

Cartagena de Indias D. T. y C, veintiuno (21) de enero de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-012-2021-000264-01
Demandante	RAMIRO EDUARDO GONZALEZ GUARDO Y MANUEL RAMON ORTEGA ORTEGA
Demandado	ALCALDE MUNICIPAL DE SAN JACINTO-BOLÍVAR
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Asunto	Desistimiento- Procedencia de la acción

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver la impugnación, interpuesta por la parte accionada contra la sentencia de primera instancia, dentro de la acción de cumplimiento, promovida por los señores RAMIRO EDUARDO GONZALEZ GUARDO Y MANUEL RAMON ORTEGA ORTEGA contra el señor JORGE ENRIQUE CASTELLAR SCHMITH en su calidad de ALCALDE MUNICIPAL DE SAN JACINTO-BOLÍVAR

III. ANTECEDENTES

1.- La demanda

1.1. Hechos

La presente solicitud de cumplimiento se basa en los siguientes hechos:

- El 16 de enero del año 2020, el ciudadano Omar Antonio Blanco Bustillo, en nombre propio, instauró ante el Tribunal Administrativo de Bolívar demanda de Pérdida de Investidura en contra del señor Jorge Castellar Schmith como Concejal del Municipio de San Jacinto-Bolívar, elegido para el periodo constitucional 2016-2019, la cual fue radicada con No. 13001-23-33-000-2020-00023-00.
- Mediante proveído 088 del 21 de mayo de 2020, la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Bolívar decidió negar la solicitud de Pérdida



de Investidura formulada por el actor, toda vez que a su parecer no se encontraba incurso en la causal prevista en el numeral 5° del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, adicionado por el artículo 41 de la Ley 617 de 2002.

- Inconforme con la decisión el Ministerio Público apeló el fallo de primera instancia, recurso que le fue concedido mediante Auto de Sustanciación No. 133 del 28 de julio de 2021.
- Mediante proveído del 24 de junio de 2021, la Sala Plena de la Sección Primera del Consejo de Estado decide revocar la decisión del Tribunal A-quo y, en su defecto, decreta la Pérdida de Investidura del señor Jorge Enrique Castellar Schmith, quien para la época de los hechos se desempeñó como Concejal del Municipio de San Jacinto Bolívar.
- Para las elecciones del 25 de octubre de 2019, el señor Jorge Castellar Schmith se presentó como candidato a la alcaldía Municipal de San Jacinto Bolívar, de las cuales resultó electo y en la actualidad se desempeña como titular del mentado cargo público.
- En este contexto, señalan los accionantes que la Pérdida de Investidura inhabilita para ocupar cargo de elección popular y como en la actualidad el mencionado señor Castellar Schmith se encuentra ejerciendo el cargo de alcalde Municipal de San Jacinto Bolívar, le sobrevino una inhabilidad, la cual debe ser resuelta de acuerdo al procedimiento establecido en los Artículo 6° de la Ley 190 de 1995 artículo 37 de la Ley 734 de 2002, Artículo 37 de la Ley 734 de 2002 y Artículo 2.2.5.1.14 del Decreto 1083 de 2015.
- Ahora, informan los accionantes que como quiera que el señor Jorge Castellar Schmith se ha sustraído de su deber legal de darle aplicación a la normatividad antes descrita, se procedió a solicitarle mediante petición, el cumplimiento de la normatividad que como consecuencia de la sentencia del Consejo de Estado debía asumir con el propósito de evitar conflicto de intereses.

1.2. Pretensiones

“ se ORDENE al señor JORGE ENRIQUE CASTELLAR SCHMITH, Alcalde del Municipio de San Jacinto Bolívar, para que dé cumplimiento estricto al artículo 6° de la Ley 190 de 1995 “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”; así mismo, al artículo 37 de la Ley 734 de 2002 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”; como también el cumplimiento del artículo 2.2.5.1.14 del Decreto 648 de 2017 “Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública, los cuales han sido incumplidos por este funcionario público y en consecuencia proceda advertir al gobernador de Bolívar sobre la inhabilidad sobreviniente en la que incurrió a raíz de la declaratoria de la pérdida de investidura decretada por el Consejo de Estado mediante proveído del 24 de Junio de 2021. Además proceda a presentar renuncia del cargo tal como dispone el artículo 2.2.5.1.14 del Decreto 648 de 2017. para luego, de manera conjunta, “el demandado y el Gobernador del Departamento de Bolívar tomen las medidas necesarias a efectos de acatar lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 190 de 1995”, artículo 2.2.5.1.14 del Decreto 648 de 2017 y artículo 37 de la Ley 734 de 2002”

1.3. Contestación.

ALCALDE MUNICIPAL DE SAN JACINTO- BOLÍVAR

El accionado Jorge Enrique Castellar Schmith, en su calidad de Alcalde Municipal de San Jacinto- Bolívar, a través de apoderado judicial, procedió a contestar la acción de cumplimiento de la referencia en los siguientes términos; señala que el hecho de perder la investidura de Concejal, calidad que ostentó en el pasado, no compromete, no afecta, no tiene alcance alguno en la validez de la elección ni en el ejercicio legítimo como primera autoridad del Municipio de San Jacinto, que actualmente desempeña como alcalde legítimamente elegido y en ejercicio.

Así mismo, señala que el fallo mediante el cual se le despojó de su investidura de concejal del Municipio de San Jacinto, Bolívar, período constitucional 2016- 2019, no tiene incidencia en el ejercicio actual de su cargo como alcalde de ese mismo municipio, toda vez que, la sentencia judicial

mencionada tiene efectos hacia el futuro y, por ello, al momento de ser elegido en el citado cargo de elección no pesaba sobre él impedimento o inhabilidad alguna. El accionado estaba en la plenitud del ejercicio de sus derechos políticos para elegir y ser elegido en cualquier cargo de elección popular cuando obtuvo la mayoría de los votos que lo ungieron como alcalde del Municipio de San Jacinto, Bolívar.

Considera que el ordenamiento jurídico que rige las inhabilidades y los efectos de la pérdida de investidura para Concejales, marco normativo que tiene que ser expreso, explícito y directo, en garantía del derecho fundamental a la participación política y para que honre la confianza legítima tanto de electores como del elegido popularmente por voto ciudadano, no existe precepto alguno que establezca que por virtud de haber perdido la investidura de Concejal, le sobrevenga al estar ejerciendo otro cargo, inhabilidad para desempeñarlo.

Informa el accionado no ha sido sujeto disciplinable sancionado para aplicarle el Código Disciplinario Único; igualmente pone de presente que los accionantes, al utilizar la presente acción de cumplimiento, escudriñan normas para poder inhabilitar al accionado como alcalde del Municipio de San Jacinto Bolívar; no obstante no entienden cómo se aplicaría al accionado, y al respecto, en la demanda no se explica porque el alcalde de San Jacinto se le debe exigir la realización o el cumplimiento del posible deber que surge de esa norma legal, para así ejercer adecuadamente el derecho de defensa del accionado.

Continúa señalando que el régimen de la pérdida de investidura está contemplado únicamente en las Leyes Nos. 617 de 2000 y 144 de 1994. Es así como la declaratoria judicial de pérdida de investidura como concejal, de la que fue objeto el accionado, únicamente conlleva la supresión del derecho político a ser elegido en el futuro, en un cargo de elección popular del orden territorial. Por lo tanto, sus efectos no se extienden a la privación del ejercicio como alcalde en período constitucional ya iniciado y para el que fue elegido por voto ciudadano.

Señala que las restricciones para el ejercicio del derecho fundamental a participar en la conformación y ejercicio del poder político del Estado (artículo 40 Constitucional), incluido lo que atañe a las inhabilidades



sobrevinientes tiene que obedecer a expresa consagración legal y contener absoluta claridad y precisión (artículo 29 de la Constitución: nula pena sin ley). Por lo tanto, si en este caso se considerare que existe un vacío legal o una situación no regulada, debe atenderse siempre a favorecer los principios pro-homine y pro-libertatis.

En ese sentido, considera que del contenido del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 se extrae que la pérdida de investidura como concejal debe anteceder a la inscripción y elección al cargo de alcalde. Esto quiere decir, que la prohibición no se tipifica, no se materializa, por razones obvias, cuando la elección está legalmente consolidada y cuando quien fue elegido no había perdido, para entonces, su investidura. Así las cosas, debe tenerse en cuenta que esta norma no aplica cuando quien viene ejerciendo un cargo de elección popular distinto de aquellos que son pasibles del decreto de pérdida de investidura (cargo uninominal de elección popular v.gr.: alcalde), pierde su investidura por una actuación realizada en el pasado como miembro de corporación pública de elección popular.

Así mismo, los artículos 5° y 6° de la Ley 190 de 1995 (...) atañen a la inhabilidad o incompatibilidad que, por irregularidades en el nombramiento, en la posesión de éste o en la celebración de contratos de prestación de servicios con la Administración, sobrevengan cuando ya se está ejerciendo el cargo o ejecutando el contrato. Se refieren entonces a los funcionarios nombrados y a los contratistas. No se extiende y, por lo tanto, no aplica a los servidores públicos elegidos popularmente por voto. Ambas disposiciones: Los señalados artículos por su estrecha concatenación son inescindibles de manera que su lectura y alcance no pueden darse aisladamente.

Por último, precisa que igual situación se presenta frente al contenido del art. 37 de la Ley 734 de 2002 en tanto que regula la inhabilidad sobreviviente derivada de un proceso administrativo disciplinario, y frente a empleados nombrados, no así respecto de los de elección popular en los que no existe nominador.

1.4. Sentencia impugnada.

El Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha dos (02) de diciembre de 2021, resolvió ordenar al Señor JORGE ENRIQUE CASTELLAR SCHMITH en su calidad de ALCALDE MUNICIPAL DE SAN JACINTO -BOLÍVAR que dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la misma, cumpliera con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 6° de la Ley 190 de 1995, en el sentido de advertir al señor gobernador del Departamento de Bolívar, que se encuentra incurso en inhabilidad para el ejercicio del cargo de alcalde del Municipio de San Jacinto (Bolívar).

Igualmente, sostuvo el A quo, que una vez se dé cumplimiento a lo ordenado en la sentencia, el accionado y el señor gobernador del Departamento de Bolívar deberán tomar las medidas necesarias a efectos de acatar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 6° de la Ley 190 de 1995 sobre el retiro del servicio por inhabilidad sobreviniente.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la pérdida de investidura como concejal del Municipio de San Jacinto (Bolívar) le fue decretada al Señor Jorge Enrique Castellar Schmith mediante sentencia judicial del 24 de junio de 2021, es decir, meses después de su elección y posesión como alcalde del Municipio de San Jacinto (Bolívar), pues esta última tuvo lugar el 1° de enero de 2020.

En ese sentido, para el A-quo queda acreditado que el accionado se encuentra incurso en la causal de inhabilidad señalada en el artículo 95 numeral 1° de la Ley 136 de 1994 (modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000), de manera sobreviniente al acto de su elección y posesión como alcalde del Municipio de San Jacinto (Bolívar), circunstancia por la cual le es exigible el cumplimiento de lo consagrado en el inciso primero del artículo 6° de la Ley 190 de 1995.

Por otra parte, consideró el A quo que respecto al cumplimiento por parte del accionando de lo consagrado en los artículos 37 de la Ley 734 de 2002 y 2.2.5.1.14 del Decreto 648 de 2017, es menester anotar que contrario a lo sucedido frente a lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 190 de 1995, no se puede exigir el cumplimiento del artículo 2.2.5.1.14 del Decreto 648 de 2017, pues esta normativa reglamenta el régimen de administración de personal y las competencias para nombramientos, posesiones y revocatorias de

nombramiento, vacancia y formas de provisión de los empleos, movimientos de personal y las situaciones administrativas en las que se pueden encontrar los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en los órdenes nacional y territorial, destinatarios de la misma, no siendo el caso del cargo de alcalde por ser este cargo de elección popular.

Igualmente, en cuanto a la solicitud de cumplimiento del artículo 37 de la Ley 734 de 2002, concluyó que tampoco se puede ordenar su cumplimiento, toda vez que la misma se refiere a las inhabilidades sobrevinientes que se presentan al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción, situación que no se identifica con los supuestos de hecho del caso bajo estudio.

1.4. Impugnación.

La parte accionada, a través de su apoderado judicial, impugnó la sentencia de primera instancia, al considerar que el Aquo no tuvo en cuenta los argumentos expuestos al momento de contestar la acción de cumplimiento de la referencia, violando así sus derechos al debido proceso y a la defensa.

En ese sentido, reiterando los argumentos esbozados al momento de su contestación, solicitó que se revoque el fallo de primera de instancia y se tengan en cuenta las razones de defensa expuestas al momento de contestar la demanda.

IV. CONSIDERACIONES

1.- La competencia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente para conocer de la impugnación presentada en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del trámite de las acciones de cumplimiento.

2.- Cuestión Previa

Mediante escrito recibido en fecha once (11) de enero de dos mil veintidós (2022), la parte accionante, los señores MANUEL RAMON ORTEGA ORTEGA y RAMIRO EDUARDO GONZALEZ GUARDO, solicitaron el desistimiento de la presente acción de cumplimiento contra el señor JORGE ENRIQUE CASTELLAR SCHMITH, en su calidad de Alcalde Municipal de San Jacinto-Bolívar.

En ese sentido, procede la Sala a estudiar la procedibilidad del desistimiento deprecado por la parte accionante en el proceso de la referencia.

En primer lugar, precisa la Sala que el desistimiento, es una institución que está regulada en el artículo 314 y 316 subsiguientes del Código General del Proceso, norma aplicable por la remisión normativa del artículo 306 del CPACA.

En este orden, el artículo 314 textualmente informa:

“Artículo 314. Desistimiento de las pretensiones.

El demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el del recurso.

El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habrá producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia.

Si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si sólo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él.”

(...)

A su turno, el artículo 316 señala:



(...)

El auto que acepte un desistimiento condenará en costas a quien desistió, lo mismo que a perjuicios por el levantamiento de las medidas cautelares practicadas.

No obstante, el juez podrá abstenerse de condenar en costas y perjuicios en los siguientes casos:

- 1. Cuando las partes así lo convengan.*
- 2. Cuando se trate del desistimiento de un recurso ante el juez que lo haya concedido.*
- 3. Cuando se desista de los efectos de la sentencia favorable ejecutoriada y no estén vigentes medidas cautelares.*
- 4. Cuando el demandado no se oponga al desistimiento de las pretensiones que de forma condicionada presente el demandante respecto de no ser condenado en costas y perjuicios. De la solicitud del demandante se correrá traslado al demandado por tres (3) días y, en caso de oposición, el juez se abstendrá de aceptar el desistimiento así solicitado. Si no hay oposición, el juez decretará el desistimiento sin condena en costas y expensas.*

igualmente, advierte la Sala que la acción de cumplimiento es un mecanismo que permite hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo a través de la autoridad judicial, es de naturaleza pública, por lo que puede ser ejercida por cualquier persona. En este tipo de acción se encuentra involucrado el interés público; el cual se puede afectar en riesgo por el incumplimiento de un deber a cargo de la autoridad accionada, contenido en una norma jurídica.

En ese sentido, respecto a la figura del desistimiento en las acciones de naturaleza pública la jurisprudencia de Consejo de Estado ha distinguido entre el desistimiento de las pretensiones de la demanda y el desistimiento de recursos y, en general, de ciertos actos procesales; en sentencia de fecha 18 de febrero de 2020, precisó:

- i) “No es procedente el desistimiento de las pretensiones de la demanda en acciones públicas en la medida en que, por un lado, en*

ellas prevalece el interés general sobre el particular; y, por el otro, ello implicaría la disposición del derecho en litigio;

- ii) *En las acciones públicas es procedente el desistimiento de los recursos interpuestos y de los incidentes, las excepciones y los demás actos procesales que hayan promovido las partes, siempre y cuando no impliquen disposición del derecho en litigio"¹*

Así las cosas, de acuerdo a la jurisprudencia en cita, queda claro que en el presente caso no es procedente el desistimiento de la acción, toda vez que para que proceda el desistimiento, es necesario que el sujeto procesal tenga disposición del derecho controvertido; lo que no ocurre en el sub iudice, teniendo en cuenta que, lo que se pretende es el cumplimiento de un supuesto deber omitido, contenido en una norma jurídica; lo cual trasciende la esfera de los derechos subjetivos e interés particular de los accionantes; lo que impide el desistimiento; máxime cuando el deber cuyo cumplimiento se reclama, está contenido en una norma de carácter general.

Por lo anterior, se negará la solicitud de desistimiento deprecada.

3.- Problema jurídico.

En el sub iudice la Corporación debe resolver el siguiente problema jurídico:

- *¿Es procedente el medio control de la referencia para solicitar el cumplimiento de las normas invocadas por el demandante?*

Si la respuesta al problema es positiva, se confirmará el fallo impugnado, en caso contrario, se revocará.

4.- Tesis de la Sala.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: Hernando Sánchez Sánchez, Sentencia del 18 de febrero de 2020, radicación: 23001-23-33-000-2019-00375-01 (PI).

La Sala revocará el fallo impugnado, toda vez que, en el sub iudice, no es procedente la acción de cumplimiento; no obstante, se oficiará a la Procuraduría Provincial del Carmen de Bolívar, para lo de su competencia.

La anterior tesis, se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

5.- Marco Normativo y Jurisprudencial.

5.1.- Generalidades de la acción de cumplimiento. Procedencia²

La acción de cumplimiento fue instituida por el constituyente en el artículo 87 de la Carta Política y su desarrollo legal se materializó en la Ley 393 de 1997. Su finalidad es hacer efectivo el derecho del que goza toda persona, natural o jurídica, pública o privada, en cuanto titular de intereses jurídicos, de exigir tanto a las autoridades públicas como a los particulares que ejerzan funciones de esta índole, el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a una autoridad que se muestra renuente a cumplirlos, a fin de hacer efectiva la observancia del ordenamiento jurídico.

Como se indicó, la norma constitucional antes citada fue desarrollada por la Ley 393 de 1997, de la cual, siguiendo la Jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado³, se extraen los requisitos de procedencia de la acción de cumplimiento:

- a. Que el deber jurídico que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (art. 1º).

² Acoge la Sala de Decisión el marco normativo y jurisprudencial expuesto en Sentencia de fecha 21 de julio de 2016, proferido por este Tribunal Administrativo de Bolívar –Sala de Decisión No. 003, con ponencia de la Magistrada Dra. MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ, dentro de la Acción de Cumplimiento radicada bajo el No. 13001-23-33-000-2016-00561-00.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, Sentencia del 6 de mayo de 2004, radicación: 63001-23-31-000-2004-0073-01 (ACU).

- b. *Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, frente a los cuales se reclama su cumplimiento (arts. 5º y 6º).*
- c. *Que se pruebe la renuencia al cumplimiento del deber, ocurrida ya sea por acción u omisión del exigido a cumplir, o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (art. 8º).*
- d. *No procederá la acción cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico,* salvo el caso que, de no proceder el juez administrativo, se produzca un perjuicio grave e inminente.

Adicional a lo anterior, existen otros requisitos para que proceda esta acción, como son:

- e. *Que la norma cuyo cumplimiento se persigue no sea de aquéllas que establezcan gastos (Artículo 9 parágrafo Ley 393 de 1997), salvo que la erogación ya esté contemplada en el presupuesto de apropiaciones;*
- f. *Si se persigue el cumplimiento de un acto administrativo de contenido particular es preciso que quien acciona esté legitimado⁴.*

En ese orden, se tiene de conformidad con el artículo 8º de Ley 393 de 1997, la acción procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir el inminente incumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos y contra los particulares de conformidad con lo consagrado en la misma ley.

El H. Consejo de Estado⁵ respecto de la demanda de acción de cumplimiento, ha señalado que cuando se demande el cumplimiento de

⁴ En sentencia de 5 de febrero de 1999, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con Ponencia de Julio Correa Restrepo dijo: "De lo anterior se deduce que cualquier persona, sin acreditar interés para demandar puede reclamar que se haga efectivo el cumplimiento de una norma de carácter general, pero cuando lo que se pretende hacer efectivo es el cumplimiento de una ley en sentido formal o un acto administrativo de carácter particular ante la Administración, se hace necesario que sea el titular del derecho lesionado".

⁵ Ver Consejo de Estado-Sección Segunda, octubre nueve (9) de mil novecientos noventa y siete (1997), radicación número: ACU-017 CP. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS



actos administrativos de contenido particular y concreto, el deber omitido debe ser tan preciso, que se pueda asimilar a un título ejecutivo a favor del solicitante, es decir, que el acto contenga una obligación expresa, clara y exigible que haga posible el mandamiento de su cumplimiento pero que, cuando se refiera al cumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos de contenido general que otorgan competencias a la autoridad, el título para el mandamiento es diferente, porque es la ley o el acto administrativo el que impone la obligación de ejercerlas. Sin embargo, cuando del ejercicio de éstas se trata, debe distinguirse si el cumplimiento del deber que se reclama cabe dentro de la facultad discrecional del funcionario, o si su cumplimiento es obligatorio, y puede concretarse en una acción determinada que pueda ser susceptible de cumplirse en el término previsto por la ley y en la forma ordenada por el juez.

Por otro lado, de conformidad con el artículo 9 de la ley 393 de 1997, uno de los requisitos que debe reunir la acción de cumplimiento es la subsidiariedad, lo que significa que dicho mecanismo constitucional no procede si existe otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma; salvo que a pesar de la existencia dichos instrumentos, la improcedencia de la acción de lugar a la causación de un perjuicio grave e inminente para el accionante.

Sobre la subsidiariedad, la Corte Constitucional⁶ ha manifestado:

"... cuando se trata de asegurar el efectivo cumplimiento de la ley material, esto es, de normas generales, impersonales y abstractas, es indudable que el instrumento de protección creado por el Constituyente -la acción de cumplimiento- es el único mecanismo directo idóneo, razón por la cual no le es permitido al legislador crear mecanismos subsidiarios o paralelos para asegurar dicho cumplimiento.

Iguals consideraciones son válidas con respecto a los actos administrativos de contenido general que por contener normas de carácter objetivo impersonal y abstracto, son equivalentes materialmente a las leyes.

Dada la generalidad de las leyes y actos administrativos, esto es, en cuanto están referidos a una serie indeterminada de personas, situaciones o cosas, no puede pensarse en que exista un afectado concreto por sus disposiciones. De ahí que

⁶ Corte Constitucional, sentencia C- 193 de 1998.



toda persona, natural o jurídica, movida por la satisfacción de los intereses públicos o sociales, esto es, el respeto por la vigencia y realización del derecho objetivo, este habilitada para promover su cumplimiento, más aún si se tiene en cuenta que en estos casos el Constituyente creó la acción consagrada en el artículo 87 de la Carta Política, como instrumento procesal principal para hacer efectivo el cumplimiento de leyes y actos administrativos, pues el ordenamiento jurídico no contemplaba instrumentos procesales directos destinados a lograr este propósito. En efecto, con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, el incumplimiento de la ley o del acto administrativo daba lugar a poder exigir responsabilidad por omisión ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de la acción de reparación directa. Actualmente, toda persona dispone de la acción de cumplimiento para exigir a la autoridad renuente a cumplir la ley o el acto, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda derivarse del incumplimiento o del cumplimiento tardío de sus obligaciones.

Por el contrario, cuando se trata de actos administrativos subjetivos, que crean situaciones jurídicas individuales, concretas y particulares, el cumplimiento efectivo del respectivo acto interesa fundamentalmente a la esfera particular de la persona y no a la que corresponde a la satisfacción de los intereses públicos y sociales. Por ello se justifica constitucionalmente, por considerarse razonable y no afectar el contenido esencial de la norma del artículo 87 constitucional, la previsión del legislador, en el sentido de que en tales casos, el afectado, o sea, a quien se le lesiona directamente su derecho pueda acudir a los mecanismos ordinarios que también éste ha instituido para lograr el cumplimiento de tales actos...". (Negritas fuera del texto).

A su turno, el Consejo de Estado⁷, sobre el mismo tema ha sostenido:

"...Por su parte, la subsidiariedad implica la improcedencia de la acción, si se cuenta con otros mecanismos de defensa jurídica para lograr el efectivo cumplimiento de ley o del acto administrativo, salvo que se esté en presencia de una situación gravosa o urgente, que haga desplazar el instrumento judicial ordinario, como salvaguarda de un perjuicio irremediable. Igual a lo que acaece frente a la tutela, pues se trata de instrumentos judiciales residuales y no principales... a manera enunciativa por vía de ejemplo, la acción constitucional en estudio no procede para exigir el cumplimiento de obligaciones consagradas en los contratos estatales, imponer sanciones, hacer efectivo los términos judiciales de los procesos, o perseguir indemnizaciones, por cuanto, para dichos propósitos, el ordenamiento jurídico establece otros cauces procesales, al tratarse de situaciones administrativas no consolidadas. Asimismo, por expresa disposición legislativa la acción de cumplimiento no se puede incoar frente a

⁷ Consejo de Estado sección Quinta, sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente: 25000-23-41-000-2013-00444-01 (ACU); MP. Dr. ALBERTO YEPES BARREIRO.



normas que generen gastos o cuando se pretenda la protección de derechos fundamentales, en este último caso el juez competente deberá convertir el trámite en el mecanismo previsto por el artículo 86 Superior".

Ahora bien, en cuanto a la improcedencia de la acción de cumplimiento frente a normas que establecen gastos, es necesario precisar, lo que sobre el tema ha manifestado el Consejo de Estado⁸: *"son normas que establecen gastos, aquellas mediante las cuales las Corporaciones Públicas autorizan las erogaciones que pueden hacerse con cargo al Tesoro. Según el inciso segundo del artículo 346 de la Constitución, no podrá hacerse gasto alguno, si no ha sido decretado por el Congreso, por las Asambleas Departamentales o por los Concejos Distritales o Municipales. A este tipo de normas es a las que se refiere el artículo 9º de la ley 393 de 1997".*

En este mismo sentido, en Sentencia posterior, se pronunció el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos, *"No en todos los casos en que el débito prestacional comporte una erogación de dinero, se configura la excepción del parágrafo en comento, pues de ser este entendimiento de la norma, se desnaturalizaría el mecanismo constitucional consagrado en el art. 87 de la Carta Política, si se tiene en cuenta que, las más de las veces, las conductas exigibles de las autoridades públicas, directa o indirectamente conllevan una erogación. En el caso concreto, no se configuran los presupuestos para la aplicación de la limitación legal, declarada exequible, como podría sugerirlo una consideración aislada de a pretensión de cumplimiento demandada, que apunta a la realización de una "transferencia", conducta prestacional esta que es diferente a la noción de gasto, presupuesto de la aplicación de la excepción. No es de recibo, una interpretación genérica y absoluta, sobre la improcedencia del cumplimiento, ex – artículo 87 de la Constitución Política, de normas que establezcan gastos, si se tiene presente que, agotadas las competencias y discrecionalidades constitucionales en la facción del tema presupuestal, incluida la noción de gasto, dicho presupuesto, ha de ser cumplido mediante su ejecución por variadas autoridades públicas, las cuales pueden desatender normas*

⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 29 de enero de 1998. Expediente ACU-127. Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa.

positivas de carácter material o actos administrativos, concebidos para el cumplimiento y asignación de los recursos públicos. En otros términos, si la norma con fuerza material de ley o acto administrativo, implican un gasto, la limitante legal no es predicable cuando se trata de la ejecución presupuestal como que, no puede el intérprete soslayar que el párrafo declarado inexecutable es, cuando lo primero, norma exceptiva y, además ha de tener presente que el razonamiento y la argumentación expuestas por la Corte, se contraen única y exclusivamente al respecto de las competencias y la aplicación de los principios en materia de ejecución presupuestal. Una vez elaborado un presupuesto o apropiado el gasto, la vocación natural de estos, es a ser efectivamente destinados a la satisfacción de la función social para el cual están concebidos. Esta sola reflexión sugiere, al intérprete, el análisis de la pretensión del cumplimiento en concreto, pues que una vez ordenado, presupuestado y apropiado el gasto, todas las autoridades encargadas de su ejecución, han de cumplirlo y ello, desde la óptica de la norma constitucional contenida en el art. 87 de la Carta Política, impone su cumplimiento. De ellos se sigue que, en tanto el núcleo esencial del precepto cuyo incumplimiento de predica – contenido prestacional del precepto normativo – imponga una conducta a la autoridad pública destinataria de la norma que establece el gasto, no hay razón constitucional ni legal para excluir, de esta especial forma de control constitucional el cumplimiento del precepto. Estando disciplinada detalladamente en la ley 99 de 1993, en el decreto 1339 de 1994 y en los actos administrativos arriba analizados, un débito prestacional debidamente determinado – realización y pago de la transferencia – la pretensión de cumplimiento es procedente, pues en manera alguna de trata de invadir la competencia reservada condicional o legalmente a la autoridad pública encargada de la ejecución presupuestal, incluidos los gastos.

6.- Caso Concreto.

6.1.- Hechos Probados.

- Copia del derecho de petición -constitución en renuencia- de fecha 15 de octubre de 2021, presentada por los actores ante el accionado

- Constancia de envío del derecho de petición de fecha 15 de octubre de 2021.
- Copia del Acta de elección y de posesión del señor JORGE ENRIQUE CASTELLAR SCHMITH como alcalde del municipio de San Jacinto Bolívar.
- Sentencia del 24 de junio de 2021 de la Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Primera del Consejo de Estado.

6.2.- Solución del Caso.

En el presente caso, los accionantes pretenden el cumplimiento del artículo 6° de la Ley 190 de 1995 “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”; así mismo del artículo 37 de la Ley 734 de 2002 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”; como también el cumplimiento del artículo 2.2.5.1.14 del Decreto 648 de 2017 “Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública.

El A quo, en el fallo objeto de impugnación, determinó que el accionado se encontraba incurso en la causal de inhabilidad señalada en el artículo 95 numeral 1° de la Ley 136 de 1994 (modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000), de manera sobreviniente al acto de su elección y posesión como alcalde del Municipio de San Jacinto (Bolívar), circunstancia por la cual le es exigible el cumplimiento de lo consagrado en el artículo 6° de la Ley 190 de 1995.

Por otra parte, frente al artículo 37 de la Ley 734 de 2002 y el artículo 2.2.5.1.14 del Decreto 648 de 2017, considero que no era exigible su cumplimiento en el presente caso en, por lo que declaro la improcedencia de la acción frente a las referidas normas.

A su turno, el actor impugnó el fallo de primera instancia; como argumento de inconformidad expuso que a su juicio el juez de primera instancia falló de manera arbitraria, toda vez que no tuvo en cuenta las razones de defensa

expuestas al momento de contestar la demanda dentro del proceso de la referencia, lo cual resulta violatorio de sus derechos al debido proceso y de defensa.

En este contexto procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado; teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, los hechos probados y el objeto de la impugnación; manifestando ab initio, que revocará el fallo impugnado, por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, advierte la Sala que el juez de primera instancia fundó su decisión en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta, de fecha 5 de agosto de 2005, Rad. 73001-23-31-000-2004-01987-01(ACU), C.P. Darío Quiñonez Pinilla., según la cual en el presente caso, la acción de cumplimiento resulta procedente para solicitar el cumplimiento del artículo 6 de la ley 190 de 1995 teniendo en cuenta que, el deber que el inciso primero de la citada norma establece para el servidor público tiene como finalidad el de advertirle a su superior o nominador para que, en caso de ser necesario, adopte las decisiones administrativas que se requieran para efectos del retiro del servicio y de la vacancia que en el respectivo cargo se produzca. No obstante, en el caso de los servidores públicos elegidos popularmente, como en el caso en estudio, se presenta la circunstancia de que no tienen superiores o nominadores. Sin embargo, atendiendo la finalidad de la norma, la mencionada advertencia que corresponde al servidor público en quien sobrevenga una causal de inhabilidad o incompatibilidad, se hará a los funcionarios que de acuerdo con la Constitución y la ley deben tomar las determinaciones a efectos de llenar la vacancia del cargo.

Por lo que, se concluye en el citado fallo que, tratándose del Alcalde Municipal, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 314 de la Carta Política, con la modificación que le hizo el artículo 3° del Acto Legislativo número 02 de 2002, y en los artículos 106 y 107 de la Ley 136 de 1994, con las modificaciones que respecto de estas normas legales surgen de la reforma constitucional señalada en precedencia.

La Sala, de manera respetuosa, se aparta del anterior criterio, así como del esbozado por el H. Consejo de Estado en la sentencia referenciada,



teniendo en cuenta de que en pronunciamientos posteriores, tales como la sentencia del veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014), citada en el marco normativo y jurisprudencial, al igual que más recientemente en la sentencia de fecha cuatro (04) de febrero de dos mil veintiuno (2021)⁹; el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, ha sostenido que para la procedencia de la acción de cumplimiento es necesario que la norma que se invoca como incumplida contenga un mandato imperativo e inobjetable y que reúna prácticamente los requisitos sustanciales de un título ejecutivo, esto es que contenga una obligación clara, expresa y exigible.

En ese sentido, para que sea procedente la acción es necesario que no exista ninguna controversia o discusión acerca de la aplicación de la norma al caso concreto, es decir, es necesario que el mandato incumplido sea indudable, específico e inequívoco, que de la sola lectura del texto el juez tenga la certeza irrefutable de que aquella autoridad a la cual ordenará cumplir lo incumplido sí es, sin discusión, la llamada a acatar la obligación inobservada; toda vez que, cualquier discrepancia conllevaría a la improcedencia de la acción; por cuanto ello tendría que ser objeto de una acción contenciosa ordinaria.

Así mismo, la decisión de la Sala de apartarse de la sentencia citada por el A quo, se soporta en la sentencia de constitucionalidad proferida por la Corte Constitucional¹⁰, sobre la procedencia de la acción de cumplimiento; la cual ha informado, que dicha acción está encaminada a la ejecución de deberes que emanan de un mandato, contenido en la ley o en un acto administrativo, **imperativo, inobjetable y expreso**; precisando que dicho deber no es el deber general de cumplir la ley, sino un deber derivado de un mandato **específico y determinado**; igualmente señaló el Alto Tribunal constitucional, que el objeto de la acción de cumplimiento no es la ejecución general e indiscriminada de todas las normas de rango inferior a la Constitución ni un derecho abstracto al cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico; sino que su objeto fue especificado por el propio constituyente; cual es, asegurar el cumplimiento de un deber omitido,

⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 4 de febrero de 2021. Radicación número: 25000-23-41-000-2020-00769-01 (ACU). Consejero Ponente: Luis Alberto Álvarez Parra.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1194 del 15 de noviembre de 2001, MP. Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA.

contenido en una ley o acto administrativo que la autoridad competente se niega a ejecutar.

En este orden, en el sub judice, lo que se pretende es el cumplimiento del inciso primero del artículo 6 de la ley 1995, el cual dispone lo siguiente:

*“**ARTÍCULO 6o.** En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.*

<Inciso CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto final a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar”.

Así las cosas, a juicio de la Sala, en el sub judice, no es exigible el cumplimiento de la norma citada; a través de este medio, teniendo en cuenta por una parte, que de conformidad con el artículo 314 Constitucional, el gobernador no es superior jerárquico ni nominador de los alcaldes elegidos popularmente; igualmente conforme al artículo 311 ejusdem, el alcalde no presta servicio al departamento; de tal manera, se itera, que el citado artículo 6 de la ley 190 de 1995, no resulta aplicable al caso concreto; no siendo por tanto posible hacer interpretación analógica o finalística; pues ello resultaría contrario a la exigencia anotada en la jurisprudencia citada ut supra, en cuanto a que el deber omitido este contenido de manera **imperativa, inobjetable, expresa, específica y determinada** en la norma invocada; de tal suerte que la falta de certeza a cerca de si al sub lite resulta aplicable la norma cuyo cumplimiento se persigue, torna improcedente la acción.

No obstante lo anterior, a juicio de esta Corporación, el vacío normativo anotado, no es óbice para que la autoridad competente, como es la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con la ley 734 de 2002; pueda revisar la conducta del accionado; si aún lo hubiere hecho; y dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las investigaciones y medidas correspondientes frente al posible incumplimiento de la ley; por lo que en ese sentido, se oficiará a dicha entidad.

Por las anteriores consideraciones, se revocará el fallo impugnado y esta Corporación oficiará a la Procuraduría Provincial del Carmen de Bolívar, para lo de su competencia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

V. FALLA

PRIMERO: NEGAR el desistimiento deprecado por la parte accionante; por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

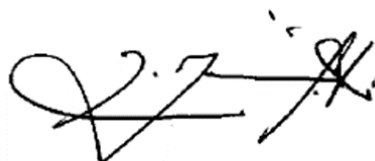
SEGUNDO: REVOCAR la sentencia de primera instancia de fecha diecinueve (02) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia y en su lugar **RECHAZAR** por improcedente la acción; por las razones expuestas en la presente providencia.

TERCERO: Por conducto de la Secretaría de esta Corporación, **OFICIAR** a la Procuraduría Provincial de El Carmen de Bolívar para lo de su competencia; conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al juzgado de origen y déjense las constancias de rigor en el sistema de gestión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS





LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Salvamento de voto



Cartagena de Indias D. T. y C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

Medio de control	Acción de cumplimiento
Radicado	13-001-33-33-012-2021-000264-01
Accionante	RAMIRO EDUARDO GONZALEZ GUARDO Y MANUEL RAMON ORTEGA ORTEGA
Accionado	ALCALDE MUNICIPAL DE SAN JACINTO-BOLÍVAR
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Por medio del presente conducto, y de manera respetuosa y comedida, me permito salvar voto respecto de la decisión mayoritaria, en los siguientes términos:

Considera el suscrito que, teniendo en cuenta que las normas frente a las cuales se persigue su cumplimiento como son:

Ley 190 de 1995, a través de la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa en su artículo 6º prescribe:

Artículo 6º.- *En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.*

*Sí dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público **no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad**, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar.* (negrillas fuera de texto)

De otra parte, el Decreto 1083 de 2015 reglamentario del Sector de Función Pública señala:

Artículo 2.2.5.1.14 Inhabilidad sobreviniente al acto de nombramiento o posesión. *En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, la persona deberá advertirlo inmediatamente a la administración y presentar renuncia al empleo, de lo contrario, la administración procederá a revocar el nombramiento.*



Teniendo en cuenta lo anterior, advierto dos obligaciones o deberes que recaen sobre el servidor público incurso en una inhabilidad sobreviniente:

1. Anunciar o advertir a la entidad, superior o administración que le sobrevino una inhabilidad y
2. Renunciar al cargo.

Concuero con la sala mayoritaria respecto al análisis que hace frente a la primera obligación o deber, el cual se desprende del primer inciso del artículo 6º de la ley 190 de 1995, sin embargo, no se aborda el segundo deber u obligación, esto es, el deber de renunciar. Considero que del Artículo 2.2.5.1.14 del Decreto 1083 de 2015 si se desprende claramente la obligación en cabeza del servidor público incurso en una inhabilidad de renunciar al cargo que se ostente, sobre todo en el caso de análisis teniendo en cuenta que el alcalde es jefe de la administración local y es elegido a través del voto popular, de ahí que no cuente con un superior jerárquico que puede ejercer la facultad de revocatoria de su nombramiento.

Ahora bien, aunque es cierto, que lo decidido en primera instancia con relación al Decreto 1083 de 2015 no fue motivo de inconformidad, se tiene que de acuerdo al artículo 26 de la ley 393 de 1997 contra la sentencia proferida en la acción de cumplimiento procede es impugnación y no recurso de apelación, las cuales son figuras distintas, en mi concepto en la impugnación el juez no está limitado por los motivos de inconformidad expuestos en el recurso sino que puede realizar un análisis más amplio que implique el estudio de los motivos del fallo y si los mismos estuvieron ajustados a derecho o no, lo cual se encontraría justificado en el entendido que la acción de cumplimiento es de orden constitucional y fue prevista por el constituyente como un mecanismo especial para la protección y aplicación de los derechos consagrados en la norma de normas.

Dejo así sentado mi salvamento de voto.



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Magistrado