

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

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C. veinticinco (25) de septiembre de dos mil trece (2013).

Radicación número: 2500023260001997503301
Número interno: 20.420
Actor: Gabriel Barrios Castelar y Otros
Demandado: Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de Reparación Directa

Procede la Sala Plena de la Sección Tercera a unificar la jurisprudencia en relación con la **representación judicial de la Fiscalía General de la Nación**, antes y después de la entrada en vigencia del artículo 49 de la ley 446 de 1998, y se hará en virtud del recurso ordinario de súplica interpuesto por el Ministerio Público, contra el auto del 18 de enero de 2012, proferido por la Consejera Ponente, Doctora Olga Mélida Valle de De la Hoz, en el que se declaró la nulidad de todo el proceso, por indebida representación de la Nación.

I. ANTECEDENTES

1. En demanda presentada el 16 de septiembre de 1997, los señores Gabriel Barros Castelar, Antonio María Ferradanes García y Enoth Antonio Durán del Portillo, mediante apoderado judicial, solicitaron que se declarara responsable a la Nación - Consejo Superior de la Judicatura - Fiscalía General de la Nación, de los perjuicios ocasionados por la privación injusta de la libertad de que fueron objeto, entre el 1º de marzo de 1994 y el 8 de junio del mismo año, con motivo del proceso penal radicado bajo el No. 20348.

2. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en auto del 2 de octubre de 1997, admitió la demanda y ordenó la notificación personal del proveído al Director Ejecutivo de la Administración Judicial.
3. El 18 de marzo de 1998, se surtió la notificación por aviso a la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, entidad que contestó la demanda el 11 de mayo de 1998.
4. El 19 de septiembre del 2000, la Sala de Decisión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Descongestión, con sede en Bogotá, declaró administrativamente responsable a la Nación - Consejo Superior de la Judicatura, por la privación injusta de la libertad de los señores Gabriel Barrios Castelar, Antonio María Ferradanes García y Enoth Antonio Durán del Portillo.
5. Dentro del término legal, el apoderado de la Nación - Rama Judicial interpuso recurso de apelación, y encontrándose el proceso para sentencia de segunda instancia la Consejera Ponente advirtió la existencia de una nulidad saneable de conformidad con el artículo 145 del C.P.C.
6. El 21 de septiembre de 2011, el Despacho del Ponente puso en conocimiento de la nulidad advertida a la Fiscalía General de la Nación, para efectos de que la alegara o en caso contrario, tenerla por saneada.
7. Mediante escrito presentado el 18 de octubre de 2011, la Fiscalía General de la Nación solicitó la nulidad del proceso, desde el auto admisorio de la demanda, al considerar que se habían configurado las causales de los numerales 7 y 8 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.
8. El 18 de enero de la anualidad pasada, la Consejera Olga Valle de De la Hoz declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso, a partir del auto admisorio de la demanda, al considerar que se configuraron las nulidades consagradas en los numerales 8 y 9 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

9. En el término legal, el Ministerio Público formuló recurso ordinario de súplica contra la citada providencia. En su escrito de sustentación solicitó que se aplicaran las mismas consideraciones hechas en el auto del 20 de mayo de 2004, No. 23.959 que, en su criterio, resolvió un problema jurídico similar y, se concluyó que no había lugar a declarar la nulidad, puesto que la Dirección Ejecutiva del Consejo Superior de la Judicatura sí podía representar los intereses de la Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación-. Por tal razón, deprecó que se revocara la decisión y se continuara con el trámite de segunda instancia.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala Plena decidir sobre la declaratoria de nulidad del proceso, que fue declarada por el auto suplicado. Para arribar a la decisión, se explicarán los conceptos de (i) capacidad para ser parte y para comparecer al proceso, (ii) legitimación en la causa, y (iii) la representación judicial de la Nación, para luego proceder a estudiar los argumentos expuestos, en especial, el del precedente jurisprudencial invocado. Finalmente, se expondrán (iv) las razones por las cuales se dará aplicación a la jurisprudencia que regía antes de la entrada en vigencia de la ley 446 de 1998.

1. De la capacidad para ser parte y para comparecer al proceso

La teoría general del proceso ha desarrollado un amplio razonamiento acerca de los presupuestos procesales, los cuales han sido entendidos como los requisitos indispensables para la validez del mismo, por ello aquélla es la que impone el desarrollo normal de éste y su finalización mediante una sentencia que resuelva de fondo la controversia. Ahora bien, se trata de requisitos formales propios del proceso y, por tanto, ajenos a los derechos sustanciales debatidos; sin embargo, son de tal importancia que la ausencia de alguno de ellos puede generar la nulidad de la actuación o una sentencia inhibitoria y, en cualquier caso, no se permite el pronunciamiento sobre el fondo de la disputa.

Tradicionalmente se ha entendido que dos de los requisitos procesales, sin los cuales no es posible hablar de la validez de un proceso son: i) la capacidad para ser parte y ii) la capacidad para comparecer a éste.

1.1. Capacidad para ser parte

Por un lado, la capacidad para ser parte hace referencia a la posibilidad de ser sujeto de la relación jurídico-procesal, esto es, constituir uno de los dos extremos de la *litis*, a saber, demandante o demandado. Esta condición proviene de la capacidad jurídica que se le atribuye a la personalidad, en otras palabras, la que tienen las personas, naturales, jurídicas o las ficciones habilitadas por la ley (v.gr. art. 2º ley 80 de 1993), para ser parte de cualquier relación jurídica. Así pues, la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, llamada capacidad de goce, es el género de la capacidad para ser parte en el proceso, que no es más que una especie de aquélla.

Así las cosas, es claro que la categoría que subyace al concepto de capacidad para ser parte es la de la personalidad jurídica¹ o de una habilitación legal expresa, por cuanto a partir de ella se erige la capacidad como uno de sus atributos principales, por ende, en principio, son las personas las únicas que pueden ser parte del proceso. En igual sentido, la doctrina comparada más autorizada sostiene:

“La capacidad para ser parte es la proyección, en la esfera procesal, de la capacidad jurídica. Será, por tanto, la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones de carácter procesal.

“La capacidad para ser parte va unida a la condición de persona. Toda persona tiene capacidad jurídica y, por tanto, para ser parte. (...) Todo hombre, por el hecho de serlo, es persona. La capacidad para ser parte acompaña al hombre desde su nacimiento hasta su muerte.

“Las personas jurídicas –públicas y privadas- desde el momento que adquieren tal carácter tienen capacidad para ser parte. **La condición de parte se atribuye a la persona, no a sus órganos. De aquí que es impropio, al**

¹ Por ejemplo, las entidades señaladas en el artículo 80 de la ley 153 de 1887: “**La Nación, los Departamentos, los Municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, son personas jurídicas.**” (Se destaca).

referirse a la administración pública, decir que es parte 'la autoridad' que dictó el acto. Será parte la persona jurídica pública – Estado, Provincia, Municipio, entidad institucional – a que pertenece el órgano de que proviene el acto que dio lugar al proceso. Otra cosa será el órgano al que se otorga competencia para intervenir en el proceso a nombre de la entidad pública que es parte.”² (Se destaca)

En este orden de ideas, en lo que se refiere al proceso contencioso administrativo, se pueden constituir como partes, las personas jurídicas de derecho público, pues su capacidad para ser parte del proceso proviene de su personería jurídica, a *contrario sensu*, las entidades u órganos que carecen de tal atributo no pueden ser parte procesal, salvo que exista una ley que autorice de manera expresa su habilitación procesal (v.gr. entidades señaladas en el artículo 2º de la ley 80 de 1993).

Asimismo, la doctrina ha señalado que, en tratándose de las entidades de derecho público, sólo aquellas que tengan personería jurídica pueden constituirse como partes en el proceso contencioso administrativo, así:

“Tienen capacidad jurídica y procesal para comparecer en juicio contencioso administrativo, como parte demandada, las siguientes personas:

“a) Por medio de sus representantes legales, **las personas jurídicas de derecho público, o sea, la Nación**, las Unidades Administrativas Especiales y las Superintendencias con personería jurídica, las Empresas Sociales del Estado (ramo de Salud), las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, los institutos científicos y tecnológicos, las sociedades públicas (Ley 489 de 1998), las universidades oficiales, los Departamentos, el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, los distritos especiales como Barranquilla o Cartagena, las áreas metropolitanas, los municipios, las asociaciones de municipios, los establecimientos públicos de los distintos órdenes, y, por excepción las empresas industriales y comerciales del Estado en cuanto se trate de actos o de contratos relacionados con el ejercicio de funciones administrativas y las sociedades de economía mixta con régimen de empresa industrial y comercial del Estado, en cuanto también ejerzan en un momento determinado función administrativa. (...)”³

En este sentido, se reitera, los órganos que hacen parte de las ramas del poder público y, en general, todos aquellos que no tengan personería jurídica propia no

² González Pérez, Jesús. *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Ed. Temis S.A., Bogotá-Colombia, 1985. págs. 113-4.

³ González Rodríguez, Miguel. *Derecho Procesal Administrativo*. Ed. Gustavo Ibáñez. Décima Edición, Bogotá-Colombia, 2002. pág. 276.

pueden ser parte del proceso contencioso administrativo. Ahora bien, desde esta perspectiva, podrían surgir interrogantes como: ¿Qué ocurre con los perjuicios ocasionados por un órgano que carece de personería jurídica? ¿A quién se le imputa, procesalmente, ese daño?

Como ha quedado expuesto, las personas, por regla general⁴, pueden ser parte en el proceso, y por ende, cuando se está en presencia de hechos que se dirigen a uno de los órganos del Estado, carentes de personería, el daño debe ser imputado a la persona jurídica de la que aquél hace parte, que en muchos casos es la Nación, que es la persona jurídica de derecho público por antonomasia.

Esta línea de pensamiento es compartida por la doctrina al precisar:

“Debe observarse que no es de recibo, y ello puede conducir a que los jueces administrativos inadmitan la demanda o se abstengan de fallar en el fondo por ineptitud sustantiva de la demanda, accionar, por ejemplo, contra el senado de la República, o la Cámara de Representantes, o la Procuraduría General de la Nación, o tal o cual ministerio, departamento administrativo o superintendencia, **que no tienen personería jurídica, pues ella la tiene es la Nación**; por tanto, lo indicado es promover la demanda contra la Nación- Ministerio, Departamento Administrativo o Superintendencia X-, o contra la Nación-Rama Legislativa, Congreso de la República, Senado de la República o Cámara de Representantes-, o contra la Nación-Rama Judicial, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-, o contra la Nación-Procuraduría General de la República, o Contraloría General de la Nación (sic), o Fiscalía General de la Nación-; o contra el Departamento X- Secretaría o Departamento Administrativo Y-; o contra el Distrito Capital o especial, o el municipio X-Secretaría o Departamento Administrativo Z-.

“Por el contrario, cuando se trata de demanda contra una entidad descentralizada de cualquier orden, la demanda se dirige directamente contra ella pues tienen personería jurídica independientemente, y no contra la Nación, el Departamento, el distrito o municipio del cual forman parte.”⁵ (Negrillas fuera de texto)

⁴ En pronunciamientos de esta misma fecha, se unificó la jurisprudencia en torno a la capacidad procesal de los Consorcios y Uniones Temporales, para establecer que sí tienen capacidad para ser parte de un proceso judicial. En este sentido, esa capacidad representa una excepción a la regla general que prescribe que la capacidad procesal proviene de la personalidad jurídica, pues estas asociaciones, sin ser personas jurídicas, están facultadas por la ley para acudir válidamente a un proceso, siempre que la controversia verse sobre el contrato o su proceso de adjudicación. Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencias del 25 de septiembre de 2013. Exps: 19.933 y 20.529. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ *Ibidem*. pp. 278-9.

1.2. Capacidad para comparecer al proceso o "legitimatio ad processum"

Por otro lado, la capacidad para comparecer al proceso es el equivalente procesal de la capacidad de ejercicio del derecho sustancial. Se refiere a la aptitud de la persona para actuar, válidamente, en el proceso, y esto implica, acudir a él por sí mismo y ejecutar los actos procesales propios de aquél. Por regla general, quien tiene capacidad para ser parte, por ser persona, la tiene para comparecer al proceso por sí mismo, por tanto, lo que interesa para este presupuesto procesal son los eventos de su ausencia, que coinciden con los casos en los que no se tiene la capacidad para celebrar actos jurídicos, ejemplo de ellos son los menores de edad, los interdictos y las demás personas que se tipifican en los supuestos fácticos de los artículos 1503 y 1504 del Código Civil Colombiano. En efecto, en estos eventos no se cuenta con la *legitimatio ad processum*, como también es conocida esta clase de capacidad procesal, por cuanto la persona no puede acudir al proceso directamente, pues es necesario que lo haga a través de su representante legal.

Ahora bien, en lo que concierne a las personas jurídicas, de naturaleza pública o privada, siempre deberán acudir al proceso por medio de su representante legal, no obstante, esto no significa que carezcan de legitimación para actuar por sí mismas, y que su capacidad procesal deba ser suplida por su representante. Es claro que las personas jurídicas son constructos autorizados por el Derecho y dotados de plena capacidad para ser sujetos autónomos de derechos y obligaciones, empero, como sólo existen en el mundo del derecho, deben valerse necesariamente de personas naturales para el ejercicio de todos sus actos, sin perjuicio de su autonomía como sujetos jurídicos independientes.

Finalmente, la *legitimatio ad processum*, así como la capacidad para ser parte, es un presupuesto necesario para la validez del proceso, que de faltar, la consecuencia inevitable es la declaratoria de nulidad. Este presupuesto procesal, no debe ser confundido con la *legitimatio ad causam*, que será abordada en el siguiente acápite.

2. De la legitimación en la causa

La legitimación en la causa hace referencia a la posibilidad de que la persona formule o contradiga las pretensiones de la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo con interés en la relación jurídica sustancial debatida en el proceso. Como se observa, las personas con legitimación en la causa, se encuentran en relación directa con la pretensión, ya sea desde la parte activa, como demandante, o desde la parte pasiva, como demandado. Un sector de la doctrina sostiene que la legitimación en la causa es la aptitud para ser parte en un proceso concreto⁶, otro sector usa la terminología de la legitimación desde la ley sustancial, así:

“Creemos que se precisa mejor la naturaleza de esa condición o calidad o idoneidad; así en los procesos contenciosos, la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante; y en los procesos de jurisdicción voluntaria consiste en estar legitimado por la ley sustancial para pedir que se hagan las declaraciones solicitadas en la demanda.”⁷

Asimismo, se advierte la utilidad de señalar las diferencias entre la *legitmatio ad processum* y la *legitmatio ad causam*. La legitimación en la causa está directamente relacionada con el objeto de la *litis*, es decir, se trata de un elemento sustancial vinculado con la pretensión, en ese sentido, no constituye un presupuesto procesal, como sí lo es la legitimación para el proceso; por el contrario, la legitimación en la causa ha sido entendida como un presupuesto para la sentencia de fondo, en otras palabras, es un requisito para que exista un pronunciamiento de mérito sobre la relación jurídico - sustancial que es materia de juzgamiento. En ese orden de ideas, la ausencia de legitimación en la causa no genera la nulidad del proceso, lo que enerva es la posibilidad de obtener una decisión sobre el asunto.

⁶ González Pérez. Op. cit. p. 115.

⁷ Devis Echandía, Hernando. Teoría General del Proceso, Tomo I. Biblioteca Jurídica Dike, 1994. Medellín-Colombia. p. 270.

Ahora bien, según se hable de la legitimación del demandante o del demandado, estamos en presencia de la falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva, respectivamente. La legitimación en la causa por pasiva, en el proceso contencioso administrativo, necesariamente debe entenderse a la luz del concepto de capacidad para ser parte. En otros términos, la falta de legitimación por pasiva sólo puede predicarse de las personas que tienen capacidad para ser parte en el proceso, y no de los órganos o de los representantes de éstos que acuden al proceso en nombre de la persona jurídica de derecho público. Así, es claro que en los casos en los que se demanda a la Nación, pero ésta no estuvo representada por el órgano que profirió el acto o produjo el hecho, sino por otra entidad carente de personería jurídica, no se está en presencia de falta de legitimación en la causa, sino de un problema de representación judicial.

Desde esta perspectiva, por el contrario, estamos ante un problema de falta de legitimación en la causa, cuando se demanda a una persona de derecho público en particular, verbigracia la Nación, y quién debió ser demandado era otra persona, entiéndase un Municipio, un Departamento u otra entidad pública con personería jurídica.

Mutatis mutandi, cuando se demanda a la Nación por un perjuicio causado por la Fiscalía General de la Nación, y aquélla acude al proceso representada por la Rama Judicial, esto es, el Director Ejecutivo de la Administración Judicial, no estamos ante un problema de falta de legitimación por pasiva, que conllevaría a una sentencia que no resuelve sobre el fondo del asunto, sino ante uno de representación judicial de la Nación, que es la persona que hace parte de la relación jurídico-procesal, debido a el actuar de uno de su órganos. Y es importante delimitar estos campos porque las consecuencias son diferentes, pues mientras que la falta de legitimación en la causa, conlleva, en la práctica, a la negación de lo deprecado, la indebida representación configura una nulidad saneable.

Se reitera que el obligado a reparar los daños es la Nación porque es la persona jurídica que tiene capacidad para ser sujeto tanto de la relación jurídico-sustancial como de la jurídico-procesal, cuestión diferente es quién la representa, que es la materia regulada por el artículo 49 de la ley 446 de 1998.

Esta posición es ratificada por la doctrina, en estos términos:

“Los órganos de la entidad, al carecer de personalidad jurídica – son unidades organizativas, que adquieren propia individualidad jurídica como círculos de competencia delimitados por la norma – no tienen capacidad procesal y, por tanto, no son parte.”⁸

3. De la representación judicial de la Nación

El artículo 49 de la ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, es la norma que regula el tema de la representación judicial de la Nación. El precepto establece lo siguiente:

“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.

“Parágrafo 1º. En materia contractual, intervendrá en representación de las dependencias a que se refiere el artículo 2º, numeral 1º, literal b) de la Ley 80 de 1993, el servidor público de mayor jerarquía en éstas.

⁸ González Pérez. Op. cit. p. 122.

“Parágrafo 2º.Cuando el contrato haya sido suscrito directamente **por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de ésta se ejerce por él o por su delegado.”**
(Destaca la Sala.)

De la norma en cita, es posible vislumbrar que la Nación, como persona jurídica, tiene diferentes representantes judiciales, de acuerdo con los diversos supuestos fácticos. Así, el inciso segundo dicta la regla general en materia de representación judicial de la Nación, quien será representada por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho, de tal forma que puede serlo por un Ministro de despacho, un Director General de Departamento Administrativo, un Superintendente, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Fiscal General, el Procurador o el Contralor. De igual manera, el Presidente del Senado es el representante de la Nación, cuando se trate de hechos que se le imputan al Congreso de la República.

Así las cosas, es claro que las autoridades mencionadas por la norma, en primer lugar, acuden al proceso en representación de las entidades que dirigen, sin embargo, en estricto sentido procesal, todos acuden al proceso a representar a la persona jurídica de la que hace parte el respectivo órgano, esto es, la Nación, que es quien tiene capacidad para ser parte y comparecer al proceso, y lo hace, a través de sus representantes, que como queda expuesto, varían según el órgano causante del daño.

4. Del precedente sobre la representación de la Nación por los actos de la Fiscalía General

La petición principal del recurrente es que se dé aplicación al precedente de esta Sección, contenido en el auto del 20 de mayo de 2004, No. Interno 23.959, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

Para el efecto, se hará un análisis de ese proveído, en orden a determinar si es posible entenderlo como un precedente de obligatoria aplicación al caso, y de ser así, estudiar los fundamentos jurídicos y de conveniencia de su eventual cambio,

o si por el contrario, el ordenamiento jurídico y las razones de justicia lo avalan como un antecedente vinculante.

En este orden de ideas, la Sala se permitirá resumir los aspectos principales del auto en cuestión, a fin de brindar una idea clara sobre sus hechos, antecedentes y consideraciones fundamentales.

En el proveído del 20 de mayo de 2004, proferido por la Sección Tercera, se resolvió el incidente de nulidad formulado por el apoderado de la Fiscalía General de la Nación y la Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación.

La demanda de reparación directa, según el auto analizado, se interpuso en los siguientes términos:

“1. Mediante apoderado judicial, los señores VÍCTOR RODRIGO OIME HORMIGA y EDUVIGES OCHOA ORTIZ, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores ARÍSTIDES, ARLINSON y MARYOR OIME OCHOA, interpusieron ante el Tribunal Administrativo del Caquetá, demanda de reparación directa en contra de la Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional y la Rama Judicial- con el fin de obtener la reparación de los perjuicios que les causó la injusta detención física que padeciera el señor Víctor Rodrigo Oime Hormiga, ocurrida entre el 16 de abril de 1993 y el 27 de diciembre de 1995, por cuenta de la Fiscalía General de la Nación -unidad especializada de terrorismo, sindicado del delito de rebelión”.

En sentencia del 19 de julio de 2002, se declaró administrativamente responsable a la Nación-Rama Judicial- Fiscalía General de la Nación y, se condenó a pagarle a los demandantes los perjuicios sufridos por la privación injusta de la libertad del señor Oime Hormiga.

Estando el proceso en el trámite de segunda instancia, el apoderado de la Fiscalía General de la Nación y la Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación, solicitaron que se declarara la nulidad de la actuación, ya que se habían configurado las causales consagradas en los numerales 7 y 8 del C.P.C., en virtud de la indebida representación de la Fiscalía General de la Nación, que fue la parte demandada y a la postre condenada en primera instancia.

En ese orden, la Sala de la Sección Tercera procedió a hacer las consideraciones del caso. En *primer lugar*, dejó en claro la autonomía presupuestal y administrativa de la Fiscalía, en los siguientes términos:

“De acuerdo con las normas constitucionales y su desarrollo legal, queda claro que la Fiscalía General de la Nación goza de autonomía administrativa y presupuestal y que su representación judicial y extrajudicial corresponde al Fiscal General.”

En *segundo lugar*, la Sala hizo un breve recuento normativo sobre el titular de la representación de la Nación-Rama Judicial, al señalar que, en un primer momento, el artículo 149 del C.C.A. le asignaba la representación al Ministro de Justicia; en un segundo momento, el numeral 8 del artículo 99 de la ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, asignó al Director de la Dirección Ejecutiva la tarea de la representación de la Nación-Rama Judicial; y finalmente, la Jurisprudencia de la Sección consideró que la Fiscalía General de la Nación sí podía representar judicialmente a la Nación-Rama Judicial en aquellos casos en los que el hecho se le imputaba a aquélla por el actuar de alguno de sus agentes, ello en virtud del artículo 49 de la ley 446 de 1998 que modificó el artículo 149 del C.C.A. La Sala, en apoyo de esa tesis, planteó los siguientes cuatro argumentos, a saber:

“**a)** esa disposición no contravenía lo prescrito en el artículo 99 de la ley 270 de 1996 y ni siquiera podía considerarse una reforma a la misma sino que había que entender que tanto el Director Ejecutivo de Administración Judicial como el Fiscal General de la Nación podían representar judicialmente a la Nación, según que el acto o el hecho hubiera sido proferido o ejecutado por juez o magistrado o por un fiscal o por cualquier funcionario perteneciente a este organismo; **b)** que el señalamiento de la autoridad competente para representar a la Nación en los asuntos judiciales no era materia reservada a ley estatutaria en los términos del artículo 152 de la Constitución, pues sólo se debían regular a través de la misma, la estructura normativa básica y los principios sustanciales y procesales sobre las materias señaladas en el artículo 152 de la Constitución (*Cita interna de las Sentencias C-251 de 1998. En el mismo sentido, sentencias C-037 de 1996 y C-261 de 2001.*) Lo contrario implicaría establecer una reserva de ley estatutaria que la Constitución no había previsto, desconocer el concepto material de este tipo de leyes e interpretar de manera restrictiva el artículo 99 de la ley 270 de 1996 en detrimento de la flexibilidad que debe tener el legislador para regular un aspecto tan simple como la representación de las personas de derecho

público y de la mejor defensa judicial que de sus intereses pueda hacer la Fiscalía General de la Nación; **c)** que a pesar de que la Fiscalía pertenece a la Rama Judicial, goza de autonomía administrativa y presupuestal, de conformidad con lo establecido en el artículo 249 de la Constitución, que fue reiterado por el artículo 28 de la ley 270 de 1996 (*Cita interna de la Sentencia C-037 de 1996*) y **d)** que el artículo 45 del decreto 111 de 1996, que corresponde al artículo 65 de la ley 179 de 1994, establece que corresponderá a cada órgano 'defender los intereses del Estado, debiendo realizar todas las actuaciones necesarias en los procesos y cumplir las decisiones judiciales'. Por lo tanto, la Fiscalía debe ejercer la defensa judicial en los asuntos en los que se imputa la comisión de un hecho o la expedición de un acto ilegal causante de un daño, con el fin de proteger los recursos de la Nación que le han sido asignados."

En *tercer lugar*, realizó una cita de la sentencia C-523 de 2002, que declaró exequible el artículo 49 de la ley 446 de 1998, norma que faculta a la Fiscalía General para representar a la Nación cuando se le impute un daño antijurídico.

En *cuarto lugar*, la Sala consideró que en el caso en estudio, la Nación-Rama Judicial había estado debidamente representada por la Dirección Ejecutiva, pues al momento de presentación de la demanda, no estaba vigente el artículo 49 de la ley 446 de 1998. En el respectivo acápite, se lee lo siguiente:

"En el caso concreto, la demanda fue presentada el 21 de noviembre de 1997 y notificada el 13 de enero de 1998 a la directora seccional de administración judicial, como representante de la Nación- Rama Judicial, esto es, cuando aún no estaba vigente el artículo 49 de la ley 446 de 1998. Por lo que no hay duda que el demandante y el tribunal de instancia actuaron de conformidad con lo establecido en el numeral 8 del artículo 99 de la ley 270 de 1996, que le asignó al Director Ejecutivo del Consejo Superior de la Judicatura la representación de la Nación- Rama Judicial.

"Durante todo el proceso, **la dirección ejecutiva ejerció el derecho de defensa y contradicción e inclusive, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el tribunal**, que condenó a la Fiscalía General de la Nación.

"En consecuencia, no hay lugar a declarar la nulidad de lo actuado porque la Nación fue debidamente notificada, estuvo representada por la autoridad señalada en la ley y se le dio oportunidad de ejercer el derecho de defensa." (Destaca la Sala)

Finalmente, sostuvo que la jurisprudencia de la Sala ha sido pacífica y constante en el tratamiento de las nulidades en aquellos casos en los que la Nación, que es el centro de imputación procesal demandado, fue representada por autoridad

diferente al funcionario de mayor jerarquía de la entidad que ocasionó el daño. Su argumento discurrió así:

“No puede perderse de vista que la parte demandada en este proceso es la Nación, como persona jurídica a la que se imputa la producción del daño causado (art. 80 ley 153 de 1987); por lo tanto, aún en el evento de que se admitiera, en gracia de discusión, que el auto admisorio de la demanda debió notificarse al Fiscal General de la Nación, la supuesta nulidad estaría saneada en los términos del ordinal 3º del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil.

“Corolario de la autonomía presupuestal que se reconoce a la Fiscalía General de la Nación (art. 249 inciso final Constitución Política) es que las condenas que se profieran contra la Nación deberán ser cumplidas o pagadas con el presupuesto de aquella. Así lo ha definido esta Corporación, por ejemplo, en providencia de Sala Plena, al resolver el conflicto negativo de competencias suscitado entre la Fiscalía y el Consejo Superior de la Judicatura en relación con el cumplimiento de una sentencia en la cual se ordenaba el reintegro y pago de una indemnización a un empleado que fue desvinculado. En dicha providencia se consideró que era la Fiscalía la que debía dar cumplimiento a la primera orden, por tratarse funcionario de esa entidad al momento de su desvinculación (*cita interna de la sentencia del 30 de mayo de 2000, exp: C-580*). (Negrillas de la Sala)

En conclusión, el auto reseñado decidió no decretar la nulidad del proceso por indebida representación de la Nación-Rama Judicial, comoquiera que ésta fue representada por el Director Ejecutivo de la Rama Judicial, y el artículo 49 de la ley 446 de 1998, que facultó a la Fiscalía General para representar a la Nación en los procesos contenciosos en los que se le imputa el daño a uno de sus agentes, no se encontraba vigente.

Ahora bien, habiendo establecido los hechos, consideraciones y parte resolutive del caso que se invoca como precedente judicial, se procederá al análisis jurisprudencial del tema, con miras a determinar si las *sub reglas* expuestas han sido acogidas por la Sala en decisiones posteriores y, por lo tanto, si constituyen un precedente de obligatoria aplicación al caso.

El 5 de junio de 2001, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo hizo el primer pronunciamiento unificado sobre el problema aquí planteado, en la decisión de un conflicto de competencias administrativas surgido entre la

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y la Fiscalía General de la Nación.
En esa ocasión el Consejo de Estado manifestó:

“Ahora bien, una es la representación judicial —que hoy en día tiene la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial— y otra muy distinta, la capacidad para responder pecuniariamente.

“Con la Constitución de 1991 la Fiscalía General de la Nación fue dotada de autonomía administrativa y presupuestal, de tal forma que maneja sus recursos separadamente del presupuesto que gobierna el Consejo Superior de la Judicatura, conteniendo un rubro de sentencias judiciales.

“Aparte de lo anterior, la ley le otorga responsabilidad en estos eventos al Fiscal General de la Nación, según lo ordena el numeral 5º del artículo 17 del Decreto 261 de 2000, Estatuto que modificó la estructura y funciones de la Fiscalía:

‘Art. 17. El Fiscal General de la Nación tiene la representación de la entidad frente a las autoridades del poder público así como frente a los particulares y además de las funciones especiales otorgadas por la Constitución Política, tiene las siguientes funciones generales:

“(…)

‘5. Ser vocero y responsable por las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación ante los demás estamentos del Estado y de la sociedad.’

“En el mismo sentido estaba el numeral 4º del artículo 22 del Decreto 2699 de 1991, subrogado por la norma transcrita.

“En el caso que nos ocupa está probado que la autoridad que infligió el daño fue la Fiscalía General de la Nación al ordenar injustamente la privación de la libertad de la señora Anitilde Santiago de Contreras y toda vez que el presupuesto de esta Entidad es diferente del que tiene a su cargo el Consejo Superior de la Judicatura, los rubros que deben afectarse para reponer el daño causado son los de la Fiscalía General de la Nación y no los de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.”⁹

Asimismo, la Sección Tercera puntualizó que a partir de la ley 446 de 1998, la Nación puede ser representada tanto por el Director Ejecutivo de Administración Judicial, como por el Fiscal General de la Nación:

“Es claro entonces, que actualmente, la Fiscalía General de la Nación representa a la Nación en aquellos asuntos contencioso administrativos que se susciten con ocasión de sus actuaciones u omisiones. Sobre el particular, la Corporación mediante providencia de 13 de diciembre de

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de junio de 2001, exp: C-736, actor: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, M. P. Ligia López Díaz.

2001 señaló que, de conformidad con el artículo 49 de la ley 446 de 1998, que modificó el 149 del Código Contencioso Administrativo, establece que 'en los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho'. **Esa disposición no contraviene lo prescrito en el artículo 99 de la ley 270 de 1996 y ni siquiera puede considerarse una reforma a la misma. Debe darse a estas disposiciones una interpretación integral para entender que tanto el Director Ejecutivo de Administración Judicial como el Fiscal General de la Nación pueden representar judicialmente a la Nación. Se tiene entonces que el sujeto legitimado en la causa por pasiva para responder por acciones u omisiones atribuibles a la Rama Judicial del poder público es la Nación y lo que resultó modificado con la nueva legislación fue la representación judicial de la misma.**"¹⁰ (Negrillas de la Sala)

En pronunciamiento del 11 de febrero de 2009, se reiteró la anterior posición y, además, se dijo que antes de la entrada en vigencia del artículo 49 de la ley 446 de 1998, la representación judicial de la Nación, por los hechos imputables a la Fiscalía estaba radicada en cabeza de la Dirección Ejecutiva, pero que la condena impuesta sería con cargo al presupuesto de la Fiscalía, en virtud de la autonomía administrativa y patrimonial. El argumento literal es el siguiente:

"Considera la Sala que si bien hoy la representación judicial de la Nación, por hechos que se imputan a la Fiscalía General, corresponde a esta entidad, en los procesos iniciados y adelantados con anterioridad, cuando aún no estaba vigente el artículo 49 de la Ley 446 de 1.998 y jurisprudencialmente se discutía la inaplicación de esa norma por contradecir la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, dicha representación, para la época de formulación de la demanda, estaba a cargo de la Dirección Ejecutiva del Consejo Superior de la Judicatura, entidad que, en el presente asunto, confirió poder a la doctora Yadira Reales Vesga, para que asumiera la defensa judicial de la Nación-Rama Judicial, por los hechos que le imputaron los actores como consecuencia de la privación injusta de la libertad del arquitecto Jairo Berbeo Medina, según obra a folio 48 del cuaderno 4.

"Hechas las anteriores precisiones, considera la Sala que la condena impuesta en este caso a la **Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura,** por la privación injusta de la libertad de que fue víctima

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2006. C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

el arquitecto aludido, **será asumida por la Fiscalía General de la Nación con cargo a su presupuesto**¹¹. (Se Destaca)

Ese razonamiento lo reiteró la Sección, en sentencia del 26 de mayo de 2010:

“Ciertamente, a quien le corresponde ejercer la representación judicial en los procesos en los cuales se discute la responsabilidad patrimonial de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, es al Director Ejecutivo de la misma, en los términos del numeral 8 del artículo 99 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. Así las cosas, en el caso concreto, la representación judicial de la Nación, se encuentra en cabeza de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, **la cual fue debidamente notificada y representada**, motivo por el cual es viable definir la controversia planteada.”¹² (Destaca la Sala)

Finalmente, la Subsección C de la Sección Tercera, en fallo reciente, sostuvo lo siguiente:

“La Rama Judicial en el recurso de apelación indicó que, no le era imputable el daño en razón a que la investigación penal contra los señores Vélez Ospina no alcanzó la etapa de juzgamiento y por ello, la entidad responsable sería, exclusivamente, la Fiscalía General de la Nación, pues fueron sus actuaciones las que generaron el daño. Al respecto, la Sala debe precisar que, en estos casos, la jurisprudencia ha reiterado en varias oportunidades, que el centro jurídico y genérico de imputación es la Nación **cuya representación está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y de la Rama Judicial, por igual**, de allí que, no es aceptable el argumento planteado, en atención a que las dos entidades la representan y sobre ellas recae el interés debatido en el proceso, razón suficiente para despachar de forma negativa la censura contenida en el citado recurso de apelación. En ese orden de ideas, no le asiste razón a las entidades demandadas, motivo por el que se confirmará su responsabilidad patrimonial solidaria por los hechos objeto del proceso.”¹³ (Negrillas de la Sala)

Así las cosas, se puede evidenciar que existe una línea de pensamiento uniforme en torno a dos aspectos puntuales que atañan al caso en estudio. El primero es que con anterioridad a la entrada en vigencia del artículo 49 de la ley 446 de 1998, 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

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, expediente No. 15.769, Actor: Jairo Berbeo Medina y otros.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010. C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 22 de junio de 2011. C.P: Enrique Gil Botero.

8 del artículo 99 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. El segundo aspecto que queda establecido con este balance jurisprudencial, es que después de la entrada en vigencia del artículo 49 de la ley 446 *ibídem*, 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. Sin embargo, esa facultad no riñe con la del numeral 8 del artículo 99 de la ley 270 de 1996, por tal razón, la jurisprudencia del Consejo de Estado interpretó que con la norma de la ley 446 *ibídem*, la Nación-Rama Judicial puede ser representada, debidamente, tanto por el Director Ejecutivo, en virtud de la ley estatutaria, como por el Fiscal General de la Nación, en razón de la ley 446 de 1998.

En esta línea de pensamiento, es claro que el punto de inflexión del problema de indebida representación que plantea el caso es el artículo 49 de la ley 446 de 1998. Al respecto, la constitucionalidad de la norma fue estudiada en la sentencia C-523 de 2002. La Sala procederá a resumir los principales planteamientos de este fallo, que sin duda, serán de ilustración para la decisión del caso.

El texto de la norma que fue demandada es el siguiente:

"Artículo 49. Representación de la personas de derecho público. El artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

Artículo 149. Representación de las personas de derecho público. 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.” (Subrayado del Original de la Sentencia)

El actor constitucional acusó la contradicción que representaba el aparte subrayado con el numeral 8 del artículo 99 de la ley 270 de 1996, toda vez que le daba la representación que tenía el Director Ejecutivo al Fiscal General de la Nación. La Corte sintetizó el problema jurídico, en los siguientes términos:

“La acusación que (sic) contra de (sic) parte del artículo 49 de la Ley 446 de 1998 presenta el actor se fundamenta en el hecho que el artículo 99, numeral 8, de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), señaló como función del Director Ejecutivo de la Administración Judicial “[r]epresentar a la Nación – Rama Judicial en los procesos judiciales para los cuales podrá constituir apoderados especiales. Por su parte, la norma parcialmente impugnada (modificatoria del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo), señala que en los procesos contencioso administrativos la Nación puede ser representada por el Fiscal General de la Nación. De esta manera, según el demandante, se crea no sólo una dualidad de disposiciones respecto de un mismo punto (la representación de la rama judicial), sino que se viola el contenido de los artículos 152 y 153 de la Constitución, toda vez que mediante una ley ordinaria se crea una atribución en cabeza del Fiscal General, materia que siempre debe ser objeto de una ley estatutaria.

“En este orden de ideas, corresponde a la Corte Constitucional resolver el siguiente interrogante: **¿la decisión del legislador de otorgar al Fiscal General la representación de la Nación en los procesos contencioso administrativos en los eventos en que a ello haya lugar**, a través de una ley ordinaria, viola los preceptos constitucionales que reservan a la ley estatutaria la regulación de la administración de justicia?” (Destaca la Sala)

De las consideraciones que usó la Corte para declarar la exequibilidad de la norma, la Sala destacará las siguientes:

“Nada impide al legislador, de acuerdo con lo que se ha dicho, para que en ejercicio de la competencia ordinaria que le reconoce la Constitución (artículo 150 numeral 7 C.P.) y cumpliendo la atribución a él reconocida por la Ley 270 de 1996, **pueda habilitar al Fiscal General de la Nación para que la represente en procesos de carácter contencioso ante la jurisdicción administrativa.**

“(…) En primer lugar, **la atribución de representar a la Nación que, en casos específicos, se le confiere al Fiscal** no afecta *la estructura general de la administración de justicia*, pues tal facultad de representación tiene efectos particulares respecto asuntos litigiosos que comprometen a la Fiscalía como entidad pública que es objeto de una

demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, dejando intactas sus funciones dentro de la administración de justicia.

“ (...) Cabe preguntar, finalmente: ¿el hecho de que el legislador estatutario haya señalado quién representa a toda la rama judicial (numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996) impide que el legislador ordinario se ocupe de un aspecto como el de la representación judicial de la Fiscalía General de la Nación en los procesos contencioso administrativos? La Corte considera que no. **La representación que por efecto de la disposición demandada se le otorga al Fiscal General para actuar en nombre de la Nación en los procesos de carácter contencioso administrativo es específica.** El Director de Administración Judicial actúa a nombre de la Nación - Rama Judicial, concebida como un todo compuesto por diferentes órganos, en aquellos procesos judiciales que son de su competencia, circunstancia que no se ve interferida por la atribución específica que recae en cabeza del Fiscal General, pues a pesar de que la Fiscalía también hace parte de dicha rama, la Constitución le reconoce una autonomía que en los términos de la propia Ley Estatutaria de Administración de Justicia puede ser desarrollada a través de una ley ordinaria, siempre y cuando se refiera a asuntos –como la facultad de representación del Fiscal- que no hacen parte del contenido sustancial que corresponde abordar al legislador estatutario.” (Negrillas de la Sala)

Así pues, además de señalar que la norma demandada no entraba en conflicto con la ley estatutaria, la Sala resalta que la facultad de la Fiscalía para representar a la Nación se la confirió el artículo 49 *ibídem*, y antes de la mencionada norma, la representación la tenía el Director Ejecutivo de la Administración Judicial.

De otro lado, la Sala reitera que el problema planteado no es un tema de falta de legitimación en la causa por pasiva sino de representación, comoquiera que la persona llamada a responder es la Nación, pues ésta es el centro de imputación procesal. Así lo entendió el auto del 20 de mayo, tantas veces mencionado, en los siguientes términos:

“En oportunidades anteriores, la Sala ha considerado que no se configura ninguna causal de nulidad **cuando la Nación, que es el centro de imputación procesal demandado**, ha estado representada por autoridad diferente al funcionario de mayor jerarquía dentro de la entidad que causó el hecho dañoso, pues, en todo caso, sería aquélla la llamada a asumir la condena que pudiera proferirse en su contra.

“No puede perderse de vista que la parte demandada en este proceso es la Nación, como persona jurídica a la que se imputa la producción del daño causado (art. 80 ley 153 de 1987)” (Se destaca)

Así pues, mientras la legitimación en la causa por pasiva responde a la pregunta sobre quién debe ser el llamado a responder dentro del proceso y, por ende, demandado, la representación responde al interrogante sobre quién debe actuar en el proceso en nombre de la persona jurídica demandada. En otras palabras, en el caso en estudio 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*.

Ahora bien, la Sala se pregunta: ¿Qué razón normativa o de otra índole puede aducirse para pensar que antes de la ley 446 de 1998, el Fiscal General tenía la representación exclusiva y excluyente de la Nación en los procesos contencioso administrativos, motivados por el hecho de sus agentes?

Una razón normativa que podría dar respuesta al interrogante la tenemos en el decreto extraordinario 2699 de 1991, por el cual, el Presidente de la República, en uso de las facultades conferidas por el literal a) del artículo transitorio 5, del capítulo I de las disposiciones transitorias de la Constitución Política, expidió el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, que en su artículo 22 establece lo siguiente:

“Art. 22. El Fiscal General de la Nación **tendrá la representación de la entidad frente a las autoridades del Poder Público así como frente a los particulares y cumplirá las siguientes funciones:** (...)

“4. Ser vocero y responsable por las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación ante los demás estamentos del Estado y de la sociedad.” (Se destaca)

Del artículo en cita, se puede constatar que se le confiere al Fiscal General la función de representar a la Fiscalía General de la Nación, en términos generales

[no sólo judiciales], frente a los demás estamentos del poder público y ante la sociedad; a su vez, el numeral cuarto hace referencia a la vocería que éste tiene y su responsabilidad por los actos de la entidad.

A su turno, el artículo 27 del mismo estatuto, dice lo siguiente:

“Art. 27. La Oficina Jurídica tendrá las siguientes funciones:

“1. Representar a la Fiscalía mediante poder conferido por el Fiscal General en los procesos en que ésta sea demandada. (...) (Se destaca)

Lo transcrito es un desarrollo del poder de representación conferido al Fiscal General, en el sentido de que la representación judicial será ejercida por la oficina jurídica, a través de poder conferido por aquél.

En este orden de ideas, la Sala retoma el problema planteado: ¿Es posible que de la normativa transcrita se pueda derivar un imperativo o una facultad radicada en el Fiscal General de la Nación, para representar judicialmente a la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación? La respuesta es negativa, toda vez que la representación a la que se refiere la norma está dirigida del Fiscal a la Fiscalía, esto es, la Fiscalía General de la Nación será representada por el Fiscal General, y en los procesos judiciales en la que ésta fuere demandada lo hará la oficina jurídica mediante poder conferido por el Fiscal.

De otro lado, lo que no establecen las normas transcritas es que el Fiscal General tenga la representación judicial de la Nación, pues ésta, para esa época estaba radicada en el Ministro de Justicia y, con posterioridad a la expedición de la ley estatutaria de administración de justicia, pasó esa representación al Director Ejecutivo de Administración Judicial; por consiguiente, fue con la ley 446 de 1998 que se le asignó la representación específica de la Nación al Fiscal General o quien haga sus veces. La jurisprudencia de esta Sección lo ha entendido así:

“En el caso concreto ocurre que, para la época de presentación de la demanda, noviembre 11 de 1994, el Director Nacional de Administración Judicial sólo tenía la representación jurídica de la Nación en los aspectos administrativos y de gestión (art. 15, num, 4, dec. 2652 de 1991), por

ende la Sala encuentra que la Nación debía comparecer a través del Ministro de Justicia, como efectivamente lo hizo, sin que pueda entenderse vulnerado el derecho al debido proceso de la entidad demandada - Nación - **que es una sola, que estuvo representada en el proceso y que ejerció su derecho de contradicción.**¹⁴ (Se destaca)

Además, si se hace una revisión de los decretos que modificaron el 2699 de 1991, se advierte de forma clara que aquél no le concedió la facultad al Fiscal General para representar judicialmente a la Nación. El decreto 1155 de 1999, en su artículo 13, que enumera las funciones del Fiscal, y por ello, modificadorio del artículo 22 del decreto 2699 *ibídem*, establece:

“Art. 13. El Fiscal General de la Nación tiene la representación de la entidad frente a las autoridades del poder público así como frente a los particulares y además de las funciones especiales otorgadas por la Constitución Política, tiene las siguientes funciones generales:

“(...) 12. Representar a la Nación - Fiscalía General, en los procesos judiciales, para lo cual podrá constituir apoderados especiales.”

Se advierte, pues, que esta norma faculta expresamente al Fiscal General para representar a la Nación – Fiscalía General, disposición que no aparece en el decreto 2699 de 1991, pero que sin duda es un desarrollo del artículo 49 de la ley 446 de 1998.

Finalmente, el decreto 261 del 2000, en su artículo 17 reiteró lo anterior, en estos términos:

“Art. 17. El Fiscal General de la Nación tiene la representación de la entidad frente a las autoridades del poder público así como frente a los particulares y además de las funciones especiales otorgadas por la Constitución Política, tiene las siguientes funciones generales:

“(...) 14. Representar a la Nación-Fiscalía General, en los procesos judiciales, para lo cual podrá constituir apoderados especiales.”

En conclusión, la facultad de representación de la Nación, por parte de la Fiscalía, proviene del artículo 49 de la ley 446 de 1998, pues el decreto 2699 de 1991 no

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2006. C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

se la confirió, lo que sí hizo expresamente el decreto 1155 de 1999 y el 261 del 2000, que reglamentaron lo establecido por la norma legal. Así las cosas, no existen razones normativas que avalen un cambio de precedente, en otras palabras, la interpretación de la jurisprudencia en torno al tema ha sido ajustada al ordenamiento jurídico.

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 judice*, 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.

De otro lado, tampoco se está 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.

El primer argumento de justicia es la razón genérica que fundamenta el precedente, es decir, el mismo tratamiento a los sujetos que están en igual situación de hecho, de conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política.

El segundo argumento a favor del precedente vigente, es el acceso a la administración de justicia y el derecho de los asociados a encontrar una solución pronta a los conflictos que le plantean a la Rama Judicial, máxime cuando lo que se pretende es el amparo de un daño que pudo haber causado el mismo Estado, por ende, no se compadece con la filosofía del Estado Social de Derecho la postergación de súplicas ciudadanas que tienen más de un decenio de haber sido impetradas, cuando el centro de imputación, de quien se predica el derecho de defensa, es la Nación y no una entidad que carece de personería jurídica y hace parte de ésta.

Hasta este punto, la tesis sostenida por el precedente se puede resumir así: i) antes de la entrada en vigencia del artículo 49 de la ley 446 de 1998, la representación judicial de la Nación, por los hechos de los agentes de la Rama Judicial y Fiscalía General, estaba radicada en cabeza del Director Ejecutivo de la Administración Judicial; ii) en virtud de la ley 270 de 1996, en los casos en los que el perjuicio se le imputara a la Fiscalía General, también se admitía que la Nación fuera representada por el Fiscal General, toda vez que constitucionalmente, la Fiscalía General tiene autonomía administrativa y patrimonial, sin perjuicio de que haga parte de la Rama Judicial del Poder Público; iii) con la entrada en vigencia de la ley 446 de 1998, se radicó en el Fiscal General la representación de la Nación en los procesos judiciales en los que se discutan los hechos o actos de sus agentes, y esa norma no contradujo lo dispuesto por la ley estatutaria de administración de justicia, comoquiera que la Corte Constitucional sostuvo que la representación del Director Ejecutivo es general para la Rama Judicial, y la facultad concedida al Fiscal era especial, para la Fiscalía General.

No obstante, 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 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.

Además, la confusión generada por la norma, en el medio judicial y en la ciudadanía, no era infundada, pues muchos interrogantes pudieron ser

planteados en ese momento con respecto a su aplicación y eficacia, en lo referente a la facultad concedida al Fiscal General. Por ejemplo, pudieron surgir preguntas como: ¿La norma le dio al Fiscal General una facultad *excluyente* de representación judicial de la Nación?, ¿Es el Fiscal General el único representante de la Nación por los hechos de la Fiscalía, o esa facultad, ahora es compartida con el Director Ejecutivo de la Administración Judicial, y por lo tanto, la norma simplemente le dio rango legal a un criterio jurisprudencial consolidado?, ¿Cuando se demanda por la privación injusta de la libertad, el representante judicial de la Nación puede ser, *indistintamente*, el Fiscal General o el Director Ejecutivo, pues las normas jurídicas que les conceden esa facultad (ley 270 de 1996 y ley 446 de 1998) son válidas y no entran en un conflicto normativo?

Problemas como los planteados no fueron abordados en profundidad por la jurisprudencia, en el momento inmediatamente posterior a la expedición de la norma en comento, lo que generó incertidumbre en torno al tema que hoy ocupa la atención de la Sala, muestra de ello, es que los procesos por privación injusta de la libertad, imputables a funcionarios de la Fiscalía General, que la Sección Tercera está conociendo en segunda instancia muestran esta dualidad, esto es, en algunos, la Nación estuvo representada por el Director Ejecutivo de la Administración Judicial y, en otros, esa representación la ejerció el Fiscal General, no obstante, las demandas fueron dirigidas contra la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación, como en el *sub judice*.

A pesar de que hoy, con los criterios ilustrativos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, es evidente que en los procesos contencioso administrativos en los que se impute un daño causado por un funcionario de la Fiscalía General, es el Fiscal quien tiene la representación judicial de la Nación, facultad que no riñe con la radicada en cabeza del Director Ejecutivo de la Administración Judicial que, como bien lo señala el mismo artículo 49 *ibídem*, es una facultad genérica que opera para el resto de la Rama Judicial, en el momento posterior a la expedición de la norma no se tenía la misma claridad, debido a lo inveterado y constante de la jurisprudencia sobre el tema.

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 un reciente fallo de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁵, se hizo uso de una herramienta de hermenéutica jurídica novedosa y que pone de relieve el rol fundamental de la jurisprudencia como fuente guiadora de la labor del ejercicio del Derecho, en especial la jurisprudencia de las Altas Cortes, las cuales tienen la tarea de establecer los derroteros jurídicos que servirán de criterios de guía para la aplicación del Derecho por parte de Tribunales y Jueces. Y aún más importante, las líneas jurisprudenciales adoptadas le brindan seguridad jurídica, al tiempo que garantizan la igualdad de trato a los asociados, principios del derecho que fueron el fundamento de la aplicación retrospectiva de la jurisprudencia de la época.

Con todo, la sentencia del 4 de mayo de 2011 abordó el tema de la sanción moratoria por no haberse cancelado oportunamente las cesantías, y se mostró que en determinado momento histórico, la jurisprudencia admitió la acción de reparación directa para su reclamo, pero que en otros había sostenido que era improcedente y se dictaba sentencia inhibitoria.¹⁶ Finalmente, se concluyó que la

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 4 de mayo de 2011. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁶ La sentencia se remite al fallo de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 27 de marzo de 2007, Exp. IJ 2000-2513, que unificó el tema, concluyendo que la acción de reparación directa no era procedente, pero se decidirían las demandas presentadas a través de esta acción, en aras del respeto de la seguridad jurídica.

acción de reparación directa resultaba improcedente, pero por respeto a la seguridad jurídica y al acceso a la administración de justicia, los procesos tramitados a través de esta acción debían continuar y ser fallados, de conformidad con la tesis jurisprudencial favorable. Igual decisión será adoptada en el caso bajo estudio.

La aplicación de la jurisprudencia imperante al momento de la presentación de la demanda, sólo se justifica, en la medida en que existan razones suficientes, que permitan vislumbrar que los cambios de precedente – ya sea por modificación de las realidades en las que opera el Derecho o porque fue promulgada una norma jurídica que así lo impone – han violado el principio de seguridad jurídica y el libre acceso a la administración de justicia de los asociados, y de contera, la igualdad de trato.

Bien es sabido, que el acceso a la administración de justicia se erige como una de las garantías fundamentales de la persona, así lo consagra la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, tales como la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

El acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.) no sólo implica la posibilidad de que todos los asociados tengan los mecanismos adecuados para poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado, sino también que sus peticiones sean resueltas de forma rápida, eficaz y eficiente, que sean declarados sus derechos, si de conformidad con el ordenamiento jurídico hay lugar a ello; significa que las personas tienen derecho a ser indemnizadas por los daños que les han causado, y sobre todo, el derecho a que se haga justicia, valor fundacional de las sociedades jurídicas.

Ahora, la filosofía que ilustra la Constitución Política vigente le impone al Juez la tarea de ser garante de los derechos fundamentales, porque su cumplimiento y respeto es un fin esencial del Estado Social de Derecho, que está al servicio de la igualdad, la efectividad de los derechos y la dignidad de las personas. Todos estos valores llevan implícitos otros que los hacen viables, piénsese, por ejemplo en la seguridad jurídica, que se refiere no sólo a un mínimo de certidumbre en cuanto a los preceptos del ordenamiento jurídico, sino en cuanto a la interpretación que los jueces hacen de éste. Sobre este principio, en el fallo precitado, la Sala precisó lo siguiente:

“En principio esa certidumbre se diría proviene de la clásica consagración isonómica y bastaría con afirmar que el artículo 13 constitucional prevé la igualdad de trato delante de la ley, o lo que es igual, la interdicción del privilegio.

“Sin embargo, dada la necesidad -como de antaño lo ha indicado la jurisprudencia nacional- de interpretar las leyes que depende no sólo de la imperfección de éstas, sino también de su naturaleza, ya que “[a]un suponiendo leyes perfectas, siempre existirá la necesidad de interpretarlas porque el legislador no puede prever todos los casos que ocurran”, es claro que la igualdad también impone un mínimo de certeza jurídica frente al criterio jurisprudencial que se aplique.

“En efecto, “la garantía de estabilidad de las normas es la esencia misma del Estado de Derecho: generalidad, claridad, coherencia y posibilidad de cumplimiento son presupuestos de *'moralidad del derecho o moralidad que hace posible el derecho'* en términos de Lon L. Fuller”. Sin embargo, **la certeza o seguridad jurídicas** no sólo penden de la coherencia del ordenamiento positivo, sino que también están subordinadas a la aplicación uniforme que hagan los tribunales judiciales.”¹⁷ (Negrillas del original)

De otro lado, hoy es lugar común reconocer que la aplicación del Derecho dejó de ser un simple ejercicio lógico de deducción, y se convirtió en una actividad intelectual más compleja, que involucra normas, principios y valores que le imprimen coherencia al ordenamiento jurídico. Así pues, los derechos fundamentales son un referente que no puede perderse de vista en la toma de la decisión judicial, de tal forma que se evite su vulneración o su disminución sin que exista una razón suficiente que lo fundamente.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 4 de mayo de 2011. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

En ese orden de ideas, dar estricta aplicación al artículo 49 de la ley 446 de 1998, para las demandas presentadas con posterioridad a su entrada en vigencia, en los casos similares al aquí estudiado, sería desconocer las dimensiones de prontitud y eficacia en la resolución del conflicto del derecho al acceso a la administración de justicia, pues implicaría declarar la nulidad de un proceso que lleva varios años tramitándose. Aún más violatorio de los derechos del demandante es el hecho de que la irregularidad procesal no le es imputable, puesto que luego de admitida la demanda, es el Tribunal Administrativo quien se encarga de hacer la notificación al representante de la Nación para el caso, que en unos eventos fue hecha de conformidad con la norma en comento, pero en otros, se siguió realizando como se hacía antes de su entrada en vigencia, sin que ello fuera motivo de objeción alguna por la parte demandada.

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 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.

El rango de aplicación de esta orden serán los procesos de estas características, que en este momento se encuentren en curso, siendo imperativo que en aquellos iniciados a partir de la ejecutoria de esta providencia, sea el Fiscal General de la Nación quien la represente, cuando el daño imputado sea atribuible a un funcionario de esa institución, lo cual supondrá la aplicación irrestricta al postulado de los artículos 149 del C.C.A. y 159 de la ley 1437 de 2011 –*nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo*– que en esta materia reproduce lo contenido por la modificación introducida por la ley 446 de 1998 al C.C.A., es decir, que el Fiscal General de la Nación es la autoridad

encargada de representar a la Nación en los procesos que se adelanten contra ella por actuaciones imputables a la Fiscalía General.

5. Del caso en concreto

En el asunto *sub examine*, la demanda fue presentada el 16 de septiembre de 1997, y notificada personalmente al Director Ejecutivo de la Administración Judicial, como representante de la Nación-Rama Judicial, ya que aún no estaba vigente el artículo 49 de la ley 446 de 1998.

El auto suplicado declaró la prosperidad de las causales de nulidad contenidas en los numerales 8 y 9 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que consideró que no se había practicado en legal forma la notificación al demandado, Fiscalía General de la Nación, del auto admisorio de la demanda y, por ello, se le habrían vulnerado los derechos al debido proceso, de defensa y contradicción, al imposibilitársele la oportunidad de ser oída en juicio. Los argumentos planteados precedentemente se aplican, igualmente, para el cargo de la falta de notificación del auto admisorio al demandado o su representante. Se reitera, que el demandado es la Nación-Rama Judicial, quien acudió al proceso representada por el Director Ejecutivo de la Administración Judicial y que fue notificado del auto admisorio de la demanda, toda vez que éste, para el momento de la presentación de la demanda, era el representante judicial de la Nación-Rama Judicial, incluso en los casos en los que el daño le era imputable a la Fiscalía General.

En ese sentido, se itera, que la Nación, como persona jurídica demandada y legitimada en la causa, ejerció su derecho de defensa y contradicción, por lo que no es posible afirmar que se le vulneró el debido proceso, comoquiera que durante su trámite, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial hizo uso de mecanismos procesales con miras a ejercer su defensa, tanto así, que interpuso recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*, que fue estimatoria de las pretensiones.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Unifícase la jurisprudencia en torno a la **representación judicial de la Fiscalía General de la Nación**, antes y después de la entrada en vigencia del artículo 49 de la ley 446 de 1998, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo. Revócase el auto suplicado, esto es, el proferido el 25 de enero de 2012 y el proferido el 21 de septiembre de 2011, que puso en conocimiento a la Fiscalía General de la supuesta nulidad, por la Consejera Ponente del proceso de la referencia y, en su lugar, se dispone:

Tercero. Rechazar la nulidad planteada por la Fiscalía General de la Nación.

Cuarto. Ejecutoriada la presente providencia, **devuélvase** por Secretaría el proceso a la Consejera Ponente para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO PAZOS GUERRERO

DANILO ROJAS BETANCOURTH

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA