



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
TRASLADO**

SGC

HORA: 8:00 a.m.

MARTES, 25 DE JULIO DE 2017

M.PONENTE: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
RADICACIÓN: 13-001-23-33-000-2017-00606-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE: CARLOS BARRIOS GOMEZ
DEMANDADO: WILSON ERNESTO TONCEL OCHOA Y OTROS
ESCRITO: RECURSO DE APELACIÓN

En la fecha, se corre traslado por el término legal de tres (03) días a las partes del recurso de apelación interpuesto contra el auto interlocutorio No. 211/2017 de fecha 12 de julio de 2017, presentado el día 19 de julio de 2017 por el apoderado judicial de la parte demandada, visible a folios 180 - 203 del Cuaderno Principal.

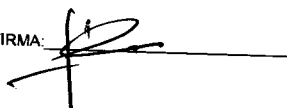
EMPIEZA EL TRASLADO: MIÉRCOLES, 26 DE JULIO DE 2017, A LAS 8:00 A.M.


JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
Secretario General

VENCE EL TRASLADO: VIERNES, 28 DE JULIO DE 2017, A LAS 5:00 P.M.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
Secretario General

Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso
E-Mail: stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 6642718



Cartagena de Indias, D. T. y C., JUL

Señores Magistrados
H. Tribunal Administrativo de Bolívar
Magistrado Ponente: **ARTURO MATSON CARBALLO**
Ciudad.

Ref. Expediente: No. 13-001-23-33000-2017-00-606-00
Medio de Control: Nulidad Electoral
Demandante: **CARLOS BARRIOS GOMEZ**
Demandado: **WILSON ERNESTO TONCEL OCHOA y otro**

ASUNTO: APELACION DEL AUTO DE SUSPENSION PROVISIONAL.

Señores Magistrados:

WILSON DE JESUS TONCEL GAVIRIA, abogado titulado, inscrito y en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.145.953 y Tarjeta Profesional de abogado No. 18.857, con oficinas de atención al público en la ciudad de Cartagena, en la Calle San Juan de Dios No. 3-121, correo electrónico donde he de recibir todas las notificaciones wilsonj45@hotmail.com, con todo respeto manifiesto que, según poder anexo al expediente, actúo en condición de apoderado especial del señor **WILSON ERNESTO TONCEL OCHOA**, mayor y vecino de la ciudad de Cartagena, identificado con la cédula de ciudadanía No. 9.237.356, residente en esta ciudad, Barrio Castillo Grande, Edificio Heritage del Mar, Apto 24, correo electrónico personal y para notificaciones wtoncel@hotmail.com y por este memorial interpongo **RECURSO DE APELACION** contra el auto de fecha 12 de julio de 2017 **SOLO EN LO REFERENTE A LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL** que dicha providencia dispuso en sus numerales once y doce de la parte resolutive de la Resolución No. 059 de 11 de mayo de 2017 y la orden al Presidente del Concejo de Cartagena de retirar a mi mandante del cargo de Concejal de esta ciudad, con el fin de que en segunda instancia se acceda a las siguientes:

PETICIONES:

1. Que el H. Tribunal Administrativo de Bolívar me reconozca personería y conceda en recurso de apelación interpuesto de manera oportuna.
2. Que el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa – Sección Quinta se sirva **REVOCAR** el auto de fecha 12 de julio de 2017 y notificado a mi representado el 17 de julio de 2017, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar con ponencia del Magistrado Arturo Matson y salvamento de voto del Magistrado Roberto Mario Chavarro Colpas, **APELACIÓN SOLO EN LO REFERENTE A LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL** que dicha providencia dispuso en sus numerales once y doce de la parte resolutive de la Resolución No. 059 de 11 de mayo de 2017 y la orden al Presidente del Concejo de Cartagena de retirar a mi mandante del cargo de Concejal de esta ciudad, por no ajustarse la citada providencia a los presupuestos de ley.

TEMPORALIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO.

1. En el proceso de la referencia, el auto de fecha 12 de julio de 2017 por el cual se admitió la demanda y en sus numerales once y doce de la parte resolutive se ordenó suspender provisionalmente la Resolución No. 059 de 11 de mayo de 2017 y da la orden al Presidente del Concejo de Cartagena de retirar a mi mandante del cargo de Concejal de esta ciudad, ha sido notificado al suscrito, como apoderado del concejal de Cartagena **WILSON ERNESTO TONCEL OCHOA** en el día 17 de julio de 2017, por lo que hoy 19 de julio de 2017, día de presentación del recurso de apelación, estoy interponiendo y sustentando la apelación ante este Tribunal dentro de los tres días siguientes a su notificación indicados en el artículo 244 numeral 2 del CPACA u dentro de la oportunidad legal para recurrir en apelación.
2. El recurso de apelación en el presente caso procede de conformidad con lo establecido en el numeral 6 inciso segundo del artículo 277 en armonía con los artículos 236 y 243 todos del CPACA

PROVIDENCIA APELADA

ACOTACION INICIAL:

Aun cuando será materia de una petición de nulidad procesal insaneables de falta de jurisdicción desde ya resalto el Magistrado Ponente se declaró competente invocando el artículo 152 numeral 8 de la ley 1437 de 2011 cuando expresó:

El código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 152 numeral 8 expresa que “ **Los tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos de la nulidad del acto de elección de contralor departamental, de los diputados a las asambleas departamentales; de concejales del Distrito Capital 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 Estadística – DANE. La competencia por razón del territorio corresponde al Tribunal con jurisdicción en el respectivo departamento.**”

Obsérvese que el Tribunal es cuidadoso en **NO ANALIZAR** la naturaleza jurídica del acto que suspende, de haberlo hecho ni siquiera podía admitir la demanda

FUNDAMENTOS PARA SUSPENDER POVISIONALMENTE

Esencialmente para suspender provisionalmente el supuesto “acto electoral” que no lo es, el Tribunal hizo estas consideraciones básicas y luego de transcribir el citado artículo constitucional¹ presenta y toma como suyo el argumento del demandante

¹Art 134. **Modificado por el art. 4, Acto Legislativo 02 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.

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

Wilson Toncel Gaviria
Universidad Nacional de Colombia

quien dice que una sanción fiscal produce falta absoluta pero no constituye falta absoluta temporal que permita el reemplazo del concejal sancionado fiscalmente y de manera indebida e interpretación forzada e in atinente se apoya en art 134 de la Constitución Nacional para afirmar que esa disposición establece las faltas absolutas y temporales que dan lugar a reemplazo y el fallo con responsabilidad fiscal no es una de ellas, esa falaz afirmación constituye la **RATIO DECIDENDI** de la suspensión provisional al afirmar el Ponente seguido por la Magistrada que lo revisa:

En el sub lite se demanda el llamamiento para ocupar una vacante de un concejal de Cartagena de Indias, entre territorial que además de ser distrito es la capital del Departamento de Bolívar ...”

Teniendo en cuenta la solicitud del demandante, la Sala, al confrontar el acto acusado con la disposición señalada como violada, se encuentra que efectivamente al momento de ordenarse la posesión del seños WILSON TONCEL GAVIRIA, en el empleo de concejal del Distrito de Cartagena, para ocupar la curul dejada por el señor CARLOS ALBERTO BARRIOS GÓMEZ, se desconoció lo estipulado en el parágrafo transitorio del artículo 134 de la Constitución Política de Colombia, ya que dicha norma establece claramente que mientras el legislador regula el régimen de los reemplazos, se tendrán como faltas absolutas y temporales que dan lugar a reemplazo las siguientes.

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.

Parágrafo Transitorio. Mientras el legislador regula el régimen de reemplazos, se aplicarán las siguientes reglas: i) Constituyen faltas absolutas que dan lugar a reemplazo la muerte; la incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo; la declaración de nulidad de la elección; la renuncia justificada y aceptada por la respectiva corporación; la sanción disciplinaria consistente en destitución, y la pérdida de investidura; ii) Constituyen faltas temporales que dan lugar a reemplazo, la licencia de maternidad y la medida de aseguramiento privativa de la libertad por delitos distintos a los mencionados en el presente artículo.

La prohibición de reemplazos se aplicará para las investigaciones judiciales que se iniciaron a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 01 de 2009, con excepción del relacionado con la comisión de delitos contra la administración pública que se aplicará para las investigaciones que se inicien a partir de la vigencia del presente acto legislativo. (negrillas fuera de texto)

Wilson Toncel Gaviria
Universidad Nacional de Colombia

Para entrar a analizar las faltas absolutas que dan lugar a reemplazo, en este momento no es necesario salir del análisis del artículo 134 constitucional, ya que si se analiza este de forma integral y sistemática se puede observar que para el constituyente primario no todas las faltas que fácticamente pueden ser tenidas como absolutas o temporales, dan lugar a que se genere un reemplazo de los miembros de los cuerpos colegiados como lo son los concejos municipales y distritales, estableciendo esta norma puntualmente de forma taxativa y hasta tanto el legislador regule lo concerniente a los reemplazos, cuales son los casos en que se puede proceder a un reemplazo en una corporación pública, sin que la declaratoria de responsable fiscal de lugar al reemplazo del cabildante que es retirado de sus funciones a causa de esta razón.

Dentro de las resoluciones aportadas por el actor se encuentra la No. 047 del 6 de abril de 2017, proferida por el Concejo de Cartagena, mediante el cual se le da cumplimiento al fallo de responsabilidad fiscal No. 002 del 19 de enero de 2017, proferido por la Contraloría Distrital de Cartagena, y se retira del empleo de concejal del Distrito de Cartagena al señor CARLOS ALBERTO BARRIOS GOMEZ, en donde se evidencia que efectivamente se retiró al señor BARRIOS GÓMEZ, de su dignidad de concejal del Distrito de Cartagena, por presentársele una inhabilidad sobreviniente, situación que nuevamente es explicada en las considerandos de la Resolución No. 059 del 11 de mayo de 2017 (acto demandado). Situación esta que no es objeto de discusión dentro del presente asunto, sin embargo en el acto acusado se procedió a ordenar la posesión en el empleo de concejal WILSON TONCEL OCHOA, para ocupar la curul dejada por el señor CARLOS ALBERTO BARRIOS GOMEZ, en cumplimiento del fallo de tutela proferido el 10 de mayo de 2017 por el Juzgado Décimo Primero Penal Municipal de Cartagena Con Funciones de Control de Garantías, mediante la cual se tuteló al señor WILSON TONCEL OCHOA, el derecho fundamental de ser elegido y acceder a un cargo público de elección popular, y se ordenó al presidente del Concejo Distrital de Cartagena, dar posesión en el cargo de concejal, desconociéndose por completo con ello la interpretación que debía dársele al artículo 1324 constitucional, en especial al párrafo transitorio contenido en este.

Al analizar la Sala de decisión adoptada por el Juzgado Décimo Primero Penal Municipal de Cartagena Con Funciones de Control de Garantías, se encuentra un amplio estudio relacionado con la inhabilidad sobreviniente a la declaratoria de responsabilidad fiscal generada en contra del señor CARLOS ALBERTO BARRIOS GÓMEZ, sin que se defina de forma clara la falta de aplicación del artículo 134 constitucional.

Para la Sala de decisión, en su condición de juez ordinario contencioso administrativo, el párrafo transitorio del artículo 134 de la Constitución, es claro al no contemplar como causal de falta absoluta o temporal que da lugar a reemplazo, la declaratoria de responsabilidad fiscal, o la generación de inhabilidad sobreviniente por dicha declaratoria, por consiguiente si se retiró del empleo de

Wilson Toncel Gaviria
Universidad Nacional de Colombia

concejales al señor CARLOS ALBERTO BARRIOS GOMEZ, no se podía proceder a su reemplazo por quien continuaba en forma descendente en la lista de candidato de su partido para ocupar la curul de concejal, ya que la causal de retiro del señor BARRIOS GÓMEZ, no da lugar a reemplazo en su curul.

De lo anterior concluye el Tribunal que al estudiar las faltas absolutas y temporales no encuentra dentro de estas la separación del cargo por fallo con responsabilidad fiscal, como tampoco que ello permita reemplazo del concejal responsable por inhabilidad sobreviniente

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ROBERTO CHAVARRO

El Magistrado del Tribunal Administrativo de Bolívar Dr. **ROBERTO CHAVARRO** no compartió la decisión de suspensión provisional que apeló quien en su clara posición parte del artículo 38-4 del CDU (Ley 734 de 2002) como también que el artículo 134 constitucional no fue violado

“Artículo 38. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

(...)

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

Parágrafo 1º. *Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente.*

Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales...”

A juicio del Señor Magistrado **CHAVARRO** en el caso del demandante señor **CARLOS ALBERTO BARRIOS GÓMEZ** en su condición de Concejal opera inhabilidad sobreviniente prevista en el artículo 37 del mencionado CDU, dice:

“...que aquella opera al quedar en firme la sanción de la destitución e inhabilidad general o de la 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 aquellas en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción, precisando que en tal caso, se le comunicara al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consignaciones”.

Por demás, los preceptos citados se encuentran vigentes a la fecha y no fueron derogados por lo señalado en el Acto Legislativo 02 de 2015, siendo que la Corte Constitucional se refirió al tema en su sentencia C 077 de 2007:

"No existen entonces razones para sostener ahora que los cargos formulados contra la norma acusada viola la exigencia de la unidad de materia por el hecho de haber consagrado una inhabilidad relacionada con la responsabilidad fiscal, pues, ella tiene la finalidad de señalar que su desconocimiento también constituye falta disciplinaria. Tampoco viola dicho principio la contemplación de la cesación de la misma inhabilidad por pago o por exclusión del boletín de responsables fiscales por parte de la Contraloría General de la República, pues la norma está desarrollando el tema de la "otra inhabilidad" la proveniente de la declaratoria de responsabilidad fiscal, y no fue el Código Disciplinario Único al que estableció la competencia de las Contralorías para incluir a los responsables ante ellas en el boletín. Solamente esta haciendo referencia a dicha responsabilidad fiscal, que si es materia de órganos de control distintos a los disciplinarios para servidores públicos, en cuanto la inhabilidad que de ella se deriva va a representar un obstáculo más para ingresar a ejercer un cargo público. Los términos de duración de la inhabilidad se incluyen para efectos exclusivamente disciplinarios, no para las competencias propias de las autoridades del control fiscal, quienes a su vez cuentan con su propio instrumento jurídico para regular dicha materia, como es, entre otras, la Ley 610 de 2000, En consecuencia las facultades establecidas en la Carta Política en sus artículos 267 y 268 y subsiguientes para la Contraloría General o para las contralorías departamentales siguen incólumes con la expedición de la Ley 734 de 2002, sin que este posibilitando la invasión de competencias por parte de las autoridades titulares de la acción disciplinaria, ni atentando contra la separabilidad de los órganos de control del Estado que dispone el artículo 113 superior."

Así las cosas, considero que esa inhabilidad contemplada en el numeral 4 del artículo 38 de la ley 734 de 2002 no se afectó con ocasión de la expedición del Acto legislativo 02 de 2015, pues así se depende de la manera como quedó dicha preceptiva contiene una parte destinada a ser orden permanente y un párrafo transitorio (que señala tal solo unas "reglas" para regular la transición que genere mientras el legislador regula estatutariamente el régimen de reemplazos) debe prevalecer –ante cualquier laguna generada entre las dos partes del texto- lo previsto de forma permanente, el que para el caso de marras señala perentoriamente.

"En ningún caso podrán ser reemplazados quienes sean condenados por los delitos comunes relacionados competencia, 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."

Así las cosas, para el suscrito el listado de las faltas absolutas que dan lugar a remplazo contenido en el párrafo transitorio de la norma constitucional bajo examen debe empalmarse a complementarse con lo previsto en el numeral 4º de artículos 38 de CDU, para concluir que también frente a un fallo de responsabilidad fiscal proferido en contra de un concejal se produce una vacancia que pueda dar lugar a su reemplazo, más no existió una derogación de normas, por lo que, como el asunto en estudio está sujeto a interpretación, no debió decretarse la suspensión provisional, respetando la hermenéutica sistemática e integral, el sistema democrático, la seguridad jurídica y el derecho fundamental e elegir y ser elegido artículo 40-1 de la (Carta Magna) como principios y valores constitucionales.”

CONSIDERACIONES DEL RECURSO:

1. VIGENCIA DE LA INHABILIDAD SOBREVINIENTE:

En realidad el acto administrativo que deja cesante a **BARRIOS** no fue el de cumplimiento de la tutela o el suspendido por el Tribunal Resolución 059 de 11 de mayo de 2017, sino la resolución 047 de 2016 en la que se declara la vacante absoluta de la curul ocupada por el señor **CARLOS BARRIOS GÓMEZ**, que cesa sus funciones como concejal por la inhabilidad sobreviniente a la declaratoria de responsabilidad fiscal, se activan derechos a ocupar un cargo de elección popular para **WILSON TONCEL OCHOA**, que es el siguiente en la lista entregada por la Registraduría nacional del estado Civil.

Ahora bien, art 37 del CDU en lo tocante a la inhabilidad sobreviniente armonizado con el art 38 numeral 4 ibídem y su declaratoria de exequibilidad en la sentencia C 077 de 2007 sin dudas establecen que la declaratoria de responsabilidad fiscal constituye una inhabilidad para ocupar cargos públicos, lo que permitió al presidente del concejo hablar de ello aplicando además el art 6 de la 190 de 1995 en la resolución No. 47 de 2017 que no fue demandada ni está suspendida por el Tribunal

Respecto al dicho del señor **CARLOS BARRIOS** en su demanda, reproducido por el Tribunal en el auto apelado, donde afirma que la inhabilidad por responsabilidad fiscal como vacante establecido en el CDU, fue derogada por el art 4 del acto legislativo 02 de 2015 ello es una falacia, en razón a que esa derogatoria no es

Wilson Toncel Gaviria
Universidad Nacional de Colombia

cierta, no soslayemos la sentencia C-038 de 1996 que moduló el efecto del párrafo del art 38 en el sentido que la declaratoria de responsabilidad fiscal rige para el futuro y no es subsanable para el pasado y concluye:

El art 37 de la ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único consagra las "Inhabilidades sobrevinientes" e indica que aquellas cuando quedan en firme y "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, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias", por ello la Contraloría comunicó la decisión al Concejo de Cartagena

Asimismo, el artículo 38 de la misma ley 734 de 2002 establece en su numeral 4º como inhabilidad sobreviniente para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes: "4. Haber sido declarado responsable fiscalmente."

Ahora bien, ciertamente el inciso primero del Parágrafo 1º del citado art 38 de la ley 734 de 2002 dispone: "*Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.*", pero esa disposición no se puede aplicar a raja tabla o fuera del contexto legal y jurisprudencia que la desarrolla, como "caballo cochero" quiere que la interpretemos el inconforme, o sea, sin hilaridad normativa y jurisprudencia desconociendo la fuerza jurídica del precedente cuando modula textos legales como ocurrió con ese dispositivo armonizado con el art 6 de la ley 190 de 1995 y lo modulado en la Sentencia C-038 de 1996 de la Corte Constitucional que al respecto lo declaró exequible condicionalmente en dicha sentencia donde modula el efecto de las incompatibilidades o inhabilidades sobrevinientes así:

"6. El artículo 6 de la Ley 190 de 1995, tras ordenar al servidor público informar de inmediato sobre la ocurrencia de inhabilidades o incompatibilidades

Wilson Toncel Gaviria
Universidad Nacional de Colombia

sobrevenidas con posterioridad al acto de nombramiento o posesión, prescribe que “si dentro de los tres meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar”.

Según el demandante, la Ley concede un tratamiento semejante a dos grupos de personas que en aras del principio de igualdad ha debido diferenciar: funcionarios en quienes no concurren causales de inhabilidad e incompatibilidad y, de otro lado, funcionarios en quienes éstas se configuran. El Procurador solicita la inexecutable de la norma, ya que los fines constitucionales de la función pública, garantizados con el régimen de incompatibilidades e inhabilidades, se dejan de observar como consecuencia de la prolongación por un término de tres meses de las situaciones irregulares. El Fiscal General de la Nación, por su parte, defiende la executable de la disposición, toda vez que en el indicado término la administración puede establecer la verificación de la respectiva causal o el funcionario afectado ponerle fin.

Se pregunta la Corte si los principios de servicio a los intereses generales, igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad (C.P. art. 209), los cuales garantiza un determinado régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, se desconocen si la ley, en lugar de optar por autorizar el retiro inmediato de un funcionario público incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, otorga a éste un plazo de tres meses para poner fin a la situación que les ha dado origen.

7. Dos precisiones deben hacerse antes de ahondar en el análisis. La primera, no cabe plantear una relación de igualdad y, por ende, una vulneración al mismo, si se toman como términos de comparación las personas que no han podido acceder a la administración en razón de una específica inhabilidad que las cubre de un lado y, de otro, las personas nombradas o posesionadas que con posterioridad resultan afectadas por una inhabilidad o incompatibilidad. Se trata de situaciones diferentes y, por consiguiente, su tratamiento legal puede no ser análogo. La segunda, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, por tutelar los principios en los que se inspira la función administrativa,

no solamente es un requisito ex ante, sino también ex post. Con otras palabras, definido el ingreso de una persona a la administración, sigue sujeta al indicado régimen.

8. La Corte considera que es importante efectuar una distinción. Si la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, se originan en causas imputables al dolo o culpa del nombrado o al funcionario, no cabe duda de que la norma examinada es inconstitucional. Los principios en los que se basa la función pública, quedarían sacrificados si no se optara, en este caso, por el retiro inmediato del funcionario o la negativa a posesionarlo.

Si por el contrario, en la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, no se ha incurrido por el dolo o culpa del nombrado o al funcionario, y siempre que éstos en sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, puede considerarse razonable que se disponga de un término de tres meses para poner fin a la situación. De esta manera se preserva el derecho al trabajo, su estabilidad, y el acceso al servicio público, sin que por este hecho se coloque a la administración en trance de ver subvertidos sus principios medulares.

En conclusión la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del inciso 2 del artículo 6º de la Ley 190 de 1995 lo módulo así:

*“Declarar **EXEQUIBLE** el inciso 2 del artículo 6º de la Ley 190 de 1995, pero únicamente bajo el entendido de que la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes no se hayan generado por dolo o culpa imputables al nombrado o al funcionario público a los que se refiere dicho precepto”, o sea, que cuando la inhabilidad sobreviniente se produce por dolo o culpa del encartado hay falta absoluta de inmediato*

Desde otra óptica se afirma que todo fallo con responsabilidad fiscal implica que el responsable ha actuado con una conducta dolosa o culposa en razón a que el artículo 5 de la ley 610 de 2000 establece: “Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: -

Wilson Toncel Gaviria
Universidad Nacional de Colombia

Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.

- Un daño patrimonial al Estado. - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Pero hay más, por oficio dirigido al Presidente del Concejo de Cartagena y recibido el 15 de mayo de 2017, después del fallo impugnado, el jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Interior le responde la consulta que el Presidente del Concejo le hiciera el 19 de abril de 2017 en lo relativo al tema planteado en la tutela, concepto del que transcribimos lo más relevante:

“Dentro de su consulta señala que el señor Carlos Alberto Barrios Gómez fue elegido como Concejal del Distrito e Cartagena ...quien con posterioridad a su posesión fue sancionado por la Contraloría Distrital de Cartagena mediante fallo con responsabilidad fiscal No 002 de 19 de enero de 2017

En este sentido, resalta que la corporación que usted preside, mediante Resolución No 047 de 6 de abril de 2017, dando cumplimiento al fallo de responsabilidad fiscal ya referido, declaró la vacancia y cesación en sus funciones en el cargo de Concejal de Cartagena al señor Carlos Alberto Barrios Gómez.

Así, solicita a este Ministerio que se emita concepto jurídico relativo a la aplicación del artículo 134 de la Carta Política, modificado por el artículo 4 del acto Legislativo 02 de 2015, en el sentido de indicar si dicha situación configura una vacancia absoluta, pese a no estar contemplada en el parágrafo transitorio del artículo 134 constitucional y si dicha vacancia debe ser reemplazada por los candidatos no elegidos según el orden de inscripción o votación obtenida, que sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral

3. Consideraciones

Lo primero que debe señalarse es que, en efecto, el hecho de que un funcionario público en ejercicio, en este caso, un Concejal del Distrito de

Wilson Toncel Gaviria
Universidad Nacional de Colombia

Cartagena, sea declarado responsable fiscal por parte de la Contraloría, configura una inhabilidad sobreviniente en los términos del artículo 37 de la Ley 734 de 2002. Lo anterior, aunado a que el artículo 38 de la misma Ley regula diferentes de inhabilidad, las cuales en caso de materializarse mientras el servidor publico este en ejercicio de su cargo, configuran una inhabilidad sobreviniente:

“Artículo 38. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

(...)

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente

Parágrafo 1º Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.” (subrayado para enfatizar)

En este sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Concejo de Estado ha señalado que cuando se presenta una inhabilidad sobreviniente en tratándose de cargos de elección popular se presenta una falta absoluta. Así se pronunció mediante Concepto No 2099 de 24 de abril de 2012:

"No sobre recordar que la finalidad de las inhabilidades "no es otra que la de preservar la pulcritud de la administración pública, garantizar que los servidores públicos sean ciudadanos de comportamiento ejemplar y evitar que sus intereses personales se involucren en el manejo de los asuntos comunitarios, comprometiendo la imparcialidad, moralidad, igualdad y eficiencia de la Administración.

Lo anterior, lleva a la Sala a concluir que cuando la inhabilidad sobreviniente fue originada por una conducta dolosa o culposa, se

Wilson Toncel Gaviria
Universidad Nacional de Colombia

debe generar el retiro inmediato, puesto que no es posible poner fin a la situación inhabilitante ya presentada, razón por la cual la falta que se produce es absoluta y no temporal " ², (subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, tratándose de una inhabilidad sobreviniente derivada de un fallo de responsabilidad fiscal en contra del servidor público, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha sostenido que se trata de una inhabilidad insubsanable, independientemente que se lleve a cabo el pago de la misma, pues otra interpretación significaría desconocer los alcances y la eficacia del fallo de responsabilidad fiscal ³.

Ahora bien, teniendo claro que la declaratoria de responsabilidad fiscal respecto de un miembro de una corporación pública configura una inhabilidad de carácter sobreviniente que genera una falta absoluta, es necesario hacer mención al artículo 134 de la Carta Política, modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 02 de 2015, el cual establece:

"Artículo 134. (modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 2 de 2015). 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.

Parágrafo transitorio. Mientras el legislador regula el régimen de reemplazos, se aplicaran las siguientes reglas: i) Constituyen faltas absolutas que dan lugar a reemplazo la muerte; la incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo; la declaración de nulidad de la elección; la renuncia justificada y aceptada por la respectiva corporación; la sanción disciplinaria consistente en destitución, y la pérdida de investidura; ii) Constituyen faltas temporales que dan lugar a reemplazo, la licencia de maternidad y la medida de aseguramiento privativa de la libertad por delitos distintos a los mencionados en el presente artículo".

De la lectura de la norma se observa que al no existir una ley que determine las faltas temporales y absolutas de los miembros de las corporaciones públicas, el constituyente derivado optó por consagrar en un

parágrafo transitorio, a juicio de este Despacho, un listado enunciativo mas no taxativo de dichas faltas, pues en ninguno de sus apartes la norma constitucional señala que esos serán los únicos casos de vacancias absolutas y temporales, más cuando en la práctica se pueden presentar un sinnúmero de eventos no contemplados expresamente por dicho parágrafo.

Por el contrario, el inciso 2° del artículo 134 de la Constitución Política establece los eventos en los que bajo ninguna circunstancia puede materializarse el reemplazo del funcionario ante faltas absolutas o temporales, señalando al respecto que 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. Como podemos observar, en estos eventos no se encuentra descrita la situación en la que se presente una inhabilidad sobreviniente en cabeza del servidor público.

En este orden de ideas y de acuerdo con la interpretación que sobre el particular ha señalado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, esta oficina considera que la declaratoria de responsabilidad fiscal como inhabilidad sobreviniente si constituye una falta absoluta que debe ser cubierta por los candidatos no elegidos que de acuerdo con el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral, a quien ha sido retirado del servicio por la configuración de la causal de inhabilidad.

A mi juicio la posición jurídica del Señor Magistrado **CHAVARRO** en su salvamento de voto es clara y ajustada a las reglas jurídicas e interpretaciones de las Altas Cortes que debe ser acogida al resolverse la apelación donde concluye.

Wilson Toncel Gaviria
Universidad Nacional de Colombia

“Así las cosas, considero que esa inhabilidad contemplada en el numeral 4 del artículo 38 de la ley 734 de 2002 no se afectó con ocasión de la expedición del Acto legislativo 02 de 2015, pues así se desprende de la manera como quedó dicha preceptiva contiene una parte destinada a ser orden permanente y un párrafo transitorio (que señala tal solo unas “reglas” para regular la transición que genere mientras el legislador regula estatutariamente el régimen de reemplazos) debe prevalecer –ante cualquier laguna generada entre las dos partes del texto- lo previsto de forma permanente, el que para el caso de marras señala perentoriamente.

2. LA SUSPENSION PROVISIONAL NO RECAE UN ACTO ADMINISTRATIVO SINO EN UNO DE EJECUCION O CUMPLIMIENTO DE UN FALLO JUDICIAL TUTELA

De las funciones jurídicas clásicas del estado legislativa, ejecutiva y judicial la jurisdicción contenciosa administrativa controla yerros en el ejercicio de la función ejecutiva, mas no es juez de control de las actividades judiciales ni legislativas, lo que se desprende del artículo 237 de la Carta Política y de la ley 1437 de 2011, o sea, tanto la Constitución Política como el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo faculta a esa jurisdicción conocer del control de legalidad de la producción ejecutiva del estado y la autoriza, para según las normas de competencia, ordene la suspensión provisional de aquellos SI Y SOLO SI son actos administrativos, esto en armonía con el art 38 ibídem que otorga competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para:

*“suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, **LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS que sean susceptibles de impugnación por vía judicia**”*

En la misma línea el artículo 231 del CPACA dispone que:

“ Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Wilson Toncel Gaviria
Universidad Nacional de Colombia

Luego el artículo 104 del CPACA con precisión indica el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativa para conocer, entre otros asuntos de “las controversias y litigios originados en ACTOS, ... sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”

Igualmente el artículo 105 del CPACA excluye del conocimiento de esa jurisdicción, entre otros asuntos:

“2. Las decisiones proferidas por autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, sin perjuicio de las competencias en materia de recursos contra dichas decisiones atribuidas a esta jurisdicción. Las decisiones que una autoridad administrativa adopte en ejercicio de la función jurisdiccional estarán identificadas con la expresión que corresponde hacer a los jueces precediendo la parte resolutive de sus sentencias y deberán ser adoptadas en un proveído independiente que no podrá mezclarse con decisiones que correspondan al ejercicio de función administrativa, las cuales, si tienen relación con el mismo asunto, deberán constar en acto administrativo separado.”

CUAL FUE EL ACTO SUSPENDIDO PROVISIONALMENTE Y QUE ORDENA

En la demanda podemos leer sus PRETENSIONES donde el actor solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. 059 que profirió el Presidente del Concejo de Cartagena el 11 de mayo de 2017 **“Por medio la cual se da cumplimiento al 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”** y se deje sin efectos el **ACTO DE POSESION** de mi mandante

De la parte motiva del acto suspendido por el Tribunal fácil es apreciar sin hesitación alguna que no se trata de un acto administrativo de los conoce en control jurisdiccional la justicia contenciosa administrativa, en él su encabezado dice que **“Por medio la cual se da cumplimiento al fallo judicial de tutela”** y dentro de sus fundamentos presenta entre otros aspectos, estos

CONSIDERANDOS:

La 7

Wilson Toncel Gaviria
Universidad Nacional de Colombia

“Que la Contraloría Distrital de Cartagena, inició el proceso de responsabilidad fiscal No., 028 – 2014, contra el señor CARLOS ALBERTO BARRIOS GOMEZ, con ocasión al cargo de director administrativo del fondo de pensiones de distrito de Cartagena, cargo que ejerció antes de ser elegido concejal de la ciudad, para el periodo constitucional 2016 – 2019.

Que la Contraloría Distrital de Cartagena en el mencionado proceso profirió contra el concejal CARLOS ALBERTO BARRIOS GOMEZ, en el fallo con responsabilidad fiscal No. 002 de fecha 19 de enero de 2017, el cual quedo ejecutoriado el 23 de marzo de 2017, como se evidencia en la constancia remitida a esta corporación.

Que la Contraloría Distrital de Cartagena remitió a los miembros de la Mesa Directiva del Concejo Distrital de Cartagena de indias, copia del fallo con responsabilidad fiscal No. 002 de 2017, para que se le diera cumplimiento

(...)

Que el Concejo Distrital de Cartagena, ante la inhabilidad sobreviniente determinada por la Contraloría Distrital de Cartagena en la que incurrió el señor Carlos Alberto Barrios Gómez, en fallo que quedó ejecutoriado y en firme desde el 23 de marzo de 2017, mediante Resolución No. 047 del 6 de abril de 2017, estableció lo siguiente:

ARTTICULO PRIMERO: *En cumplimiento del fallo de Responsabilidad Fiscal de fecha 17 de enero de 2017, emanado de la Contraloría Distrital de Cartagena, declarase la vacancia y cesación en sus funciones en el cargo de concejal de Cartagena al señor CARLOS ALBERTO BARRIOS GOMEZ....*

(...)

Que igualmente, en la fecha 3 de mayo del presente, se comunicó a esta corporación la admisión de una tutela radicado No. 13001 40 88011 2017 78 00 presentada por Wilson Ernesto Toncel Ochoa ...

Que el juzgado 11 Penal Municipal con Funciones de Control de garantías de Cartagena, en la fecha 10 de mayo de 2017, emitió el fallo y lo comunicó por correo electrónico a esta entidad el día 11 de mayo... y en dicho fallo ordenó:

(...)

TERCERO: *Se le ordena al señor LEWIS MONTERO POLO presidente del Concejo Distrital de Cartagena ... dar posesión al señor WILSON TONCEL OCHOA como concejal de Cartagena....*

CUARTO: *Se le ordena al señor LEWIS MONTERO POLO presidente del Concejo Distrital de Cartagena... que una vez se le de cumplimiento al fallo*

Wilson Toncel Gaviria
Universidad Nacional de Colombia

de tutela debe hacerlo saber al despacho dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes

Que en este orden de ideas y teniendo en cuenta el fallo de tutela mencionado, el cual debe ser cumplido dentro del plazo perentorio ... correspondiéndole el turno al doctor Wilson Ernesto Toncel Ochoa, por lo cual lo que procede es convocarlo para que ocupe la curul tal y como se ordena en el fallo judicial.

(...)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: *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**, identificado con la cedula de ciudadanía No. 9.237.356, 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.*

ARTICULO TERCERO: *En constancia del cumplimiento del fallo emitido, envíese copia de esta Resolución al Juzgado 11 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena."*

LOS ACTOS DE EJECUCION O CUMPLIMIENTO DE FALLO JUDICIAL NO SON DEMANDABLES

Antes he explicado que de acuerdo con la constitucion política de Colombia y el CPACA cual es la materia que conoce la jurisdiccion de lo contencioso administrativa, que está excluído y dentro de estos se enlista aquellos de ejecución o cumplimiento de fallo judicial no son demandables

PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES EN EL TEMA

Adicional a todo lo expresado me permito apoyar mi petición anterior de que los actos de ejecución de una decisión judicial no son controlables por la justicia contenciosa administrativa como el suspendido en el proceso de la referencia, en estas providencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional

ACTO DE EJECUCION – Ordena el cumplimiento de una sentencia. Acto no demandable. La resolución transcrita (2894 del 14 de septiembre de 2009) que ordeñó el reintegro del actor fue expedida para dar cumplimiento a una sentencia

Wilson Toncel Gaviria
Universidad Nacional de Colombia

de tutela dictada por la Corte Constitucional, es decir, que en principio es un acto de ejecución, tal como lo calificó el Tribunal, pues jurídicamente todo acto que se limite a ordenar el cumplimiento de una sentencia tiene tal connotación. No obstante lo anterior, esta corporación ha aceptado una excepción consistente en que si bien los actos administrativos de ejecución no son demandables, si la administración al proferirlo se aparta del verdadero alcance de la decisión o de las súplicas del actor, que para el caso sería aparte del reintegro, el pago de las sumas que por concepto de salarios y prestaciones dejó de percibir desde el retiro hasta su reintegro, agregándole o suprimiéndole algo, resulta incuestionable que el acto no es de simple ejecución como quiera que nace a la vida jurídica un nuevo acto administrativo que sería a todas luces controvertible ante la jurisdicción. Lo anterior conlleva a concluir que con la expedición del acto administrativo demandado se genera un hecho nuevo no decidido en la sentencia a la que se esta dando cumplimiento, es decir, existe una situación jurídica nueva no discutida ni definida en el fallo. Entonces, como lo que motivó la nueva demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, fue el no pronunciamiento sobre la referida pretensión que en últimas es el objeto del acto acusado, se observa que ello comprende un hecho nuevo que amerita control jurisdiccional.²

El Consejo de estado Sección Primera:

En ese orden, quedan exceptuados del control jurisdiccional los actos de ejecución de una decisión administrativa o jurisdiccional, toda vez que, a través de ellos, tampoco se decide definitivamente una actuación, pues solo son expedidos en orden a materializar o ejecutar esas decisiones.

A juicio de la corporación, el acto de ejecución, aunque también es unilateral, no crea, modifica o extingue situación jurídica alguna, pues el efecto jurídico lo produce el acto administrativo objeto de la ejecución, de ahí que no sea pasible de control ante el juez³.

El Tribunal Administrativo del Huila también se ha pronunciado en el tema, siguiendo las directrices del Consejo de Estado:

LOS ACTOS DE EJECUCIÓN QUE SE EXPIDEN EN CUMPLIMIENTO DE UNA DECISIÓN JUDICIAL O ADMINISTRATIVA - se encuentran excluidos de control de legalidad. Descendiendo al sub lite, y teniendo en cuenta que el acto acusado (Resolución 41262 del 18 de agosto de 2006) no es producto de una actuación administrativa previa, porque como ya se indicara, se expidió en cumplimiento de un fallo de tutela, el cual, se encuentra debidamente ejecutoriado

²Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "A" Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón; abril 07 de 2011. Radicación No. 25000-23-25-000-2010-00152-01(1495-2010)

³ Consejo de Estado Sección Primera, Sentencia 25000232400020060098801, ago. 14/14, C. P. Guillermo Vargas Ayala

Wilson Toncel Gaviria
Universidad Nacional de Colombia

(toda vez que no fue impugnado por la parte actora); es menester colegir, que el mismo es un simple acto de ejecución, y merced a dicha circunstancia no puede ser objeto de control judicial.

Teniendo en cuenta el anterior parecer jurisprudencial, que la Sala acoge en su integridad, no existe duda de que el acto demandado se limitó a ejecutar la decisión judicial -que en sede de tutela- profirió el juez constitucional, esto es, el reconocimiento de la mesada pensional de Héctor Alfonso Conde Trujillo. De contera, su legalidad no puede ser analizada en esta instancia judicial. Es más, en su contenido no se evidencian hechos que le creen, modifiquen o extingan derechos a la demandada⁴

La Sección Cuarta del Consejo de Estado también se ha pronunciado y nos da la razón:

“Del mismo modo, la corporación explicó que los actos de ejecución de una decisión administrativa o jurisdiccional se encuentran excluidos de dicho control de legalidad, por cuanto a través de ellos no se decide definitivamente una actuación, ya que tienen como fin materializar o ejecutar esas decisiones.

Sin embargo, la Sección Cuarta aclaró que si el acto de ejecución excede de manera parcial o total lo ordenado en la sentencia o en el acto administrativo ejecutado es procedente ejercer el medio de control de nulidad y de restablecimiento del derecho.

Ello por cuanto este acto de ejecución creó, modificó o extinguió una situación jurídica diferente, además por haber generado un verdadero acto administrativo susceptible del control de legalidad⁵

El Consejo de Estado Sección segunda señaló que “(...) los actos administrativos que no crean, ni modifican la situación jurídica de una persona son considerados como actos de ejecución, los cuales están destinados a dar cumplimiento a un fallo proferido por un juez constitucional.”

Asi mismo aclaró que “No obstante lo anterior, en pronunciamiento del 14 de febrero del 2013 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

⁴Tribunal Administrativo del Huila. Sala Cuarta de Oralidad. Auto de 25 de julio de 2013. RADICACIÓN: 41 001 23 33 00 2012 00236 - 00

⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia 25000232700020110019401 (19952), Ago.03/16(C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas)

Wilson Toncel Gaviria
Universidad Nacional de Colombia

Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Fecha 14 de febrero de 2013, Radicación 250002325000-2011-00245-01 (2634-11) esta Corporación ha explicado que a pesar de que el acto administrativo sea de ejecución al ser expedido para dar cumplimiento a una sentencia, es eventualmente acusable, porque el mecanismo de tutela que es su origen, es de naturaleza diferente a la jurisdicción ordinaria o contenciosa, y por lo tanto, si es posible presentar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.⁶

La misma sección segunda en el proceso Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00315-00 (2466-10) de 26 de julio de 2012 dijo:

La Sala se declarará inhibida para decidir el fondo de la controversia, porque los actos mediante los cuales se ejecuta una sanción disciplinaria por parte de la autoridad competente, a pesar de ser conexos con el acto sancionatorio, no forman parte del mismo, no crean, modifican o extinguen la situación jurídica del disciplinado, y por ende no constituyen los actos demandables en situaciones como la que ocupa la atención de la Sala. Era indispensable entonces que se hubieran demandado los actos administrativos mediante los cuales se impuso la sanción, porque es allí donde realmente se decide el retiro del servicio y la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas y no en la Resolución No. 00015 que apenas se limita a ejecutar las órdenes impartidas en el fallo con el cual culminó la actuación disciplinaria, porque de lo contrario, y en gracia de discusión, si se anulara la resolución enjuiciada, contradictoriamente las sanciones disciplinarias seguirían produciendo efectos jurídicos. La Sala es consciente que se deben evitar a toda costa las sentencias inhibitorias para garantizar al máximo el acceso de todas las personas a la administración de justicia como derecho fundamental que es y que se encuentra consagrado en el art. 229 de la Constitución Política, resolviendo en la medida de lo posible de fondo todos los asuntos planteados, no obstante lo cual, en ciertos casos límite como el presente, no queda otra alternativa que proferir una decisión de tal carácter, compartiendo en este sentido la excepción propuesta por la entidad enjuiciada y el concepto emitido por la Procuradora delegada ante esta Corporación, porque no fueron demandados los actos administrativos que impusieron las sanciones de carácter disciplinario al demandante.

La Sección Primera con ponencia del Dr: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA en el proceso con Radicación número 66001-23-31-000-1998-0378-01 (7193) de 21 de febrero de 2002 dijo:

ACTOS DE EJECUCION MATERIAL - Lo es el que ejecuta una orden de restitución de bien de uso público / RESTITUCION DE BIEN DE USO

⁶ (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Fecha 14 de febrero de 2013, Radicación 250002325000-2011-00245-01 (2634-11))

Wilson Toncel Gaviria
Universidad Nacional de Colombia

PUBLICO - Los actos de ejecución material no crean, ni modifican, ni extinguen situación jurídica alguna / INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA - Configuración al demandar actos de ejecución material de acto definitivo

La Sala observa que el acto de la Subsecretaria de Control Urbano del Municipio de Dosquebradas, mediante el cual hizo entrega "real y material del predio restituido al Subsecretario de bienes muebles del Municipio", es un acto de ejecución material de un acto administrativo, correspondiente a la Resolución núm. 014 de 19 de noviembre de 1997, mediante la cual se puso fin al "proceso de restitución" de un bien de uso público. La resolución 014 de 1997 es el acto administrativo definitivo del reseñado procedimiento administrativo, y la diligencia iniciada el 26 de noviembre de 1997 y culminada el 28 de enero de 1998, constituye, toda ella, una operación administrativa para la ejecución material de esa resolución, de modo que lo demandado como un acto administrativo no es propiamente tal, por cuanto no crea, modifica, ni extingue situación jurídica alguna, sino que como parte del desarrollo de dicha operación administrativa, simplemente le está dando cumplimiento material a una orden o decisión de la Administración, que como tal es lo que constituye acto administrativo, en cuanto crea la situación jurídica a la que se le dio cumplimiento. Como quiera que las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho tienen como objeto la nulidad de actos administrativos, atendidos los artículos 84 y 85 del C.C.A., y lo que se pide anular en ejercicio de la presente acción no constituye acto administrativo, sino un acto de ejecución proferido dentro de una operación administrativa, la demanda incurre en ineptitud sustantiva, toda vez que, como lo ha reiterado la jurisprudencia, los actos de ejecución no son pasibles de ninguna de las acciones anotadas, a menos que contengan una decisión nueva, que no corresponda a lo ordenado en el acto administrativo que mediante aquél se ejecuta. En el presente caso no se observa que la actuación acusada no corresponda a lo ordenado en la resolución referenciada, y que la que sí era ajena fue la decisión que inicialmente tomó la Subsecretaría de Control Urbano, de entregarle real y materialmente el predio a la actora, la cual dejó sin efecto posteriormente en la continuación de la diligencia, al entregárselo a quien representaba al municipio para el efecto, el Subsecretario de Bienes Inmuebles.

Por ultimo en este recorrido de decisiones judiciales cita a la Corte Constitucional en la Sentencia T-497/14

36. En esa dirección, la decisión administrativa acusada en acción de lesividad por la Secretaría de Hacienda del Departamento de Cundinamarca, no expresó una voluntad propia de la administración dirigida a la generación de efectos jurídicos pasible de estudio de legalidad ante el juez contencioso administrativo, pues se reduce a materializar la voluntad jurídica contenida en la providencia de tutela dictada por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá. De ahí que en el juicio contencioso no procedía la revisión indirecta de la sentencia de tutela en

Wilson Toncel Gaviria
Universidad Nacional de Colombia

comento, máxime si esta es una competencia que la Carta Política reserva al Tribunal Constitucional (Art. 241 C.P.).

41. Dado el análisis efectuado en el proceso de la referencia sobre el carácter ejecutorio del acto administrativo que da cumplimiento a un fallo de tutela, esta Sala concluye que contra dichas decisiones no procede la acción de lesividad, siendo los caminos adecuados para su cuestionamiento judicial la impugnación de la sentencia de tutela respectiva, la solicitud de insistencia de revisión en el evento en que haya sido excluida para su análisis por la Corte Constitucional, o excepcionalmente la acción de tutela con el lleno de los requisitos fijados por la jurisprudencia constitucional[3]. Lo anterior, atendiendo a la ausencia de norma jurídica especial que contemple un remedio diverso -como sí lo hace el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 frente a las sentencias dictadas por la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa-, y la competencia privativa asignada por la Carta Política a la Corte Constitucional para la revisión de las sentencias de tutela de instancia.

De los Señores Magistrados, con el respeto acostumbrado.

WILSON TONCEL GAVIRIA
Cel. No. 49146953
TP No. 18.857