



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, 03 de junio del 2020.

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	MAYDA CECILIA VELÁSQUEZ RUEDA
DEMANDADO:	DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y Otro
EXPEDIENTE:	15001-33-33-006-2015-00052-00

Agotados los ritos del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

La ciudadana **MAYDA CECILIA VELÁSQUEZ RUEDA**, identificada con cédula de ciudadanía N° 52.159.146, por medio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, demanda al **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – ASAMBLEA DEPARTAMENTAL** y convoca al señor **HENRY MAURICIO MESA AVELLA**, con el propósito de que se acceda a las siguientes:

1.2. Declaraciones y Condenas: (fls. 609-610)

La parte demandante solicita lo siguiente:

1.2.1. Que se declare la nulidad de los actos de llamamiento al señor HENRY MAURICIO MESA AVELLA para posesionarse como diputado de la Asamblea del Departamento de Boyacá por el Partido Alianza Verde, como consecuencia de la renuncia del diputado Mario Ernesto Ochoa Plazas, contenido en la resolución No. 005 del 22 de agosto de 2014, y la resolución No. 005 del 25 de agosto de 2014 proferidas por la Asamblea del Departamento de Boyacá.

1.2.2. Que se ordene a la entidad demandada llamar a la demandante a suplir la falta absoluta dejada en la Asamblea Departamental de Boyacá por el señor Mario Ernesto Ochoa Plazas con ocasión de la renuncia presentada por éste, por concurrir en ella las condiciones constitucionales y legales para acceder a esa dignidad de representación popular.

1.2.3. Que se condene a la entidad demandada a pagar a la accionante la remuneración a que tiene derecho dejada de percibir desde el momento en que debió ser llamada y posesionada a ocupar la vacante en la Asamblea de Boyacá, conforme con el régimen establecido en el artículo 28 y ss de la Ley 617 de 2000, que trata sobre la remuneración de los diputados, hasta cuando se determine efectivo ese llamamiento y posesión.

1.2.4. Subsidiariamente y en caso que al momento de proferirse el fallo se haya terminado el periodo constitucional de los diputados, es decir, el 31 de diciembre de 2015, se condene a la entidad demandada a pagar a la demandante la remuneración a que tiene derecho dejada de percibir desde el momento en que debió ser llamada y posesionada a ocupar la vacante en la Asamblea de Boyacá, hasta la fecha de terminación del periodo constitucional,

conforme al régimen establecido en el artículo 28 y ss de la Ley 617 de 2000 que trata sobre la remuneración de los diputados.

1.2.5. Ordenar que la sentencia sea liquidada con ajuste al valor conforme a lo establecido en el artículo 187 del CPACA.

1.2.6. Ordenar que la sentencia se cumpla en los términos señalados en los artículos 192 y 189 del CPACA.

Fundamentos Fácticos (fls. 610-618):

Como sustento de las pretensiones, en resumen se narran los siguientes hechos relevantes:

- Que la señora MAYDA CECILIA VELÁSQUEZ RUEDA como militante del Partido Verde postuló su nombre como candidata a Diputada de la Asamblea del Departamento de Boyacá para el periodo 2012 - 2015.
- Que en las elecciones realizadas el 30 de octubre de 2011 la candidata MAYDA CECILIA VELASQUEZ RUEDA obtuvo 7.141 votos, ubicándola en cuarto lugar de la votación, después de los tres diputados elegidos por el partido verde, y antes del señor Henry Mauricio Mesa Avella, quien ocupó el quinto lugar con 5.868 votos.
- Que la señora MAYDA CECILIA VELASQUEZ RUEDA al momento de las elecciones de 30 de octubre de 2011 se encontraba inscrita como militante del Partido Verde y no militaba en ninguna otra organización partidista.
- Que la demandante previa comunicación de dejación temporal del Partido Alianza Verde, se inscribió como candidata del Partido Liberal a la Cámara de Representantes por el Departamento de Boyacá, para las elecciones del 9 de marzo de 2014 periodo 2014-2018.
- Que, transcurrida la contienda electoral para el Congreso de la República de 2014, la demandante expresamente opta por renunciar al Partido Liberal, retiro que le fuera aceptado por dicha institución.
- Que para la época de la vacancia y llamamiento para ocupar la curul, dejada por el diputado Ochoa Plazas, la demandante hacía y sigue haciendo parte como militante del Partido Alianza Verde.
- Que la resolución No. 1839 de 11 de julio de 2013 emitida por el Consejo Nacional Electoral establece el debido proceso para la afiliación a los partidos políticos.
- Que el día 24 de junio de 2014 el diputado Mario Ernesto Ochoa Plazas quien había ocupado el segundo renglón a la Asamblea de Boyacá, por el Partido Verde, presentó renuncia definitiva a su curul de Diputado, la cual le fue aceptada, en sesión plenaria el 24 de junio de 2014, fecha a partir de la cual se generó la falta absoluta y en consecuencia la vacancia de la curul del diputado dimitente, naciendo de inmediato el derecho para los electores y para la señora Mayda Cecilia Velásquez Rueda de ser llamada a ascender a la diputación de la Asamblea de Boyacá, a cuyo presidente la actora requirió para que le hiciera el llamamiento para la posesión al cargo de diputada.

- Que el día 24 de junio de 2014 la mesa directiva de la Asamblea de Boyacá expidió la resolución No. 001 por la cual se declara vacante una curul en la Asamblea de Boyacá por renuncia irrevocable del titular Mario Ernesto Ochoa Plazas, y en ella se resolvió oficiar a la Registraduría y al Partido Verde a efectos de que informe a quien le corresponde ser posesionado.
- Que el día 24 de junio de 2014 la Asamblea de Boyacá expidió la resolución 002 por la cual se declara vacante una curul en la Asamblea de Boyacá por renuncia irrevocable del titular, doctor Carlos Arturo Caro Ballesteros y llama a quien corresponde.
- Que el día 27 de junio de 2014 la señora Mayda Cecilia Velásquez Rueda, allegó ante el presidente de la Asamblea de Boyacá los documentos y requisitos legales que la acreditaban para la posesión y asunción a la curul vacante por la renuncia del ex diputado Ochoa Plazas, petición a la cual no se dio respuesta de fondo.
- Que el día 3 de julio de 2014 el presidente de la Asamblea mediante comunicación CEP01-032, respondió a la peticionaria que se habían presentado algunas inquietudes de terceras personas, razón por la cual adelantaría los trámites correspondientes ante las autoridades, a fin de obtener certeza jurídica sobre el asunto objeto de inquietud.
- Que contra la comunicación CEP01-032 del 3 de julio de 2014, la señora Mayda Cecilia Velásquez con el día 9 de julio de 2014 interpuso el recurso de apelación para que con fundamento en el artículo 29 de la ordenanza del 29 de noviembre de 2007, por la cual se establece el reglamento interno de la Asamblea de Boyacá fuera la plenaria de la Asamblea quien determinara llamarla a ocupar la vacante dejada por el diputado renunciado.
- Que el día 7 de julio de 2014 Mayda Velásquez Rueda radicó ante la Asamblea de Boyacá solicitud para que se incluyera su posesión en la sesión plenaria del día 8 de julio de 2014.
- Que el día 8 de julio de 2014 radicó comunicación donde señala al presidente de la Asamblea que no existe disposición de carácter legal o reglamentario que exija como requisito para la posesión de un diputado, más allá que el hecho de ser el siguiente en votación dentro de la lista y le solicita proceder de acuerdo al ordenamiento constitucional y legal e incluir la posesión en la sesión de ese día. Allegando ese día los documentos que acreditaban el cumplimiento de los requisitos para ello.
- Que el día 11 de julio de 2014 la demandante eleva solicitud ante el Consejo Nacional Electoral para que emita su concepto en relación con la actitud negativa del presidente de la Asamblea de Boyacá, en la omisión de hacer el llamamiento y darle posesión a la accionante.
- Que el día 15 de julio de 2014 el Presidente de la Asamblea emite comunicación con el consecutivo CR01-007 en la que concluye que la situación jurídica que pretende no podía decidirse o resolverse a través de las solicitudes que han elevado tanto la hoy accionante como otros interesados, sino que la decisión que se adopte será notificada una vez la Mesa se pronuncie de fondo, previas las correspondientes

averiguaciones que se están efectuando, y sin haberse pronunciado sobre la apelación.

- Que el día 22 de agosto de 2014 la mesa Directiva de la Asamblea integrada por el presidente Carlos Julio Velandia Sepúlveda, Juan Antonio Garay Torres y José Alberto Moreno Villamil, primero y segundo vicepresidente respectivamente, profirió la Resolución 005 del 22 de agosto de 2014 mediante la cual determinó llamar para suplir la falta absoluta en la Corporación por renuncia aceptada al Dr. Mario Ernesto Ochoa Plazas al Dr. Henry Mauricio Mesa Avella, militante del Partido Alianza Verde.
- Que el día 25 de agosto de 2014 la mesa Directiva de la Asamblea, integrada por el presidente Carlos Julio Velandia Sepúlveda, Juan Antonio Garay Torres y José Alberto Moreno Villamil, primero y segundo vicepresidente respectivamente profirió la resolución No. 005, a través de la cual se determinó llamar para suplir la falta absoluta en la corporación, por renuncia aceptada al Doctor Mario Ernesto Ochoa Plazas, al Dr. Henry Mauricio Mesa Avella militante del partido alianza verde.
- Que previa comunicación remitida por el presidente de la Asamblea de Boyacá, el día 25 de agosto de 2014, el señor Henry Mauricio Mesa Avella radicó ante dicha corporación comunicación de aceptación al cargo de diputado, y tomó posesión de este cargo el 25 de agosto de 2014.
- Que la decisión jamás fue comunicada por la presidencia de la Asamblea a la demandante, y omitió también dar respuesta a las solicitudes radicadas el 27 de junio, el 7, 8 y 9 de julio de 2014.

1.3. Normas Violadas y Concepto de Violación (fls. 618-647):

Como normas constitucionales violadas señaló los artículos 2, 3, 4, 6, 13, 20, 23, 29, 38, 40, 85, 74, 83, 91, 95.5, 103, 107, 108, 122.5, 133, 134, 260 de la Constitución Política, 37, 42, 66, 67, 138, 155 y ss del CPACA, Ley 5 de 1992, Ley 974 de 2005, Ley 270 de 1996 y Código de Procedimiento Civil.

Contra los actos administrativos demandados formuló los cargos de infracción de las normas en que debía fundarse, falta de competencia de la Presidencia de la Asamblea para evaluar las cualidades y calidades de la señora Mayda Cecilia Velásquez Rueda, violación del debido proceso de la demandante, y falsa motivación del acto¹.

Frente al cargo de infracción de las normas en que debía fundarse señaló que las resoluciones 005 de 22 de agosto de 2014 y 005 de 25 de agosto de 2014, por medio de las cuales se realiza el llamamiento al señor Henry Mauricio Mesa Avella, a ocupar la curul vacante presentada en la bancada del Partido Alianza Verde de la Asamblea de Boyacá, vulnera los artículos 134 y 161 de la Constitución Política, en los cuales se establece que debe ser llamado a ocupar la curul el candidato no elegido de la misma lista que según el orden, de inscripción o de votación obtenida, siga en forma sucesiva y descendente, y en el presente caso se hizo el llamado y se posesionó a un candidato no electo a quien no le correspondía la curul, por lo

¹ Si bien en la parte introductoria del acápite del concepto de violación vista a folio 619 la parte actora menciona la **falta** de motivación, en el desarrollo de los cargos o causales de nulidad a folio 630 y ss del expediente se argumenta y menciona el de **falsa** motivación.

cual también se vulneran los artículos 107 y 108 de la Constitución Política que regulan el régimen de bancadas, debiendo haberse llamado en su lugar a la demandante.

El cargo de falta de competencia de la Presidencia de la Asamblea para evaluar las cualidades y calidades de la señora Mayda Cecilia Velásquez Rueda, señala que los actos demandados fueron expedidos violando los artículos 278 y 60 de la Ley 5 de 1992, que solo les permitirá llamar a la señora Velásquez y no hacer juicios de valor para menguar la vocación de la legitimada para ser llamada. Consideró también que el Presidente y la Directiva de la Asamblea no tenían competencia para impedir, ni para decidir si el derecho de la señora Velásquez Rueda, a la asunción de la curul, había fenecido, tampoco para pronunciarse en relación a las calidades o cualidades o incumplimiento de requisitos, pues de acuerdo a las actas de escrutinio de la Registraduría, solo debían limitarse a llamar a la persona que ocupa el cuarto lugar en la lista del Partido Verde en forma sucesiva y descendente.

También formuló el cargo de violación al debido proceso afirmando que al emitirse los actos demandados sin permitirle a la demandante ejercer su derecho de audiencia y defensa, al no vincularla si quiera a la actuación administrativa previamente a expedir los actos cuya nulidad pretende, para que pudiese entre otras actuaciones controvertir las pruebas aportadas por el señor Mesa Avella.

El cargo de falsa motivación fue sustentado en que la demandante contrario a lo señalado en los actos demandados contaba con el derecho a ser llamada y ocupar el cargo vacante de Diputado de la Asamblea de Boyacá, al estar afiliada e inscrita en el Partido Alianza Verde al momento de presentarse la vacante, y que se presentó discriminación por razón de género, teniendo en cuenta que de las seis vacantes que quedaron en la duma departamental en el periodo 2012-2014 no se hicieron inanes consultas, tan solo en el caso de la vacante del dimitente diputado Mario Ernesto Ochoa Plazas.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida con providencia del primero (1) de septiembre de 2016 (fls. 702 - 704) y una vez notificada la **entidad accionada DEPARTAMENTO DE BOYACÁ** guardó silencio y se abstuvo de contestar la demanda, por su parte el señor **HENRY MAURICIO MESA AVELLA** una vez notificado contestó la demanda de forma extemporánea.

Posteriormente mediante auto del primero (1) de noviembre del año 2018 se fijó la fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA (fl. 755).

Tal diligencia se llevó a cabo el día veinticuatro (24) de enero de 2019, según consta en el acta que reposa de folios 758 a 761 del expediente, en la cual se decretaron medios de prueba para el esclarecimiento de los supuestos fácticos (fls. 759-760).

En consecuencia, el día siete (7) de marzo del 2019, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA para incorporar y practicar los medios de prueba que fueron decretados en la audiencia inicial (fls. 771 a 773), la cual tuvo que ser suspendida y reanudada el ocho (8) de mayo de 2019, fecha esta en la que fueron incorporadas todas las pruebas, por tanto se dio por finalizada la etapa probatoria y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, al considerar que en el presente asunto era innecesario llevar a cabo la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA.

2.1. Contestación de la Demanda

El Departamento de Boyacá guardó silencio y no dio contestación a la demanda.

Por su parte, el señor Henry Mauricio Mesa Avella contestó la demanda de forma extemporánea.

2.2. Obran dentro del expediente las siguientes pruebas:

- ❖ Copia de resolución No. 005 de **22** de agosto de 2014, por la cual se llama a quien legalmente corresponda a suplir una vacancia absoluta en la lista de la Partido Verde (fls. 2-8).
- ❖ Copia de la resolución No. 005 de 25 de agosto de 2014, por la cual se llama a quien legamente corresponda a suplir una vacancia absoluta en la lista del partido verde (fls. 9-16).
- ❖ Copia de manifestación de aceptación de Henry Mauricio Mesa Avella (fl. 17).
- ❖ Copia de comunicación dirigida a Henry Mauricio Mesa Avella (fl. 18).
- ❖ Copia de acta de posesión del señor Henry Mauricio Mesa Avella como diputado a la Asamblea de Boyacá (fl. 19).
- ❖ Copia de acta de posesión de CARLOS JULIO VELANDIA SEPULVEDA, JUAN ANTONIO GARAY TORRES y JOSE ALBERTO MORENO VILLAMIL en los cargos de presidente, primer vicepresidente y segundo vicepresidente de la Asamblea del Departamento de Boyacá (fl. 20).
- ❖ Copia de aval del partido verde para elecciones del 30 de octubre de 2011 a Mayda Cecilia Velásquez Rueda para la Asamblea de Boyacá (fl. 21).
- ❖ Copia de solicitud para inscripción de lista de candidatos y constancia de aceptación de candidatura para asamblea departamental elecciones del 30-10-2011 (fls. 22-23).
- ❖ Copia de lista definitiva de candidatos a la asamblea (fl. 24).
- ❖ Copia de resultado del escrutinio elección de asamblea del 30-10-2011 (fls. 25-39).
- ❖ Copia de resultados finales de asamblea elecciones 30 de octubre de 2011 Partido Verde (fl. 40).
- ❖ Copia de acta general del escrutinio Departamental de las elecciones del 30-10-2011 (fls. 41-55).
- ❖ Copias de pantallas de correos electrónicos (fls. 56-61).
- ❖ Copia de la resolución No. 1830 de 11 de julio de 2013 emitida por el Consejo Nacional Electoral por la cual se establece el sistema de identificación y registro de los afiliados a los partidos y movimientos políticos con personería jurídica y de los integrantes de los grupos significativos de ciudadanos que soliciten realizar consulta interna (fls. 62-70).
- ❖ Copia de la renuncia al cargo de diputado de la Asamblea de Boyacá presentada por el señor Mario Ernesto Ochoa Plazas (fls. 71-72).
- ❖ Copia de la resolución No. 001 de 24 de junio de 2014 por la cual se declara vacante una curul en la Asamblea de Boyacá por renuncia del señor Mario Ernesto Ochoa Plazas (fls. 73-74).
- ❖ Copia de la resolución No. 002 de 24 de junio de 2014 por la cual se declara vacante una curul en la Asamblea de Boyacá por renuncia del señor Carlos Arturo Caro Ballesteros (fls. 75-76).

- ❖ Copia de la resolución No. 003 de 24 de junio de 2014 por la cual se declara vacante una curul en la Asamblea de Boyacá por renuncia del señor Osman Fernando Roa Lopez (fls. 77-78).
- ❖ Copia de la resolución No. 004 de 10 de julio de 2014 por la cual se llama a quien legalmente corresponda a suplir una vacancia absoluta en la lista del Partido Conservador Colombiano (fls. 79-81).
- ❖ Copia de la resolución No. 001 de 13 de marzo de 2013 por la cual se declara vacante una curul en la Asamblea de Boyacá por renuncia irrevocable del titular Jairo Enrique Castilblanco Parra y se llama a quien legalmente corresponde (fls. 82-84).
- ❖ Copia de la resolución No. 002 de 30 de octubre de 2013 por la cual se declara vacante una curul en la Asamblea de Boyacá por renuncia irrevocable del titular Rodrigo Arturo Rojas Lara y llama a quien legalmente corresponde (fls. 85-86).
- ❖ Copia de la resolución No. 003 de 30 de octubre de 2013 por la cual se declara vacante una curul en la Asamblea de Boyacá por renuncia del titular Cesar Augusto Lopez (fls. 87-88).
- ❖ Copia de la resolución No. 004 de 1 de noviembre de 2013 por la cual se llama quien legalmente corresponda a suplir una vacancia absoluta en la lista del Partido Social de Unidad Nacional (fls. 89-91).
- ❖ Copia de solicitud elevada por la señora Mayda Velásquez para que se le posesionara Diputada de la Asamblea de Boyacá, presentada el 27 de junio de 2014, junto con los documentos aportados para tal fin (fls. 92-100).
- ❖ Copia de oficio del 3 de julio de 2014 remitido a la demandante por el presidente de la Asamblea de Boyacá (fl. 101).
- ❖ Copia de consulta dirigida a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado por el presidente de la Asamblea de Boyacá (fls. 102-103).
- ❖ Copia de consulta dirigida a la Comisión Nacional del Servicio Civil por el presidente de la Asamblea de Boyacá (fls. 104-105).
- ❖ Copia de comunicación radicada en la Asamblea de Boyacá por la demandante el día 7 de julio de 2014 (fls. 106-108).
- ❖ Copia de comunicación radicada en la Asamblea de Boyacá por la demandante el día 8 de julio de 2014 (fls. 109-111).
- ❖ Copia de comunicación radicada en la Asamblea de Boyacá por la demandante el día 8 de julio de 2014 (fls. 112-113).
- ❖ Copia de certificación de renuncia a militancia emitida por el Partido Liberal Colombiano el 2 de julio de 2014 (fl. 117).
- ❖ Copia de recurso de apelación radicado en la Asamblea de Boyacá por la demandante el día 9 de julio de 2014 contra acto administrativo del 3 de julio de 2014 (fls. 120-129).
- ❖ Copia de oficio del 3 de julio de 2014 dirigido a la demandante por el presidente de la Asamblea de Boyacá (fl. 130).
- ❖ Copia de consulta elevada por la demandante al Consejo Nacional Electoral (fls. 142-146).
- ❖ Copia de expediente que reposa en la Asamblea de Boyacá en virtud de la renuncia del Diputado Mario Ernesto Ochoa (fls. 148-387).
- ❖ Copia del acta de posesión del señor Henry Mauricio Mesa Avella de fecha 25 de agosto de 2014 (fl. 387).
- ❖ Copia de la sentencia de tutela de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja el 11 de septiembre de 2014 (fls. 389-409).
- ❖ Copia de la resolución No. 7399 de 12 de septiembre de 2012 emitida por la Registraduría Nacional del Estado Civil (fls. 423-427).

- ❖ Copia de la resolución No. 0001766 de 22 de agosto de 2012 emitida por el Consejo Nacional Electoral (fls. 416-422).
- ❖ Copia concepto del Consejo Nacional Electoral del 16 de julio de 2013 (fls. 428-435).
- ❖ Copia concepto del Consejo Nacional Electoral de 27 de agosto de 2014 (fls. 436-473).
- ❖ Copia de Certificación remitida por el Partido Alianza Verde (fl. 578).
- ❖ Cuaderno anexo No. 1 de pruebas remitidas por la Asamblea de Boyacá en 125 folios.

2.3. Alegatos de conclusión

2.3.1. Alegatos de la parte demandada

Guardó silencio.

2.3.2. Alegatos de la parte demandante

El apoderado demandante dentro del término concedido reiteró que su representada en su condición de candidata por el Partido Verde a la Asamblea de Boyacá obtuvo la siguiente votación en orden inmediatamente descendente de quienes por ese partido accedieron a un escaño en la Duma Departamental, y en tal virtud le asistía el derecho a ocupar la curul en esa Corporación ante la circunstancia sobreviniente de que el diputado Mario Ernesto Ochoa renunció a su curul, atendiendo a las disposiciones legales y constitucionales que considera vulneradas. No obstante, a través de los actos demandados se llamó y posesionó a un candidato que obtuvo inferior votación a la demandante.

Afirmó también que, con el material probatorio arrojado, se logró probar los supuestos facticos de la demanda, así como los cargos formulados contra los actos demandados.

2.4. Concepto del Ministerio Público

Dentro del término de traslado para presentar alegatos de conclusión la agente del Ministerio Público delegada ante este Despacho guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las demás etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad que invaliden lo actuado, procede el despacho a decidir de fondo el presente asunto bajo el siguiente esquema:

3.1. Cuestiones previas. -

3.1.1. Pruebas obrantes en copias simples dentro del *sub lite*.-

Sobre este particular, manifiesta el Despacho que a las mismas se les dará pleno valor probatorio, por cuanto éstas fueron debidamente incorporadas al expediente, sin que las mismas fueran en momento alguno controvertidas o tachadas por la respectiva parte contraria. La anterior aclaración se efectúa dado que, de conformidad con el inciso primero del artículo

215 del CPACA, se presumirá salvo prueba en contrario, que las copias simples tendrán el mismo valor de la original cuando no hubiesen sido tachadas de falsas, no obstante, a partir de la promulgación de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), es decir el día 12 de julio del año 2012, el inciso primero del mencionado artículo 215 fue derogado².

3.2. Problema Jurídico:

Corresponde establecer al Despacho: si los actos administrativos contenidos en las resoluciones Nos. 005 de 22 de agosto de 2014, 005 de 25 de agosto de 2014 y el acta de posesión No. APS03-08-28 del 25 de agosto 2014, deben ser anulados conforme a los cargos presentados en la demanda, y en caso afirmativo, determinar si la señora Mayda Cecilia Velásquez Rueda debió ser llamada a suplir la falta absoluta dejada por el señor Mario Ernesto Ochoa Plazas como Diputado a la Asamblea de Boyacá, por haber obtenido la cuarta más alta votación en la lista del Partido Verde en las elecciones a la Asamblea de Boyacá llevadas a cabo el 30 de octubre de 2011 y en consecuencia, si procede el pago los salarios y prestaciones laborales dejados de percibir desde el momento en que debió ser llamada y posesionada para ocupar la vacante en la Asamblea de Boyacá hasta la fecha de terminación del periodo constitucional correspondiente.

3.3. Argumentos y sub argumentos para resolver los problemas jurídicos

3.3.1. La naturaleza del acto electoral y la función del juez en la búsqueda de la voluntad electoral – Diferencias entre el acto electoral y el acto administrativo

El acto electoral popular, entendido como la materialización de la voluntad popular emanado del ejercicio de la función electoral, tiene una naturaleza autónoma y especial que lo distingue del acto administrativo, cuyo origen reside en el ejercicio de la función administrativa. Para explicar esta diferencia, se requiere inicialmente distinguir la función electoral de la administrativa.

La función administrativa tiene como característica esencial la de concretar, mediante su actividad, los fines del Estado, principalmente el de satisfacer las necesidades públicas. La función electoral, por su parte, tiene como fin la elección de representantes en las otras ramas del poder público o sus titulares, de manera directa o indirecta, en otras palabras, su propósito es concretar la democracia participativa y el diseño institucional, entre otros.

En ese sentido, si bien se puede entender que una es subespecie de la otra, los actos que se producen en ejercicio la función electoral, por su misma naturaleza, no pueden ser asimilables en el procedimiento de formación a los actos administrativos en ejercicio de la función administrativa, pues si bien es cierto que el acto electoral tiene algunos rasgos de éste, no por ello pueden ser catalogados como idénticos. Aquel tiene su génesis en la democracia participativa y en un derecho fundamental de carácter político: el de elegir o ser elegido, artículo 40, numeral 1 de la Constitución, y no en la mera y simple expresión de la voluntad de la administración derivada del ejercicio de dicha función.

Ahora bien, realizadas las anteriores precisiones sobre la naturaleza de las funciones administrativa y electoral, es menester precisar que el acto electoral puede diferenciarse del acto administrativo, por lo menos, en los siguientes aspectos: en cuanto al procedimiento

² Ver el artículo 626 CGP.

para su formación; respecto de los sujetos que intervienen en su expedición; y, por último, en lo que concierne a su finalidad.

Frente a la formación del acto electoral debe tenerse en cuenta que, a diferencia del procedimiento de formación de actos administrativos cuyas reglas están contenidas en el C.P.A.C.A. y en las leyes que regulan procedimientos administrativos especiales, el procedimiento específico de creación de actos electorales, tiene fundamento en atribuciones de carácter constitucional concretas y en principios democráticos sobre los que descansa un Estado Social de Derecho y, para los cuales y, precisamente por esa naturaleza, se prevé un procedimiento de elaboración que debe ser autónomo.

Este procedimiento autónomo para la expedición de actos electorales está conformado por el conjunto de actuaciones que adelantan las autoridades electorales para materializar o exteriorizar la voluntad popular expresada a través del derecho al voto, el cual está regulado en normas especiales como Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral) y la Ley 1475 de 2011 para el caso de las elecciones por voto popular.

En lo que respecta a los sujetos que intervienen en su formación, a diferencia del acto administrativo cuyo sujeto principal es la Administración, el sujeto del acto electoral lo conforman los electores que participan en la contienda democrática en ejercicio del derecho a elegir consagrado en los artículos 40 y 98 de la Constitución Política.

Por lo tanto, es incorrecto sostener que en el acto electoral se encuentra expresada la voluntad de la autoridad encargada de declarar la elección, que en el caso de la elección de Representantes a la Cámara corresponde a los delegados del Consejo Nacional Electoral, según lo dispuesto en los artículos 177 a 180 del C.E., o al Consejo Nacional Electoral, según el artículo 180 *Ibidem*, sino que éste plasma el querer de los electores exteriorizado a través del voto.

Consecuentemente, la finalidad del acto electoral corresponde a concretar o materializar la democracia participativa y la expresión de la voluntad popular.

Por las anteriores diferencias, huelga decir que el juez electoral no solo ejerce el control de legalidad respecto de las actuaciones que se surten durante el procedimiento electoral, sino que su papel se extiende a la protección de la democracia y legitimación del poder constituido, puesto que *en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales garantiza que el poder público se constituya con respeto a la expresión de la voluntad de los electores y al procedimiento electoral previsto en la ley.*

Debido a la naturaleza especial de esta función, en casos en los cuales se cuestiona la falsedad de documentos electorales, el juez debe buscar como fin último el real sentido de la voluntad popular expresada en los comicios.

Debido a este propósito que debe guiar al juez electoral, el artículo 285 del C.P.A.C.A. dispone que: *"para garantizar el respeto de la voluntad legítima mayoritaria de los electores habrá lugar a declarar la nulidad de la elección por voto popular, cuando [se] establezca que las irregularidades en la votación o en los escrutinios son de tal incidencia que de practicarse de nuevo los escrutinios serían otros los elegidos."*

3.3.2. Derecho al debido proceso administrativo

El debido proceso fue consagrado como derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 29 de la Constitución Política de 1991. De conformidad con el primer inciso del artículo citado, el derecho al debido proceso rige para toda clase de actuaciones, sean estas judiciales o administrativas, sometiénolas a los procedimientos y requisitos legal y reglamentariamente establecidos para que los sujetos de derecho puedan tramitar los asuntos sometidos a decisión de las distintas autoridades, con protección de sus derechos y libertades públicas, y mediante el otorgamiento de medios idóneos y oportunidades de defensa necesarios, de manera que garanticen la legalidad y certeza jurídica en las resoluciones que allí se adopten.

Su aplicación en los procesos administrativos ha sido reiterada por la Corte Constitucional precisándose que quien participe en ellos debe tener la oportunidad de ejercer su defensa, presentar y solicitar pruebas, con la plena observancia de las formas propias que los rija. Esto implica que el desconocimiento en cualquier forma del derecho al debido proceso en un trámite administrativo, quebranta los elementos esenciales que lo conforman.

3.3.3. De los actos demandables en materia electoral:

El artículo 139 del CPACA previene que *"cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas"*. En armonía con lo anterior, el artículo 275 de esta codificación, en su numeral 5º, establece que los actos de elección o de nombramiento son nulos cuando *"se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad"*.

3.3.4. Marco general de la provisión de cargos en las corporaciones públicas por elección popular

En la reforma constitucional adoptada en el Acto Legislativo 01 de 2003, que tuvo como finalidad el fortalecimiento de los partidos políticos, quedó claro en la exposición de motivos que la misma se generaba por la crisis de legitimidad del Sistema Político Colombiano, que afectaba grandemente el sistema de partidos, por el imperio de los caudillismos, la política al detal y la proliferación de las llamadas microempresas electorales, todo lo cual hacía necesario adoptar medidas que condujeran a partidos estables, organizados, disciplinados, enriquecidos con vigorosos mecanismos de democracia interna que les permitiera aumentar su capacidad de convocatoria.³

Sobre la base de este diagnóstico, el proyecto de acto legislativo propuso un abanico de fórmulas para solucionar esos defectos del sistema, entre los cuáles se destacaban, además de la prohibición a la doble militancia de los ciudadanos en general: requisitos más exigentes para la creación de partidos, inclusión de las figuras del umbral y voto preferente, limitación del derecho de postulación, con la definición del máximo de candidatos o listas de cada partido o movimiento, y la posibilidad para el legislador de imponer requisitos para la inscripción de candidaturas o listas. Para favorecer el fortalecimiento de los partidos y movimientos políticos se incorporaron al sistema electoral figuras como el umbral. En

³ En este mismo sentido puede consultarse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 12 de septiembre de 2013, Rad. 54001-23-31-000-2012-00024-01.

síntesis, se les otorgó mayor preponderancia a las organizaciones políticas respecto de los individuos o candidatos.

Con esa misma teleología, el Acto Legislativo 01 de 2009 propendió por la defensa de las organizaciones políticas, en razón de ello, amplió el ámbito de la prohibición de doble militancia política, se le ordenó a los partidos y movimientos políticos organizarse democráticamente bajo los principios rectores de transparencia, objetividad, moralidad, equidad de género; se determinó que los directivos de las organizaciones políticas debían propiciar procesos de democratización interna y fortalecimiento del régimen de bancadas; se responsabiliza a los Partidos y Movimientos Políticos por toda violación o contravención a las normas que rigen su organización, funcionamiento o financiación, así como también por avalar candidatos (elegidos o no) para cargos o Corporaciones Públicas de elección popular, quienes hayan sido o fueren condenados durante el período al cual se avaló mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico o de delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad.

Esa tendencia se reflejó en el artículo 2° del Acto Legislativo 01 de 2003 que creó el régimen de bancadas en los siguientes términos: *"Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo partido o movimiento político o ciudadano actuarán en ellas como bancada en los términos que señale la ley y de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente por éstas"*. Con el artículo 2° del Acto Legislativo 01 de 2009, se reiteró el propósito de que las organizaciones políticas actuaran en bancada, por ello, el inciso sexto del artículo 108 de la Constitución Política dispone: *"Los Estatutos de los Partidos y Movimientos Políticos regularán lo atinente a su Régimen Disciplinario Interno. Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo Partido o Movimiento Político o grupo significativo de ciudadanos actuarán en ellas como bancada en los términos que señale la ley y de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente por estas."*

Para cumplir con este mandato de acción fijado por la Carta, el Legislador profirió la Ley 974 de 2005 *"Por la cual se reglamenta la actuación en bancadas de los miembros de las corporaciones públicas y se adecua el Reglamento del Congreso al Régimen de Bancadas"*, que en su artículo 1° definió las bancadas como *"Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo partido, movimiento social o grupo significativo de ciudadanos constituyen una bancada en la respectiva corporación"*, así todos los miembros de una organización política que resultaron elegidos en representación de ésta en una corporación conforman una bancada. El ser miembro de la bancada le impone el deber a quien detente la curul de ceñir su actuación a los lineamientos de la organización política, en razón a que *"Los miembros de cada bancada actuarán en grupo y coordinadamente y emplearán mecanismos democráticos para tomar sus decisiones al interior de las corporaciones públicas en todos los temas que los Estatutos del respectivo Partido o Movimiento Político no establezcan como de conciencia."* (artículo 2°)

Por otra parte, según los artículos 108, 109 y 263 de la Constitución Política, en consonancia con la Ley 130 de 1994 *"Por la cual se dicta el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones"*, tienen derecho a presentar listas de candidatos a elecciones populares los partidos y movimientos políticos, los grupos significativos de ciudadanos y los movimientos sociales, con la posibilidad de que obtengan o conserven su personería jurídica dependiendo, entre otros requisitos, de los resultados que obtengan en los certámenes electorales.

De lo expuesto se tiene que, son las organizaciones políticas (partidos y movimientos políticos, grupos significativos de ciudadanos y movimientos sociales) quienes presentan listas de candidatos; por ello, deben responder por los avales que otorgan; sus candidatos, una vez elegidos para una corporación pública -por regla general-, actúan conjuntamente en bancada en razón de su pertenencia a la organización política. Por lo anterior, y como lo ha concluido el Consejo de Estado, *"las curules obtenidas por los partidos y movimientos políticos pertenecen a éstos y no a los candidatos"*⁴.

La conclusión anterior se explica, en gran medida, por el nuevo diseño constitucional que los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009 imprimieron a la actividad política, que sustituyó la práctica inveterada que consideraba que el poder político era conquistado por personas naturales, por la actualmente vigente según la cual son organizaciones como los partidos y movimientos políticos, y los grupos significativos de ciudadanos, quienes en su condición de personas jurídicas de derecho privado -para las dos primeras por supuesto- se alzan con el poder político.

Basta recordar los poderes disciplinarios que hoy por hoy el ordenamiento jurídico le confiere a los partidos y movimientos políticos frente a sus militantes que ocupan escaños en las corporaciones públicas de elección popular y que los obliga a actuar en bancada en la generalidad de los asuntos a su cargo. En efecto, anomalías que atenten contra la disciplina interna de los partidos pueden sancionarse por parte de estas agremiaciones mediante la imposición de sanciones como la pérdida del derecho al voto dentro de la corporación pública que se integra, e incluso la expulsión del partido o movimiento político (Ley 974 de 2005 Art. 4º).

Así, no existe la menor duda que las curules en las corporaciones públicas de elección popular son conquistadas por las organizaciones políticas y que si bien las personas naturales que las ocupan cumplen un papel preponderante en esos logros electorales, ello no basta para señalar que son éstos y no aquéllas quienes tienen un derecho intangible frente a esos escaños. Los poderes de veto y expulsión que ostentan los partidos y movimientos políticos refrendan la tesis de que el derecho subjetivo que adquieren los candidatos electos se subordina al derecho político fundamental que esas organizaciones tienen en tanto sirven como canales de comunicación entre la sociedad y sus militantes que integran los cuadros del poder político, para la materialización de sus ideales y desde luego para la búsqueda del bienestar general.

Ahora, si las curules son de las organizaciones políticas y los integrantes de una corporación pública están obligados a actuar en bancada junto con los demás miembros elegidos por el partido o movimiento político, no resulta coherente constitucionalmente que se llame a ocupar una curul, en representación de un partido político, a un candidato que ya no pertenece a dicha organización política. A lo anterior debe agregarse que *"son las elecciones y no el llamado que hace la Mesa Directiva, las que generan la vocación del candidato no elegido a suplir la vacancia de quien resultó electo. Las elecciones, como es sabido, se hacen por la lista, no por un determinado nombre"*⁵.

En efecto, si bien en caso de listas que opten por voto preferente es el día de las elecciones que, dependiendo del número de votos de sus candidatos, se ordena la lista en forma

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 11 de junio de 2011, Rad. 11001-03-28-000-2010-00105-00.

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 15 de mayo de 2001, Rad. AC – 12300.

descendente, no puede desconocerse que por expreso mandato constitucional “*se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.*” Así, el hecho de participar en una elección en representación de una organización política no limita la libertad de los ciudadanos para que con posterioridad opten por retirarse ella, caso en el cual no es materialmente posible que la persona que ya no pertenezca al partido o movimiento continúe dentro de la lista de candidatos con vocación de representar en el futuro a dicha organización política en una corporación pública, ni de actuar, conjuntamente con los otros miembros, en bancada, pues con su dimisión ya no le serán aplicables los estatutos de la organización⁶.

Además, como la militancia en un partido o movimiento político supone el ejercicio libre y legítimo del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (C.P. Art. 40), es claro que solamente la persona natural es quien decide si forma parte o no de una organización política, o si una vez matriculada en un partido o movimiento político se retira de él. La decisión de renunciar a esa membresía es una manifestación exclusiva del fuero interno de la persona, quien no puede ser coaccionada ni compelida a mantenerse en la colectividad.

La dimisión a una organización política, además de implicar la ruptura de los derechos y obligaciones derivados de sus estatutos, no supone, per se, la imposibilidad de regresar a ella. Esa posibilidad ya no dependerá exclusivamente de la voluntad de la persona interesada en retornar a las huestes del partido o movimiento político, dado que obviamente será la respectiva organización quien decida si la acoge o no, para lo cual deberá cuidarse de no incurrir en conductas contrarias al principio de igualdad o de rechazar la afiliación por razones que constituyan una clara discriminación.

Y si el partido o movimiento político de nuevo acoge a su antiguo militante, ello no implica que revivan las situaciones jurídicas que preexistían a la fecha en que se produjo el retiro de la colectividad, ya que su nueva vinculación lo pone en plano de igualdad con los demás integrantes de la organización. Es decir, que cualquier posibilidad de acceder al poder político en los cargos o corporaciones públicas de elección popular, e incluso en los cuadros directivos del partido que lo acoge, necesariamente supone el trámite regular que las normas jurídicas y estatutarias prescriben para los diferentes ejercicios democráticos.

⁶ Precisamente el artículo 4º de la Ley 974 de 2005 dispone: “*Los partidos deberán establecer en sus estatutos las reglas especiales para el funcionamiento de sus bancadas y los mecanismos para la coordinación de sus decisiones dentro de las corporaciones públicas, en las que se establezcan obligaciones y responsabilidades distintas según se trate del cumplimiento de funciones legislativas, de control político o electorales, por parte de la respectiva corporación.*

Asimismo, determinarán lo atinente a su régimen disciplinario interno. Podrán establecer sanciones por la inobservancia de sus directrices, las cuales se fijarán gradualmente hasta la expulsión, y podrán incluir la pérdida del derecho de voto del miembro de la respectiva corporación pública, observando el debido proceso.

En todo caso la sanción deberá ser comunicada a la Mesa Directiva de la respectiva Corporación, para que a través de ella se le dé cumplimiento, siempre que ello implique limitación de derechos congresuales.

Los estatutos de los partidos también contemplarán sanciones estrictas por la inasistencia reiterada a reuniones de bancada, las que podrán incluir la pérdida temporal del derecho al voto.

La inasistencia a las reuniones de las bancadas no excusará al ausente de actuar conforme a las decisiones adoptadas por las mismas, y si no lo hiciere así este quedará sujeto a las sanciones previstas por los estatutos del partido o movimiento político para la violación del régimen de bancadas.

En caso de la imposición de una sanción por un partido o movimiento a uno de sus miembros procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo, que se surtirá dentro del mismo partido y ante la instancia correspondiente que determine los estatutos.

El retiro voluntario de un miembro de Corporación Pública del partido o movimiento político o ciudadano en cuyo nombre se eligió, implica el incumplimiento del deber de constituir bancada, y como tal podrá sancionarse como una violación al Régimen de Bancada en los términos de la Constitución y la ley.”

3.3.4.1. Régimen legal de la participación política para acceder a cargos en las corporaciones públicas de elección popular

El marco jurídico que regula la participación política en el país se desprende de la aplicación del artículo 40 de la Carta Superior, que establece:

ARTICULO 40. *Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:*

1. Elegir y ser elegido.
 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.
- Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.*

A su vez, sobre los Partidos y Movimientos Políticos el artículo 108 de la Constitución Política señala:

ARTICULO 108. *<Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El Consejo Nacional Electoral reconocerá Personería Jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. Estos podrán obtenerlas con votación no inferior al tres por ciento (3%) de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado. Las perderán si no consiguen ese porcentaje en las elecciones de las mismas Corporaciones Públicas. Se exceptúa el régimen excepcional que se estatuya en la ley para las circunscripciones de minorías étnicas y políticas, en las cuales bastará haber obtenido representación en el Congreso.*

También será causal de pérdida de la Personería Jurídica de los partidos y movimientos políticos si estos no celebran por lo menos durante cada dos (2) años convenciones que posibiliten a sus miembros influir en la toma de las decisiones más importantes de la organización política.

Los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones. Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue.

Los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos también podrán inscribir candidatos.

Toda inscripción de candidato incurso en causal de inhabilidad, será revocada por el Consejo Nacional Electoral con respeto al debido proceso.

Los Estatutos de los Partidos y Movimientos Políticos regularán lo atinente a su Régimen Disciplinario Interno. Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo Partido o Movimiento Político o grupo significativo de ciudadanos actuarán en ellas como bancada en los términos que señale la ley y de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente por estas.

Los Estatutos Internos de los Partidos y Movimientos Políticos determinarán los asuntos de conciencia respecto de los cuales no se aplicará este régimen y podrán establecer sanciones por la inobservancia de sus directrices por parte de los miembros de las bancadas, las cuales se fijarán gradualmente hasta la expulsión, y podrán incluir la pérdida del derecho de voto del Congresista, Diputado, Concejal o Edil por el resto del período para el cual fue elegido.

En cuanto a la provisión de las vacantes que se lleguen a presentar en las corporaciones públicas, el artículo 134 superior vigente para la época de los hechos, se expresa en los siguientes términos:

ARTÍCULO 134. *<Artículo modificado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en caso de muerte, incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo, declaración de nulidad de la elección, renuncia justificada, y aceptada por la respectiva Corporación, sanción disciplinaria consistente en destitución, pérdida de investidura, condena penal o medida de aseguramiento por delitos distintos a las relacionadas con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad o cuando el miembro de una Corporación pública decida presentarse por un partido distinto según lo planteado en el Parágrafo Transitorio 1o del artículo 107 de la Constitución Política.*

En tales casos, el titular será reemplazado por el candidato no elegido que, según el orden de inscripción o votación obtenida, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.

Como consecuencia de la regla general establecida en el presente artículo, no podrá ser reemplazado un miembro de una corporación pública de elección popular a partir del momento en que le sea proferida orden de captura, dentro de un proceso penal al cual se le vinculare formalmente, por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos de lesa humanidad. La sentencia condenatoria producirá como efecto la pérdida definitiva de la curul, para el partido al que pertenezca el miembro de la Corporación Pública.

No habrá faltas temporales, salvo cuando las mujeres, por razón de licencia de maternidad deban ausentarse del cargo. La renuncia de un miembro de corporación pública de elección popular, cuando se le haya iniciado vinculación formal por delitos cometidos en Colombia o en el exterior, relacionados con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad, generará la pérdida de su calidad de congresista, diputado, concejal o edil, y no producirá como efecto el

ingreso de quien corresponda en la lista. Las faltas temporales no darán lugar a reemplazos.

Cuando ocurra alguna de las circunstancias que implique que no pueda ser reemplazado un miembro elegido a una Corporación Pública, para todos los 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.

Si por faltas absolutas, que no den lugar a reemplazo, los miembros de cuerpos colegiados elegidos por una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Gobierno convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falte más de dieciocho (18) meses para la terminación del período.

Frente a las faltas absolutas de los miembros de las corporaciones públicas el artículo 261 de la Constitución Política vigente para la época de los hechos (teniendo en cuenta que este artículo fue modificado por el artículo 26 del Acto Legislativo 2 de 2015) señalaba:

ARTICULO 261. <Artículo modificado por el artículo [10](#) del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Las faltas absolutas serán suplidas por los candidatos que según el orden de inscripción, o de votación, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral, según se trate de listas cerradas o con voto preferente.

En cuanto a la adjudicación de curules y la conformación de las listas el artículo 263 de la Constitución Política vigente al momento de los hechos, establecía:

ARTÍCULO 263-A. <Artículo adicionado por el artículo 13 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> La adjudicación de curules entre los miembros de la respectiva corporación se hará por el sistema de cifra repartidora. Esta resulta de dividir sucesivamente por uno, dos, tres o más el número de votos obtenidos por cada lista, ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules a proveer.

El resultado menor se llamará cifra repartidora. Cada lista obtendrá tantas curules como veces esté contenida la cifra repartidora en el total de sus votos.

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.

Los anteriores postulados constitucionales fueron desarrollados principalmente por la Ley 974 de 2005 "Por la cual se reglamenta la actuación en bancadas de los miembros de las corporaciones públicas y se adecua el Reglamento del Congreso al Régimen de Bancadas", en cuyo artículo primero señaló:

ARTÍCULO 1o. BANCADAS. *Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo partido, movimiento social o grupo significativo de ciudadanos constituyen una bancada en la respectiva corporación.*

Cada miembro de una Corporación Pública pertenecerá exclusivamente a una Bancada.

3.3.4.2. La doble militancia política

En el ordenamiento jurídico colombiano la doble militancia surgió con la Reforma Política del Acto Legislativo 01 de 2003, que tenía como finalidad el fortalecimiento de los partidos políticos. Basándose en ese diagnóstico, el proyecto de acto legislativo propuso fórmulas para solucionar esos defectos del sistema, entre los cuales se destacaban, además de la prohibición de la doble militancia de los ciudadanos en general, requisitos más exigentes para la creación de partidos, inclusión de la figura del umbral electoral, limitación del derecho de postulación, con la definición del máximo de candidatos o listas de cada partido o movimiento, y la posibilidad para el legislador de imponer requisitos para la inscripción de candidaturas o listas.

Posteriormente, en agosto de 2008, con el objetivo de "profundizar en la democratización interna de los partidos, su fortalecimiento y su responsabilidad política, dentro de un marco programático y de transparencia en las relaciones entre los poderes públicos, y consciente de la necesidad urgente de proteger el sistema democrático del influjo de agentes y organizaciones criminales" 5 . Se presentó el proyecto de reforma constitucional que fue aprobado y expedido el 14 de julio de 2009. En el Acto Legislativo 01 de 2009 se reiteraron las citadas prohibiciones relacionadas con la doble militancia, y como ya se indicó se añadió, además de la responsabilidad de los partidos en la concesión de avales y otras medidas, que quien siendo miembro de una corporación pública decidiera presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, debería renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones. En el parágrafo 2º del artículo 1º del Acto Legislativo también se previó que el legislador, mediante la respectiva ley estatutaria, desarrollaría este asunto.

En desarrollo del marco constitucional anteriormente visto, el Congreso de la República expidió la Ley 1475 de 2011 cuyo artículo 2 estableció:

ARTÍCULO 2o. PROHIBICIÓN DE DOBLE MILITANCIA. *<Artículo CONDICIONALMENTE exequible> En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político. La militancia o pertenencia a un partido o movimiento político, se establecerá con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos.*

Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos.

El incumplimiento de estas reglas constituye doble militancia, que será sancionada de conformidad con los estatutos, y en el caso de los candidatos será causal para la revocatoria de la inscripción.

PARÁGRAFO. *Las restricciones previstas en esta disposición no se aplicarán a los miembros de los partidos y movimientos políticos que sean disueltos por decisión de sus miembros o pierdan la personería jurídica por causas distintas a las sanciones previstas en esta ley, casos en los cuales podrán inscribirse en uno distinto con personería jurídica sin incurrir en doble militancia.*

3.3.4.3. Noción de posesión

En vigencia de la Constitución de 1886, las normas que regulaban la función pública y, en particular, la forma de ocupar y ejercer los cargos o destinos públicos, establecieron el requisito de la posesión previo al ejercicio del cargo. La Ley 4 de 1913, aún vigente, señaló en los artículos 250 y 251, en lo pertinente:

"Artículo 250. Los destinos públicos se proveen por la autoridad que en cada caso designen las leyes, ordenanzas, acuerdos o reglamentos. En caso de silencio o duda, regirán las reglas siguientes: (. . .)

Artículo 251. Ningún funcionario entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución, y de cumplir los deberes que le incumban. Esto es lo que se llama posesión del empleo o bien, tomar posesión de él (. . .)".⁷ (Se resalta).

En vigencia de la Constitución de 1991 el artículo 122 dispone:

"Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

⁷ Esta norma corresponde a lo previsto en el artículo 65 de la Constitución Política de 1886.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. (...). (Subrayamos).

Sobre la naturaleza jurídica de la posesión, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha manifestado que no constituye un acto administrativo⁸ sino una solemnidad para que los servidores públicos ejerzan el cargo para el que han sido nombrados, designados o elegidos⁹.

De las normas y de la jurisprudencia citadas se sigue que nadie puede posesionarse de un cargo para el cual no ha sido nombrado, elegido, llamado o, en general, designado previamente por la autoridad competente, pues lógica y cronológicamente dicho acto jurídico debe preceder a la posesión.

En consecuencia, la posesión es una diligencia solemne en la que el servidor público elegido, nombrado, llamado o, en general, designado para ejercer un cargo, jura formalmente cumplir con la Constitución Política, la ley, los reglamentos, las funciones y los deberes del respectivo cargo.

4. Caso concreto

En el sub examine, se discute si los actos administrativos por los cuales la Asamblea de Boyacá llamó y posesionó al señor HENRY MAURICIO MESA AVELLA, en el cargo de diputado de esa Corporación, ante la vacante definitiva generada por la renuncia del señor Mario Ernesto Ochoa Plazas militante del Partido Verde, se ajustaron al ordenamiento jurídico, o si por el contrario los actos administrativos en que se encuentran contenidos están viciados o incurrir en alguna causal de nulidad, y si en lugar del señor Mesa Avella debió ser llamada y posesionada como Diputada la demandante.

De las pruebas obrantes en el expediente, se tiene acreditado lo siguiente:

- Que el día 26 de julio de 2011 el Partido Verde de la circunscripción electoral del Departamento de Boyacá avaló a la señora MAYDA CECILIA VELASQUEZ RUEDA como candidata del Partido Verde a la Asamblea del Departamento de Boyacá para los comicios electorales a realizarse el 30 de octubre de 2011 para el periodo constitucional 2012-2015 con voto preferente, lo cual se desprende de la certificación obrante a folio 21 del expediente.
- Que como resultado de las elecciones realizadas el 30 de octubre de 2011 al Partido Verde le correspondieron 3 curules dentro de la Asamblea de Boyacá para el siguiente periodo, de acuerdo al resultado del escrutinio obrante a folio 27 del expediente.
- Que el resultado de las elecciones para la Asamblea de Boyacá por el partido verde en las elecciones realizadas el 30 de octubre de 2011, según hoja de resultados obrante folio 40 del expediente fueron los siguientes:

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 5 de septiembre de 2013, expediente 54001-23-31-000-2012-00097-01.

⁹ "[6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia de 4 de septiembre de 2008, Rad. 11001-03-28-000-2006-00193-00, M P. Filemón Jiménez Ochoa".

NOMBRE CANDIDATO	NUMERO DE VOTOS
1. JOSE ARMANDO QUIÑONES GARZÓN	12.488
2. MARIO ERNESTO OCHOA PLAZAS	11.111
3. JAIME RAUL SALAMANCA TORRES	8.556
4. MAYDA CECILIA VELASQUEZ RUEDA	7.141
5. HENRY MAURICIO MESA AVELLA	5.868
6. LUIS ALEJANDRO JIMENEZ CASTELLANOS	4.628
7. LUIS JOSE NUÑEZ NUÑEZ	4.182
8. EDGAR RICARDO MORANTES HIGUERA	3.813
9. GLADYS CARRILLO MORA	3.698
10. ZAMIR HERNAN SILVA ZABALA	3.379
11. PEDRO VILLATE BRICEÑO	2.460
12. SANDRA NUBIOLA LOPEZ SILVA	2.296
13. JESUS HERNANDO DAVILA SALAZAR	1.861
14. RICHARD VAN ELKIN DUARTE REYES	1.744
15. CLAUDIA IDALY AVILA TIBACUY	759

- Que el día 9 de diciembre de 2013 la señora MAYDA CECILIA VELASQUEZ RUEDA recibió aval por parte del Partido Liberal para participar como candidata de esa colectividad en las elecciones a la Cámara de Representantes, para el periodo 2014-2018, en los comicios electorales a realizar el 9 de mayo de 2014, esto de acuerdo a copia de aval obrante a folio 82 del cuaderno anexo 1 de pruebas.
- Que de acuerdo a certificación emitida el 14 de julio de 2014 por el Representante Legal del Partido Alianza Verde obrante a folio 62 del cuaderno anexo 1 de pruebas la señora MAYDA CECILIA VELASQUEZ RUEDA renunció a ese Partido Político para ser aspirante por otro movimiento en las elecciones al Congreso de la República, y que en sesión del 3 de julio de 2014 se rechazó y negó unánimemente la solicitud de reafiliación elevada por la hoy demandante a esa organización realizada el 24 de junio de 2014.
- Que el día 24 de junio de 2014 el señor MARIO ERNESTO OCHOA PLAZAS presentó renuncia al cargo de Diputado de la Asamblea de Boyacá por el Partido Verde, con efectos a partir de esa misma fecha (fls. 71-72).
- Que en sesión plenaria del 24 de junio de 2014 la Asamblea de Boyacá aceptó la renuncia presentada por el Diputado MARIO ERNESTO OCHOA PLAZAS (fls. 97-118 cuaderno anexo 1 de pruebas).
- Que mediante resolución No. 001 de 24 de junio de 2015 la Mesa Directiva de la Asamblea del Departamento de Boyacá declaró vacante la curul de esa corporación que venía siendo ocupada por el señor MARIO ERNESTO OCHOA PLAZAS por renuncia presentada y aceptada esa misma fecha, y ordenó oficiar a la Registraduría y al Partido Verde para que informaran a quien le corresponde ser posesionado con el fin de suplir esa falta absoluta (fls. 73-74).
- Que el día 27 de junio de 2014 la demandante MAYDA CECILIA VELASQUEZ RUEDA radicó ante la Asamblea del Departamento de Boyacá documentos con el fin de que fuera posesionada en el cargo de Diputada de esta corporación (fls. 92-100).

- Que con comunicación radicada el día 4 de julio de 2014 el Representante Legal del Partido Alianza Verde solicitó al Presidente de la Asamblea de Boyacá que en remplazo del Diputado MARIO ERNESTO OCHOA PLAZAS se posesionara al señor HENRY MAURICIO MESA AVELLA "a quien le corresponde el derecho respetando el orden de elegibilidad, toda vez que la señora MAYDA CECILIA VELASQUEZ RUEDA, no pertenece a esta colectividad puesto que ella renunció con el objeto de presentarse como candidata a la Cámara de Representantes por el Partido Liberal en los comicios electorales del pasado mes de marzo" (...) (fl. 76 cuaderno anexo 1 de pruebas).
- Que con oficio del 3 de julio de 2014 el presidente de la Asamblea de Boyacá informó a la demandante que *teniendo en cuenta que se han presentado algunas inquietudes frente a la curul vacante con la renuncia aceptada al diputado Mario Ernesto Ochoa Plazas, derivada de peticiones y documentos allegado por terceras personas, por lo cual adelantaría los trámites ante las autoridades pertinentes para tener certeza jurídica respecto de quien es el titular de la curul referida*. Lo cual se le daría a conocer (fl. 101).
- Que el día 7 de julio de 2014 la demandante MAYDA CECILIA VELASQUEZ RUEDA reiteró su solicitud de ser nombrada Diputada de la Asamblea de Boyacá en remplazo del dimitente diputado Ochoa Plazas (fls. 106-113).
- Que la demandante renunció al Partido Liberal el 24 de junio de 2014, de acuerdo a certificación emitida por el Secretario General de esa colectividad el 2 de julio de 2014 cuya copia obra a folio 117 del expediente.
- Que el día 9 de julio de 2014 la demandante presentó recurso de apelación ante la Asamblea de Boyacá contra la comunicación del 3 de julio de 2014 (fls. 120-129).
- Que a través de la resolución No. 005 del 22 de agosto de 2014, la Mesa Directiva de la Asamblea de Boyacá dispuso llamar al señor HENRY MAURICIO MESA AVELLA en remplazo del dimitente diputado MARIO ERNESTO OCHOA PLAZAS, en cuya parte considerativa se tuvo en cuenta lo manifestado por el Representante del Partido Verde en el cual se informó de la renuncia de la demandante a ese movimiento para aspirar a la Cámara de Representantes por el Partido Liberal (fls. 2-8).
- Que con resolución No. 005 de **25** de agosto de 2014, la Mesa Directiva de la Asamblea de Boyacá, resolvió lo mismo que había dispuesto en la resolución No. 005 de **22** de agosto de este año, esto es llamar al señor HENRY MAURICIO MESA AVELLA a tomar posesión del cargo al que había renunciado el diputado MARIO ERNESTO OCHOA PLAZAS (fls. 9-16).
- Que el señor Henry Mauricio Mesa Avella tomo posesión en el cargo de diputado que venía ocupando el señor Mario Ernesto Ochoa Plazas el 25 de agosto de 2014, según acta obrante a folio 387.

Para resolver el asunto puesto a consideración del despacho, en primer lugar debe precisarse que de conformidad con los artículos 134 y 261 de la Constitución Política, vigentes para el año 2014, en concordancia con el marco jurídico previamente analizado,

para ser llamado a ocupar el cargo vacante en la Asamblea del Departamento de Boyacá por la renuncia del Diputado Mario Ernesto Ochoa Plazas, al candidato que, según el orden de votación, en forma sucesiva y descendente, corresponda a la misma lista electoral o Partido. Es decir, no basta con ser el candidato que siga en orden sucesivo y descendente, sino que debe acreditarse pertenecer al mismo Partido o Movimiento Político del diputado dimitente, en este caso del Partido Verde.

En un asunto de similares contornos al que acá se analiza el Consejo de Estado en sentencia del 17 de julio de 2014 señaló¹⁰:

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”*¹¹ 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.

Así pues, frente al caso concreto considera el despacho que las pretensiones indemnizatorias que a título de restablecimiento del derecho reclama la señora MAYDA CECILIA VELASQUEZ RUEDA, no podrán prosperar, toda vez que para la fecha en que se generó la vacante presentada en la Asamblea de Boyacá por la renuncia del diputado Ochoa Plazas, la demandante ya no pertenecía al Partido Verde, tal como lo señalan las certificaciones y comunicaciones emitidas por ese Partido obrantes a folios 62 y 76 del cuaderno anexo 1 de pruebas.

Ahora bien, para determinar si los actos administrativos demandados deben ser declarados nulos o no, este despacho se dispondrá a hacer el análisis de los cargos de nulidad formulados en el escrito de demanda a fin de establecer su procedencia.

4.1. Infracción de las normas en que debía fundarse

Este cargo es sustentado en que las resoluciones 005 de 22 de agosto de 2014 y 005 de 25 de agosto de 2014, por medio de las cuales se realiza el llamamiento al señor Henry Mauricio Mesa Avella, a ocupar la curul vacante presentada en la banca del Partido Alianza Verde de la Asamblea de Boyacá, vulnera los artículos 134 y 161 de la Constitución Política, en los cuales se establece que debe ser llamado a ocupar la curul el candidato no elegido de la misma lista que según el orden, de inscripción o de votación obtenida, siga en forma sucesiva y descendente, y en el presente caso se hizo el llamado y se posesionó a un candidato no electo a quien no le correspondía la curul, por lo cual también se vulneran los artículos 107 y 108 de la Constitución Política que regulan el régimen de bancadas, debiendo haberse llamado en su lugar a la demandante.

10 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 17 de julio de 2014, Rad. 11001032800020130004000 y 11001032800020130004100 (acumulados) C.P. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ.

11 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 2 de febrero de 2006, Rad. 25000-23-24-000-2004-01016-01(3870).

Para el despacho este cargo no está llamado a prosperar, toda vez que como se señaló en párrafos anteriores, quien debe ser llamado a ocupar el cargo de diputado cuya vacante definitiva se presenta por la renuncia de quien venía ocupando está curul, es decir, el candidato que deberá llamarse y posesionarse es el que le siga en orden descendente en votación. Sin embargo, este no es el único requisito, pues, además, quien sea llamado **debe seguir perteneciendo al partido o movimiento político por el cual fue candidato a la misma corporación**, lo cual como también se dijo en precedencia es un requisito que no cumplía la demandante y si el señor Mesa Avella. Por tanto, este cargo no prospera.

4.2. Falta de competencia de la Presidencia de la Asamblea para evaluar las cualidades y calidades de la señora Mayda Cecilia Velásquez Rueda

Para sustentar este cargo expone el apoderado demandante que los actos demandados fueron expedidos violando los artículos 278 y 60 de la Ley 5 de 1992, que solo les permitirá llamar a la señora Velásquez y no hacer juicios de valor para menguar la vocación de la legitimada para ser llamada. Consideró también que el Presidente y la Directiva de la Asamblea no tenían competencia para impedir, ni para decidir si el derecho de la señora Velásquez Rueda, a la asunción de la curul, había fenecido, tampoco para pronunciarse en relación a las calidades o cualidades o incumplimiento de requisitos, pues de acuerdo a las actas de escrutinio de la Registraduría, solo debían limitarse a llamar a la persona que ocupa el cuarto lugar en la lista del Partido Verde en forma sucesiva y descendente.

En torno a resolver el cargo propuesto deberá cuales son las competencias y funciones de las Asambleas Departamentales para proveer los cargos o suplir las vacantes de los diputados que de manera definitiva se separen de estas corporaciones antes de culminar el periodo para el cual fueron electos.

El Decreto 1222 de 1986 aún vigente, en su artículo 38 establece:

ARTICULO 38. El presidente de la Asamblea llamará a los diputados suplentes en los casos de faltas absolutas o temporales de los principales, atendiendo el orden de colocación de sus nombres en la correspondiente lista electoral.

Son faltas absolutas la muerte, la renuncia admitida y la incapacidad legal o físicas definitivas.

En el caso de falta temporal se exige la excusa del principal o su requerimiento público y escrito por parte de la presidencia de la Asamblea para que asista a las sesiones.

Pese a su vigencia, para la correcta interpretación de este artículo debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el Artículo 261 de la Constitución de 1991, el cual establece en su versión original:

'ARTÍCULO 261. Ningún cargo de elección popular en corporaciones públicas tendrá suplente. Las vacancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción, sucesivo y descendente'.

Por su parte, el artículo 40 del mismo Decreto 1222 de 1986 indica:

ARTICULO 40. *Las Asambleas Departamentales examinarán y decidirán, dentro de los seis (6) días siguientes a su presentación, si están en forma legal las credenciales que cada Diputado debe presentar al tomar posesión del puesto.*

De esta forma, advierte el despacho que la función nominadora de las Asambleas Departamentales en cabeza de su Presidente y de su mesa directiva, no pueden limitarse a una simple función mecánica y formal de simplemente llamar al candidato que sigan orden descendente en las votaciones a quien como en este caso haya renunciado a su curul, tal interpretación desconoce qué tal como lo establece la norma anteriormente citada, la Asamblea deba verificar las *credenciales* o requisitos habilitantes de quien debe tomar posesión del cargo, y como ha quedado establecido uno de los requisitos para ello es pertenecer al Partido o Movimiento Político por el cual se genera la vacante.

Ahora bien, en gracia de discusión considera el despacho que la anterior disposición normativa debe ser interpretada a la luz del ordenamiento jurídico de manera sistemática con el preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Constitución Política, así como los principios y valores que rigen la Función Pública por lo que mal haría la Asamblea Departamental en llamar y posesionar a la demandante a ocupar una curul a la que no tenía derecho, al no cumplir la totalidad de requisitos para ello. En tal virtud, este cargo tampoco prospera.

4.3. Violación del derecho al debido proceso

Este cargo se sustenta afirmando que a la accionante se vulneró el debido proceso al emitirse los actos demandados sin permitirle a la demandante ejercer su derecho de audiencia y defensa, al no vincularla si quiera a la actuación administrativa previamente a expedir los actos cuya nulidad pretende, para que pudiese entre otras actuaciones controvertir las pruebas aportadas por el señor Mesa Avella.

Para resolver este cargo tenemos que el artículo 37 del CPACA, establece:

ARTÍCULO 37. DEBER DE COMUNICAR LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS A TERCEROS. Cuando en una actuación administrativa de contenido particular y concreto la autoridad advierta que terceras personas puedan resultar directamente afectadas por la decisión, les comunicará la existencia de la actuación, el objeto de la misma y el nombre del peticionario, si lo hubiere, para que puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos.

La comunicación se remitirá a la dirección o correo electrónico que se conozca si no hay otro medio más eficaz. De no ser posible dicha comunicación, o tratándose de terceros indeterminados, la información se divulgará a través de un medio masivo de comunicación nacional o local, según el caso, o a través de cualquier otro mecanismo eficaz, habida cuenta de las condiciones de los posibles interesados. De tales actuaciones se dejará constancia escrita en el expediente.

ARTÍCULO 38. INTERVENCIÓN DE TERCEROS. Los terceros podrán intervenir en las actuaciones administrativas con los mismos derechos, deberes y responsabilidades de quienes son parte interesada, en los siguientes casos:

1. Cuando hayan promovido la actuación administrativa sancionatoria en calidad de denunciantes, resulten afectados con la conducta por la cual se adelanta la

investigación, o estén en capacidad de aportar pruebas que contribuyan a dilucidar los hechos materia de la misma.

2. Cuando sus derechos o su situación jurídica puedan resultar afectados con la actuación administrativa adelantada en interés particular, o cuando la decisión que sobre ella recaiga pueda ocasionarles perjuicios.

3. Cuando la actuación haya sido iniciada en interés general.

PARÁGRAFO. La petición deberá reunir los requisitos previstos en el artículo 16 y en ella se indicará cuál es el interés de participar en la actuación y se allegarán o solicitarán las pruebas que el interesado pretenda hacer valer.
La autoridad que la tramita la resolverá de plano y contra esta decisión no procederá recurso alguno. (Subrayado y negrilla del despacho)

De los hechos probados tenemos que mediante resolución No. 001 de 24 de junio de 2015 la Mesa Directiva de la Asamblea del Departamento de Boyacá declaró vacante la curul de esa corporación que venía siendo ocupada por el señor MARIO ERNESTO OCHOA PLAZAS por renuncia presentada y aceptada esa misma fecha, y ordenó oficiar a la Registraduría y al Partido Verde para que informaran a quien le corresponde ser posesionado con el fin de suplir esa falta absoluta, sin que se ordenará vincular o comunicar sobre dicha actuación a ninguna otra persona (fls. 73-74).

En el mismo sentido se encuentra acreditado que, el día 27 de junio de 2014 la demandante MAYDA CECILIA VELASQUEZ RUEDA radicó ante la Asamblea del Departamento de Boyacá documentos con el fin de que fuera posesionada en el cargo de Diputada de esta corporación (fls. 92-100).

Adicionalmente, en la parte considerativa de los actos administrativos demandados, a través de los cuales se resuelve llamar al señor HENRY MAURICIO MESA AVELLA a tomar posesión del cargo al que había renunciado el diputado MARIO ERNESTO OCHOA PLAZAS, se mencionan las peticiones elevadas por la actora para que fuera a ella a quien se llamara y posesionara en dicho cargo, por lo cual es claro que sus peticiones si bien no fueron atendidas favorablemente fueron tenidas en cuenta al tomar las decisiones que en sede judicial ahora se cuestionan.

Al respecto, advierte el despacho que si bien la Asamblea de Boyacá pudo haber comunicado la actuación iniciada con el fin de suplir la vacante dejada por la renuncia del diputado Ochoa Plazas, a la demandante así como a los demás integrantes de la lista del Partido Verde que siguieron en orden descendente en votación a dicho diputado, el no haberlo hecho no vicia esta actuación, toda vez que en el caso de la demandante en primer lugar hizo uso de la intervención que como tercero le autoriza el parágrafo del artículo 38 del CPACA, a través de la respectiva petición, la fue resuelta negativamente, de acuerdo al contenido de los actos demandados, y en segundo lugar porque el Decreto 1222 de 1986 no establece dentro del procedimiento para suplir las vacancias de los diputados que se tenga que vincular, notificar o comunicar de las averiguaciones que se estén realizando para establecer quien tiene el derecho a ocupar la respectiva curul.

Ahora bien, no pasa desapercibido el despacho que en efecto no se acredita la respuesta a algunas de las múltiples peticiones elevadas por la accionante ante la Asamblea de Boyacá para que fuese a ella a quien se llamara y posesionara en la curul dejada vacante por el

Diputado Ochoa, pero tales irregularidades si bien pueden vulnerar su derecho fundamental de petición, no vician ni desvirtúan la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados pues se reitera la demandante no tenía derecho a ser llamada a ocupar el cargo de Diputada al haber dejado de pertenecer al Partido Verde.

En gracia de discusión, aún si se aceptase que dentro de la actuación administrativa que realiza una corporación pública como una Asamblea Departamental para suplir las vacantes definitivas que ella se generen deba vincularse y notificarse a los candidatos que siguen en votación y en forma descendente a quien ejercía el cargo vacante, si bien tal omisión podría vulnerar el derecho al debido proceso de quienes teniendo tales calidades no son vinculados, tal vulneración por sí sola no logra desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos que resuelvan tal actuación.

Es decir, la violación al debido proceso por sí sola no hace viable de forma automática la prosperidad de las pretensiones de la demanda, y debe analizarse si de acuerdo a lo probado se logra o no desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados. Sobre este punto en la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 22 de marzo de 2018 al respecto se dijo¹²:

"Ahora, considera la Sala que la anterior conclusión no resulta suficiente para sacar adelante las pretensiones de la demanda pues, si bien, se concluye la vulneración del debido proceso, no puede dejarse de lado que los actos administrativos, que, gozan de presunción de legalidad, fueron demandados ante esta jurisdicción, en la que, adelantado el procedimiento, incluida la etapa probatoria, es necesario establecer si se logra desvirtuar la mencionada presunción.

(...)

Recuérdese que la presunción de legalidad, de validez o de legitimidad de los actos administrativos, tiene como consecuencia que quien alegue su nulidad, le corresponde desvirtuarla, de manera que traslada al impugnante la carga de demostrarla en juicio, mediante el aporte de los elementos de convicción y pruebas necesarias para él efecto. Dicho de otro modo, la presunción de legalidad del acto administrativo implica que incumbe a quien pretenda su nulidad demostrar que no cumple con los requisitos de validez, de manera que, en tanto la actora en su demanda mantuvo el argumento relativo a la inexistencia de infracción, era su deber traer al proceso elementos probatorios que sustentaran su dicho.

Así las cosas, como es sabido, es de la esencia del derecho de defensa la oportunidad de pedir o aportar pruebas tendientes a desvirtuar los hechos que se imputa, por tanto, si a ese cargo se concreta la inconformidad del actor, nada impide constatar si, en efecto, se le vulneró tal derecho."

En sentido similar se pronunció el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia del 22 de marzo de 2018,¹³ en la cual dijo:

"En conclusión, si bien le asiste razón a la parte demandante al considerar que se trasgredió el debido proceso administrativo, no es menos cierto que en sede judicial, no realizó esfuerzo probatorio alguno para demostrar su dicho (...). Ello sin perjuicio que la prueba se lograra en ejercicio de la facultad oficiosa del juez. En consecuencia,

¹² Tribunal Administrativo de Boyacá Sala de Decisión No. 3, Sentencia del 22 de marzo de 2018 M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz. Expediente 15001-33-33-012-2015-00133-01.

¹³ Tribunal Administrativo de Boyacá Sala de Decisión No. 3, Sentencia del 22 de marzo de 2018 M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz. Expediente 15001-33-33-006-2016-00020-01.

la Sala rectificará el criterio conforme al cual la vulneración del debido proceso administrativo es suficiente para sacar adelante las pretensiones de la demanda, en tanto, por las razones que se vierten en esta sentencia, se concluye lo contrario, al considerarse que en vía judicial el demandante tiene el deber de desvirtuar la legalidad de los actos administrativos y para ello debe solicitar la prueba que le fuera negada en vía administrativa y que, afirma, trascendental para la prosperidad de sus pretensiones."

De esta forma, volviendo al caso concreto es claro que la prosperidad de las pretensiones está sujeta a que se hubiese demostrado que el señor Mesa Avella no tenía derecho a ser llamado a ocupar el cargo de Diputado que quedó vacante por la renuncia del señor Ochoa Plazas, lo cual no ocurrió, pues al haber dejado de pertenecer la demandante al Partido Verde previo a la configuración de la vacante nació el derecho para dicho señor a ocupar este cargo. En tal virtud este cargo no prospera.

4.4. Falsa Motivación

El cargo de falsa motivación fue sustentado en que la demandante contrario a lo señalado en los actos demandados contaba con el derecho a ser llamada y ocupar el cargo vacante de Diputado de la Asamblea de Boyacá, al estar afiliada e inscrita en el Partido Alianza Verde al momento de presentarse la vacante, y que se presentó discriminación por razón de género, teniendo en cuenta que de las seis vacantes que quedaron en la duma departamental en el periodo 2012-2014 no se hicieron inanes consultas, tan solo en el caso de la vacante del dimitente diputado Mario Ernesto Ochoa Plazas.

Este cargo ha quedado desvirtuado conforme a lo señalado ante los anteriores, en la medida que tal como quedó establecido con comunicación radicada el día 4 de julio de 2014 el Representante Legal del Partido Alianza Verde solicitó al Presidente de la Asamblea de Boyacá que en remplazo del Diputado MARIO ERNESTO OCHOA PLAZAS se posesionara al señor HENRY MAURICIO MESA AVELLA "a quien le corresponde el derecho respetando el orden de elegibilidad, toda vez que la señora MAYDA CECILIA VELASQUEZ RUEDA, no pertenece a esta colectividad puesto que ella renunció con el objeto de presentarse como candidata a la Cámara de Representantes por el Partido Liberal en los comicios electorales del pasado mes de marzo" (...) (fl. 76 cuaderno anexo 1 de pruebas).

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la supuesta discriminación a la demandante por su condición de mujer, está tampoco fue demostrada, pues del acervo probatorio se determina que no fue llamada a ocupar el cargo de diputada no por su género sino por haber renunciado al Partido Verde con anterioridad, y si bien en los procedimientos realizados por la Asamblea de Boyacá durante el año 2014 para suplir las vacantes de renuncias de diputados de otros partidos no se advierte el que se hicieran averiguaciones para determinar a quién llamar a ocupar estas curules, solo se podría demostrar un eventual trato discriminatorio en la medida que se acreditara que en el caso de los otros partidos, los llamados habían renunciado previamente a su respectivo partido o movimiento político, y que en tal sentido pese a no tener derecho a ser llamados si hubiesen sido llamados y posesionados como diputados. No obstante, tal irregularidad no tendría tampoco la contundencia para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos aquí demandados.

5. De las costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Procedimiento Civil.

En el presente caso no se condenará en costas a la parte vencida, puesto que no hay evidencia en el expediente que se hayan causado. Toda vez que la entidad demandada no contestó la demanda, y el señor Mesa Avella la contestó a nombre propio sin demostrar la calidad de abogado y de forma extemporánea. En efecto, de conformidad con el numeral 8º del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a condena en costas cuando aparezca en el expediente que se causaron y en la medida de su comprobación.

Así mismo, de conformidad con el artículo 188 del CPACA en los procesos que se ventile un interés público no es procedente la condena en costas.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

F A L L A:

PRIMERO. - **Negar** las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - Abstenerse de condenar en costas conforme a lo expuesto en precedencia.

TERCERO. - Ejecutoriada la presente providencia de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 171 del CPACA, en caso de existir remanentes sobre los gastos ordinarios del proceso, por Secretaría devuélvanse a la parte interesada.

CUARTO. - En firme esta sentencia ARCHÍVESE el expediente, previa anotación en el programa "Justicia Siglo XXI".

Notifíquese y cúmplase



HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA

Juez