

Cartagena de Indias D. T. y C., dieciséis (16) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

### **I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO.**

<b>Medio de control:</b>	Nulidad Electoral
<b>Radicado:</b>	13- 001-23-33-000-2019-00264-00
<b>Demandante:</b>	Dagoberto Macías Cabrera
<b>Demandado:</b>	Resolución n° 063 del 05 de abril de 2019, expedida por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias
<b>Tema:</b>	<i>Llamado a ocupar una curul</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	Roberto Mario Chavarro Colpas

### **II.- PRONUNCIAMIENTO**

Procede la Sala Fija n° 001 de Decisión a dictar sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia promovido por Dagoberto Macías Cabrera, contra la Resolución n° 60 del 05 de abril de 2019, expedida por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias, en ejercicio del medio de control público de nulidad electoral, pretendiendo las siguientes declaraciones y condenas:

### **III.- ANTECEDENTES**

#### **1. PETITUM.**

Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución 063 del 05 de abril de 2019, expedida por el Concejo Distrital de Cartagena, en lo referente a los art. 2 y 3; y que, como consecuencia, se hagan las demás declaraciones y condenas a que haya lugar conforme lo señalan las leyes.

#### **2. HECHOS**

El señor Carlos Alberto Barrios Gómez, el 24 de abril de 2017, promovió acción de tutela en contra del Concejo Distrital de Cartagena, considerando que las resoluciones n° 047 y 052 de 2017, mediante las cuales se decidió retirarlo de su cargo de concejal por una supuesta inhabilidad sobreviniente derivada de la condena por responsabilidad fiscal impuesta por la Contraloría.

La Corte Constitucional a través de la Sentencia t-132 de 2019 determinó que el Concejo Distrital de Cartagena vulneró el derecho al debido proceso administrativo del señor Carlos Alberto Barrios Gómez, ya que no indicó un

**Código: FCA - 008    Versión: 03    Fecha: 03-03-2020**

procedimiento administrativo con la finalidad de permitirle ejercer su derecho de defensa y contradicción, pues, contrario a lo exigido por la legislación vigente las resoluciones nº 047 y 052, se adoptan de plano.

En consecuencia, la Corte Constitucional, protegió de manera transitoria los derechos al debido proceso administrativo y a desempeñar cargos públicos del accionante, por lo que suspendió los efectos de las resoluciones antes citadas, que dispusieron el retiro del accionante de su cargo de concejal, hasta que finalicen los procesos contenciosos administrativos que se encuentran en curso. Y ordenó reintegrar al señor Carlos Alberto Barrios Gómez al cargo de concejal para el periodo constitucional 2016-2019.

El concejal del partido Cambio Radical Vicente Blel Scaff, presentó renuncia a su cargo el 21 de junio de 2018, en sesión del 21 de junio de 2018, la plenaria del Concejo, aceptó la renuncia del señor Vicente Blel Scaff y mediante resolución nº 098 del 22 de junio de 2018, corregida mediante la resolución nº 101 del 2018, se declaró la vacancia absoluta de la curul del partido Cambio Radical, que venía siendo ocupada por el señor Vicente Blel Scaff.

En virtud de la resolución 098 del 22 de junio de 2018, la secretaria general del Concejo Distrital de Cartagena, solicitó a la Registraduría Nacional del Estado Civil, que certificara el candidato del Partido Cambio Radical que seguía en lista.

A través del oficio nº 001980 del 25 de junio de 2018, la entidad remite al Concejo el formulario E-26 y la certificación en la que consta el computo de los votos para el Partido Cambio Radical y en donde se vislumbra que quien seguía en lista era el señor Dagoberto Macías Cabrera.

En consecuencia, mediante resolución nº 105 del 26 de junio de 2018, se llamó al señor Macías, para que tomara posesión de la curul del partido y ejerciera como concejal.

el Concejo Distrital de Cartagena, el 05 de abril de 2019, expidió las resoluciones nº 062 y 063, donde se dispuso darle cumplimiento a la orden tutelar T-132 del 27 de marzo de 2019 y resolvió recomponer el listado de la bancada del partido en cita, con lo cual se llamó al señor Wilson Ernesto Toncel Ochoa a ocupar una curul en el Concejo de Cartagena, para el periodo constitucional restante.

### 3. **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

Invocan en su demanda como sustento de sus pretensiones las siguientes normas de orden constitucional y legal:

✓ **Normas Legales:**

- Art. 137 ley 1437 de 2011.

✓ **Constitucionales.**

- Artículos. 6, 29, 40, 83, 121 y 209

**3.1.1. Concepto de violación.**

Expresa que el señor Wilson Ernesto Toncel Ochoa, en su calidad de presidente del Concejo Distrital de Cartagena de Indas, expidió la resolución 071 del 30 de abril de 2018, mediante la cual, llamó al señor Oscar Alfonso Marín Villalba, para ocupar la supuesta vacante absoluta que se presentó con ocasión a la presunta inhabilidad que detentaba el señor Jorge Alfonso Useche Correa, en razón de una medida de aseguramiento intramural que le había sido impuesta por parte del Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantía de Cartagena.

Con la expedición de la resolución n° 063 del 05 de abril de 2019, el presidente del Concejo Distrital de Cartagena, señor Oscar Alfonso Marín Villalba, dio aparente cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Constitucional, en el fallo de tutela T-132 del 27 de marzo de 2019, vinculando y extendiendo los efectos de la misma al señor Dagoberto Macías Cabrera, como supuesto destinatario de la orden judicial en cita, lo que se configura en un diáfano abuso de poder por extralimitación de funciones del señor Oscar Alfonso Marín Villalba como presidente del Concejo distrital de Cartagena, que con la exclusión del señor Dagoberto Macías Cabrera, terminó esta vez favoreciendo al señor Wilson Ernesto Toncel Ochoa, quien en su momento expidió el acto administrativo, al considerarlo falsamente motivado, y mediante el cual -de manera errónea- se vinculó al señor Oscar Alfonso Marín Villalba como Concejal de Cartagena, pero lo que se avizó fue una devolución de favores, según la sentencia n° 140 emanada del Tribunal Administrativo de Bolívar, es decir, contrariando la ley.

La Resolución n° 063 del 05 de abril de 2019 debe ser nulitada parcialmente, como quiera que el presidente del Concejo Distrital de Cartagena, en un claro ejercicio arbitrario y desbordado de poder aplicó los efectos de la sentencia de tutela t-132 de 2019 a un tercero (Dagoberto Macías Cabrera),

quien en lo absoluto fue destinatario de orden judicial alguna por parte de la Corte Constitucional y quien finalmente, resultó inexorablemente afectado colateralmente con lo resuelto en los actos administrativos en mención.

En el acto demandado se evidencia una abierta manifiesta y clara falsa motivación del acto administrativo, por cuanto en lo más mínimo la renuncia del señor Vicente Blel Scaff, es un hecho que tiene que ser conectado o relacionado con el cumplimiento de la sentencia T-132 de 2019, en medida que, esa tutela era vinculante para los protagonistas de la misma, quienes eran los señores Carlos Alberto Barrios Gómez y el señor Wilson Ernesto Toncel Ochoa.

La violación al debido proceso, consiste en que el Concejo Distrital dio apertura al trámite administrativo, para darle cumplimiento a la tutela 132 de 2019, para lo cual, se le otorgó al señor Dagoberto Macías Cabrera un término de 24 horas, para ejercer el derecho de defensa, contados a partir de la notificación del oficio adiado 03 de abril de 2019, tal notificación se hizo efectiva el día 4 de abril de 2019, siendo las 03:15 p.m. sin embargo antes que feneciera tal oportunidad, el Concejo Distrital, profirió la resoluciones 062 y 063 de fecha 5 de abril de 2019.

#### **4.2. De la contestación de la demanda.**

##### **4.2.1.1. Wilson Ernesto Toncel Ochoa.**

Se opone a que se acceda a las pretensiones alegando que las resoluciones demandadas, se encuentran desprovistas de todo rigor de hecho y de derecho.

Además, hoy tales actos administrativos cuyas nulidades se piden en la demanda, por razón del transcurso del tiempo, se encuentran agotadas en su contenido, hoy carecen de objeto, ya que las resoluciones, se referían a la interacción de parte del Concejo Distrital de Cartagena para el periodo constitucional 2016-2019, o sea, al haber concluido la función de los concejales elegidos para el periodo que venció el 31 de diciembre de 2019, resulta inane la prosperidad de esas pretensiones, no se puede modificar lo que jurídicamente hoy tiene efectos, y distinto es el caso de pretensiones de nulidad de actos administrativos cuando se persigue consecuentemente pretensiones dinerarias o indemnizatorias.

##### **4.2.1.2. Distrito de Cartagena.**

El Concejo Distrital de Cartagena, expidió las resoluciones 062 y 063 del 05 de abril de 2019, conforme a derecho, obedeciendo o acatando las reglas jurídicas aplicables al caso, fueron debidamente motivados, acatando lo ordenado en la sentencia de tutela t-132/2019, en interés general, en consecuencia, no se incurrió en ninguna causal de nulidad general de los actos administrativos, ni de las especiales electorales.

#### **4.2.1.3. Registraduría Nacional del Estado Civil.**

Expone que la RNEC no ha incurrido en actuación alguna que comparta afectación o lesión a los derechos invocados por la parte accionante; resalta, que la parte actora carece de sustento jurídico, normativo y probatorio para accionar contra la entidad por falta de competencia de la Registraduría Nacional del estado Civil.

Adicionalmente, el asunto en debate suscrito al interior del Concejo Distrital de Cartagena, que los actos administrativos sujetos al control de legalidad fueron expedidos por esa corporación en cabeza de su presidente, que goza de presunción de legalidad puesto estos son expedidos bajo las facultades legales que le son otorgada a su representante y en virtud de ello tiene autonomía administrativa para su actuar, por consiguiente no existe ningún nexo causal entre su causación y las actuaciones y funciones de la Registraduría Nacional del Estado, lo cual es totalmente ajeno a la función constitucional.

### **5. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue presentada el día 13 de mayo de 2019, y paso seguido se repartió entre los Magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar, correspondiéndole al Despacho nº 001, el cual después de surtido el trámite, finalmente, mediante auto de 03 de febrero de 2020, admitió la demanda y ordenó la notificación de la misma a las demandadas.

Vencido el traslado, mediante providencia adiada 23 de julio de 2020, se fijó el día 06 de agosto para llevar a cabo audiencia inicial. La audiencia en aplicación a lo señalado en el artículo 283 del C.P.A.C.A, se desarrolló cumpliendo con las etapas de saneamiento, fijación de litigio y decreto de pruebas. En la etapa de saneamiento, se concluyó que no había irregularidades dentro del desarrollo del proceso. El litigio se fijó en los siguientes términos:

*“El problema jurídico consiste en determinar si el acto administrativo demandado contenido en la resolución nº 063 del 05 de abril de 2019, por medio de la cual se hizo un llamado a ocupar una curul, expedido por el Concejo Distrital de Cartagena, se encuentra inmersa en las causales de nulidad que alega el actor,*

*y en caso positivo si hay lugar a la declaratoria de nulidad con las consecuencias de ley.. “*

Posteriormente en audiencia de pruebas realizada el día 10 de septiembre de 2020 y en virtud de lo establecido en el artículo 181 del CPACA por considerarse innecesaria, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes.

## **5.1. Alegatos de conclusión.**

### **5.1.1. Wilson Toncel.**

*“Nuestra posición ha sido el de indicar que el **CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS** expidió las resoluciones 062 y 063 del 05 de abril de 2019 conforme a derecho, obedeciendo las reglas jurídicas aplicables al caso, los artículos 263 A (creado en el acto legislativo de 2003) y 134 de la Constitución Política y artículo 63 de la ley 136 de 1994, así que fueron debidamente motivados, acatando lo ordenado en la sentencia de tutela T-132/2019, en interés general, en consecuencia no se incurrió en ninguna causal de nulidad general de los actos administrativos, ni de las especiales de nulidad electoral, y si no ha operado una causal de nulidad de los actos administrativos, el Tribunal Administrativo de Bolívar en la sentencia con la cual concluya el proceso debe acoger esta tesis denegando las pretensiones. “*

### **5.1.2. Registraduría Nacional del Estado Civil.**

*“que no es la Registraduría nacional del estado civil, quien expide los actos administrativos por medio del cual le hace llamado a tomar posesión del cargo de concejal del Distrito de Cartagena al señor Wilson Toncel.”*

### **5.1.3. Demandante.**

*“...Ahora bien, tampoco puede venir a decirse que, so pretexto de cumplir el fallo de tutela T-132 de 2019 que le concedió la CORTE CONSTITUCIONAL al CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA para dar cumplimiento a lo allí ordenado, se soslayan las garantías constitucionales y legales del señor DAGOBERTO MACÍAS CABRERA, quien finalmente fue el único perjudicado con la expedición de la Resolución No. 063 del 5 de abril de 2019, teniendo ya consolidada su curul como Concejal de la ciudad en virtud de la Resolución No. 105 del 26 de junio de 2018, la cual goza de presunción de legalidad, toda vez que nunca fue impugnada o demandada por algún ciudadano.*

*...No es verdad que el señor DAGOBERTO MACIAS CABRERA haya ejercido su derecho de defensa y contradicción, pues como ya lo explicamos con suficiencia, incluso antes de que le término de 24 horas culminara, ya el señor WILSON ERNESTO TONCEL OCHOA se encontraba posesionado como Concejal de esta ciudad, lo cual se acredita con una simple revisión de la fecha y hora en la que se le notificó el oficio del 3 de abril de 2019 al señor DAGOBERTO MACIAS CABRERA, y la fecha y hora que reposa en las Actas de Sesión N° 568 y N° 610 de fecha 5 de abril de 2019.”*

## **Ministerio Público.**

El señor Agente del Ministerio Público emitió concepto concluyendo, lo siguiente:

*“Es respuesta al interrogante planteado al inicio de este concepto y en defensa de la legalidad, se debe declarar la nulidad de la Resolución 063 de 5 de abril de 2019, por estar inmersa en causal de nulidad de desviación del poder, teniendo en cuenta lo analizado en este concepto, salvo mejor criterio en contrario..”.*

## **6. CONSIDERACIONES DE LA SALA.**

### **- Competencia.**

Es competente este Tribunal para conocer del presente proceso en primera instancia, de acuerdo a lo establecido el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 152 numeral 8 expresa que “8. De la nulidad del acto de elección de contralor departamental, de los diputados a las asambleas departamentales; de concejales del Distrito Capital de Bogotá; de los alcaldes, personeros, contralores municipales y miembros de corporaciones públicas de los municipios y distritos y demás autoridades municipales con setenta mil (70.000) o más habitantes, o que sean capital de departamento. El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas - DANE. La competencia por razón del territorio corresponde al Tribunal con jurisdicción en el respectivo departamento.”

En sub lite se demanda un acto de llamamiento para ocupar curul en el Concejo de Cartagena de Indias, en que además se dispuso la recomposición de la lista de la bancada del Partido Cambio Radical, lo que dio lugar a la exclusión de uno de sus militantes; todo esto en el ámbito del Distrito, que de conformidad con el Censo General 2005 del Departamento Nacional de Estadísticas- DANE, tiene 895.400 habitantes, con una proyección al 2010 de 944.250, siendo entonces competente este Tribunal en primera instancia para conocer del presente asunto. Adicionalmente, tiene competencia la Corporación por el factor territorial para conocer del presente asunto, según las requisitorias establecidas en la norma positiva en cita.

### **- Excepciones**

Las partes accionadas presentaron como excepciones previas, los actos demandados se expedieron cumpliendo una orden judicial de tutela, acatando el art. 134 C.N. y normas electorales aplicables al caso, legalidad

de los actos demandados, los actos de cumplimiento de tutela no son demandables, de falta de legitimación en la causa por pasiva.

La Registraduría Nacional del Estado Civil, en su contestación, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa.

Respecto de la excepción formulada, el despacho considera lo siguiente:

En el sub examine, las pretensiones de la demanda, se encuentran dirigidas a la declaratoria de nulidad del acto por medio de la cual se recompone el listado de la bancada del Partido Cambio Radical, se hace llamado a ocupar las curules y se dictan otras disposiciones en el Concejo Distrital de Cartagena.

En ese orden de ideas, para resolver la excepción propuesta, precisa la Sala que el artículo 277 del C.P.A.C.A. numeral 2, dispone que en el auto admisorio de la demanda electoral se debe ordenar notificar personalmente a la autoridad que expidió el acto y a la que intervino en su adopción, según el caso. En virtud de la referida disposición fue que dentro del proceso de la referencia se ordenó la notificación a la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Al respecto, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha sido reiterativa en afirmar que la vinculación de la Registraduría Nacional del Estado Civil en el proceso electoral no se hace en calidad de demandado por la especial naturaleza del proceso electoral, pues en este tipo de procesos el demandado es la persona que resultó electa para determinado cargo, que en este caso es de elección popular, por lo tanto, debe entenderse que dicha entidad no tiene condición de demandada.

De igual forma, ha establecido esa Corporación que, la Registraduría ostenta la condición de sujeto procesal especial, el cual debe ser vinculado al proceso electoral ineludiblemente en cumplimiento del artículo 277 del C.P.A.C.A. decisión tomada en audiencia inicial de 4 de diciembre de 2015, realizada en el Consejo de Estado dentro del proceso de nulidad electoral con radicado 11001-03-28-000-2014-00117-00, C.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

De igual manera, en pronunciamiento de 30 de octubre de 2015, al resolver un recurso de súplica contra la decisión de declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Sección Quinta del Consejo de Estado (C.P: Alberto Yepes Barreiro dentro del proceso con radicado 11001-03-28-000-2014-00107-00(S)), precisó que la finalidad del numeral 2 del

artículo 277, es permitir que la autoridad pública que produjo el acto administrativo demandado o la que participó en su conformación, pese a no ser parte demandada en el proceso electoral, pueda, si lo considera necesario, intervenir en el mismo.

En consecuencia, al ser un mandato legal la vinculación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, no como demandada, sino como sujeto especial, resulta obligatoria su permanencia en el proceso, máxime que esta entidad se le requirió para que remitiera al Concejo de Cartagena el formulario E-26 y la certificación en la que consta el cómputo de los votos para el Partido Cambio Radical, el cual se tomó como base para el acto demandado.

Por lo anterior se declaran no probadas las excepciones propuestas por la demandada Registraduría Nacional del Estado Civil.

Respecto a las demás excepciones planteadas, por estar ligada al fondo del asunto se resolverán en las consideraciones pertinentes.

**- Problema jurídico.**

Tal como se dispuso en la fijación del litigio, el debate se centra en determinar por parte de esta Corporación, si la resolución demandada se encuentra incurso en las causales de nulidad alegadas por el actor; o caso en contrario si esta conserva el principio de presunción de legalidad que cobija la expedición de los actos demandados.

**- Tesis.**

La Sala considera que no se acreditó que el acto demandado se encontrara inmerso en las causales alegadas por el actor, por lo que mantiene la presunción de legalidad que los cobija, por lo que se deben negar las pretensiones de la demanda.

**Marco normativo y jurisprudencial.**

El CPACA en el art. 275 señala unas causales de nulidad de los actos de elección o de nombramiento, las cuales se clasifican en subjetivas, objetivas y las de los actos administrativos en general consagradas en el art. 137 ibídem.

**CAUSALES DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.**

El art. 137 de la ley 1437 de 2011, dispone las causales de nulidad de los actos administrativos, la cual a texto reza:

Radicado: 13- 001-23-33-000-2019-00264-00  
Demandante: Dagoberto Macías Cabrera

*“Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.”*

El Honorable Consejo de Estado ha expuesto que las causales de nulidad del acto administrativo son las siguientes:

*“Los vicios de incompetencia o abuso o exceso de poder, de desviación de éste, de expedición irregular, de falsa motivación y de desconocimiento de los derechos de audiencia y de defensa, no son otra cosa que formas de violación o quebrantamiento de la norma superior de derecho, que ordinariamente se mencionan en la ley, por la jurisprudencia y la doctrina con un criterio esencialmente didáctico. Tuvo razón el tribunal en exigir que los cargos de incompetencia, expedición irregular y abuso de poder que se reducirían a dos, pues el primero y el tercero se refieren al mismo fenómeno, tenían que fundamentarse en unas normas positivas de derecho, que debían ineluctablemente ser invocadas en el libelo de, demanda por el apoderado del actor.”*

En ese orden en ordenamiento jurídico legal vigente, establece causales de nulidad de los actos administrativos, la cual debe estar estrictamente probado, la cuales procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

### **Infracción de las normas en que deberían fundarse.**

Respecto a esta causal genérica Berrocal<sup>2</sup> expone que esta causal comprende además la de inconstitucionalidad del acto administrativo, debido a que las normas constitucionales son normas de normas (art. 4 C.N) y como tales, aquellas en las que en primer orden deben basarse los actos administrativos, debido al principio de supremacía de la Constitución y a su fuerza vinculante.

Por su parte Rodríguez<sup>3</sup> afirma igual que Berrocal que es una causal general de ilegalidad consistente en una violación de una norma jurídica superior.

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO -SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION PRIMERA. Consejero ponente: MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ. Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992). Radicación número: 1941. Actor: CARLOS ENRIQUE SALAZAR ROCHA. Demandado: CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA. Referencia: RECURSO DE APELACION

<sup>2</sup> Berrocal, L. (2001). *Manual del acto administrativo*. Santafé de Bogotá - Colombia: Ediciones librería del profesional

<sup>3</sup> Rodríguez, L. (2000). *Derecho administrativo*. Santa fe de Bogotá - Colombia: Temis S.A.

En ese orden se tiene que esta causal de nulidad se configura cuando el acto administrativo se expido en contra posición de las normas legales.

### **Incompetencia del funcionario que lo profiera.**

Este vicio se presenta cuando el acto administrativo es expedido por quien ostenta la condición de funcionario público o por particular autorizado por la ley para ejercer función administrativa, pero lo hace por fuera de la esfera de atribuciones que la constitución, la ley o el reglamento le han asignado; o no corresponde a los asuntos que, por razón de la materia, el territorio, la persona, el grado funcional o jerárquico, o el tiempo inclusive le son dables resolver<sup>4</sup>.

Para Rodríguez<sup>5</sup> consiste en que una autoridad toma una decisión sin estar facultada legalmente para ello.

La máxima superioridad en lo contencioso ha expresado:

*“La doctrina nacional, al estudiar la competencia u órgano competente como elemento de validez del acto administrativo, esto es, como presupuesto de regularidad jurídica de dicha manifestación estatal, la ha definido desde dos puntos de vista: uno activo y otro pasivo. Según el punto de vista activo, la competencia es la aptitud o autorización que tiene todo funcionario u organismo estatal para ejercer las funciones y la autoridad que le han sido asignadas, dentro de circunstancias objetivas y subjetivas señaladas en la Constitución, la ley o el reglamento, y sólo dentro de ellas. Desde una perspectiva pasiva, es el conjunto de asuntos que a toda autoridad pública le está atribuido por la Constitución, la ley o el reglamento, para que actúe o provea en orden a la atención de los mismos. La competencia significa que todo funcionario público, en el desempeño de su cargo, sólo puede hacer lo que le está permitido. Es la situación inversa de la capacidad propia de los particulares, en cuanto estos pueden hacer todo lo que no les está jurídicamente prohibido. Es una consecuencia de la limitación del poder público que surgió con el Estado de Derecho, es decir, del principio de legalidad, y una forma de llevar tal limitación a toda persona que ejerza dicho poder. La competencia, como regla última para la distribución y delimitación material de la autoridad estatal y de la consecuente responsabilidad, está implícita en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política y, en lo que tiene que ver con las actuaciones administrativas, en los artículos 31, 33 y 84 del C.C.A., principalmente<sup>6</sup>.”*

La competencia es la aptitud o autorización que tiene todo funcionario u organismo estatal para ejercer las funciones y la autoridad que le han sido

<sup>4</sup> Berrocal OP CIT

<sup>5</sup> Rodríguez OP CIT. Pág. 226.

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO (E) Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil doce (2012) Radicación número: 25000-23-24-000-2007-00345-01 Actor: AUGUSTO BAQUERO RODRÍGUEZ Demandado: MUNICIPIO DE CHIA Referencia: APELACION SENTENCIA

asignadas, dentro de circunstancias objetivas y subjetivas señaladas en la Constitución, la ley o el reglamento, y sólo dentro de ellas.

### **Falsa motivación.**

Alude el elemento causa o motivo del acto administrativo, consiste en las circunstancias de hecho y/o de derecho que sirven de fundamento o determinan la decisión o la declaración contenida en el acto. Este vicio se presenta cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad.

Ha de tenerse en cuenta que la falsa motivación tiene la virtud de afectar la validez del acto, cuando el error afecta el sentido de la decisión, de allí que los errores puramente mecánicos o formales, no generan nulidad del mismo, esta teoría también la comparte Penagos<sup>7</sup>, cuando expresa que existen irregularidades que no son invalidantes de los actos administrativos, son aquellas meras formalidades que aunque sean omitidas no alteran la decisión final, ni afectan el derecho sustancial, en cuyo caso no puede hablarse de nulidad, sino de informalidades .

El Consejo de Estado dispuso sobre la falsa motivación y falta de motivación que:

*"Sobre la falsa motivación, la Sección Cuarta ha precisado que esta "causal autónoma e independiente se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación, la Sala ha señalado que "es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente". Por su parte, en cuanto a la falta o ausencia de motivación, la Sección Cuarta ha señalado lo siguiente: "La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable; los motivos en que se instituye el acto deben ser ciertos, claros y objetivos. Los motivos del acto administrativo deben ser de tal índole, que determinen no sólo n la expedición de un acto administrativo sino su contenido y alcance; la motivación debe ser clara, puntual y suficiente, hasta tal punto que justifique la expedición de los actos y que suministre al destinatario las razones de hecho y de derecho que: inspiraron la producción de los mismos. En cuanto a la falta de motivación, la Sala recuerda que este cargo se denomina técnicamente expedición en forma irregular del acto. En efecto, cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria, en el*

<sup>7</sup> Penagos, G. (2008). *El acto administrativo, tomo II, parte especial nuevas tendencias*, octava edición. Bogotá - Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Radicado: 13- 001-23-33-000-2019-00264-00  
Demandante: Dagoberto Macías Cabrera

texto del acto administrativo, se está condicionando la forme del acto administrativo, el modo de expedirse. Si la Administración desatiende esos mandatos normativos, incurre en vicio de expedición irregular y, por ende, so configura la nulidad del acto administrativo. En efecto, la expresión de los motivos por los cuales se profiere un acto administrativo de carácter particular y concreto es indispensable, pues es a partir de los mismos que el administrado puede controvertir aquellos aspectos de hecho y de derecho que considera no pueden ser el soporte de la decisión, pero cuando se prescinde de la motivación se impide que el particular afectado con la decisión pueda ejercitar cabalmente su derecho de defensa y contradicción<sup>8</sup>."

### **Expedición en forma irregular.**

Esta causal de nulidad se configura cuando no se le da cumplimiento a las formalidades previstas en la ley o el reglamento para la formación del acto de que se trate, entendiendo como formalidades los requisitos tendientes a garantizar la veracidad del acto y al debido proceso.

La jurisprudencia en torno a nulidad de los actos administrativos que son expedidos de forma irregular dispone que:

*"La primera parte del Código Contencioso Administrativo, establece las reglas generales de la actuación administrativa, es decir el procedimiento administrativo que en general las autoridades estatales -y los particulares que ejerzan funciones administrativas-, en defecto de un procedimiento especial establecido por el legislador, deben seguir cuando se proponen expedir un acto administrativo, procedimiento que contiene los requisitos mínimos de un trámite que resulta sencillo y relativamente descomplicado, en consideración a que en él, cuando apunta a la expedición de un acto administrativo de carácter particular y concreto, pueden participar todos los administrados que de una u otra forma resultarán afectados con las decisiones administrativas sujetas a dicha regulación procedimental, de modo que se debe facilitar su acceso a las actuaciones de la Administración. La exigencia de formalidades en la toma de decisiones por parte de la Administración Pública, obedece a la necesidad de rodear de seguridad tanto al administrado como a la propia Administración, en la medida en que: De un lado, se garantiza al primero que la autoridad estatal que actúa en ejercicio de la función administrativa, seguirá un trámite objetivamente dispuesto para esa clase de actuación, que impedirá arbitrariedades de su parte a la hora de tomar una decisión que pueda afectar al particular, permitiéndole a su vez a éste, participar activamente y ejercer los derechos a ser oído y de defensa y contradicción, antes de resolver. Y de otro lado, se le brinda así mismo a la Administración, un sendero claro y concreto a seguir, que le permita actuar de manera eficaz y eficiente, evitando dudas, demoras, contradicciones y dilaciones, provenientes de la incertidumbre respecto de su actuación y la forma como la misma debe ser adelantada, es decir que se le otorga certeza a la misma. Observa la Sala en este punto, que la existencia de un procedimiento previo, enderezado a la expedición de un acto administrativo, se ha entendido tradicionalmente como propia y necesaria para las decisiones que se dirigen a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, es decir, con efectos que*

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA Bogotá D. C, veintiséis (26) de julio de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-27-000-2018 00006-00 (22326) Actor: CAMILO ALBERTO RIAÑO ABAUNZA Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

Radicado: 13- 001-23-33-000-2019-00264-00  
Demandante: Dagoberto Macías Cabrera

*recaen sobre intereses o derechos individuales, personales, particulares, de manera directa; y es por ello que aún en el ámbito de la actuación administrativa, resulta aplicable el principio constitucional del debido proceso (art. 29), que implica para las autoridades el deber de obrar en virtud de competencias legalmente otorgadas, conforme a leyes preexistentes, y con la plenitud de las formas propias de cada procedimiento, con miras a garantizar a los destinatarios de sus decisiones el derecho de audiencia y de defensa, mediante la posibilidad de participar en las actuaciones previas a la expedición de la respectiva decisión, permitiéndoles aportar y controvertir pruebas y hacer las manifestaciones que consideren necesarias para la correcta formación del juicio de la Administración antes de decidir. En cambio, en el ámbito de la producción de medidas regulatorias o reglamentarias, contenidas en actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, normalmente el ordenamiento jurídico no hace exigencias procedimentales especiales, más allá de exigir, obviamente, que el acto sea proferido en ejercicio de las competencias legalmente atribuidas a la respectiva autoridad, lo cual no implica, desde luego, que el legislador carezca de la facultad de establecer, cuando así lo considere necesario, procedimientos especiales para la producción de tales actos administrativos, los cuales obviamente se tornarían obligatorios en tales casos. Consecuentemente, cuando la ley establece requisitos de apariencia o formación de los actos administrativos, sean éstos de carácter general o de carácter particular y concreto, los mismos se deben cumplir obligatoriamente, cuando quiera que la Administración pretenda tomar una decisión que corresponda a aquellas que se hallan sometidas a tales requisitos, de tal manera que su desconocimiento, conducirá a que se configure, precisamente, la causal de nulidad en estudio, es decir, expedición irregular del acto administrativo o vicios de forma. Se advierte, no obstante, que tanto la doctrina como la jurisprudencia, al tratar el tema de la formalidad del acto administrativo y la nulidad proveniente de su desconocimiento, han sido del criterio de que no cualquier defecto, puede tener la virtualidad de invalidar una decisión de la Administración, puesto que "...no todas las formas tienen un mismo alcance o valor...", y ellas van desde las sustanciales hasta las meramente accesorias, siendo únicamente las primeras las que realmente inciden en la existencia del acto y su surgimiento a la vida jurídica y por lo tanto, la omisión de las mismas sí afecta su validez. Es claro entonces, que al juez le corresponde dilucidar en cada caso concreto, la clase de requisito formal cuyo cumplimiento se echa de menos en la demanda y se aduce como causal de anulación de un acto administrativo"*

### **Desconocimiento de audiencia.**

Corresponde al aforismo jurídico de que nadie puede ser condenado si no ha sido oído y vendió en juicio. Está de por medio el núcleo esencial del derecho de defensa que puede resultar afectado por un acto administrativo.

### **Desviación de poder.**

Tiene lugar cuando un acto administrativo en realidad persigue fines distintos a los que le ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto.



El desvío o la desviación de poder<sup>9</sup> se refiere a la intención con la cual la autoridad toma una decisión, con un fin diferente del previsto por el legislador al otorgarla.

El Honorable Consejo de Estado en lo que concierne a esta causal de nulidad dispuso:

*“La desviación de poder supone la utilización de los poderes, atribuciones o competencias para el logro de una finalidad contraria a los fines para los cuales se otorgaron. Se trata de un vicio que se predica de quien expide el acto administrativo por lo que su prueba requiere de la acreditación de los motivos personales o subjetivos que permearon la expedición del acto<sup>10</sup>.*

*Se podrá pedir la nulidad de un acto administrativo cuando se dicta con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió. Es decir, cuando el acto si bien fue expedido por órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico<sup>11</sup>”*

En pronunciamiento más reciente el Honorable Consejo de Estado, ha definido las características y causales de nulidad en el medio de control de nulidad simple, en el siguiente tenor:

*“La pretensión de nulidad desarrollada en el artículo 137 CPACA<sup>4</sup> es una acción de naturaleza objetiva, pública, popular, intemporal, general e indesistible a través de la cual cualquier persona podrá solicitar directamente o por medio de su representante, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que un acto administrativo, inclusive no publicitado, incurso en alguna de las causales establecidas en la ley, pierda su fuerza ejecutoria por declaración judicial de nulidad en beneficio del ordenamiento jurídico y la legalidad.*

*Se califica de objetiva, en la medida en que a través de su ejercicio sólo se puede pretender la preservación del ordenamiento jurídico y el principio de legalidad. Implica, por lo tanto, el desarrollo de una pretensión de carácter general dirigida a restablecer la juridicidad en interés de la comunidad y el Estado de derecho. De aquí que así mismo se predique su carácter de pública y popular, en la medida en que la preservación del ordenamiento jurídico no puede ser exclusivamente de interés de unos pocos o una carga funcional privativa de las autoridades. Respecto del mantenimiento de las instituciones jurídicas, históricamente se ha considerado que es una responsabilidad pública, una legitimidad abierta en cabeza de cualquier persona que advierta las rupturas al sistema jurídico ocasionadas con la entrada en vigencia de un acto administrativo que lo desconozca. Desde esta perspectiva, la acción puede ser intentada por cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho público, privado o internacional. Lo importante para las instituciones es que los conflictos suscitados entre un acto administrativo y*

<sup>9</sup> Rodríguez OP CIT. Pág. 227

<sup>10</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ Bogotá D.C., tres (3) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 11001-03-27-000-2015-00044-00 (21848) Demandantes: Jorge Eliecer Prieto Riveros y otros Demandados: Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Minas y Energía Referencia: Medio de Control de Nulidad

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D. C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 25000-23-25-000-2008-00942-01(1635-17). Actor: SANTIAGO VÉLEZ PENAGOS.



Radicado: 13- 001-23-33-000-2019-00264-00  
Demandante: Dagoberto Macías Cabrera

*el ordenamiento jurídico sean objeto de conocimiento por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y ésta produzca una decisión declarando lo que corresponda frente al litigio y resolviéndolo de manera tal que produzca su decisión efectos generales, esto es, erga omnes.*

*Lo objetivo de la acción implica así mismo una especial técnica de impugnación por parte del ciudadano interesado y de análisis jurídico por el juzgador. Se trata de la confrontación entre una norma superior que se argumenta trasgredida o violentada, y un acto administrativo al cual se le atribuye la infortunada virtud de ser causante de la trasgresión o violación; confrontación de la cual debe surgir una decisión declarativa de la existencia o no de violación al ordenamiento jurídico, en caso afirmativo sancionando la manifestación de voluntad de la administración con nulidad. La acción de nulidad no conlleva pretensión diferente, por lo tanto, no le corresponde al juez hacer un pronunciamiento distinto, ni mucho menos producir declaración alguna respecto de la situación de las personas sobre las cuales el acto declarado nulo produjo efectos jurídicos.*

*Por regla general, la acción de nulidad no tiene un término específico de caducidad, según lo dispone el artículo 164, núm. 1º, lít. a) CPACA, la acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto, lo importante es que el acto aun esté surtiendo efectos jurídicos. Por otra parte, una vez puesta en marcha una acción de nulidad, el impetrante de la misma no podrá desistir, en razón de que está de por medio el interés general y no el simple particular del accionante.*

*La nulidad procede previa configuración procesal de algunas de las causales establecidas por el legislador en el artículo 137 CPACA, que dicho sea, se ha edificado sobre la base del respeto a un complejo principio de legalidad, que se fundamenta ante todo en el acatamiento al marco orientador de todo el sistema jurídico como lo es la Constitución del Estado colombiano. El marco genérico del régimen de causales de nulidad de los actos administrativos es siempre la Carta Política, es más, cada una de las causales de manera directa se relaciona de una u otra manera con los principios, valores y normas constitucionales. En este sentido, referirse a la acción de nulidad en materia contencioso administrativa es acercarse sin lugar a dudas a un importante juicio de constitucionalidad y de legalidad<sup>10</sup> sobre los actos de quienes ejercen funciones administrativas con el fin de que se declare la misma por la autoridad contenciosa correspondiente, salvo que se hubiere purgado la misma, conforme lo ha establecido nuestra jurisprudencia.*

*De manera específica, las razones para la anulación de los actos administrativos se relacionan con la infracción a las normas en que debería haberse fundado el acto administrativo, disposiciones estas que se supone fueron desconocidas o vulneradas por las autoridades al momento de su expedición. Como se observa, la generalidad de la redacción del legislador permite deducir sin mayores esfuerzos que se incorpora en esta descripción la totalidad de la base normativa y conceptual, de principios y valores aplicables a cada acto administrativo en el derecho colombiano, lo que implica necesariamente que dentro de ella queden incorporadas las normas constitucionales que son la base y esencia del sistema. Luego todo juicio de nulidad de un acto administrativo implica en esta perspectiva lógica un acercamiento al texto constitucional y a sus bases sustentadoras, no se trata de un simple enjuiciamiento de legalidad sub constitucional.*

*Agrega en esta misma dirección el artículo 137 CCA que la nulidad también puede provenir de la incompetencia del funcionario o del organismo que produjo el acto administrativo, sin limitarla al simple desconocimiento de normas de competencia simplemente legales. Es decir, el análisis de las competencias administrativas para el juez contencioso administrativo involucra necesariamente las que el constituyente*

**Código: FCA - 008    Versión: 03    Fecha: 03-03-2020**





Radicado: 13- 001-23-33-000-2019-00264-00  
Demandante: Dagoberto Macías Cabrera

*hubiere establecido para las autoridades en cada caso concreto, es más, el simple desconocimiento de una regla de competencia administrativa lleva de por sí una ruptura institucional, si se tiene en cuenta que en los artículos 121 y 123 inciso 2° C.N. se ordena y obliga a todos los servidores públicos a ejercer sus funciones en los términos establecidos en la Constitución, la ley o el reglamento.*

*Se sanciona así mismo con nulidad a todo acto administrativo que sea expedido en forma irregular, irregularidad ésta que puede provenir del desconocimiento de los parámetros establecidos en la Constitución Política. Si se trata de la vulneración de las exigencias simplemente legales o administrativas, también se violaría la Carta Fundamental, en cuanto que, como lo anotábamos a propósito de la causal anterior, están de por medio los artículos 121 y 123 inciso 2° C.N. que son perentorios al determinar que los poderes y funciones de las autoridades deben ejercerse en los estrictos términos señalados en las disposiciones constitucionales, legales o administrativas.*

*Se ubica en la base de las nulidades de los actos administrativos el desconocimiento sustancial al debido proceso, causal que debe en consecuencia ser analizada y entendida conforme a lo dispuesto en el artículo 29 C.N. en concordancia con lo establecido en los artículos 42 y 44 CPACA que obligan al respeto y acatamiento del concepto sustancial del debido proceso como presupuesto para la expedición de cualquier decisión por parte de quienes ejercen funciones administrativas. La causal que enmarcamos dentro de este contexto señala que los actos administrativos serán nulos por el desconocimiento del derecho de audiencia y defensa. La Sola referencia al artículo 29 C.N. implica que el juicio y análisis de esta causal debe llevar al juez contencioso administrativo necesariamente a un estricto control de constitucionalidad del acto administrativo y la decisión que adopte se fundará estrictamente en reflexiones en torno a la Carta Fundamental.*

*En relación directa con el debido proceso se ha desarrollado en el derecho administrativo la causal de nulidad por falsa motivación, a través de la cual se recogen todas las irregularidades objetivas emanadas de los fundamentos de hecho y de derecho de las decisiones de quienes ejercen funciones administrativas.*

*Aproximarse a las razones de anulación de los actos significa abordar, igualmente, los principios, propósitos y finalidades del orden constitucional del Estado. según dispone el artículo 137 CPACA, los actos administrativos deberán ser declarados nulos por el juez contencioso administrativo cuando hubieren sido el producto de la desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió; esto es, nos encontramos en materia de causales de nulidad ante la institucionalización del abuso de poder en materia administrativa como mecanismo perturbador del orden jurídico, principalmente del orden constitucional del Estado, en cuanto atenta contra los propósitos y finalidades del mismo, que para el caso colombiano se encuentran perfectamente determinados en los artículos 2°, 123 inciso 2° y 209 C.N. El desvío o el abuso de poder implica actuaciones subjetivas de los servidores públicos en beneficio de sus propios intereses, luego significa desconocer la objetividad que debe reinar en toda actuación pública y el consecuente respeto al interés general<sup>12</sup>*

De lo anterior se extrae que las causales de nulidad, son a saber: cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían

<sup>12</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C  
CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 11001032600020150002200 (53057) Actores: CARACOL TELEVISIÓN S.A Y RCN TELEVISIÓN S.A Demandado: AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN – ANTV Medio de Control: NULIDAD



fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió, sin embargo, debe ser probado debido a que estos gozan de presunción de legalidad de buena fe.

Con base en lo anterior procede la Sala al estudio del fondo de la Litis.

- **Caso concreto.**

El actor pretende la nulidad declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución 063 del 05 de abril de 2019, expedida por el Concejo Distrital de Cartagena, en lo referente a los art. 2 y 3, al considerarlo falsamente motivado y por violación al debido proceso.

**De lo probado.**

En ese orden de ideas, procede la Sala al estudio del material probatorio para ver si se configura la causal de nulidad invocada por el demandante, proceso cognoscitivo del que extraemos lo siguiente:

Resolución n° 047 del 06 de abril de 2017, mediante la cual se da cumplimiento al fallo de responsabilidad fiscal proferido por la Contraloría Distrital de Cartagena, dentro del proceso radicado n° 0028 de 2014, expedido por el presidente del Concejo de Cartagena, Lewis Montero Polo, el cual fue confirmado por la resolución 052 del 08 de abril de 2017, donde se resolvió:

*“En cumplimiento al fallo de responsabilidad fiscal de fecha 17 de enero de 2017, emanado de la contraloría distrital de Cartagena, declárese la vacancia y cesación en sus funciones en el cargo de concejal de Cartagena al señor Carlos Alberto Barrios Gómez.... Por el resto del periodo constitucional (...) ”*

Resolución n° 059 del 11 de mayo de 2017, por medio de la cual se da cumplimiento a un fallo judicial de tutela y se suple una vacancia para el periodo constitucional 2016-2019 en el Concejo Distrital de Cartagena de Indias y se dictan otras disposiciones, expedido por el Presidente del Concejo Distrital de Cartagena de Indias, donde se resolvió:

*“...désele posesión en el cargo de elección popular de concejal del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias al señor Wilson Ernesto Toncel Ochoa..., en cumplimiento del fallo de tutela emitido por el Juzgado 11 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Cartagena, dentro del término señalado en el proveído.”*

Resolución n° 071 del 30 de abril de 2018, por medio de la cual se da cumplimiento a un fallo y se ordena llamar a ocupar una curul que tiene

**Código: FCA - 008    Versión: 03    Fecha: 03-03-2020**

vacancia absoluta, expedido por el Presidente del Concejo Distrital de Cartagena- Wilson Ernesto Toncel Ochoa-, en la que resolvió:

*"...désele cumplimiento al fallo emitido por el Tribunal Administrativo de Bolívar y confirmado por el Consejo de Estado dentro del medio de control de nulidad electoral, en el sentido de llamar al señor Oscar Alfonso Marín Villalba..., para que se sirva suplir la vacante y tome posesión del cargo de concejal del Distrito de Cartagena de Indas, por ser el candidato habilitado, del partido conservador colombiano que le sigue en orden de votación al candidato Rodrigo Raul Reyes Pereira"*

Resolución nº 105 del 26 de junio de 2018, por medio de la cual se suple una curul que tiene vacancia absoluta en el Concejo Distrital de Cartagena de Indias, expedida por el presidente (e) del Concejo de Cartagena – Javier Curi Osorio- en la que se resolvió:

*"...llámese al señor Dagoberto Macías Cabrera..., para que tome posesión de la curul del partido Cambio Radical que se encuentra vacante y ejerza como concejal del distrito de Cartagena de indias, para lo que resta del periodo institucional, por ser el candidato de dicho partido que sigue en lista. "*

Fallo del 27 de marzo de 2019, expediente 6.447.422, sentencia T-132/19, mediante la cual la Corte Constitucional resolvió entre otras:

*"...suspender los efectos de las resoluciones 047 y 052 de 2017 expedidas por el Concejo Distrital de Cartagena de indias hasta que finalicen los procesos contenciosos administrativos adelantados por Carlos Alberto Barrios Gómez, con ocasión de su retiro del servicio y, en consecuencia, ORDENAR al presidente de dicha corporación política que proceda, en el término de 48 horas contado a partir de la notificación de esta providencia, reintegrar al mencionado ciudadano al cargo de concejal de la ciudad para el periodo constitucional comprendido entre los años 2016 y 2019."*

Resolución nº 062 del 05 de abril de 2019, por medio de la cual se cumple una orden judicial y se dictan otras disposiciones en el Concejo Distrital de Cartagena, mediante la cual se resolvió:

*"...cúmplase lo ordenado por el H. Corte Constitucional a través de la sentencia t-132/2019 y por tal razón, suspender los efectos de las resoluciones nº 047 y la resolución nº 052 de 2017."*

Resolución nº 063 de 05 de abril de 2019, por medio de la cual se recompone el listado de la bancada del Partido Cambio Radical, se hace un llamado a ocupar las curules y se dictan otras disposiciones en el Concejo Distrital de Cartagena de Indias; expedido por el Concejo de Cartagena – Oscar Alfonso Marín Villalba-, en la cual se resolvió:

*"Reintegrar al señor Carlos Barrios Gómez al curul partido Cambio Radical, que venía ocupando ...."*

*... recompóngase la lista que conforma la bancada del partido cambio radical, según el orden descendente empezando por el candidato que haya obtenido el mayor número de votos preferentes conforme al formulario E-26 a partir de la renuncia del señor Vicente Blel Scaff, así:*

- Luis Javier Cassiani Valiente.
- Antonio Salim Guerra Torres.
- Carlos Alberto Barrio Gómez.
- Wilson Ernesto Toncel Ochoa.

*... llámese al señor Wilson Ernesto Toncel Ochoa....m a ocupar la curul del partido cambio radical, por ser el candidato a la corporación concejo distrital de Cartagena de indas, que sigue en lista a Carlos Barrio Gómez. "*

En ese orden, de las pruebas obrantes en el plenario, analizadas con las normas y la jurisprudencia que regula la materia, se concluye, lo siguiente:

Que el Partido Cambio Radical obtuvo 4 curules, para el Concejo Distrital de Cartagena para el periodo constitucional 2016-2019, conformada por:

1. Blel Scaff Vicente Antonio.
2. Cassiani Valiente Luis Javier.
3. Guerra Torres Antonio Salim.
4. Barrios Gómez Carlos Alberto

El señor Carlos Alberto Barrios Gómez, siendo concejal del Distrito de Cartagena, por el periodo 2016-2019, el 06 de abril de 2017, fue declarado en vacancia y cesación en sus funciones en el Cargo, en cumplimiento de un fallo de responsabilidad fiscal, por el Concejo Distrital.

Que de conformidad con el formulario E-26 CON, del 25 de octubre de 2015, se verifico por parte del Concejo de Cartagena, el orden de votación de los aspirantes al concejo por el partido cambio radical, el cual arrojó:

1. Blel Scaff Vicente Antonio.
2. Cassiani Valiente Luis Javier.
3. Guerra Torres Antonio Salim.
4. Barrios Gómez Carlos Alberto
5. Toncel Ochoa Wilson Ernesto.
6. Dagoberto Macías Cabrera.

El concejo el 11 de mayo de 2017, dándole cumplimiento a la orden de tutela emitida por el Juzgado 11 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena, ordenó darle posesión al señor Wilson Ernesto

Toncel Ochoa, para que ocupara la vacante dejada por el señor Alberto Barrios Gómez.

En sesión del 21 de junio de 2018, la plenaria del Concejo Distrital de Cartagena de Indias, aceptó la renuncia del señor Vicente Blel Scaff, y el cual se llamó a ocupar la vacante absoluta al señor Dagoberto Macías Cabrera, por el Partido Cambio Radical.

El 26 de junio de 2018, se llamó al señor Dagoberto Macías Cabrera, a tomar posesión de la curul del Partido Cambio Radical, por la renuncia del Señor Vicente Blel Scaff.

La Corte Constitucional el 27 de marzo de 2019, ordenó suspender los efectos, de la resolución que declaran en vacancia y cesación en sus funciones en el Cargo, del señor Carlos Alberto Barrios Gómez, siendo reintegrado a la curul del Concejo de Cartagena por el Partido Cambio Radical que venía ocupando, ordenándose recomponer la lista que conforma la bancada del partido, según el orden descendente empezando por el candidato que haya tenido la mayor votación conforme al formulario E-26 a partir de la renuencia del señor Vicente Blel Scaff., quedando de la siguiente manera:

**1. Blel Scaff Vicente Antonio. – renuncia -**

2. Cassiani Valiente Luis Javier.
3. Guerra Torres Antonio Salim.
4. Barrios Gómez Carlos Alberto
5. Toncel Ochoa Wilson Ernesto.
6. Dagoberto Macías Cabrera.

Así las cosas y de conformidad con el recuento anterior, es evidente que el acto administrativo demandado por medio de la cual se ordena recomponer la lista de la bancada del Partido Cambio radical se encuentra ajustado a derecho debido a que la norma expone que:

El Art. 134 de la C.P:

**“ARTICULO 134.** <Artículo modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. **Solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley, por los candidatos no elegidos que, según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.**

Radicado: 13- 001-23-33-000-2019-00264-00  
Demandante: Dagoberto Macías Cabrera

*En ningún caso podrán ser reemplazados quienes sean condenados por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática, ni por Delitos de Lesa Humanidad. Tampoco quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente en Colombia a procesos penales por la comisión de tales delitos, ni las faltas temporales de aquellos contra quienes se profiera orden de captura dentro de los respectivos procesos.*

*Para efectos de conformación de quórum se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. La misma regla se aplicará en los eventos de impedimentos o recusaciones aceptadas.*

*Si por faltas absolutas que no den lugar a reemplazo los miembros de cuerpos colegiados elegidos en una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Consejo Nacional Electoral convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falten más de veinticuatro (24) meses para la terminación del periodo."*

Por su parte la Constitución Política, dispone que:

*"ARTÍCULO 262. <Artículo modificado por el artículo 20 del Acto Legislativo 2 de 2015, anteriormente era el artículo 263. El nuevo texto es el siguiente:> Los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos que decidan participar en procesos de elección popular, inscribirán candidatos y listas únicas, cuyo número de integrantes no podrá exceder el de curules o cargos a proveer en la respectiva circunscripción, excepto en las que se eligen hasta dos miembros, las cuales podrán estar integradas hasta por tres (3) candidatos.*

*La selección de los candidatos de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica se hará mediante mecanismos de democracia interna, de conformidad con la ley y los estatutos. En la conformación de las listas se observarán en forma progresiva, entre otros, los principios de paridad, alternancia y universalidad, según lo determine la ley.*

*Cada partido o movimiento político podrá optar por el mecanismo de voto preferente. En tal caso, el elector podrá señalar el candidato de su preferencia entre los nombres de la lista que aparezcan en la tarjeta electoral. La lista se reordenará de acuerdo con la cantidad de votos obtenidos por cada uno de los candidatos. **La asignación de curules entre los miembros de la respectiva lista se hará en orden descendente empezando por el candidato que haya obtenido el mayor número de votos preferentes.***

*En el caso de los partidos y movimientos políticos que hayan optado por el mecanismo del voto preferente, los votos por el partido o movimiento que no hayan sido atribuidos por el elector a ningún candidato en particular, se contabilizarán a favor de la respectiva lista para efectos de la aplicación de las normas sobre el umbral y la cifra repartidora, pero no se computarán para la reordenación de la lista. Cuando el elector vote simultáneamente por el partido o movimiento político y por el candidato de su preferencia dentro de la respectiva lista, el voto será válido y se computará a favor del candidato.*

Radicado: 13- 001-23-33-000-2019-00264-00  
Demandante: Dagoberto Macías Cabrera

*La ley regulará la financiación preponderantemente estatal de las campañas, los mecanismos de democracia interna de los partidos, la inscripción de candidatos y listas propias o de coalición a cargos uninominales o a corporaciones públicas, la administración de recursos y la protección de los derechos de los aspirantes. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que sumados hayan obtenido una votación de hasta el quince por ciento (15%) de los votos válidos de la respectiva circunscripción, podrán presentar lista de candidatos en coalición para corporaciones pública." (negritas de la Sala)*

Art. 63 de la ley 136 de 1994:

**"ARTÍCULO 63. FORMA DE LLENAR VACANCIAS ABSOLUTAS.** *Las vacancias absolutas de los concejales serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción, sucesiva y descendente. El Presidente del Concejo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la declaratoria, llamará a los candidatos que se encuentren en dicha situación para que tomen posesión del cargo vacante que corresponde."*

Se evidencia de la norma antes acotada que, una vez se genere la vacante absoluta, el Presidente del Concejo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la declaratoria, llamará a los candidatos que se encuentren en dicha situación para que tomen posesión del cargo vacante que corresponde; sin que este haga alusión a un trámite administrativo previo, solo indica que debe hacer dentro de los tres días siguientes.

Sea lo primero recordar que con la declaratoria de responsabilidad fiscal del señor Barrios Gómez, quedó vacante la curul que ocupaba, el cual de acuerdo con el orden que se encuentra en el formulario E-26, debía quedar conformada por: 1) Blel Scaff Vicente, 2) Cassiani Valiente Luis Javier, 3) Guerra Torres Antonio Salim y 4) Toncel Ochoa Wilson Ernesto, siguiendo el orden de mayor a menor votación.

Sin embargo, la tutela de la Corte Constitucional suspendió temporalmente los efectos de la resolución que suspende al señor Carlos Alberto Barrios Gómez, volviendo las cosas en el estado anterior que se encontraban, esto es regresando a su cargo al señor antes mencionado, quedando así: 1.) Blel Scaff Vicente Antonio., 2.) Cassiani Valiente Luis Javier, 3.) Guerra Torres Antonio Salim y 4.) Barrios Gómez Carlos Alberto.

Al momento que se suspende los efectos del acto la consecuencia inmediata es que ella pierde sus efectos y fuerza vinculante, tal y como sucedió en el presente.

Los actos administrativos son suspendidos; una vez ocurre el decaimiento de un acto administrativo, la consecuencia jurídica que resulta es impedir que hacia el futuro siga produciendo efectos.

Para el Consejo de Estado<sup>13</sup>:

*“La circunstancia de que un acto administrativo haya perdido su fuerza ejecutoria en virtud de que la Ley en la cual se fundamentó fue declarada inexecutable, no conduce al pronunciamiento de un fallo inhibitorio como lo pide el demandado, pues la consecuencia de una declaratoria en tal sentido no conlleva la nulidad de los actos administrativos que la desarrollen, sino únicamente su decaimiento a futuro y por lo tanto, tales actos, aunque sin la posibilidad de continuar siendo ejecutados, aún hacen parte del ordenamiento jurídico y solo podrán ser expulsados del mismo mediante la declaratoria de su nulidad, a través de sentencia judicial en ejercicio de las acciones que el ordenamiento jurídico contempla (...).”*

Por lo que debía mantenerse, el orden antes descrito, al perder los efectos jurídicos el acto que declaro, al señor Barrios Gómez Carlos Alberto, en dejación del cargo, creándose una vacancia absoluta de la curul del partido, por ese hecho; no obstante, este recuperó su curul de manera temporal, por lo que se debía posesionar nuevamente en el cargo que ocupar este era el curul número 4 que obtuvo el partido.

Lo anterior, dio lugar a desplazar al señor Wilson Toncel, a su lugar de origen esto es del número cuarto al número cinco, del orden de votación obtenida en las elecciones al concejo.

No obstante, a lo anterior el señor Blel Scaff, quien ocupaba el primer lugar, por obtener la mayoría de la votación de la bancada de Cambio Radical, presenta renuencia, quedando una vacante absoluta, lo que nuevamente da lugar a recomponer la lista del partido para que las personas que tuvieron la mayor votación del partido, ocuparan las cuatro curules obtenidas en las elecciones, por lo que debía quedar de la siguiente forma: 1.) Cassiani Valiente Luis Javier, 2). Guerra Torres Antonio Salim, 3). Barrios Gómez Carlos Alberto y 4). Toncel Ochoa Wilson Ernesto.

Por lo que el puesto que ocupaba el señor Dagoberto – curul número cuatro- al momento del reintegro del señor Carlos Gómez, por renuncia del señor Blel; siguiendo el orden de mayor a menor, tuvo que desplazarse, nuevamente a la posición que ostentaba en su momento -sexta-, por debajo del señor Toncel, debido a la nueva recomposición del orden de la

<sup>13</sup> Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación: 11001- 03-27-000-2000-00011-01(18136), 27 de septiembre de 2006. C. P.: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Actor: Henry Alfonso Fernández Nieto. Demandada: UAE Dirección General de Impuestos y Aduanas. Expediente: 18136.

bancada, por surgir una nueva circunstancia que daba lugar a recomponer la lista<sup>14</sup>.

En ese sentido, los argumentos expuestos por la actora no son de recibo, debido y tal como lo dispone la ley, cada vez que exista una vacante absoluta, esta debe ser remplazada y ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción, sucesiva y descendente, como se hizo en el subjuice.

Por otro lado, aduce la demandante que el llamado a ocupar la curul vulneró los artículos 29 de la Constitución Política, pues en otras palabras de la demandante la expedición del acto no se le dio la posibilidad de ejercer su derecho de audiencia y de defensa.

Tal censura no está llamada a prosperar por dos razones: **i)** como lo señaló no existe norma que disponga que antes de hacer un llamado deba citarse a los candidatos de la lista o adelantarse algún procedimiento administrativo previo con su participación, pues el acto de llamamiento, que se soporta en los resultados electorales y en la militancia del candidato a la organización política es el que hace viable la materialización del derecho; **ii)** a pesar de lo anterior, al actor se les corrió traslado, para que se vincularan la trámite administrativo, quedando zanjada cualquier discusión al respecto. Por lo dicho, este cargo no prospera.

Vale aclarar que el Consejo de Estado<sup>15</sup>, sobre la causal concerniente al desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, señaló que el no resolver las reclamaciones y los recursos constituyen violación al debido proceso y da lugar a anular la declaración de la elección, siempre que esa irregularidad modifique el resultado electoral, caso que no ocurre en el presente, por lo que, la Sala se abstendrá de profundizar en el estudio del

---

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN QUINTA. Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ. Bogotá D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00040-00. Actor: MERCEDES DEL CARMEN MATURANA ESQUIVIA. Demandado: SENADOR DE LA REPUBLICA.

...el llamado debe recaer en el candidato que siga en número de votos que sí milita en el partido en el momento que se presenta la falta absoluta.

...

El acto de llamado tiene origen o fuente en los resultados electorales, pero no es el único aspecto que debe tenerse en consideración para su expedición conforme con las razones expuestas. Debe resaltarse que "el llamado desarrolla el mecanismo jurídico institucional previsto en la Constitución Política para complementar la voluntad de los electores quienes determinaron, en ejercicio de su derecho político al sufragio, el orden de elegibilidad de todos los integrantes de la lista de candidatos, tanto del elegido como de los demás" pero a efecto de ocupar una curul en representación de un partido político y poder actuar en bancada, es indispensable que el candidato realmente pertenezca al partido titular de la curul, pues se insiste, las curules pertenecen a las organizaciones políticas y no a los candidatos de las listas que éstas presenten.

<sup>15</sup> Consejo de estado, Secc. QUINTA, junio 11 de 2009. C.P. María Nohemí Hernández.

argumento de la violación al debido proceso, toda vez que éste no afecta el orden de lista.

Las anteriores razones son suficientes para concluir que el acto de llamamiento demandado no está viciado, con fundamento en los cargos expuestos por el demandante.

**DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión n° 001 administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: DECLÁRASE** no probada la excepción los actos de cumplimiento de tutela no son demandables y probadas las excepciones de los actos demandados se expidieron cumpliendo una orden judicial de tutela, acatando el art. 134 C.N. y normas electorales aplicables al caso y legalidad de los actos demandados; en consecuencia, **NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda, por lo antes expuesto.

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** esta sentencia en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia **ARCHÍVESE**, el proceso.

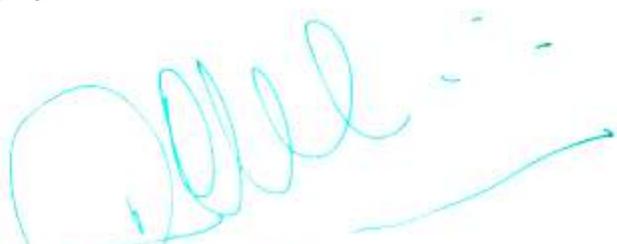
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha

**LOS MAGISTRADOS**



**DIGNA MARÍA GUERRA PICON**



**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**  
**(Ponente)**



**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

**Firmado Por:**

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE BOLIVAR**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**d5a473a27fc7231787210109ad6c1d6ccbd49ff24f2a8c7f5840b58e4c125d71**

Documento generado en 04/03/2021 05:27:53 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**