP”.

13.4 Subsidiariamente también solicitó que “...se decretara la nulidad del auto que concedió el recurso de apelación contra el fallo de 1ª instancia, por cuanto no fue convocada, ni practicada, la audiencia de conciliación que ordena el Artículo 70 de la Ley 1395 de 2010 (que adicionó un inciso al artículo 43 de la Ley 640 de 2001) (...) a pesar de tratarse de un fallo condenatorio, el Magistrado no cumplió con la obligación de citar a audiencia de conciliación, antes de conceder el recurso, como lo dispone la ley”.

14. Adicionalmente, señaló que tampoco hubo pronunciamiento sobre los medios exceptivos planteados por la Agencia, tales como:

14.1. No se demostró de manera completa la renuencia al cumplimiento, “...por cuanto, además del Presidente de la República y del Ministro de Educación Nacional, otros funcionarios también debieron haber sido compelidos puesto que no solo los anteriores dos fueron los que sancionaron la Ley 1804/16...”.

14.2. No ha habido renuencia al cumplimiento, “...en la medida que el Gobierno Nacional ha adelantado múltiples gestiones hasta el punto de publicar 3 proyectos de decreto, como se explicó precedentemente. Se resalta que, para fortalecer este argumento, la Agencia invocó en su memorial de intervención la Sentencia C-1194/01 de la Corte Constitucional que analizó los alcances de la acción de cumplimiento...”.





164

Radicado: 25000-23-41-000-2019-00820-01
Demandante: Angélica Lisbeth Lozano Correa

14.3. La acción de cumplimiento es improcedente para el cumplimiento de normas que establezcan gastos.

14.4. La excepción de inconstitucionalidad, toda vez que *"...a la reglamentación de la Ley 1804 de 2016, debe antecederle una ley que establezca los aspectos sancionatorios que son de reserva legal. Sin esta no se puede expedir la reglamentación solicitada so pena de inconstitucionalidad (...) en efecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en numerosas sentencias, entre ellas C-412 de 2015, en las cuales reafirma que varios de los temas cuya reglamentación se pide, como el transcrito, corresponden a materia de reserva legal. Expedir una reglamentación sin soporte legal previo, sería incurrir en una extralimitación de funciones, al invadir la órbita legislativa. Gran parte de la reglamentación solicitada carece de soporte legal necesario y previo. Sin ella el Gobierno no puede expedir la reglamentación solicitada"*.

1.3.2. Ministerio de Educación Nacional

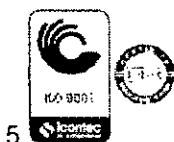
15. El apoderado judicial en escrito radicado el 20 de enero de 2020¹⁰, solicitó que se adicionara la sentencia del 18 de diciembre de 2019, en el sentido de proferir sentencia complementaria que aborde los argumentos expuestos por ese ente ministerial y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y subsidiariamente se decrete la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda, hasta que no se integren todos los litisconsortes necesarios.

16. Fundamenta su solicitud en la ausencia de pronunciamiento respecto de los argumentos presentados por el Ministerio de Educación Nacional, toda vez que *"...no se determinó. bajo un análisis de fondo, si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca había desbordado la interpretación del litigio suprimiéndolo a un panorama en el que meramente se hiciera la revisión de los requisitos formales de procedencia de la acción de cumplimiento. Esta circunstancia fue expresamente anotada en el escrito de impugnación con fundamentos jurisprudenciales puntualmente citados, con lo cual, consideramos que era procedente analizar el caso en forma integral. Este análisis implicaba que necesariamente se tuvieran en cuenta las gestiones adelantadas por este Ministerio en torno a la Educación inicial, como también las limitaciones que de orden económico encontró para expedir la reglamentación en las oportunidades en que se inició el procedimiento para tales efectos"*.

17. Así mismo, señaló que hubo ausencia de pronunciamiento frente a los planteamientos expuestos por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

18. Por último, precisó que la expedición del decreto reglamentario no reviste una acción de simple ejecución, por el contrario *"...se trata de una acción de mayor alcance, que requiere el análisis de las realidades en que se han enmarcado todas las acciones desarrolladas en el marco de la implementación y reglamentación de la educación inicial hasta el momento, así como la pertinencia respecto de las condiciones requeridas para que sea reglamentada como estructurante de la política de primera infancia en el marco del*

¹⁰ Folios 130 a 133 del expediente





funcionamiento general del sistema educativo. Por consiguiente, su reglamentación no sólo debe contemplar los aspectos señalados en la Ley 1804 de 2016, sino que debe involucrar los ajustes que requiere el ciclo educativo en su integralidad. Pues la citada ley busca la atención integral de la primera infancia más no expedir una reglamentación exclusivamente en materia educativa, desnaturalizando a todas luces y manifestándose en contravía de las mismas condiciones establecidas en la Ley 1804 de 2016”.

1.3.3. Presidencia de la República

19. La apoderada judicial, mediante memorial radicado el 22 de enero de 2020¹¹, solicitó la aclaración del fallo del 18 de diciembre de 2019, con fundamento en que el Presidente de la República no está vinculado al proceso porque “...el Director de la Presidencia de la República no representa al Presidente de la República, y evidentemente son dos personas jurídicas diferentes. El Presidente de la República tiene delegada su representación judicial mediante decreto (igual que el Director de la Presidencia lo tiene por Resolución), en la Secretaría Jurídica de la entidad, sin que se puedan asimilar, ni confundir, ni mucho menos obviar el cumplimiento de las formalidades en la representación judicial; razón por la que no puede darse orden alguna al señor Presidente de la República en este proceso”, en ese orden, solicita aclarar la providencia del 18 de diciembre de 2019, y en consecuencia se le desvincule por falta de legitimación en la causa material por pasiva.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Trámite del proceso en sede de impugnación

20. Teniendo en cuenta los argumentos incluidos en los escritos presentados por la parte demandada y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, referidos a no haberse tenido en cuenta la intervención de esta última realizada antes de que se dictara la sentencia que resolvió la alzada, la Sala considera necesario precisar el trámite surtido en esta instancia y las razones de la referida omisión, para finalmente, examinar las consecuencias jurídicas que se derivan de la misma, de cara a validez de la actuación.

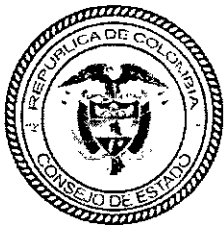
21. Revisado el expediente se encuentra acreditado que:

21.1. El 11 de diciembre de 2019¹², según informe secretarial ingresó el expediente al despacho para resolver sobre “Apelación contra la providencia del 17 de octubre de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera”.

¹¹ Folios 134 a 143 del expediente. Se advierte que de acuerdo con lo informado en los antecedentes la providencia que profirió esta Sala fue notificada el 16 de enero de 2020 y los tres días siguientes para solicitar la aclaración vencerían el 21 de enero de 2020 por lo cual sería extemporánea.

¹² Folio 94 del expediente.





165

Radicado 25000-23-41-000-2019-00820-01
Demandante: Angélica Lisbeth Lozano Correa

21.2. El 13 de diciembre de 2019, la Magistrada Ponente de la decisión registró el proyecto de sentencia y lo sometió a consideración de los Magistrados integrantes de la Sala.

21.3. El 16 de diciembre de 2019¹³, ingresó al despacho de la Magistrada que funge como ponente, el memorial suscrito por el apoderado judicial del Ministerio de Educación Nacional, por el cual dio alcance a la impugnación interpuesta por éste, de conformidad con lo manifestado en el informe secretarial.

21.4. La Sala de Decisión de la Sección Quinta de esta Corporación resolvió la impugnación mediante sentencia del **18 de diciembre de 2019**¹⁴, que confirmó el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A" del 17 de octubre de 2019 y modificó su numeral segundo, que otorgaba diez (10) días para el cumplimiento de los mandatos contenidos en los artículos 5º y 27 de la Ley 1804 de 2016 para, en su lugar, conceder el término improrrogable de tres (3) meses contados a partir de la ejecutoria de la providencia.

21.5. Según informe secretarial de paso al despacho de memoriales, el **18 de diciembre de 2019, a las 4:55 p.m.** ingresó al despacho de la magistrada ponente "...memorial procedente de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en 47 folios + 32 anexos", que no fueron objeto de pronunciamiento en razón a que el expediente bajó a la Secretaría General ese mismo día para notificación de la sentencia dictada el 18 de diciembre de 2019, que resolvió la impugnación.

2.2. Régimen de las nulidades procesales

22. Es pertinente precisar que de conformidad con el artículo 30 de la Ley 393 de 1997, reglamentaria de la acción de cumplimiento, "en los aspectos no contemplados en esta Ley se seguirá el Código Contencioso Administrativo¹⁵, en lo que sea compatible con la naturaleza...", del presente medio de control, remisión que se entiende actualmente referida al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de cara a la derogatoria del anterior ordenamiento.

23. El último ordenamiento adjetivo citado prevé que en los aspectos no regulados, se podrá acudir al Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso.

24. Así las cosas, como lo relativo a las nulidades procesales, entiéndase causales, oportunidad para alegarlas, trámite que se debe seguir, saneamiento y

¹³ Folio 96 del expediente.

¹⁴ Folios 102 a 109 del expediente.

¹⁵ Actual CPACA





la advertencia de su ocurrencia, no tiene regulación en la Ley 393 de 1997 y tampoco en el CPACA, lo procedente es acudir a lo dispuesto en el CGP.

25. Conviene recordar que la afectación al derecho al debido proceso, contenido en el artículo 29 de la Constitución Política, ha sido denominada causal genérica, la cual puede devenir en nulidad procesal cuando se vicia el trámite adelantado, esto es, cuando se desconocen las formas propias del juicio y ello impacta en el derecho de contradicción y defensa, así como a la posibilidad de solicitar y aportar prueba y a que los argumentos sean tenidos en cuenta por el operador judicial a la hora de proferir la decisión.

26. Aunado a lo anterior, debe entenderse que es deber del juez sanear los vicios del proceso según lo dispone el artículo 207¹⁶ del CPACA, como se hará en el caso en estudio.

2.3. Examen del caso concreto

2.3.1. Perspectiva de estudio de las solicitudes de aclaración y adición

27. Se tiene que lo pretendido con las solicitudes de aclaración y adición de la sentencia es que se haga un pronunciamiento sobre el escrito presentado por el Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, radicado el 16 de diciembre de 2019 en la Secretaría General, del cual no se tuvo conocimiento al momento de dictar la decisión de segunda instancia, valga señalar, por cuando fue allegado al expediente luego de resolverse la impugnación.

28. Debe precisar la Sala que lo referente a la no inclusión oportuna del escrito radicado por el Director de la Agencia Nacional, se debió a que el paso al despacho del memorial se hizo por parte de la Secretaría General del Consejo de Estado después de que fuera aprobada y firmada la providencia que resolvió sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, en Sala de Sección del día **18 de diciembre de 2019 que se llevó a la hora de las 2:00 p.m.** según el reglamento interno de esta colegiatura.

29. En este orden de ideas, resulta evidente la necesidad de garantizar el derecho al debido proceso de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en el sentido de estudiar los argumentos planteados en el escrito radicado el 16 de diciembre de 2019 pero que no fue ingresado al despacho ponente antes de dictarse el fallo del 18 de diciembre de 2019 como ya se explicó.

¹⁶ **CONTROL DE LEGALIDAD.** Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrearán nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes.





166

Radicado 25000-23-41-000-2019-00820-01
Demandante: Angélica Lisbeth Lozano Correa

30. Lo anterior conllevaría a que se declarara la nulidad de lo actuado desde la sentencia de primera instancia para en ella tener en cuenta los argumentos expuestos, máxime que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado alega la existencia de varias irregularidades en el trámite del proceso, con entidad suficiente para invalidar lo actuado.

31. En efecto, la entidad pone de presente las siguientes:

31.1. Falta de legitimación en la causa por incorrecta integración del Litisconsorcio necesario, que deriva de la nulidad prevista en el numeral 4º del artículo 133 del CGP.

31.2. Omisión de las oportunidades para solicitar pruebas, configurándose así la causal prevista en el numeral 5º del artículo 133 del CGP.

31.3. No se practicó en legal forma la notificación "...del auto admisorio de la demanda al Presidente de la República, ni a los Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Salud y Protección Social, ni a los directores del Departamento Administrativo de Planeación Nacional, y del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, lo que también constituye la causal de nulidad del numeral 8º del artículo 133 del CGP".

31.4 Subsidiariamente también, solicitó que "...se decretara la nulidad del auto de concedió el recurso de apelación contra el fallo de 1ª instancia, por cuanto no fue convocada, ni practicada, la audiencia de conciliación que ordena el Artículo 70 de la Ley 1395 de 2010 (que adicionó un inciso al artículo 43 de la Ley 640 de 2001) (...) a pesar de tratarse de un fallo condenatorio, el Magistrado no cumplió con la obligación de citar a audiencia de conciliación, antes de conceder el recurso, como lo dispone la ley".

32. En consecuencia, esta Sala advierte que es procedente declarar la nulidad¹⁷ del proceso desde la sentencia de primera instancia del 19 de septiembre de 2019, inclusive, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", en procura de garantizar el derecho al debido proceso, de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, y en consecuencia, remitir el expediente al Tribunal de origen, para que se pronuncie sobre las solicitudes de nulidad y excepciones planteadas, en cuanto están dirigidas a las actuaciones adelantadas por el *a quo*, en el trámite de la primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala, en cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales,

¹⁷ La Sección Quinta del Consejo de Estado, se ha pronunciado en el mismo sentido de declarar la nulidad del proceso desde la sentencia de segunda instancia, en la providencia del 20 de junio de 2019, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, expediente con radicado No. 25000-23-41-000-2019-00108-01.



