



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR  
SECRETARIA GENERAL

SGC

**TRASLADO CONTESTACIÓN - EXCEPCIONES**

FECHA: 21 DE JUNIO DE 2016.

HORA: 08:00 AM.

**MAGISTRADO PONENTE:** DR. LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ.

**RADICACIÓN:** 13-001-23-33-000-2016-00313-00.

**CLASE DE ACCIÓN:** ELECTORAL

**DEMANDANTE:** VEEDURIA CIUDADANA QUINTA VENTANA TU VEEDURIA

**DEMANDADO:** NUBIA FONTALVO HERNANDEZ, EN SU CALIDAD DE CONTRALORA DISTRITAL DE CARTAGENA

**ESCRITO DE TRASLADO:** EXCEPCIONES, PRESENTADAS POR LAS ACCIONADAS.

**OBJETO:** TRASLADO EXCEPCIONES.

Las anteriores excepciones presentadas por las accionadas-, se le da traslado legal por el término de tres (3) días hábiles, de conformidad a lo establecido en el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011; Hoy, Veintiuno (21) de Junio de Dos Mil Dieciséis (2016) a las 8:00 am.

**EMPIEZA EL TRASLADO:** VEINTIUNO (21) DE JUNIO DE DOS MIL DIECISEIS (2016), A LAS 08:00 AM.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL

**VENCE EL TRASLADO:** VEINTITRES (23) DE JUNIO DE DOS MIL DIECISEIS (2016), A LAS 05:00 PM.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL



# Concejo Distrital de Cartagena de Indias

Nº. 806 000 199 - 0

Oficina Asesora Jurídica

mg

SEÑORES

HONORABLES MAGISTRADOS

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

E. S. D.

Magistrado Ponente

Doctor Luis Miguel Villalobos Álvarez

|                   |                                                                                               |
|-------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|
| Medio de Control: | Acción de Nulidad Electoral                                                                   |
| Demandado:        | Acto de Elección de Nubia Fontalvo Hernández como Contralora Distrital de Cartagena de Indias |
| Demandante:       | Veeduría Ciudadana Quinta Ventana Tu Veeduría, Dr. Jorge Quintana Sosa.                       |
| Radicado:         | 13001-23-33-000-2016 – 00313 – 00                                                             |

FELIPE SANTOS DIAZ, mayor de edad, identificado con cedula de ciudadanía No 3851875, Tarjeta Profesional de Abogado, No 108150, con domicilio tanto del suscrito como mi poderdante en el Barrio Getsemaní, Avenida del Arsenal Edificio Galeras de la Marina No. 1º - 08 de esta ciudad, de conformidad con las facultades otorgadas al suscrito, las cuales se encuentran plasmadas en el poder que adjunto, para actuar en consideración a lo establecido en el artículo 78 de la ley 1564 de 2012 y los artículos 139, 161 No. 6, 162, 164, 171, 172, 175 de la ley 1437 de 2011, procedo ante su señoría dar fundada contestación al medio de control instaurado en contra del Concejo Distrital de Cartagena de Indias, así:

## ACTO DEMANDADO

ACTO ADMINISTRATIVO DEL CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA MEDIANTE EL CUAL FUE ELEGIDA LA SEÑORA NUBIA FONTALVO HERNANDEZ COMO CONTRALORA DEL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS PARA EL PERIODO 2016 - 2019.

## PRETENCIONES

Me opongo a la pretensión del demandante de declarar la Nulidad del Acto Administrativo de Elección de la Contralora Distrital de Cartagena de Indias para el periodo 2016 – 2019, de fecha febrero veintiuno (21) de 2016, y a las que se pueda desprender de ella, por carecer de fundamentos jurídicos, por cuanto EL ACTO ADMINISTRATIVO de ELECCION DE LA CONTRALORA, Doctora NUBIA FOLTALVO HERNADEZ, se aprobó EN SESIÓN PLENARIA por mayoría de votos cumpliendo con los postulados de la Constitución Política, la Ley, Decretos, Acuerdos, Reglamentos, Concepto del Consejo de Estado y la Jurisprudencia de los altos Tribunales que Administran Justicia en la República de Colombia.

En contra del Concejo Distrital de Cartagena de Indias, así:

## EN CUANTO A LOS HECHOS.

1.- No es cierto. El Concejo Distrital de Cartagena de Indias, tiene un deber funcional, Constitucional, legal y reglamentaria de conformidad con los artículos

Calle del Arsenal Edificio Galeras de la Marina N° 1-08 Tel 6647053

[juridica@concejocartagena.gov.co](mailto:juridica@concejocartagena.gov.co)

Cartagena de Indias D.T y C

88 folios

1



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias

Nº. 806.000.199 - 0

### Oficina Asesora Jurídica

126, 268, y 272 de la Constitución Política de Colombia, este último artículos modificado por el acto legislativo No. 02 de 2015 Art. 23, el cual manifiesta que:

"Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso."

Razón por la cual, la subjetividad con que el demandante plantea la obligación Constitucional que tienen todos los concejos Municipales y Distritales en Colombia, se desmerita con los anteriores argumentos normativos esbozados, resulta pertinente manifestar que a la fecha, no existe ley alguna, que regule la elección de los Contralores Municipales/Distritales, a luz del **ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2015**.

2.- No es cierto. El Concejo Distrital de Cartagena de Indias, en ejercicio de las facultades y competencias otorgadas por la Constitución Política de Colombia en sus artículos 272 y 313, y el acto legislativo No. 2 de 2015 Art. 23, proferió el Acuerdo No. 020 del 27 de noviembre de 2015, a través del cual se reglamentó la Convocatoria Pública que culminó con la legítima y legal elección de la Contralora Distrital de Cartagena, para el periodo 2016 y 2019.

Así mismo, incurre en un yerro conceptual e interpretativo al señalar en éste hecho, que "(...) se dictaron otras disposiciones respecto al concurso en mención". Desde ahora podemos afirmar que, la convocatoria pública no es un concurso de méritos, por lo tanto, en el desarrollo de ésta firme contestación se hará mención y explicación de éste aparte que constituye pieza fundamental para que tanto el demandante corrija su concepto y su señoría juzgue la línea de defensa que el demandado ha establecido como protector de sus intereses y de la legalidad de los actos proferidos durante la Convocatoria Pública referida.

3.- Es cierto. El Acuerdo 020 del 27 de noviembre de 2015 estableció el mecanismo de convocatoria pública para la elección de quién fungiría como Contralor Distrital para los periodos 2016 – 2019.

4.- No es cierto lo que plantea en éste hecho el demandante. Ya se dijo por el suscrito, que la Convocatoria Pública no es un proceso de selección o concurso públicos por méritos. Así lo aclaró el honorable Consejo de Estado mediante consulta que le hiciera el Ministerio del Interior, al referirse a los procedimientos pertinentes que se deberían utilizar para la selección de personeros y escogencia de Contralores, así:

"(...) es característica esencial del concurso que la lista de elegibles se ordene estrictamente de acuerdo con el resultado del procedimiento de selección (regla de mérito), de modo que quien obtiene la mejor calificación adquiere el derecho a ser nombrado en el respectivo cargo. (...) Ahora bien, en el caso consultado los debates legislativos dan cuenta de que el Acto Legislativo 2 de 2015 al utilizar la expresión "convocatoria pública" optó por un mecanismo de elección que si bien se funda en los mismos principios básicos de los concursos públicos (incluso en cuanto al criterio de mérito), se diferencia de estos en que al final del proceso de selección las corporaciones públicas conservan la posibilidad de valorar y escoger entre los candidatos que han sido mejor clasificados. Se entendió que si se adoptaba un concurso público de méritos como tal, se obligaba al organismo nominador a nombrar de acuerdo con el orden de clasificación de los aspirantes, lo que se consideró como una reducción indebida de la autonomía de las corporaciones públicas. Por tanto, se dijo, era necesario acudir a un sistema

Calle del Arsenal Edificio Galeras de la Marina N° 1-08 Tel 6647053

[juridica@concejocartagena.gov.co](mailto:juridica@concejocartagena.gov.co)

Cartagena de Indias D.T y C



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias

Nº. 806 000 199 - 0

### Oficina Asesora Jurídica

29/

transparente, público, objetivo y basado en el mérito, pero que fuera distinto al concurso público en cuanto permitiera al organismo elector escoger entre los varios candidatos que superaran la etapa de selección. (...) De este modo, además de que literalmente se trata de expresiones distintas y que el nuevo artículo 126 Constitucional alude a una y otra como figuras separadas (al señalar que la convocatoria aplicará "salvo los concursos regulados por la ley"), la Sala observa que los antecedentes del Acto Legislativo 2 de 2015 ratifican que el constituyente derivado quiso diferenciar la convocatoria pública del concurso público de méritos del artículo 125 de la Constitución Política, particularmente porque en los procesos de elección mediante convocatoria pública no existe un orden obligatorio de escogencia entre los candidatos que superan las etapas de selección, tal como ocurre en los concursos de méritos. Así pues, el sistema de convocatoria pública mantiene un grado mínimo de valoración o discrecionalidad política en cabeza de las corporaciones públicas para escoger entre quienes se encuentran en la "lista de elegibles", aspecto que constituye el elemento diferenciador entre la convocatoria pública de los artículos 126, 178A, 231, 257, 267 y 272 de la Constitución Política, y el concurso público de méritos a que alude el artículo 125 de la misma Carta. Sin embargo, en lo demás (publicidad de la convocatoria, reclutamiento de los mejores perfiles, transparencia, aplicación de criterios objetivos y de mérito, etc.) puede decirse que no existen diferencias sustanciales

Entre uno y otro mecanismo de selección de servidores públicos." **(CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil quince (2015) Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00182-00(2274) Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR)**

5.- No es cierto. La resolución 171 de diciembre 22 de 2015, es el acto administrativo por medio del cual se consolida el puntaje de la prueba de conocimientos y de valoración de antecedentes dentro de la convocatoria pública para proveer el cargo de Contralor Distrital de Cartagena; en ningún aparte del mencionado acto administrativo se manifiesta textualmente que, se conforma lista de elegible, además, porque repetimos, no estamos frente a un proceso de selección o concurso público de méritos.

6.- No es cierto. El Concejo Distrital de Cartagena de Indias, a través de su mesa directiva, le dio aplicación a una figura de rango Jurisprudencial y Constitucional (Acciones Afirmativas), que mantiene el equilibrio dentro de la función pública cuando de acceder a cargos se trata y en especial si quién accede es una mujer en aplicación directo al principio de equidad de género. La única desviación en interpretaciones jurisprudenciales y legales, son las que aplica el demandante.

7.- No es un hecho, son conclusiones alegadas en una etapa procesal no procedente para ello. Persiste el demandante en el yerro insuperable de confundir la Convocatoria Pública con el Concurso Público de Méritos, el cual termina con una rigurosa lista de elegible, quienes deberán ser nombrados en el orden que sus méritos en el concurso así lo han determinado, situación distinta a la Convocatoria Pública, que tal como lo señala nuestro Honorable Consejo de Estado, así:

"Así pues, el sistema de convocatoria pública mantiene un grado mínimo de valoración o discrecionalidad política en cabeza de las corporaciones públicas para escoger entre quienes se encuentran en la "lista de elegibles", aspecto que constituye el elemento diferenciador entre la convocatoria pública de los artículos 126, 178A, 231, 257, 267 y 272 de la Constitución Política, y el concurso público de méritos a que alude el artículo 125 de la misma Carta. **(CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS Bogotá, D.C., diez (10)**





## Concejo Distrital de Cartagena de Indias

Nº. 806.000.199 - 0

### Oficina Asesora Jurídica

de noviembre de dos mil quince (2015) Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00182-00(2274)  
Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR)"

Insistimos, no es un hecho, son consideraciones subjetivas del demandante esbozadas sin el concurso obligado de la ponderación de los preceptos normativos que rigen tanto al concurso público de méritos y la convocatoria pública.

8.- No es un hecho, son imputaciones temerarias y un tanto descomedidas que arroja el demandante sobre el proceso de Convocatoria Pública, que además, resultan ser afirmaciones subjetivas.

Así mismo, y en aras de argumentar la legalidad y legitimidad de todos los Actos Administrativos proferidos dentro de la Convocatoria Pública, y porque no, la constitucional y legal conducta de los Concejales del Distrito de Cartagena de Indias, es necesario ilustrar a éste Despacho, y enseñar al demandante, que la determinación e integración de las personas que culminaron satisfactoriamente las distintas etapas del proceso, y que pudieron continuar con la entrevista, superando la valoración de conocimientos, fue objeto de observación rigurosa por el examen de procedimiento Constitucional que le realizara el **Juez de Tutela (Juzgado Cuarto Penal Municipal para Adolescentes con funciones de Control de Garantías de Cartagena)**, quién avocó conocimiento de la Convocatoria Pública por la Acción Constitucional de Tutela que impetrara un ciudadano, el cual consideró que se había vulnerado el Debido Proceso Administrativo, y es el mismo Juez de Tutela, quién ordena:

"Retrotrajera a la etapa de entrevistas del proceso para elegir Contralor Distrital de Cartagena, momento en que se consolidó el vicio, motivo por el cual, en el término prudencial de diez (10) días lleve a cabo entrevistas, consolide puntajes, y finalmente designe nuevamente Contralor, siendo llamados a ser entrevistados los aspirantes, doctores **NUBIA FONTALVO HERNANDEZ e IVAN SIERRA PORTO**, por cuanto lograron integrar a la lista de elegibles respectiva, de la cual hacía parte el doctor **JOSÉ DAVID MORALES VILLA**, cuya declinación a ser elegido milita en autos. Así las cosas, por sustracción de materia, el actual nombramiento de la Doctora **FONTALVO HERNANDEZ** como Contralora Distrital quedará sin efectos hasta tanto se subsane el defecto anotado." (Acción de Tutela – Radicado 0355/2015).

Lo anterior, es uno de los tantos argumentos jurídicos y no subjetivos, en que basamos la legalidad de las actuaciones realizadas por el Concejo Distrital de Cartagena a lo largo de la Convocatoria Pública. El Concejo y su mesa directiva prohirieron los distintos actos administrativos en estricta cumplimiento a la Constitución, la ley y los decretos y reglamentos creados para la Convocatoria Pública, y de conformidad a la orden judicial impartida por un Juez Constitucional de Tutela.

9.- No es cierto. El demandante denuncia ilegalidad en el proceso de contratación de la sociedad comercial **NEUROMIND S.A.S.**, dichas declaraciones de nulidad no son objeto de las pretensiones del actor, así mismo, el medio de control utilizado por el demandante no tiene por objeto controvertir la legalidad de la selección de un contratista, por tanto, dicha declaración y anti técnica pretensión del demandante en los hechos de ésta demanda, no es procedente, por lo cual debe ser desestimado, e invitamos al demandante a seleccionar el medio de control que corresponde con el objeto de controvertir o no la legalidad de la selección de un contratista por parte de la Concejo Distrital de Cartagena de Indias. Al respecto de la contratación de **NEUROMIND S.A.S.**, fue producto de un proceso público de **SELECCIÓN ABREVIADA DE MINIMA CUANTIA**, por valor de **\$ 10.120.000**, el cual se encuentra publicados en el **SECOP**, conforme a la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007,



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias

Nº. 806.000.199 - 0

### Oficina Asesora Jurídica

253

ley 1474 y el decreto 1082 de 2015. Los criterios de selección se encuentran insertos en la invitación pública del proceso de mínima cuantía N°. CD-08-2.015, y lo referente a la empresa seleccionada están detalladas en la evaluación llevada a cabo para el efecto con las personas que se presentaron a la invitación de la causa, estos documentos fueron publicados en su oportunidad legal en la página del estado colombiano, <https://www.contratos.gov.co/puc/buscador.html>, la cual es sumamente fácil para ser consultada.

10.- Es cierto. Ese fue el objeto del contrato en mención y la explicación del mismo se hizo el punto 9.

11.- Es cierto. Las partes celebraron un contrato el cual contiene obligaciones claras para cada una de ellas como cualquier acto jurídico que genera obligaciones, conforme el artículo 32 de la ley 80 de 1993.

12.- No es cierto. El demandante pretende manifestar que hay una ilegalidad en el contrato suscrito entre el Concejo Distrital de Cartagena de Indias y la sociedad NEUROMIND S.A.S., porque se profirieron unos actos administrativos en el curso de la Convocatoria pública, de **SELECCIÓN ABREVIADA DE MINIMA CUANTIA**, como ya lo hemos manifestado en puntos anteriores, situación ésta que no es procedente debatir en éste particular proceso, de **NULIDAD ELECTORAL**, porque como se explicó anteriormente, el medio de control utilizado por el demandante no guarda conexidad con la pretensión alegada en el hecho doce (12) de la demanda.

13.- No es un hecho. Es una conclusión subjetiva del demandante frente a la errónea interpretación que realiza de cláusulas contractuales, y la no claridad conceptual que tiene el demandante frente a lo que es un concurso público de méritos, el cual fue el utilizado para elegir **PERSONERO DISTRITAL** y la Convocatoria Pública, que fue el procedimiento para elegir la actual Contralora.

14.- No es un hecho. Son conclusiones subjetivas sin sustento jurídico como consecuencia del yerro interpretativo que ha realizado el actor a través de su extenso e infundado texto de demanda. No hay observaciones por parte de NEUROMIND S.A.S. del comportamiento contractual ejecutado por el Concejo Distrital de Cartagena. El Concejo Distrital de Cartagena de Indias ha sido respetuoso de sus cargas contractuales, y repetimos, será el contratista quién debería denunciar cualquier acto contrario a la buena fe contractual que haya desplegado su par contractual.

15.- No es cierto, que haya habido vicio alguno, en el proceso de elección de la Contralora Distrital, del El Concejo Distrital de Cartagena de Indias, en virtud de lo ordenado por los artículos 272 y 313 de la Constitución Política de Cartagena de Indias, el acto legislativo No. 2 de 2015 Art. 23, realizó no sólo convocó a la sesión señalada por el actor, sino también, de conformidad con lo ordenado por el **Juzgado Cuarto Penal Municipal para Adolescentes con funciones de Control de Garantías de Cartagena**, retrotrajo la Convocatoria Pública a las entrevistas que se realizaron y procedió a elegir la Contralora Distrital de Cartagena de Indias.

16.- No es cierto. Sigue el demandante ubicándose frente al yerro de confundir el concurso público de méritos con la Convocatoria Pública. Esa conducta anti técnica en la presentación de la demanda, hace infructuosamente que se extienda en la presentación de presuntos "hechos" que no corresponden a situaciones valorativas o sustento de sus pretensiones, por el contrario, se convierten



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias

Nº. 806.000.199 - 0

### Oficina Asesora Jurídica

254

en alegaciones conclusivas que no pueden hacer parte del preliminar estadio procesal de la demanda de nulidad electoral.

**17.-** No es cierto y no es un hecho. Son afirmaciones temerarias y conclusiones que el demandante esboza con la dificultad interpretativa que ha demostrado frente a las normas jurídicas que dominan los concursos públicos de méritos, así como el grave desconocimiento de la Jurisprudencia Nacional que ha dado claros alcances interpretativos a ésta figuras de selección y escogencia o elección discrecional que tiene la Corporación Edilicia, para ELEGIR, los servidores públicos que corresponda, previo a los proceso de convocatoria, como es en el asunto referido..

**18.-** No es cierto y no es un hecho. Este hecho es el mismo hecho décimo diez y seis. Me remito a las consideraciones que fueron utilizadas en ese hecho para dar contestación a éste, pero debo manifestar a su señoría, que el acto de elección del 8 de enero de 2016, fue dejado sin efecto, por el juez constitucional de tutela, ya conocido y explicado y aclarado en el presente memorial.

19. No es cierto, no es un hecho. Ya se manifestó anteriormente que, un Juez Constitucional de Tutela amparó el Debido Proceso Administrativo ordenando que se "retrotrajera a la etapa de entrevistas del proceso para elegir Contralor Distrital de Cartagena, momento en que se consolidó el vicio, motivo por el cual, en el término prudencial de diez (10) días lleve a cabo entrevistas, consolide puntajes, y finalmente designe nuevamente Contralor, siendo llamados a ser entrevistados los aspirantes, doctores NUBIA FONTALVO HERNANDEZ e IVAN SIERRA PORTO, por cuanto lograron integrar a la lista de elegibles respectiva, dela cual hacia parte el doctor JOSÉ DAVID MORALES VILLA, cuya declinación a ser elegido milita en autos.

Así las cosas, por sustracción de materia, el actual nombramiento de la Doctora FONTALVO HERNANDEZ como Contralora Distrital quedará sin efectos hasta tanto se subsane el defecto anotado." (Acción de Tutela – Radicado 0355/2015) Éste fallo fue confirmado mediante providencia del 31 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Para Adolescentes con funciones de conocimientos.

Con base en la Constitución, la ley y los mencionados fallos de Tutela, se prosiguió con la Convocatoria Pública arrojando los resultados ya conocidos y verificados con la escogencia discrecional que hiciera el Concejo Distrital de Cartagena de Indias.

**20.-** Es cierto.

**21.-** No es cierto el demandante prosigue temerariamente haciendo declaraciones subjetiva, sin ningún fundamento legal, de querer dibujar un entuerto que nunca ha existido entre el Concejo Distrital y una de los participantes de la Convocatoria Pública, y dicha conclusión subjetiva está lejos de pertenecer a un serio debate jurídico y probatorio, los señores concejales realizaron la elección conforme al ordenamiento jurídico vigente de la Republica, como ya se ha manifestado en varia oportunidades.

**22.-** No es cierto. La sesión se convocó y se realizó de conformidad a lo dispuesto por la reglamentación del Concejo Distrital y a lo reglado para el desarrollo de la Convocatoria Pública. El demandante pretende construir entuertos de su inapropiada, errónea y subjetiva conclusión e interpretación de la Convocatoria Pública.



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias

Nº. 806 000 199 - 0

### Oficina Asesora Jurídica

255

23.- No es cierto. El Concejo Distrital de Cartagena le dio aplicación a figuras y principios Constitucionales como a la Equidad de Género, la Doctora **NUBIA FONTALVO HERNANDEZ, estaba entre los tres (3) primero puntaje de la convocatoria pública**, y en consecuencia esta entidad le dio cumplimiento a fallos de Tutela, e hizo uso de su competencia y discrecionalidad política para coronar la Convocatoria Pública con la elección por mayoría de votos de quién hoy ostenta la dignidad de Contralora Distrital de Cartagena de Indias.

24.- No es cierto. El demandante ante la orfandad probatoria de su dicho, persiste en afirmaciones subjetivas en contra del Concejo Distrital de Cartagena, al manifestar falsedades en la motivación de los actos administrativos proferidos por el Concejo Distrital, los cuales hasta ahora no han sido demostradas, y por otra parte, no se percata que los fallos de Tutela a los que alude, lo que hicieron fue otorgar mayor legalidad a la Convocatoria Pública, pues el análisis Constitucional realizado por el Juez de Tutela, dejó incólume toda la apreciación de conocimientos de quienes participaron al final dentro de la terna puesta a disposición de la plenaria de la Corporación.

25.- No es cierto. Como se manifestó en el anterior hecho, los fallos de Tutela valoraron el procedimiento administrativo verificado dentro de la Convocatoria Pública, ordenando lo ya antes señalado, y conforme a ello, el Concejo procedió a culminar la Convocatoria Pública, realizando la entrevista y luego la respectiva elección.

26.- No es cierto. Un fallo de tutela no sanea ningún acto administrativo, no tiene ese alcance. Si es cierto la parte resolutive del fallo que consigna el demandante en éste particular hecho, el cual ya nos hemos referidos anteriormente.

27.- No es cierto, que sea un extraño fallo de tutela, el mencionado juez fallo conforme a su sabiduría administrando justicia por mandato de la ley.

28.- No es cierto y no es un hecho. El demandante, sigue con sus afirmaciones subjetiva, conculca el buen nombre de la Administración de Justicia al manifestar que es un fallo viciado y anormal, sin que éste demandante haya controvertido en derecho los alcances de la providencia aludida con su subjetivo criterio. La providencia señalada por el actor fue confirmada en segunda instancia a través del fallo indicado en la contestación del hecho diez y nueve (19).

29.- No es cierto. Todas y cada una de las sugerencias realizadas por las Veedurías Ciudadanas son estudiadas, analizadas, tenidas en cuenta y resultas por el Concejo Distrital, ajustado a derecho, es decir en el término legal para resolver sin embargo, las decisiones y pronunciamientos que hacen parte de los actos administrativos que profiere éste Concejo, se deben a la Constitución, la ley y los precedentes Judiciales, y no podemos ceder ante semejantes afirmaciones subjetivas que rompen con el equilibrio legítimo del derecho.

30.- No es un hecho. Es una conclusión torticera del demandante ante sus ya conocidas mal interpretaciones de la ley y la jurisprudencia que emana de la Administración de Justicia.

31.- No es cierto. El Concejo Distrital eligió Contralor de conformidad a lo ordenado por los artículos 272 y 313 de la Constitución Política de Cartagena de Indias, el acto legislativo No. 2 de 2015 Art. 23, y dando cumplimiento a lo ordenado por el Juez Constitucional de Tutela.



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias

Nº. 800 000 199 - 0

### Oficina Asesora Jurídica

296

**32.-** Es cierto, la corporación eligió democráticamente la actual contralora distrital.

**33.-** No es cierto. Todas las sesiones del Concejo Distrital contemplan las deliberaciones propias del orden del día, en las cuales se discuten materias distintas, cumpliendo con el postulado del ordenamiento jurídico de la Republica.

**34.-** Es cierto. Pero no es una Acción, es un medio de Control, quién acciona es el Estado, y los administrados controlan la acción de la Administración, es por ello que la ley 1437 de 2011 en hora buena, cambió el concepto de Acción y Pretensión en los denominados ahora como medios de Control.

**35.-** No son hechos son afirmaciones subjetivas del actor, el cual pretende crear dudas y confusión, con dichas afirmaciones.

**36.-** No es cierto. El Concejo Distrital realizó y llevó a cabo el proceso de Convocatoria Pública de conformidad con la Constitución y la ley, sin embargo, un Juez de Tutela con las competencias e investidura especial que tiene ordenó un procedimiento particular en aras de proteger derechos fundamentales, razón por la cual el Concejo Distrital acogió las providencias proferidas y se generaron los resultados que son un hecho notorio para todos.

**37.-** No me costa, pero si es cierto, que juez de tutela dejo sin efecto la primera elección, actuación judicial que ha sido explicada.

**38.-** No es cierto. Es todo lo contrario, no existe un solo hecho, ni acto administrativo que este viciado, que pueda ser declarado nulo. Es relevante, afirmar que actor en este asunto no tuvo en cuenta que, el Concejo Distrital de Cartagena de Indias no posee capacidad legal para ser parte dentro de éste proceso judicial, por cuanto los Concejos Municipales o Distritales, son absolutamente carente de personalidad jurídica, como bien en distintas providencias lo ha establecido el Honorable Consejo de Estado, importante citar el artículo 53 de la ley 1564 de 2012 "Capacidad para ser parte. Podrán ser parte en un proceso: 1. Las personas naturales y jurídicas, 2. Los patrimonios autónomos, 3. El concebido, para para la defensa de sus derechos, 4. Lo demás que determine la ley".

El litigante debió Demandar al Distrito de Cartagena de Indias titular de la personalidad jurídica del ente territorial, a través de la Alcaldía Mayor, cuyo representante legal es el Alcalde Mayor, Este Concejo pudo haber sido un tercero vinculado o coadyuvante. Éste defecto procesal deberá ser tenido en cuenta por el despacho de su señoría con las consecuencias que esto implica. Así mismo La nulidad del acto de elección de la señora Contralora no podrá declararse toda vez que la contradicción frente a la Constitución y a la norma sustancial no se ha dado, y menos ha sido probado por el demandante.

**39.-** No es cierto. En el acto de posesión se verificó el cumplimiento de todos los requisitos que la ley exige para tan trascendental acto formal.

**40.-** No es cierto. Esta demanda lo único que ha pretendido sin lugar a dudas, es tejer un manto de dudas frente a la legal y legítima Convocatoria Pública realizada por el Concejo Distrital de Cartagena, y poner en duda la transparencia con la que actuaron a los señores Concejales y dejar en entre dicho la actuación de la Administración de Justicia.

8



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias

Nº. 806 000 199 - 0

### Oficina Asesora Jurídica

257

#### SOLICITUD FRENTE A LAS PRETENSIONES

Después de que se cumpla el rito procesal pertinente, y frente a las pruebas que sustentas los argumentos de las partes, le solicito a los Honorables Magistrados:

- ❖ **NEGAR LAS PRETENSIONES** de la acción de Nulidad Electoral impetrada por el doctor, Jorge Quintana Sosa, Representante legal de la Veeduría Ciudadana Quinta Venta Tu Veeduría a través de la cual pretende la Nulidad del acto de Elección de la Contralora Distrital de Cartagena de Indias Dra. Nubia Fontalvo Hernández.
- ❖ Lo anterior reiterando la legalidad de los actos administrativos que se tuvieron en cuenta para la toma de decisión de la votación, aprobación y expedición del **ACTO ADMINISTRATIVO de ELECCION DE LA CONTRALORA**, el cual fue por mayoría de votos cumpliendo con los postulados de la Constitución Política, la Ley, Decretos, (Acuerdos 020 de 2015), Reglamentos, Concepto del Consejo de Estado y la Jurisprudencia de los altos Tribunales que Administran Justicia en la República de Colombia.
- ❖ Reconocerme personería en los términos del poder que me ha sido otorgado.

#### PRUEBAS

A. Las pruebas escritas a cargo de esta Corporación, se entregaran en la audiencia inicial.

#### ANEXO

- ❖ Poder para actuar en el presente proceso debidamente autenticado en Un (01) folio útil y escrito.
- ❖ Copia Auténtica del Acta de Sesión 001 de 02 de Enero de 2016, en donde consta la elección y posesión de mi poderdante como presidente y representante legal del Concejo Distrital de Cartagena de Indias, para el periodo legal y Constitucional de 2016. en catorce (14) folios útiles y escritos.
- ❖ Un (1) medio magnético (CD) con el presente memorial.
- ❖ Copia del presente escrito de contestación de la demanda para el archivo en Trece (13) folios útiles y escritos

#### NOTIFICACIONES

Tanto mi poderdante, como el suscrito recibimos notificaciones en el Barrio Getsemani, Avenida del Arsenal, Edificio Galeras de la Marina N°. 1ª – 08 de esta ciudad

Correo electrónico: [juridica@concejocartagena.gov.co](mailto:juridica@concejocartagena.gov.co).

Atentamente

**FELIPE SANTIAGO SANTOS DIAZ**  
CC No 3851875  
T. P No.108150

Calle del Arsenal Edificio Galeras de la Marina N° 1-08 Tel 6647053

[juridica@concejocartagena.gov.co](mailto:juridica@concejocartagena.gov.co)  
Cartagena de Indias D.T y C

9





# Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

259

Acta 001 (Enero 02 de 2016)

1

## Período Legal 2016/2019 SESIÓN ORDINARIA INAUGURAL

ACTA No.: 001  
FECHA: SABADO, 02 DE ENERO DE 2016  
HORA DE INICIACIÓN: 08:00 A.M:  
PRESIDENTE: JAVIER WADI CURI OSORIO  
SECRETARIO AD-HOC: CESAR AUGUSTO PION GONZALEZ

Inicia la Sesión el doctor Zaith Carmelo Adechine Carrillo como Presidente de la Junta Preparatoria.

### ORDEN DEL DÍA

1. Llamado a lista y comprobación del quórum.
2. Lectura y aprobación del Orden del Día.
3. Designación de la Comisión para informar al Señor Alcalde de Cartagena de Indias que la Corporación está formalmente reunida para su Instalación.
4. Himno de la República de Colombia / Himno de Cartagena de Indias.
5. Oración del Día
6. Palabras del Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, doctor Manolo Vicente Duque.
7. Palabras del Señor Presidente de la Junta Preparatoria Zaith Carmelo Adechine Carrillo.
8. Toma de juramento a los Señores Concejales Elegidos para el periodo entre el 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2019.
9. Toma del Juramento del Presidente de la Junta Preparatoria doctor Zaith Carmelo Adechine Carrillo por parte del Concejal Carlos Alberto Barrios.
10. Elección de la Mesa Directiva, así: Presidente, Primer Vicepresidente y Segundo Vicepresidente para el periodo comprendido entre el 01 de enero al 31 de diciembre de 2016.
11. Palabras del Señor Presidente del Concejo Distrital de Cartagena de Indias.
12. Documentos para dar cuenta.
13. Lo que propongas los Honorables Concejales y Concejalas.

### DESARROLLO

#### 1. LLAMADO A LISTA Y COMPROBACIÓN DEL QUÓRUM.

Respondieron el llamado a lista los siguientes Concejales: Adechine Carrillo Zaith Carmelo, Barrios Gómez Carlos Alberto, Blel Scaff Vicente, Caballero Rodríguez David Bernardo, Cassiani Valiente Luis Javier, Curi Osorio Javier Wadi, Dáger Lequerica Manuel, Fortich Rodelo Ronald José,

AVENIDA DEL ARSENAL, EDIFICIO GALERAS DE LA MARINA N° 1-08 TEL: 6648469 - 6648466- 6649721  
s.general@concejocartagena.gov.co  
CARTAGENA - BOLIVAR

11





## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

260

Acta 001 (Enero 02 de 2016)

2

Guerra Torres Antonio Salim, Hodeg Durango Angélica María, Mendoza Quessep Américo Elías, Mendoza Saleme Edgar Elías, Meza Pérez Rafael Enrique, Montero Polo Lewis, Pérez Montes William Alexander, Piña Feliz Erich Nijinsky, Pión González Cesar Augusto, Torres Cohen Duvinia, Useche Correa Jorge Alfonso. \*\*\*\*\*

Establecido el quórum reglamentario se inicia la sesión. \*\*\*\*\*

### 2. LECTURA Y APROBACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA.

1. Llamado a lista y comprobación del quórum.
2. Lectura y aprobación del Orden del Día.
3. Designación de la Comisión para informar al Señor Alcalde de Cartagena de Indias que la Corporación está formalmente reunida para su Instalación.
4. Himno de la República de Colombia / Himno de Cartagena de Indias.
5. Oración del Día
6. Palabras del Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, doctor Manolo Vicente Duque.
7. Palabras del Señor Presidente de la Junta Preparatoria Zaith Carmelo Adechine Carrillo.
8. Toma de juramento a los Señores Concejales Elegidos para el periodo entre el 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2019.
9. Toma del Juramento del Presidente de la Junta Preparatoria doctor Zaith Carmelo Adechine Carrillo por parte del Concejal Carlos Alberto Barrios.
10. Elección de la Mesa Directiva, así: Presidente, Primer Vicepresidente y Segundo Vicepresidente para el periodo comprendido entre el 01 de enero al 31 de diciembre de 2016.
11. Palabras del Señor Presidente del Concejo Distrital de Cartagena de Indias.
12. Documentos para dar cuenta.
13. Lo que propongas los Honorables Concejales y Concejalas.

Puesta a consideración el Orden del Día, es aprobado por la Corporación.

### 3. DESIGNACIÓN DE LA COMISIÓN PARA INFORMAR AL SEÑOR ALCALDE DE CARTAGENA DE INDIAS QUE LA CORPORACIÓN ESTÁ FORMALMENTE REUNIDA PARA SU INSTALACIÓN.

PRESIDENTE JUNTA PREPARATORIA: Se designa a los Concejales Lewis Montero Polo y David Caballero, se declara un receso. \*\*\*\*\*

Se reanuda la sesión y se verifica el quórum. \*\*\*\*\*

### 4. HIMNO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA / HIMNO DE CARTAGENA DE INDIAS.

Se escuchan las notas..... \*\*\*\*\*



261

## **5. ORACIÓN DEL DÍA**

A cargo de la Concejala Duvinia Torres Cohen.\*\*\*\*\*

## **6. PALABRAS DEL ALCALDE MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS, DOCTOR MANUEL VICENTE DUQUE VASQUEZ.**

DOCTOR MANUEL VICENTE DUQUE VASQUEZ: Damos inicio a un nuevo periodo de Gobierno, que ha generado grandes expectativas en todo el pueblo cartagenero, el cual espera que logremos, de una vez por todas, que tomemos decisiones y dirijamos nuestras acciones para avanzar por el camino del bienestar generalizado, del progreso colectivo, del desarrollo social. Vengo aquí a invitarlos a que acompañen el Gobierno de la Gente. Hemos dicho que es el "Turno de la Gente". De al gente del común, de carne y hueso, con sus nombres y apellidos, con sus ilusiones y sueños, gente que decidió ejercer su papel de ciudadano, entregándonos sus cuotas parte de poder para que orientemos el destino de cada uno de ellos y de la sociedad cartagenera en general, en procura de alcanzar el futuro deseado. Fui elegido Alcalde de Cartagena de Indias, convocando al pueblo cartagenero, a través del Movimiento Ciudadano "Primero la Gente". Lideremos un ejercicio de verdadera participación colectiva, en el que la ciudadanía se fue a las calles, barrio a barrio, en procura de colocar el poder del Estado en las manos de la gente. "Primero la Gente" es una iniciativa que busca generar desarrollo, disminuir la desigualdad, garantizar la seguridad y promover crecimiento económico, teniendo como punto de partida al ser humano. Ahora nos corresponde dar respuestas a las necesidades de la Gente, ejerciendo el poder público de manera transparente, equilibrada y justa. No será tarea fácil, pero el pueblo, en su infinita sabiduría escogió a sus mejores hombres y mujeres, y nos ha entregado la posta para que la llevemos juntos hacia la meta. La meta es el bienestar, el progreso, el desarrollo social para todas y todos. A cada uno de nosotros nos mueve el mismo interés: el bienestar del pueblo cartagenero. Por eso estamos aquí, tratando de aportar nuestro mejor esfuerzo para lograr las condiciones de desarrollo que la gente merece. Mi pensamiento político, mi información como demócrata y mis principios morales, no me da margen para desconocer la importancia mayúscula que tiene la Corporación Concejo de Cartagena. El Concejo de Cartagena es el pilar donde descansa nuestra democracia. Ustedes, Honorables Concejales y Concejales, son la expresión más viva de la participación ciudadana, soporte principal en el que reposa nuestro Estado Social de Derecho. El Concejo es la gran Junta Directiva de la ciudad, escogida de forma libre y soberana por el pueblo, para ejercer el Control Político a los actos de la Administración Pública, para verificar la Acción Política Administrativa del Gobierno y de esta manera, prevenir y denunciar la Corrupción. En buena hora, esa función que actúa como un muro de contención a los excesos de los gobiernos, ha caído en manos de ustedes, aquí está representada toda Cartagena, sus jóvenes, sus mujeres, sus afros, sus adultos mayores. Aquí están todos los matices y colores políticos con sus diferentes ideologías. Aquí está el espectro social de nuestra

13



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

262

Acta 001 (Enero 02 de 2016)

4

Cartagena. Cada elección es una oportunidad que el pueblo aprovecha para ir mejorando la conformación de esta Honorable Corporación, esperando que cada Concejal elegido pueda hacer un gran aporte al desarrollo del territorio, al bienestar de la gente. Hoy estamos frente a una nueva realidad política que se manifiesta con mi elección y con la renovación de más del 50% de esta Honorable Corporación Administrativa. Armonía y Respeto, serán el marco de las relaciones entre el ejecutivo y esta Honorable Corporación, a la que le propongo un dialogo serio, respetuoso y constructivo, motivado en propósitos e intereses comunes. Aquí traeremos el Proyecto de Acuerdo que recoja nuestro Plan de Desarrollo "Primero la Gente" en el que dejaremos consignados los tres grandes objetivos del Gobierno que lidero: El primero, superar la desigualdad entre los habitantes de nuestra ciudad. Superaremos la desigualdad usando como herramientas principales la educación, el deporte, el arte y la cultura. Siendo la educación el vehículo en el que nos movilizaremos para lograr inclusión social. Queremos que Cartagena se convierta en un sola Escuela, que brinde educación a la gente del siglo XXI, e incorpore a todos los miembros de la sociedad en la formación de sus integrantes, dándole valor a la célula de la sociedad, a la familia. Voy a pedirles que me apoyen en el interés de fortalecer el Colegio Mayor de Bolívar, de manera que nuestros jóvenes encuentren oportunidades reales y a su alcance para formarse en carreras técnicas y tecnológicas. Presentaré a ustedes un Plan de Desarrollo en el que el deporte sea un eje fundamental de la transformación social que me propongo realizar. Ustedes al igual que yo, conocen el gran potencial para el deporte que hay en nuestros barrios, en nuestros corregimientos. Vamos hacer de Cartagena la ciudad deportiva de Colombia, cada barrio de nuestra ciudad y sus corregimientos serán dotados con escenarios deportivos dignos. Un Plan en el que el Arte y la Cultura sean herramientas para combatir la pobreza y la desigualdad. ¡Un Plan para la Paz!. El segundo Objetivo del Plan, busca adaptar el territorio para la gente. Solo si adaptamos el territorio para la gente, podremos hacer de Cartagena una ciudad para invertir, cuya dinámica urbana y el hábitat permitan generar un verdadero crecimiento y desarrollo económico que permee favorablemente a todos os habitantes del territorio. Vamos a presentar a ustedes un Plan que propicie la adaptación de nuestros jóvenes a un territorio digital, en procura de generar nuevas actividades productivas a partir de la creatividad y la innovación. Un Plan en el que se entienda que la ciudad es la gente, y que nos haga mirar con seriedad la situación ambiental de la ciudad, el cambio climático y sus efectos devastadores. Un Plan que proyecte dar inicio al Plan Maestro de drenajes pluviales. Voy a jugármela toda para iniciar la primera etapa de este macroproyecto que tanto necesita la ciudad. Este es el Concejo que Debatirá la aprobación del nuevo Plan de Ordenamiento Territorial, para dotar a la ciudad de un instrumento de ordenación y planificación de nuestro territorio. Finalmente, presentaremos un Plan de Desarrollo que contenga los programas y proyectos que nos permitan lograr nuestro tercer objetivo: Construir ciudadanía y fortalecer la institucionalidad, para garantizar a la gente una seguridad integral que nos permita una convivencia ciudadana efectiva, armónica y pacífica. U reto ineludible e

14



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

263

Acta 001 (Enero 02 de 2016)

5

impostergable tanto para este Honorable Concejo, como para mi Gobierno es la erradicación de las pandillas. Cartagena sin pandillas será una realidad con la voluntad del Gobierno y el apoyo del Honorable Concejo. Brindaremos oportunidades reales a nuestros jóvenes para que se desarrollen sanamente a través del deporte, el arte, la educación de calidad y la cultura. Vamos a construir, a partir de la educación, el deporte y el arte una verdadera cultura ciudadana que nos permita la convivencia pacífica y saludable, y genere confianza entre los ciudadanos y de estos con las instituciones. Ciertamente tenemos un gran reto enfrente, pero la ciudadanía ha confiado en nosotros para superarlo. No le podemos fallar, Los invito a que unamos nuestro talento, nuestra vocación de servicio, nuestras fuerzas. No puede ser de otra manera. Vamos a superar el juicio de la historia, porque vamos a trabajar con amor, de manera desinteresada por este pueblo nuestro. El Honorable Concejo de Cartagena solo recibirá respeto y apoyo para el cumplimiento de sus funciones legales y constitucionales de parte del Alcalde y su Equipo de colaboradores. He dado instrucciones claras y precisas a los miembros del Gabinete que me acompañan para que atiendan con eficiencia, eficacia y prontitud los llamados de esta Honorable Corporación. Con esta corta reflexión, y reiterando mi invitación a que trabajemos unidos en procura del desarrollo, el bienestar y el progreso de la gente, DECLARO OFICIALMENTE INSTALADO EL PRIMER PERIODO DE SESIONES ORDINARIAS DEL HONORABLE CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS.\*\*\*\*\*

### **7. PALABRAS DEL SEÑOR PRESIDENTE DE LA JUNTA PREPARATORIA, DOCTOR ZAITH CARMELO ADECHINE CARRILLO.**

CONCEJAL ZAITH CARMELO ADECHINE, PRESIDENTE JUNTA PREPARATORIA: Buenos días, Señor Alcalde, Miembros del Concejo, distinguidos invitados, Secretarios de Despachos, cartageneros. Hace poco tuvimos la primera oportunidad de reunirnos todos los concejales, tocamos temas de ciudad, temas propios del Concejo y comenzamos a conocernos. Al final de la reunión llegamos a una sola conclusión, trabajar unidos como concejales y trabajar de la mano del Alcalde. En un momento en que la imagen de muchas de nuestras instituciones ha caído, este Concejo debe superar todas las expectativas. Debemos demostrar que no estamos consumidos por la ambición personal, que nuestras diferencias internas no van a dividirnos, que debemos concentrarnos en una sola misión, trabajar en equipo con la Alcaldía. Imagínense lo que podríamos conseguir si seguimos este ejemplo. Hoy todos nosotros tenemos un sueño, un sueño de una Cartagena que esté al alcance de todos, donde mejoremos la inversión industrial y turística, tenemos un sueño con una Cartagena en la cual nos sintamos seguros y podamos llegar sin retrasos a cualquier parte de ciudad. Tenemos un sueño que todos puedan contar con la educación y salud con calidad y oportunidad. Hoy los invitamos a que hagan parte de este sueño. Podemos optar por un concejo donde les vaya bien a unos pocos, mientras la mayoría no tienen opción o podemos tener un concejo en el que todos tengamos una oportunidad, en el que todos reciban por su participación y todos jueguen bajo las mismas reglas. No están en juego

15



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

264

Acta 001 (Enero 02 de 2016)

6

los valores conservadores, liberales, de la u ni de ningún partido, sino los valores de nosotros mismos. Esta unión se está fortaleciendo y hemos llegado demasiado lejos para retroceder ahora. Mientras seamos concejales trabajaremos con el alcalde para seguir en esta dirección, pero combatiremos el distanciamiento construyendo proyectos y nos opondremos a los modelos y políticas que intenten llevarnos a la disgregación. Concejales en nombre de la democracia debemos unirnos todos.\*\*\*\*\*

### **8. TOMA DE JURAMENTO A LOS SEÑORES CONCEJALES ELEGIDOS PARA EL PERIODO ENTRE EL 1 DE ENERO DE 2016 AL 31 DE DICIEMBRE DE 2019.**

CONCEJAL ZAITH CARMELO ADECHINE CARRILLO, PRESIDENTE DE LA JUNTA PREPARATORIA: Señores Concejales, Juran a Dios y prometen al Pueblo cumplir fielmente la Constitución y las Leyes de Colombia?\*\*\*\*

CONCEJALES DE CARTAGENA DE INDIAS: Si juro.\*\*\*\*\*

CONCEJAL ZAITH CARMELO ADECHINE CARRILLO, PRESIDENTE DE LA JUNTA PREPARATORIA: Si así lo hicierais que Dios y la patria los premien, si no que él y ella os lo demanden.\*\*\*\*\*

### **9. TOMA DEL JURAMENTO AL PRESIDENTE DE LA JUNTA PREPARATORIA DOCTOR ZAITH CARMELO ADECHINE CARRILLO POR PARTE DEL CONCEJAL CARLOS ALBERTO BARRIOS GOMEZ.**

CONCEJAL CARLOS ALBERTO BARRIOS: Doctor Zaith Adechine Carrillo, Jura a Dios y promete al Pueblo cumplir fielmente la Constitución y las Leyes DE Colombia?\*\*\*\*\*

PRESIDENTE DE LA JUNTA PREPARATORIA: Si juro.\*\*\*\*\*

CONCEJAL CARLOS ALBERTO BARRIOS GOMEZ: Si así lo hicierais que Dios y la Patria los premien, si no que él y ella os lo demanden.\*\*\*\*\*

### **10. ELECCIÓN DE LA MESA DIRECTIVA, ASÍ: PRESIDENTE, PRIMER VICEPRESIDENTE Y SEGUNDO VICEPRESIDENTE, PARA EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 01 DE ENERO AL 31 DE DICIEMBRE DE 2016.**

PRESIDENTE DE LA JUNTA PREPARATORIA: Tiene la palabra el Concejal David Dáger Lequerica. \*\*\*\*\*

CONCEJAL DAVID DAGER LEQUERICA: Buenos días a todos y todas, bienvenidos, hoy es un día glorioso para la democracia local. Estamos reunidos los 19 Concejales en compañía del Señor Alcalde doctor Manuel Vicente Duque y todo su Gabinete, Personalidades Locales, Exconcejales, congresistas, doctora Martha, excongresistas y a todos los familiares de los nuevos Concejales, a los amigos, a los líderes, hay una nueva ilusión y una nueva esperanza, aquí estamos cumpliendo nuestro

AVENIDA DEL ARSENAL, EDIFICIO GALERAS DE LA MARINA N° 1-08 TEL: 6648469 - 6648466- 6649721  
s.general@concejocartagena.gov.co  
CARTAGENA - BOLIVAR

16



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

265

Acta 001 (Enero 02 de 2016)

7

deber. A nombre de mi Bancada el Partido Liberal Colombiano, voy a postular a un miembro de nuestra colectividad, hijo de un gran Exalcalde de Cartagena, tres veces Alcalde, hoy su hijo nos está acompañando, y para mí es un orgullo en la mañana de hoy postular a su hijo Javier Wadi Curi Osorio para el cargo de Presidente del Honorable Concejo Distrital de Cartagena de Indias, para el periodo constitucional del 2 de enero al 31 de diciembre de 2016. Javier nació en Cartagenero el 19 de diciembre, es economista de la Universidad Tecnológica de Bolívar, tiene su postgrado y una maestría en estudios políticos y especialización en gobierno y políticas públicas de la Javeriana. Ha gerenciado muchos proyectos. El doctor Javier es una persona que tiene unas cualidades excepcionales, viene de una familia política. Le pido a mis colegas que respaldemos el nombre de Javier para que sea nuestro Presidente este año y sea la persona que nos lidere para sacar adelante todos esos proyectos e iniciativas que anunció el Señor Alcalde en su discurso de posesión del día de ayer y en el de instalación en la mañana de hoy. Señor Alcalde, se que con nuestra Presidencia del Partido Liberal, su Gobierno va a tener una importante dinámica al seno de Corporación. A nombre del Partido Liberal Colombiano postulamos al doctor Javier Curi para que sea nuestro Presidente. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE DE LA JUNTA PREPARATORIA: Hay más postulaciones?, se cierran. Votación Nominal. \*\*\*\*\*

SECRETARIO AD-HOC: Adechine Carrillo Zaith Carmelo, (SI); Barrios Gómez Carlos Alberto, (SI); Blel Scaff Vicente, (SI); Caballero Rodríguez David Bernardo, (SI); Cassiani Valiente Luis Javier, (SI); Curi Osorio Javier Wadi, (SI); Dáger Lequerica Manuel, (SI); Fortich Rodelo Ronald José, (SI); Guerra Torres Antonio Salim, (SI); Hodeg Durango Angélica María, (SI); Mendoza Quessep Américo Elías, (SI); Mendoza Saleme Edgar Elías, (SI); Meza Pérez Rafael Enrique, (SI); Montero Polo Lewis, Pérez (SI); Montes William Alexander, (SI); Piña Feliz Erich Nijinsky, (SI); Pión González Cesar Augusto, (SI); Torres Cohen Duvinia, (SI) y Useche Correa Jorge Alfonso, (SI). Finalizada la votación nominalmente, Diecinueve votos por el SI a favor del Concejal Javier Wadi Curi Osorio. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE DE LA JUNTA PREPARATORIA: Ratifica la Plenaria la elección del doctor Javier Curi). \*\*\*\*\*

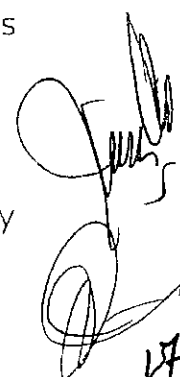
SECRETARIO AD-HOC: Si lo ratifican. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE DE LA JUNTA PREPARATORIA: Concejal Javier Curi, jura a Dios y promete al Pueblo cumplir fielmente la Constitución y las Leyes de Colombia?. \*\*\*\*\*

CONCEJAL JAVIER WADI CURI OSORIO: Si juro. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE DE LA JUNTA PREPARATORIA: Si así lo hicieréis que Dios y la patria los premien, si no que él y ella os lo demanden. \*\*\*\*\*

AVENIDA DEL ARSENAL, EDIFICIO GALERAS DE LA MARINA N° 1-08 TEL: 6648469 - 6648466- 6649721  
s.general@concejocartagena.gov.co  
CARTAGENA - BOLIVAR

  
17



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

266

Acta 001 (Enero 02 de 2016)

8

Toma la posición de Presidente del Concejo Distrital de Cartagena de Indias el Concejal Javier Wadi Curi Osorio.\*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Seguimos con la elección del Primer Vicepresidente, se abren las postulaciones, están abiertas, tiene la palabra el Concejal Blel.\*\*\*\*\*

CONCEJAL VICENTE BLEL SCAFF: Gracias Señor Presidente, mis felicitaciones, un cordial saludo al nuevo Alcalde, doctor Manuel Vicente Duque Vásquez, a los nuevos funcionarios, al Senador Montes, García, a la Representante Martha Curi, a todos nuestros familiares que nos acompañan en esta sesión, señores de las barras y medios de comunicación. A nombre de mi Bancada tengo el honor de postular para el cargo de Primer Vicepresidente al Concejal Américo Elías Mendoza Quessep, Economista Especialista en Finanzas, Planificación Ambiental, Formulación y Evaluación de Proyectos. Es una persona que se ha desempeñado como Jefe de Presupuesto del Departamento de Bolívar por muchos años. Tuve el honor de participar con él en la Comisión de Presupuesto el año inmediatamente anterior, por eso, quiero postularlo para el cargo de Primer Vicepresidente para el periodo del 1 enero al 31 de diciembre de 2016.\*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Siguen las postulaciones, anuncio que se va a cerrar, queda cerrada, Señor Secretario Sírvase llamar a votación Nominal.\*\*\*\*

SECRETARIO: Adechine Carrillo Zaith Carmelo, (SI); Barrios Gómez Carlos Alberto, (SI); Blel Scaff Vicente, (SI); Caballero Rodríguez David Bernardo, (SI); Cassiani Valiente Luis Javier, (SI); Curi Osorio Javier Wadi, (SI); Dáger Lequerica Manuel, (SI); Fortich Rodelo Ronald José, (SI); Guerra Torres Antonio Salim, (SI); Hodeg Durango Angélica María, (SI); Mendoza Quessep Américo Elías, (SI); Mendoza Saleme Edgar Elías, (SI); Meza Pérez Rafael Enrique, (SI); Montero Polo Lewis, Pérez (SI); Montes William Alexander, (SI); Piña Feliz Erich Nijinsky, (SI); Piñón González Cesar Augusto, (SI); Torres Cohen Duvinia, (SI) y Useche Correa Jorge Alfonso, (SI). Diecinueve (19) votos por el SI.\*\*\*\*

PRESIDENTE: Ratifica la Plenaria la elección del Concejal Américo Mendoza como Primer Vicepresidente?.\*\*\*\*\*

SERETARIO AD-HOC: Si lo ratifican.\*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Concejal Américo Mendoza Quessep, jura a Dios y promete al Pueblo cumplir fielmente la Constitución y las Leyes de Colombia?.\*\*\*\*\*

CONCEJAL AMERICO MENDOZA QUESSEP: Si juro.\*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Si así lo hicieréis que Dios y la patria los premien, si no que él y ella os lo demanden. Continuamos con el Cargo de la Segunda

18



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

267

Acta 001 (Enero 02 de 2016)

9

Vicepresidencia. Se abren las postulaciones, tiene la palabra el Concejal Salim Guerra.\*\*\*\*\*

CONCEJAL ANTONIO SALIM GUERRA: Gracias Presidente, buenos días, me han delegado la postulación de la Segunda Vicepresidencia del Honorable Concejo de Cartagena para el año 2016. Pongo a consideración el nombre de Angélica María Hodeg Durango, es profesional en Administración de Empresas con Énfasis en Marketing Estratégico, Especialista en Gerencia y Logística y Comercio Internacional y Máster en Dirección de Marketing y Seis, capacitada para manejos de grupo y para desarrollar labores empresariales con carácter directivo. Estudio su Primaria en el Colegio Eucarístico de Santa Teresa, la Universitaria en la Tecnológica de Bolívar. Presidente pongo a consideración el nombre de la doctora Angélica María Hodeg Durango para la Segunda Vicepresidencia. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Siguen las postulaciones, anuncio que se va a cerrar, queda cerrada, Señor Secretario Sírvese a solicitar votación Nominal.\*\*

SERETARIO AD-HOC: Adechine Carrillo Zaith Carmelo, (SI); Barrios Gómez Carlos Alberto, (SI); Blal Scaff Vicente, (SI); Caballero Rodríguez David Bernardo, (SI); Cassiani Valiente Luis Javier, (SI); Curi Osorio Javier Wadi, (SI); Dáger Lequerica Manuel, (SI); Fortich Rodelo Ronald José, (SI); Guerra Torres Antonio Salim, (SI); Hodeg Durango Angélica María, (SI); Mendoza Quessep Américo Elías, (SI); Mendoza Saleme Edgar Elías, (SI); Meza Pérez Rafael Enrique, (SI); Montero Polo Lewis, Pérez (SI); Pérez Montes William Alexander, (SI); Piña Feliz Erich Nijinsky, (SI); Pión González Cesar Augusto, (SI); Torres Cohen Duvinia, (SI) y Useche Correa Jorge Alfonso, (SI). Diecinueve (19) para el SI, a favor de Hodeg Durango Angélica María.\*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Señora Concejala, jura a Dios y promete al Pueblo cumplir fielmente la Constitución y las Leyes de Colombia?\*\*\*\*\*

CONCEJALA ANGELICA MARIA HODEG DURANGO: Si juro.\*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Si así lo hiciereis que Dios y la patria los premien, si no que él y ella os lo demanden. Continuamos con el Cargo de la Segunda Vicepresidente.\*\*\*\*\*

### 11. PALABRAS DEL SEÑOR PRESIDENTE DEL CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS.

CONCEJAL JAVIER WADI CURI OSORIO: Señor Alcalde Cartagena de Indias, doctor Manuel Vicente Duque Vásquez, Congresistas de la República, Honorables Concejales de la ciudad de Cartagena, Ediles presentes, Señores integrantes del Gabinete de la Administración Distrital, Exconcejales, Excongresistas, Invitados Especiales, Señores Representantes de los medios de comunicación, Familiares de los Concejales que hoy nos acompañan, amigos y amigas, todos y todas. La gratitud es un valor propio de las almas grandes: quiero iniciar mi

19





## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

208

Acta 001 (Enero 02 de 2016)

10

intervención dándole las gracias al Supremo, que sin importar credo o religión todos albergamos en nuestras mentes y corazones, como el faro que guía nuestras existencias y a cuya voluntad se somete los planes de los hombres. A mi Familia, fuente inagotable de valores morales, trabajo y servicio; mi Padre Nicolás Francisco Curi Vergara, quien me enseñó que los liderazgos no se heredan, compra, o se hurtan. Los liderazgos se ganan teniendo la capacidad de articular visiones, encarnar valores y crear el ambiente dentro del cual se puedan alcanzar objetivos comunes. Con su humildad en su desempeño como servidor público me enseñó que los cargos no se ocupan para hacerse importante sino para realizar grandes proyectos colectivos y mucho menos para ser alguien, sino para hacer algo especialmente por lo menos favorecidos en la escala social. Mi gratitud para los ciudadanos que el pasado 25 de octubre ejerciendo su derecho constitucional de elegir y ser elegidos, tomando la decisión de apoyar la candidatura del Partido Liberal Colombiano, a nombre de Javier Curi Osorio, para ocupar un escaño en el cabildo de la ciudad de Cartagena. Con ellos he firmado un pacto de que el pueblo cartagenero, su gente a quien respeto, quiero y admiro han sido, son y serán siempre nuestro compromiso. A los miembros de este órgano deliberatorio, todos y todas, cada uno de los Honorables Concejales y Concejalas quienes me han distinguido con la honrosa designación de ocupar la presidencia para el periodo constitucional de enero a diciembre 31 de 2016. A todos ellos les brido tanto mi amistad personal, condición para una vida plena, feliz y de respeto recíproco como mi amistad civil o política que es fundamental para la convivencia y base de la justicia. Una concordia para alcanzar los acuerdos sobre las cosas que les convienen a la ciudad y llevarlas a la práctica. Extiendo mi más cordial bienvenida a este puñado de hombres y mujeres que representan una diversidad de voces y sectores. En los tiempos presentes Cartagena, la histórica, esplendorosa, fantástica, turística, portuaria e industrial, pero también la desigual, excluyente, inequitativa y pobre se prepara para iniciar un periodo de Gobierno. Un Gobierno y un Concejo Distrital que deben asegurar la sostenibilidad de la ciudad en los próximos años dirigiendo su actuación hacia tres grandes retos: mitigar los riesgos de desastres y cambio climático, procurar un desarrollo urbano integral, mejorar la gestión fiscal, la gobernabilidad y a transparencia. La ciudad viene haciendo la tarea: el plan 4C: Cartagena de Indias competitiva y compatible con el clima, el Plan Maestro de Movilidad, el Plan Especial de Manejo y protección del Centro Histórico-PEMP, un nuevo Estatuto Tributario y Plan de Ordenamiento Territorial. Estos son insumos que deben permitir encaminarnos hacia la senda de un desarrollo sostenible ara que Cartagena dese ser considerada como una de las ciudades con mayor concentración del suelo y la riqueza y no se cuestione con mayor concentración del suelo y la riqueza y no se cuestione que muy a pesar de que en los últimos años se ha dado un aumento en los recursos públicos, no ha sido posible garantizar un mejoramiento de la calidad de vida de los cartageneros debido las limitaciones en la asignación y ejecución del gasto público. Las tres dimensiones del desarrollo sostenible mencionadas están interrelacionadas, y por lo tanto, las decisiones que se tomen en una de ellas afectarán a las otras. De ahí la imperiosa necesidad por fomentar

20



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

269

Acta 001 (Enero 02 de 2016)

11

un mejoramiento continuo en la coordinación del trabajo entre Gobierno, Concejo Distrital, Academia, Sector Privado, Sociedad Civil. En construir un discurso de ciudad honesto, sincero, comprometido que supere aquella posición muy cómoda de optar por salidas moralistas que solo se limitan a calificar los comportamientos de los otros como buenos o malos sin que podamos avanzar en el análisis y comprensión de los problemas que nos aquejan. La descalificación moralizante no nos ha permitido ahondar en las complejidades de nuestro comportamiento como individuos y sociedad. Este cuerpo edilicio debe crear las condiciones para que en los próximos cuatro años (4) avancemos hacia una mayor gobernabilidad de la ciudad. Y así lo viene demostrando: la Corporación ha dado muestras de madurez al observar que las agendas políticas que se aprueben en su seno no van en contravía de aquellas propuestas por la Administración. En los debates prima el respeto por las diferencias de ideas, dentro de un ambiente de tolerancia y el fomento de la unidad de los contrarios sin caer en el unanimismo de que un solo criterio rige la entidad. Se ha brindado todas las garantías para ejercer el derecho a la oposición y así debe continuar. ES indispensable entender que el equilibrio de poderes es un requisito esencial en la democracia y así se viene demostrando en las relaciones entre la administración y el Cabildo Distrital. El ejercicio acertado de sus funciones de control político y actuaciones normativas lo acreditan hoy como uno de los más transparentes del país, pero se requieren mayor esfuerzo antes las demandas y complejidades de lo urbano. Soy de los que creen que si no cambian las instituciones es imposible mejorar las condiciones de la ciudad. Debemos emprender acciones para rescatar la credibilidad de la gente en su gobierno y las instituciones abriendo espacios para una participación más activa de la sociedad civil, unas finanzas públicas saludables, una administración de la cosa pública que logre un balance adecuado entre la eficiencia y la equidad en el manejo de los recursos públicos y lo expresé mediante una rendición de cuentas claras. Alcalde Manuel Vicente Duque -Manolo-: Usted y yo sabemos que en la ciudad existen grandes brechas económicas y sociales entre sus habitantes; que no ha sido posible disminuir a pesar de los resultados en el progreso económico que ha experimentado la ciudad. La desigualdad social que aquí se presenta como una hidra de mil cabezas hunde sus raíces en la desigualdad económica de sus ciudadanos, en la gran limitación de la economía local para generar oportunidades de una mejor redistribución de ingresos. La falta de capacidad para lograr apertura e inclusión en los mercados, generar fuentes de empleo, disminuir la informalidad en el comercio y en servicios, frenar la concentración de la tierra, brindar servicios públicos, educación, salud, infraestructura, de la forma más pertinente, eficiente y eficaz posible. Por ello, muy respetuosamente me permito sugerirle que en su Plan de Desarrollo "Primero la Gente", el eje de la política social, sea una política integral de mejoramiento de barrios que plantee la necesidad de un enfoque integral que contemple acciones en salud, capacitación, servicios comunitarios, actividades culturales, recreativa, vivienda y servicios públicos. Es quizás el macro proyecto de mayor impacto social en la ciudad y sin lugar a dudas marcará el inicio de una transformación real en términos de equidad y justicia social. Una

*[Handwritten signature]*  
81



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

270

Acta 001 (Enero 02 de 2016)

12

muestra de compromiso del Gobierno "Primero la Gente" por alcanzar la Paz, sería con la ejecución de programas de mejoramiento integral de barrios que movilicen y organicen a las comunidades, brinden acceso a la información y a la educación, les permita participar en las decisiones y acciones del programa. Señor Alcalde, un gobernante sin sensibilidad social condena a su pueblo a la más brutal de las tiranías. Ayer cuando usted formalmente tomó el timonel de esta nave, llamada Cartagena de Indias: "creada por Dios cuando era marinero", como lo recuerda en una bella poesía el poeta Turbay, no fueron el arsenal de intenciones, los que terminaron por convencerme que como ciudadano había tomado la decisión correcta de apoyarlo en su aspiración a la Alcaldía de Cartagena de Indias y de que este sería un Gobierno donde lo prioritario es la "Gente". Tampoco fue su popularidad, fruto de su reconocida labor profesional como Comunicador Social al servicio del deporte y la comunidad, y que le permitió obtener la victoria en la reciente gesta electoral. Ha sido esa emoción espontánea y sincera, que brotó de lo más profundo de su corazón cuando expresó su amor y agradecimiento hacia sus padres y su familia en su intervención. Hagamos posible Señor Alcalde y Honorables Concejales, que miles de familias cartageneras depositen una lágrima de felicidad y satisfacción del deber cumplido edificando una ciudad para todas las generaciones futuras y nunca olviden que "Primero, Primero, Primero es la Gente", Viva Cartagena. \*

### 12. DOCUMENTOS PARA DAR CUENTA.

Por Secretaría se informa que no hay documentos en la Mesa.\*\*\*\*\*

### 13. LO QUE PROPONGAN LOS HONORABLES CONCEJALES Y CONCEJALAS

PRIMER VICEPRESIDENTE: Tiene la palabra al Concejal Cesar Pión González.\*\*\*\*\*

CONCEJAL CESAR PION GONZALEZ: Quiero saludar efusiva y afectuosamente al Señor Alcalde del Distrito de Cartagena, doctor Manuel Vicente Duque, a todos los familiares de nuestros colegas, a los periodistas, al público en general. Quiero romper con la tradición de que en las Sesiones inaugurales por protocolo no hay participación, pero creo señor Alcalde que con las intenciones de trabajo que usted tiene, nosotros no estamos para perder tiempo y este espacio que hoy se presenta tiene que ser aprovechado para dejarle algunas inquietudes que debemos poner en práctica como dijo usted ayer en su posesión, agarrados de la mano. Tiene usted una gran oportunidad, por primera vez, quienes fueron sus seguidores o no, están decididos de trabajar unánimemente, creo que es por primera vez en Cartagena un alcalde de elección popular va a tener la oportunidad de tener un Concejo consiente de la necesidad y el requerimiento de Cartagena, pero me toca decirle unas cosas que tiene que hacer de forma inmediata. Ayer cuando se habló de la inclusión social y de que se iba a tener a metro a los corruptos, que tenían que temblar, que tenía que tener los bolsillos cocidos, nos toca a nosotras como clase política orgullosa, decirle que



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

271

Acta 001 (Enero 02 de 2016)

13

uno de los problemas grandes que generan la corrupción es el aboletismo de la estructura de la Administración Distrital que a través del tiempo tiene muchas dualidades en sus funciones, gente enquistada que por encima de la decisión y el concepto de una corporación, deciden sobre la suerte económica del Distrito. Esto tendría que empezar con una reestructuración administrativa, eso no da espera, es lo que tiene que hacer un Alcalde si quiere que esto llegue a un puerto seguro. El salario mínimo en Cartagena, en el país, llegó a \$689.454, es decir, aumentaron \$45.104 pesos, que dividido en 30 días aproximadamente, \$1.500 diarios, es lo que se le está sumando. Cuando Cartagena tiene un descenso del empleo formal, un incremento del empleo informal, es decir, con el incremento del dólar, con la baja del petróleo, con el recorte de las rentas nacionales, solamente se ha aumentado solo el 0.3%, porque el índice de precio del consumidor, la inflación por el Banco de la República, está tasada en un 6.7%. Usted tiene todo para hacer, para poder replantear el Estatuto Tributario donde no podemos tasar más impuestos, porque el problema de nuestra ciudad no es incrementar tasa tributaria: el que tiene más paga más, y el que tiene menos paga menos. Eso obedece es a una reestructuración del Plan de Ordenamiento Territorial, que usted mencionó, y que no exista una disminución de las tasas de la zona norte, que son consideradas urbanas y rural, y que no permiten la expansión de Cartagena por esa denominación, mientras el estrato 3 es tasado fuertemente en una parte del predial. Las islas, no pueden seguir siendo islas, el que las tiene que pague, no es posible que en nuestra ciudad estemos pagando los que vivimos en edificios más por administración y por predial, que los que tienen muchas veces cedidos territorios en convenios en el Distrito de Cartagena. La Secretaría de Hacienda, amerita urgentemente una modernización; el problema no es incrementar la tasa tributaria, sino la tasa de cobro. Cartagena ha sido dependiente de las transferencias, es un Distrito dependentista, no tiene la oportunidad de generar sus propios ingresos, porque no tiene una modernización, y porque hay una gran cantidad de prescripciones, de recursos, que si bien el Concejo ha efectuado debates, denuncias, continúan con las prescripciones porque no hay un orden administrativo, porque no existe un control de archivo, no hay una secuencia y una coherencia con los requisitos de tiempo que quedan plasmados, y se pierden para poder hacer prescripciones y las prescripciones se le han hecho a grandes empresas que no deberían estar. Hoy el Estado nos debe una gran cantidad de dinero, por la tasa, buques que llegan, cruceros, aquí en el Distrito de Cartagena, el Ministerio no ha tenido todavía la voluntad de devolverle a Cartagena un recurso para que engruese su presupuesto, y que usted con su departamento jurídico, tiene que entregar a algún tercero esa recuperación de esos recursos, para poder nosotros tener una oportunidad de inversión. Hay algunas empresas que no pagan la cuota de fiscalización, y grave para nosotros, usted que desea finalizar con las pandillas, que Cartagena no tenga un proceso urbano de paz. Hoy en el país la preocupación de los Alcaldes y gobernantes más que repartir la burocracia y poder atender los diferentes sectores de la sociedad, debería ser poder analizar cómo es su fiscalización, cómo es su ordenamiento territorial y cómo establecemos un proceso de cultura

23



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

272

Acta 001 (Enero 02 de 2016)

14

ciudadana y de cultura laboral para poder estar en los órdenes competitivos. No es posible que sigamos funcionando en centros de salud que no están legalizados en manos del Distrito, y que si usted a tiempo no analiza, por omisión también sería cómplice de lo que yo he llamado peculado con anterioridad, porque se han hecho inversiones en predios que no están registrados en la Oficina de Registros Públicos. Usted habla de una sola Escuela para Cartagena, de una calidad y el Partido de la U en nombre de la Concejal Duvinia presentó un Proyecto de Acuerdo de Innovación y Tecnología, pero este proyecto necesita una cuota inicial del Distrito, no es posible que para el 2016 solamente tengamos 2.85 del presupuesto para invertir en calidad, es decir, sus propósitos pueden naufragar, porque la intención ante la realidad normativa y estructural, le amarran las manos. Yo creería como lo plantea el Presidente de la Corporación que usted debe dar una muestra de trabajar así como lo planteó, de la mano del Concejo para que esta Corporación le alimente ideas; este no es un Concejo burocrático como cree la ciudad, no es un Concejo que corretea y acosa por intereses personales, es un Concejo que reclama los espacios políticos, pero es un Concejo que tiene la experiencia y la memoria institucional, de todos los proyectos que han pasado por esta institucional. Cómo usted va acabar con las pandillas, si no existe en Cartagena ni un Centro de Rehabilitación, de manera masiva, aquí hay clínicas, pero no hay centros de rehabilitación que puedan reemplazar la ansiedad y la angustia con medicamentos, eso tiene que ir de la mano de un proceso integral, coherente, sostenible al tiempo. Cartagena es la ciudad que recibe más desplazados en el territorio, recibe del Magdalena Medio, de los Santanderes, del Sur de Bolívar, de Antioquia, y de ahí se constituyeron barrios que abrieron muchas puertas en el territorio como es el Pozón, Mandela y como lo están surgiendo otros. \*\*\*\*\*

Agotado el Orden del Día, se levanta la Sesión y se convoca para mañana, a partir de la 08:00.\*\*\*\*\*

**JAVIER WADI GURI OSORIO**  
Presidente

**CÉSAR AUGUSTO PION GONZALEZ**  
Secretario General Ad-hoc

TRANSCRITA POR  
ISABEL GONZÁLEZ ARROYO  
SECRETARIA CÓDIGO 440 GRADO 4

24



# Concejo Distrital de Cartagena de Indias

Nº. 806 000 199 - 0

Oficina Asesora Jurídica

273

HONORABLES MAGISTRADOS  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR  
Magistrado Ponente  
Doctor LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ  
E. S. D.

|                   |                                                                                               |
|-------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|
| Medio de Control: | Acción de Nulidad Electoral – Primera Instancia                                               |
| Demandado:        | Acto de Elección de Nubia Fontalvo Hernández como Contralora Distrital de Cartagena de Indias |
| Demandante:       | Veeduría Ciudadana Quinta Ventana Tu Veeduría, Dr. Jorge Quintana Sosa.                       |
| Radicado:         | 13001-23-33-000-2016 – 00313 – 00                                                             |

**FELIPE SANTOS DIAZ**, mayor de edad, identificado con cedula de ciudadanía No 3851875, Tarjeta Profesional de Abogado, No 108150, con domicilio tanto del suscrito como mi poderdante en el Barrio Getsemaní, Avenida del Arsenal Edificio Galeras de la Marina No. 1º - 08 de esta ciudad, de conformidad con las facultades otorgadas al suscrito, las cuales se encuentran plasmadas en el poder que adjunto, para actuar en consideración a lo establecido en el artículo 78 de la ley 1564 de 2012 y los artículos 139, 161 No. 6, 162, 164, 171, 172, 175 de la ley 1437 de 2011, procedo ante su Señoría a interponer la siguiente:

## EXCEPCIONES DE MÉRITO

### INEXISTENCIA DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS PROFERIDOS POR EL CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS EN EL CURSO DE LA CONVOCATORIA PÚBLICA PARA LA ELECCIÓN DE CONTRALOR DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS.

La nulidad de un acto administrativo viene precedido por el no cumplimiento de estrictos requisitos que la norma superior así lo establezca, en palabras de nuestro Honorable Consejo de Estado, "se trata, por supuesto, de una presunción legal o iuris tantum y no iuris et de iure, vale decir, que admite prueba en contrario y por lo mismo es desvirtuable ante los jueces competentes." **SECCION TERCERA - Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO - Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil siete (2007)- Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00424-01(16503).**

Esa presunción de legalidad, establecida en el artículo 88 de la ley 14311 de 2011, por ser una presunción, debe ser destruida, desmembrada, desarticulada por el demandante, confrontando el acto frente a la norma superior. En el caso que acontece un juicioso estudio de legalidad, como es el referenciado proceso, el demandante a lo largo de sus repetitivos hechos, sólo hace declaraciones, afirmaciones subjetivas sobre un supuesto entuerto entre Concejales con una aspirante en particular, quién a la postre salió escogida dentro del acto discrecional y político con el que culminó la Convocatoria Pública. El demandante no hace un objetivo análisis de inexistencia de los actos administrativos, por tanto mientras no se demuestre aquello, la eficacia y validez de todos los actos administrativos persistirán, conforme el al artículo 87 de la misma norma jurídica citada.

Calle del Arsenal Edificio Galeras de la Marina N° 1-08 Tel 6647053

[juridica@concejocartagena.gov.co](mailto:juridica@concejocartagena.gov.co)

Cartagena de Indias D.T y C

27



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias

Nº. 806 000 199 - 0

### Oficina Asesora Jurídica

A contrario sensu, ésta defensa ha sido enfática y argumentativa al contestar, que la legalidad de los actos administrativos está precedida de la objetiva distinción que hace nuestro honorable Consejo de Estado, mediante el pronunciamiento que esta Corporación Judicial realizara el 10 de Noviembre de 2015, en el cual manifestó:

"(...) es característica esencial del concurso que la lista de elegibles se ordene estrictamente de acuerdo con el resultado del procedimiento de selección (regla de mérito), de modo que quien obtiene la mejor calificación adquiere el derecho a ser nombrado en el respectivo cargo. (...) Ahora bien, en el caso consultado los debates legislativos dan cuenta de que el Acto Legislativo 2 de 2015 al utilizar la expresión "convocatoria pública" optó por un mecanismo de elección que si bien se funda en los mismos principios básicos de los concursos públicos (incluso en cuanto al criterio de mérito), **se diferencia de estos en que al final del proceso de selección las corporaciones públicas conservan la posibilidad de valorar y escoger entre los candidatos que han sido mejor clasificados.** Se entendió que si se adoptaba un concurso público de méritos como tal, se obligaba al organismo nominador a nombrar de acuerdo con el orden de clasificación de los aspirantes, lo que se consideró como una reducción indebida de la autonomía de las corporaciones públicas. Por tanto, se dijo, era necesario acudir a un sistema transparente, público, objetivo y basado en el mérito, pero que fuera distinto al concurso público en cuanto permitiera al organismo elector escoger entre los varios candidatos que superaran la etapa de selección. (...) De este modo, además de que literalmente se trata de expresiones distintas y que el nuevo artículo 126 Constitucional alude a una y otra como figuras separadas (al señalar que la convocatoria aplicará "salvo los concursos regulados por la ley"), la Sala observa que los antecedentes del Acto Legislativo 2 de 2015 ratifican que el constituyente derivado quiso diferenciar la convocatoria pública del concurso público de méritos del artículo 125 de la Constitución Política, particularmente porque en los procesos de elección mediante convocatoria pública no existe un orden obligatorio de escogencia entre los candidatos que superan las etapas de selección, tal como ocurre en los concursos de méritos. Así pues, el sistema de convocatoria pública mantiene un grado mínimo de valoración o discrecionalidad política en cabeza de las corporaciones públicas para escoger entre quienes se encuentran en la "lista de elegibles", aspecto que constituye el elemento diferenciador entre la convocatoria pública de los artículos 126, 178A, 231, 257, 267 y 272 de la Constitución Política, y el concurso público de méritos a que alude el artículo 125 de la misma Carta. Sin embargo, en lo demás (publicidad de la convocatoria, reclutamiento de los mejores perfiles, transparencia, aplicación de criterios objetivos y de mérito, etc.) puede decirse que no existen diferencias sustanciales entre uno y otro mecanismo de selección de servidores públicos." **(CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil quince (2015) Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00182-00(2274) Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR).**

En virtud a lo anterior, quedó absolutamente claro que, para la escogencia de Contralor Distrital, no estaríamos en presencia de un concurso público de méritos, sin que esto significara la desatención a los criterios de transparencia, objetividad y publicidad, lo cual se evidenció durante todo la **Convocatoria Pública**; así mismo, se le dio aplicación al principio Constitucional de las Acciones Afirmativas, cuya figura, implica la ejecución de medidas encaminadas a disminuir y eliminar las diferencias de trato social entre ambos géneros, estrategias que se desarrollan para garantizar la plena incorporación de las mujeres en el ámbito laboral y corregir las diferencias en materia de oportunidades; así mismo, el Concejo Distrital se basó en



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias

Nº. 806 000 199 - 0

### Oficina Asesora Jurídica

275

el principio Constitucional de equidad de género, que implica la defensa de la igualdad del hombre y la mujer en el control y el uso de los bienes y servicios de la sociedad, y en la indispensable participación de la mujer en la estructura del poder público, razón por la cual, se escogió a la mujer, **con el tercer (3) puntaje más altos**, es decir con mejor desempeño dentro de la Convocatoria Pública para que fuera integrante legítima de la terna. Lo anterior se encuentra registrado en todos los actos administrativos que hacen parte de la estructura de la Convocatoria Pública.

#### INCAPACIDAD PROCESAL DEL CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS.

Es oportuno en este asunto y en este momento procesal citar el ya mencionado artículo 53 de la ley 1564 de 2012 "Capacidad para ser parte. Podrán ser parte en un proceso: 1. **Las personas naturales y jurídicas**, 2. Los patrimonios autónomos, 3, El concebido, para para la defensa de sus derechos, 4. Lo demás que determine la ley".

En efecto las reiteradas providencias que en éste sentido el Honorable Consejo de Estado en Sala Plenase ha pronunciado al respecto, basta destacar una de tantas declaraciones para una mayor ilustración, así:

*"Es claro para la Sala que si bien, como lo dice el recurrente, el concejo municipal no depende de la alcaldía municipal ni se superpone a ella", si hace parte del municipio, las funciones que ejerce son para el funcionamiento y cumplimiento de los fines de la entidad fundamental denominada "municipio", que es el ente territorial que goza por disposición legal de personería jurídica y en tal sentido es quien tiene capacidad para ser parte en un proceso. **Entonces mientras que al municipio, la ley si le reconoce personería jurídica, no existe una disposición legal que reconozca personería jurídica a los concejos municipales y en tal sentido no pueden ser parte en un proceso.***

Cuando una de las partes es un municipio, la representación judicial está a cargo del alcalde, por ser su representante legal, calidad que le fue asignada desde la Ley 28 de 1974, artículo 3º y en la actual Constitución Política en el artículo 314, además como se precisó en el punto anterior, dentro de sus atribuciones constitucionales, está la de representarlo judicialmente (artículo 315 No. 3) - **CONSEJO DE ESTADO - SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Consejero ponente: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ - Bogotá, D.C., agosto doce (12) de dos mil tres (2003) - Radicación número: 11001-03-15-000-2003-00330-01(S-330)"**

El anterior argumento, constituye el sustento adecuado para desatar desfavorablemente las improcedentes pretensiones del demandante, pues hay un yerro procesal que no permitiría pronunciarse al Tribunal Administrativo en relación a uno de los demandados.

#### EXCEPCIÓN PREVIA – INCAPACIDAD DEL DEMANDADO.

De conformidad con el artículo 175 de la ley 1437 de 2011, presento ante su señoría la siguiente excepción previa, en atención a éstas pequeñas y precisas consideraciones, así:

Las excepciones previas son instrumentos procesales que se caracterizan porque su finalidad primordial es atacar el procedimiento, no la sustancia procesal o litigio, dichas excepciones pueden ser alegadas por el demandado dentro del término del traslado de la demanda, dichas excepciones previas se encuentran

27





## Concejo Distrital de Cartagena de Indias

Nº. 806 000 199 - 0

### Oficina Asesora Jurídica

276

consagradas en el artículo 100 del código general, y apara éste preciso y puntual caso, estaríamos frente a la denominada **Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado.**

Tal y como se afirmó dentro de la respectiva excepción de mérito pertinente, el Concejo Distrital de Cartagena de Indias no tiene capacidad para ser parte dentro de éste referenciado proceso, y así lo ha precisado nuestro Honorable Concejo de Estado en pronunciamiento de Agosto 12 de 2003 con ponencia del Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié, el cual su tenor manifiesta claramente lo siguiente:

"Es claro para la Sala que si bien, como lo dice el recurrente, el concejo municipal "no depende de la alcaldía municipal ni se superpone a ella", si hace parte del municipio, las funciones que ejerce son para el funcionamiento y cumplimiento de los fines de la entidad fundamental denominada "municipio", que es el ente territorial que goza por disposición legal de personería jurídica y en tal sentido es quien tiene capacidad para ser parte en un proceso. Entonces mientras que al municipio, la ley si le reconoce personería jurídica, no existe una disposición legal que reconozca personería jurídica a los concejos municipales y en tal sentido no pueden ser parte en un proceso.

Cuando una de las partes es un municipio, la representación judicial está a cargo del alcalde, por ser su representante legal, calidad que le fue asignada desde la Ley 28 de 1974, artículo 3º y en la actual Constitución Política en el artículo 314, además como se precisó en el punto anterior, dentro de sus atribuciones constitucionales, está la de representarlo judicialmente (artículo 315 No. 3) - **CONSEJO DE ESTADO - SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Consejero ponente: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ - Bogotá, D.C., agosto doce (12) de dos mil tres (2003) - Radicación número:11001-03-15-000-2003-00330-01(S-330)"**

Fundamento por la cual se deberá dar por terminado el proceso y condenar en costas al demandante.

De usted,

Atentamente,

**FELIPE SANTIAGO SANTOS DIAZ**

CC. No 3851875

C.P. No 108150

28

Honorables Magistrados  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR  
M.P. LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ  
E.S.D.

270

*Medio de control:* ACCIÓN PÚBLICA DE NULIDAD ELECTORAL  
*Radicado:* 13-001-23-33-000-2016-00313-00  
*Demandante:* VEEDURÍA CIUDADANA QUINTANA VENTANA TU VEEDURÍA  
*Demandado:* Acto de elección de NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ como Contralora Distrital de Cartagena.  
*Asunto:* CONTESTACIÓN DEMANDA EN NOMBRE PROPIO

NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ, mujer, mayor de edad, vecina de esta ciudad, identificada como aparece al pie de mi firma, obrando en mi propio nombre y representación, en mi calidad de directa afectada con las resultas del proceso de la referencia, con apoyo en el Decreto 196 de 1971, Art. 28-1 "Por excepción se podrá litigar en causa propia sin ser abogado inscrito, en los siguientes casos: 1°. En ejercicio del derecho de petición y de las acciones públicas consagradas por la Constitución y las leyes", dentro de la oportunidad legal, concurre antes esta Magistratura por medio del presente escrito para CONTESTAR la demanda formulada por la VEEDURÍA CIUDADANA QUINTANA VENTANA TU VEEDURÍA a través de su representante legal el Señor Veedor JORGE ELIECER QUINTANA SOSA, conforme lo paso a exponer:

1

### 1. Antecedentes

Yo NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ, fui electa como Contralora Distrital de Cartagena de Indias para el periodo 2016-2019, por el H. Concejo Distrital de Cartagena de Indias en sesión de la Corporación realizada el día 8 de enero de 2016, tomando posesión de dicho cargo el 12 de enero de 2016.

Estando en el ejercicio de mis funciones, fui sorprendida por una ACCIÓN DE TUTELA que pretendía anular mi elección como Contralora Distrital de Cartagena, promovida por los señores Rafael RICARDO CAMARGO JIMÉNEZ e IVÁN DE JESÚS SIERRA PORTO, como accionante y coadyuvante respectivamente.

La anterior acción fue despachada favorablemente para los intereses de los accionantes a través de los siguientes Fallos (i) primera instancia: De

fecha tres (3) febrero de 2016, anulado en fecha cuatro (4) de febrero de 2016. Posteriormente, se expide Fallo de fecha 8 de febrero de 2016, el cual fue Aclarado mediante pronunciamiento del 10 de febrero de 2016, todas esas providencias del Juzgado Cuarto Penal Municipal Para Adolescentes con Funciones De Control De Garantías de Cartagena (Bolívar) y (ii) **Segunda Instancia** confirmatorio del Fallo de 8 de febrero de 2016 y su aclaración, por tratarse de un "hecho superado" (pagina. 10), expedido en fecha 31 de marzo de 2016, por el Juzgado Primero Penal Del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento, donde dice a página once (11) expresamente: *"Finalmente frente a los reparos planteados respecto de la forma de conformación de la lista de donde se escogió a la actual contralora, este despacho es del sentir, salvo mejor proveer, que **la acción de tutela no es medio idóneo** para ventilar dicha cuestión pues ella deberán ser dilucidado ante los jueces naturales, esto es ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, dentro del marco de las acciones ordinarias"*.

### 1.1. Cumplimiento del Fallo de Tutela de 8 de Febrero de 2016 y su Aclaración

En cumplimiento de dicho Fallo de Tutela, el Concejo Distrital de Cartagena de Indias se vio obligado acatarlo, y procedió de acuerdo a lo indicado en su NUMERAL TERCERO que dice: *"ORDENAR al CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA que debe retrotraerse a la etapa de entrevistas del proceso para elegir Contralor Distrital de Cartagena, momento en que se consolidó el vicio, motivo por el cual, en el término prudencial de diez (10) días lleve a cabo las entrevistas, consolide puntajes, y finalmente designe nuevamente Contralor, siendo llamados a ser entrevistados los aspirantes, doctores NUBIA FONTALVO HERNANDEZ e IVAN SIERRA PORTO, por cuanto lograron integrar la lista de elegibles respectiva, de la cual hacía parte el doctor JOSE DAVID MORALES VILLA, cuya declinación a ser elegido milita en autos. Así las cosas, por sustracción de materia, el actual nombramiento de la Doctora FONTALVO HERNÁNDEZ como Contralora Distrital quedará in efectos **hasta tanto** se subsane el defecto anotado"* (las negrillas son nuestras).

Sumado a lo anterior, en la página 21 del Fallo de 8 de febrero de 2016, el Juez de tutela expresa que : "(...) Así las cosas, por sustracción de materia, el actual nombramiento de la Doctora FONTALVO HERNÁNDEZ como Contralora Distrital quedará sin efectos, **hasta tanto** se subsane el defecto anotado, **y sin perjuicio de que pueda ser nuevamente elegida por la votación mayoritaria del Concejo Distrital actual, en las mismas condiciones en que fue elegida el pasado 8 de enero de 2016"** (las negrillas son nuestras).

3

El anterior providencia, fue cumplida por el Honorable Concejo Distrital de Cartagena, siendo el último paso, la designación, lo cual fue realizada en sesión de fecha 21 de febrero de 2016, donde designaron a NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ como Contralora Distrital de Cartagena de Indias para el periodo 2016-2019 y ese mismo día tomó posesión del cargo.

### 1.2. Improcedencia de la referida acción de tutela

La acción de tutela impetrada por los señores RICARDO CAMARGO JIMÉNEZ e IVÁN DE JESÚS SIERRA PORTO era IMPROCEDENTE, pues de conformidad con el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la misma no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de los derechos que alega violados.

La Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha manifestado que la acción de tutela ha sido consagrada con el fin de amparar los derechos fundamentales constitucionales ante su real y efectiva vulneración o posible e inminente amenaza, y no para obtener la declaración de los mismos. **Es una institución residual a la que no le está dado desconocer el principio del juez natural**, y por lo tanto debe ceñirse al ordenamiento jurídico vigente, lo cual significa que no puede promoverse como un medio judicial alternativo a los consagrados en la ley, encaminado a obtener la protección de los derechos demandados ante las jurisdicciones que nos rigen.

### 1.3. Inexistencia de la referida acción de tutela

Como lo veremos a lo largo del presente escrito con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, podremos ver que la mencionada acción de tutela que ordenó al Concejo Distrital de Cartagena realizar una nueva designación de Contralor Distrital, se torna en **INEXISTENTE** ya que no era ella el medio idóneo para controvertir la legalidad de un acto administrativo que había declarado la elección de Contralora Distrital de Cartagena.

Pudiéndose concluir que como en los citados fallos de tutela el juez constitucional adoptó decisiones sobre materias respecto de las cuales únicamente tiene competencia el H. Tribunal Administrativo de Bolívar, repetimos **dicha acción de tutela se torna en INEXISTENTE**, como ya lo señaló el Consejo de Estado en un caso similar, fallo este que más adelante traemos a colación<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En este sentido sobre la **INEXISTENCIA** consultar: CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA. Consejera Ponente: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN. Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil seis (2006). Expediente: 10010328000200600004-00 y

#### 1.4. La acción electoral (Art. 139 CPACA).

10

La declaratoria de elección como Contralora Distrital del día 8 de enero de 2016, reconoce derechos de carácter particular y concreto que no pueden ser modificado por ninguna autoridad administrativa o vía de acción de tutela pues **carecen de competencia legal para ello**, porque la legalidad del acto de elección debió ser controvertida por la **vía de la acción contenciosa electoral ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo**.

Siendo entonces la acción de nulidad contra actos de contenido electoral (Art. 139 CPACA) el medio idóneo para controvertir la legalidad del acto de declaración de mi elección como Contralora Distrital de Cartagena para el periodo 2016-2019, pues en ejercicio de ella tienen la posibilidad de solicitar las medidas cautelares previstas en los artículos 152, 275 numeral 5 del Código Contencioso Administrativo y el 238 de la Constitución Política.<sup>2</sup>

Es decir, los señores RICARDO CAMARGO JIMÉNEZ e IVÁN DE JESÚS SIERRA PORTO tuvieron a su alcance un medio de defensa judicial idóneo y eficaz para la defensa de los derechos que estimaban conculcados, pues dicha jurisdicción es la competente para juzgar su legalidad o ilegalidad y ese mecanismo no puede ser desplazado por la acción de tutela.

4

Se tiene entonces, que existiendo un proceso apto para la defensa de un determinado derecho, la acción de tutela se convierte en un mecanismo residual y subsidiario siempre que se demuestre la configuración de un perjuicio irremediable, el cual no se demostró dentro de la referida acción, de tal manera que el ejercicio de la misma, para la protección del derecho que se considera vulnerado, era **IMPROCEDENTE** y así debieron decretarla los juzgados que la decidieron.

## 2. Pretensión del medio de control electoral

Pretende el actor se decrete la nulidad electoral del supuesto segundo acto de elección de NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ del cargo de Contralora Distrital de Cartagena de Indias contendía en la sesión del día 21 de febrero

10010328000200600005-00. Radicación Interna: 3918 y 3919. Actor: Ministerio de Educación Nacional y Jesús Hernán Giraldo. Demandado: Rector Universidad de los Llanos. Asunto: Electoral – Fallo Única Instancia

<sup>2</sup> En este sentido consultar: CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”, Consejero Ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Bogotá D.C., dieciséis (16) de enero de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00428-01. Actor: LUIS ALBERTO GONZÁLEZ CONTRERAS. Demandado: CONSEJO NACIONAL ELECTORAL Y OTROS. Acción de Tutela – Impugnación.

de 2016 realizada por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias para el periodo 2016-2019, supuestamente por no cumplir la electa con los requisitos exigidos por la Constitución, la ley y los actos administrativos reguladores del concurso de Contralor, alegando la parte demandante como causal de nulidad la contenida en el Núm. 5º del Art. 275 del CPACA.

### 3. Síntesis del caso de autos

Para anular mi elección como Contralora Distrital de fecha **8 de enero de 2016**, no era la acción de tutela procedente ya que para anular los actos que declaran una elección, existe el MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL (Art. 139 CPACA). No obstante a través de los mencionados fallos de tutela, "**supuestamente**" se dejó sin efectos una etapa de la convocatoria pública y expresamos, "supuestamente", porque como lo veremos más adelante dichos fallos de tutela se tornan en **INEXISTENTES** y, **por ser inexistentes no nacen al mundo jurídico y mucho menos pueden producir consecuencias jurídicas**.

Por regla general la acción de tutela no procede para declarar la nulidad de los actos administrativos de carácter individual, particular y concreto entendiendo por estos, los que establecen, modifican o ponen fin a una situación jurídica individual, como en el caso de autos donde se declaró la elección de Contralor Distrital de Cartagena. Como lo señalaremos más adelante (punto 7), solo en forma excepcional procede la acción de tutela contra actos administrativos de carácter individual y concreto, no encajando dichas situaciones en el sub lite.

La elección como Contralora Distrital de Cartagena se dio luego de adelantarse un procediendo administrativo, que es de discrecional elaboración de los Concejos y Asambleas ya que "el mandato contenido en el artículo 272 de la Carta Magna no ha sido objeto de desarrollo legislativo", y por tanto dicho procedimiento concluyo con el acto de elección de fecha 8 de enero de 2016 a cargo del Concejo Distrital de Cartagena. No obstante, a través de los fallos de tutela de 1ª y 2ª instancias antes referidos, se vulneró el DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL, ordenando al Concejo Distrital de Cartagena realizar una designación a través de un nuevo acto de nombramiento, el cual se concretó el día 21 de febrero de 2016, acto este, que constituye el objeto de anulación del presente medio de control de nulidad electoral.

#### 4. Conclusión

BB

De lo anterior podemos concluir que el acto de elección que debió demandarse fue el contenido en el primer acto de fecha 8 de enero de 2016 y no la segunda elección o designación realizada el 21 de febrero de 2016. Ya que como lo veremos a lo largo del presente escrito con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, podremos ver que la tutela que le ordenó al Concejo Distrital de Cartagena la nueva designación de Contralor Distrital, se torna en INEXISTENTE ya que ella no era el medio idóneo para controvertir la legalidad del referido proceso de elección de Contralora Distrital de Cartagena.

Pudiéndose concluir que como en los citados fallos de tutela el juez constitucional adoptó decisiones sobre materias respecto de las cuales únicamente tiene competencia el H. Tribunal Administrativo de Bolívar, repetimos **dicha acción de tutela se torna en INEXISTENTE**, como ya lo señaló el Consejo de Estado en un caso similar, fallo este que más adelante traemos a colación.

#### 5. Problema jurídico

6

Conforme con lo anterior y lo expuesto en la demanda que pretende la nulidad del segundo acto de elección o designación (producto de la referida acción de tutela), se hace necesario resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Es procedente la declaratoria de nulidad de un acto electoral por vía de acción de tutela, teniendo en cuenta que existe otro mecanismo de impugnación judicial como lo es el medio de control de nulidad electoral Art. 139 CPACA?

Corresponde al Tribunal Administrativo de Bolívar examinar la legalidad del **segundo acto de elección o designación** de NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ como Contralora Distrital de Cartagena, realizada del **día 21 de febrero de 2016** por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias para el periodo 2016-2019, ordenada esta segunda elección a través de una acción de tutela que dejó supuestamente sin soporte legal la primera elección que válidamente ya había realizado el Concejo Distrital de Cartagena el día **8 de enero de 2016** cargo del que ya se había tomado posesión y se estaba en ejercicio de funciones.

Antes de que se aborde el tema central de la demanda<sup>3</sup>, deberá el Tribunal Administrativo de Bolívar estudiar la **viabilidad jurídica de la acción de tutela que decretó la nulidad del acto administrativo de mi elección de fecha 8 de enero de 2016 a partir de que se designara** contralor o Contralora Distrital de Cartagena, es decir, al término del cumplimiento de dicha acción de tutela. De esa forma, hemos interpretado dicho fallo, cuando el juez de tutela de primera instancia dijo: "Así las cosas, por sustracción de materia, el actual nombramiento de la Doctora FONTALVO HERNÁNDEZ como Contralora Distrital quedará in efectos hasta tanto se subsane el defecto anotado" (las negrillas y subrayas son nuestras). Por tanto, deberá determinarse la **EXISTENCIA** de ese acto jurisdiccional y fijar sus alcances jurídicos, a fin de establecer si puede o no producir efectos jurídicos, determinar su existencia y finalmente la necesidad de terminar el proceso por sustracción de materia.

**NUESTRA TESIS:** acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado la acción de tutela que decretó la nulidad del acto administrativo de mi elección de fecha 8 de enero de 2016 a partir de que se designara contralor o Contralora Distrital de Cartagena, se torna en **INEXISTENTE**, pudiéndose concluir que con los citados fallos de tutela, el juez constitucional adoptó decisiones sobre materias respecto de las cuales únicamente tiene competencia el H. Tribunal Administrativo de Bolívar, tornándose dicha acción de tutela en **INEXISTENTE**. Siendo entonces la única vía judicial para pretender la nulidad de un acto de elección que está en firme el medio de control de nulidad electoral, motivo por el cual el segundo acto de elección producto de una acción de tutela es **INEXISTENTE**.

## 6. Petición

### 6.1. Petición principal denegar las pretensiones de la demanda

Honorables Magistrados, por medio del presente memorial, me opongo a todas las pretensiones de la demanda, solicitando sean desestimadas por carecer de soporte o fundamento legal, conforme lo expresaremos a lo largo de este escrito.

### 6.2. Petición subsidiaria declaración expresa de inexistencia de los fallos de tutela.

Respetuosamente solicito al H. Tribunal Administrativo de Bolívar se establezca en la sentencia que desate la presente Litis "un pronunciamiento

<sup>3</sup> Supuestamente por no cumplir la electa, con los requisitos exigidos por la Constitución, la ley y los actos administrativos reguladores del concurso de Contralor, alegando la parte demandante como causal de nulidad la contenida en el Núm. 5º del Art. 275 del CPACA.



de accertamiento (constatación) que elimine toda duda al respecto y se requiera el ejercicio de las acciones pertinentes para eliminar las alteraciones ocurridas en el entretanto (vuelta las cosas al status quo ante, artículo 1746 del Código Civil)<sup>4</sup>, es decir que expresamente se declare que son **INEXISTENTES** todos los fallos de tutela de primera instancia expedidos por el Juzgado Cuarto Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control De Garantías de Cartagena (Bolívar) y que son: Fallo de fecha tres (3) febrero de 2016 (anulado en fecha cuatro de febrero de 2016), Fallo de fecha 8 de febrero de 2016, Aclaración de fallo de fecha 10 de febrero de 2016; que expresamente declare que es **INEXISTENTE** el Fallo de Tutela de Segunda instancia de fecha 31 de marzo de 2016 expedido por el Juzgado Primero Penal Del Circuito Para Adolescentes Con Funciones De Conocimiento; y que expresamente declare que es **INEXISTENTE** el eventual fallo de revisión de dicha acción de tutela por parte de la H. Corte Constitucional.

## 7. Consideraciones jurídicas

Este acápite comprenderá dos aspectos dirigidos a resolver las dos peticiones planteadas (i) la petición principal denegar las pretensiones de la demanda y (ii) petición subsidiaria de declaración expresa de inexistencia de los fallos de tutela.

### 7.1. Fundamentos para resolver la petición principal.

#### Caso resuelto por el Consejo de Estado aplicable al sub lite

Una situación similar a la debatida en el sub lite, ya fue resuelta por el órgano máximo de la jurisdicción contenciosa el cual reproducimos en extenso.

Se trata del caso de la elección del rector de la Universidad del Llano en el año 2005, en donde a través de un fallo de tutela se dejó sin efectos la designación que ya se había realizado; posteriormente, al llegar el caso al Consejo de Estado señaló el alto tribunal que **esa tutela era INEXISTENTE**, pues en los citados fallos de tutela se adoptaron decisiones sobre materias respecto de las cuales únicamente tenía competencia el Consejo de Estado en su Sección Quinta. Y, la acción de tutela no podría venir a sustituir al juez ordinario cuando existiera otro medio de defensa judicial que pusiera correctivos a los hechos generadores de la violación o

<sup>4</sup> Lo anterior acorde con el siguiente fallo: CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA (SUBSECCIÓN B). Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil doce (2012). Radicación número: 2500232600019950070401 (21.699). Actor: FELIPE ANTONIO PARRA ALVARADO. Demandado: MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS- FONDO DE INMUEBLES NACIONALES. Asunto: Acción contractual.

amenaza a los derechos fundamentales, es decir el juez constitucional de la tutela sólo está autorizado a actuar cuando en el ordenamiento interno no exista otra herramienta judicial.

06

Por la pertinencia, para solucionar el caso de autos, con el debido respeto solicitamos al **H. Tribunal Administrativo de Bolívar** le de aplicación a la referida providencia, CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA. Consejera Ponente: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN. Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil seis (2006). Expediente: 10010328000200600004-00 y 10010328000200600005-00. Radicación Interna: 3918 y 3919. Actor: Ministerio de Educación Nacional y Jesús Hernán Giraldo. Demandado: Rector Universidad de los Llanos. Asunto: Electoral – Fallo Única Instancia.

“Con absoluta coherencia el constituyente estableció que la acción de tutela no podría venir a sustituir al juez ordinario cuando existiera otro medio de defensa judicial que pusiera correctivos a los hechos generadores de la violación o amenaza a los derechos fundamentales, es decir el juez constitucional de la tutela sólo está autorizado a actuar cuando en el ordenamiento interno no exista otra herramienta judicial, pues de haberla, el interesado debe acudir prioritariamente a ella, ya que si se permitiera que el juez de tutela sustituyera, a voluntad, al juez natural de la causa se materializaría la violación al principio fundamental del debido proceso, en la medida que el juez natural sería despojado de sus competencias constitucionales y legales, subvirtiéndose así el andamiaje jurídico diseñado para que el servicio de administración de justicia se preste en forma oportuna por los jueces competentes.

9

(...)

“No es admisible, entonces, que el juez de tutela, consciente de la existencia de otro medio de defensa judicial, decida de manera discrecional si es él la autoridad indicada para resolver un conflicto que supera la protección de derechos fundamentales constitucionales, como fue en este caso el estudio de legalidad de actos administrativos de contenido particular y concreto, respecto de los cuales no tenía competencia, al estar radicada ella en el Consejo de Estado por tratarse de la elección de una autoridad del orden nacional. Cuando así se procede la agresión contra el ordenamiento jurídico salta a la vista, no solo por desconocerse el carácter subsidiario del amparo de tutela, sino porque a su vez se desarticula la armonía que impuso el legislador al reparto de competencias entre las distintas autoridades de la Rama Judicial, problema que ya ha sido detectado por la Corte Constitucional, quien sobre el punto ha opinado:

“que la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior)<sup>5</sup> y (iii) que se abran las puertas para desconocer el

<sup>5</sup> Cfr. Sentencia T-249 de 2002.

derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)”<sup>6</sup>

107

No desconoce la Sala que la idoneidad del medio de defensa judicial debe ser ponderada por el juez de tutela para el caso concreto, en aras de determinar la eficacia de la actuación del juez ordinario, ya que puede ocurrir que ese mecanismo ordinario de defensa judicial pierda su idoneidad por la inoportuna llegada de una decisión final, por no obtenerse el mismo resultado con una decisión judicial pronunciada cuando ya se haya consumado la violación de los derechos fundamentales. Empero, en la valoración de esa circunstancia el juez constitucional debe obrar con cautela, ya que si objetivamente existe la posibilidad de que sea el juez ordinario, quien dentro de un término razonable dirima el conflicto y con ello proteja los derechos fundamentales, el juez de tutela no puede impartir órdenes con carácter definitivo sino que sus mandatos deben ser transitorios, procurando resguardar los derechos fundamentales comprometidos, en espera de que sea el juez natural quien se pronuncie sobre el caso particular, tal como así lo entendió el constituyente en el artículo 86 al precisar en uno de sus incisos que “*Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como **mecanismo transitorio** para evitar un perjuicio irremediable*” (Resalta la Sala). De la misma forma lo entendió el legislador al señalar en el Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991 “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*”, dispone:

(...)

10

Ahora, si bien el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio constató la violación de derechos fundamentales con las sentencias de febrero 28 y marzo 8 de 2006, no hay duda que desbordó sus atribuciones constitucionales y legales al haber declarado la nulidad de la actuación administrativa que aquí se discute, por omitir considerar la idoneidad innegable de la acción electoral como mecanismo para sancionar cualquier vulneración al debido proceso en materia administrativa, en lo relativo a la elección del Rector de la Universidad de los Llanos. Y es que la idoneidad de la acción electoral, para el caso concreto, no puede ser puesta en tela de juicio, en atención a que se trataba de un asunto cuyo conocimiento era competencia de esta Corporación, en única instancia, y para ser desatado en el perentorio e improrrogable término de seis meses, como así lo dispuso la reciente reforma constitucional del artículo 264<sup>7</sup>.

**Sin embargo, como en los citados fallos el Tribunal adoptó decisiones sobre materias respecto de las cuales únicamente tiene competencia el Consejo de Estado en su Sección Quinta, esgrimiendo inidoneidad de la acción electoral sin razonamientos serios en respaldo, la anulación despachada por esa corporación judicial se tomará por inexistente.**<sup>8</sup>

<sup>6</sup> T- 514 de 2003.

<sup>7</sup> Esta norma fue reformada por el artículo 14 del Acto Legislativo 01 de 2003, señalando en el inciso 2º del parágrafo que: “En los casos de única instancia, según la ley, el término para decidir no podrá exceder de seis (6) meses”.

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA. Consejera Ponente: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN. Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil seis (2006). Expediente: 10010328000200600004-00 y 10010328000200600005-00. Radicación Interna: 3918 y 3919. Actor: Ministerio de Educación Nacional y Jesús Hernán Giraldo. Demandado: Rector Universidad de los Llanos. Asunto: Electoral – Fallo Única Instancia.

## 7.2. Sobre la segunda petición de declaración expresa de inexistencia de los fallos de tutela.



Con el anterior pronunciamiento del Consejo de Estado, es innegable la **INEXISTENCIA** de los fallos de tutela en el caso de autos, donde el **juez constitucional** pretende desconocer los efectos de un acto administrativo de elección electoral a través de la acción constitucional de tutela, por ser estas competencias del **juez contencioso**. La consecuencia jurídica es la inexistencia del el referido acto o providencia judicial, la cual no nace a la vida jurídica y, por ello, mucho menos puede producir consecuencias jurídicas.

Cabe entonces recordar que la **INEXISTENCIA** no genera absolutamente ningún efecto jurídico, es decir estamos ante la **ausencia** del negocio o providencia judicial. Por el contrario, cuando hablamos del negocio **NULO** este, necesariamente existe, solo que con unos vicios (relativos o absolutos), en cuyo caso finalmente se puede sancionar al negocio jurídico con la **ineficacia de sus efectos**. Sobre este particular puntualizo la Sentencia del 30 de abril de 2012, Consejo de Estado, C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO, Rad.: 2500232600019950070401 (21.699). Actor: FELIPE ANTONIO PARRA ALVARADO:

11

“i. El contrato al que le falta un elemento o requisito esencial es inexistente, o sea que se le resta cualquier eficacia jurídica, porque es inexistente y por ende, ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, tal y como se puede colegir de los artículos 1501 del Código Civil, 897 y 898 del Código de Comercio, que rezan:

“ART. 1501.[de C.C.] Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

“ART. 897. [del C.Co].- Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

“ART. 898. [del C. Co].- La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa. Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.”

Señalando seguidamente esta providencia con apoyo en la voz autorizada de los Doctrinantes el Maestro **FERNANDO HINESTROSA** y **RENATO SCONGNAMIGLIO**:

209

“(…)

“En suma, la ineficacia del negocio jurídico comporta que éste no produce efectos, o que por el motivo que fuere deja de producir los efectos que le son propios, distinguiéndose, varias figuras dentro de esta noción con significación diversa, tal y como se explica en el siguiente pasaje doctrinal:

“[L]a ineficacia tiene varios significados: uno amplio, equivalente a la falta de efectos; comprensivo de distintas eventualidades: inexistencia, invalidez (nulidades, anulabilidad) e ineficacia en sentido estricto, y uno restringido: supresión o atenuación de sus efectos finales, que presupone un comportamiento relevante, y, además, válido”.

(…)

“[E]l negocio jurídico es inexistente como tal cuando no recorrió a plenitud su definición legal o social y, por lo tanto, queda reducida al plano puramente social, desprovisto de juridicidad o, en otros términos, la conducta dispositiva de intereses es irrelevante cuando en la práctica el supuesto de hecho es incompleto o resulta contradictorio y esa falta de plenitud o antinomia no puede conducir más que a la nada en el campo negocial...”

(…)

Por ello, en principio no hay una acción declarativa de la inexistencia, aun cuando en un momento dado sea menester un pronunciamiento de accertamiento (constatación) que elimine toda duda al respecto y se requiera el ejercicio de las acciones pertinentes para eliminar las alteraciones ocurridas en el entretanto (vuelta las cosas al *status quo ante*, artículo 1746 del Código Civil).

12

La invalidez significa un juicio de desvalor; comparado el comportamiento realizado con los intereses y valores señalados en el sistema y tutelados por él, se encuentra en una contraposición, que impone un juicio negativo. La invalidez, comprensiva de las nulidades absoluta y relativa (ésta, rectius, anulabilidad), obedece a una ausencia o defectuosidad de ciertos requisitos considerados por la ley, éstos como fundamentales y aquélla como merecedora de tamaña reacción, lo cual exige tener en cuenta, a la vez, la previsión normativa en materia de requisitos (...) y de sanciones (...). La invalidez presupone relevancia (...) [Y] es una reacción sancionatoria del ordenamiento ante quebrantos graves a sus dictados o desatenciones, similarmente graves de su orientación ético política.”

La nulidad es la privación al negocio de todos los efectos que está llamado a producir, mirando tanto el futuro como el pasado...”<sup>9</sup> (subraya la Sala).

<sup>9</sup> Hinestrosa, Fernando, Derecho Comercial Colombiano, Eficacia e Ineficacia del Negocio Jurídico, Págs. 191 a 212.

La noción de inexistencia es una de aquellas que ha dado lugar a profundos debates en la doctrina<sup>10</sup>; se dice que ella se identifica con la ausencia de un elemento esencial del negocio jurídico, que implica desde el inicio su negación y que está por fuera de cualquier calificación jurídica, de manera que se constituye por una circunstancia que le resta efectos, sin necesidad de que medie una acción judicial declarativa para que se presente; mientras que, tratándose de la invalidez y dentro de ésta la denominada nulidad, se requiere de una valoración normativa del negocio para determinar la disconformidad de éste con el ordenamiento jurídico, lo cual significa que si se presenta el vicio establecido en el ordenamiento, se niega la relevancia ordinaria del contrato por ser contrario a alguna norma que lo disciplina, constituyéndose en una sanción, que debe ser declarada judicialmente.

190

Colígese de lo dicho que la inexistencia es diferente de la invalidez o nulidad del negocio jurídico. La nulidad o invalidez se predica de un negocio existente, que reunió los elementos establecidos en la ley para su relevancia, pero que el ordenamiento jurídico repudia por adolecer de un vicio que conlleva una drástica sanción, cual es, su destrucción. **El negocio inexistente de entrada no cuenta con efecto alguno**; en cambio, el negocio inválido alcanza a existir y surte efectos, pero ellos son susceptibles de ser aniquilados por los motivos previamente establecidos en el ordenamiento jurídico.

A manera de conclusión, a propósito de la producción de los efectos del negocio jurídico, se desprenden las posibilidades a saber: i) el negocio puede ser inexistente, lo que ocurre cuando no reúne los elementos esenciales o de existencia o las formalidades *ad substantiam actus*, ii) las normas legales tanto del derecho público como del régimen privado pueden expresar que un determinado acto o negocio jurídico no produce efecto alguno o que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial; y iii) el negocio es nulo o anulable, o sea, que reuniendo los elementos esenciales de existencia, esto es, nacido a la vida jurídica, le falta uno o varios requisitos o presupuestos para su validez. En los dos primeros casos, se priva totalmente y *ab initio* los efectos del negocio; en el último, produce efectos hasta tanto sean destruidos con ocasión de una sentencia judicial que declare la nulidad absoluta o relativa del contrato o parte de él.”<sup>11</sup>

13

### 7.3. Conclusión

A manera de conclusión, podemos señalar:

- i. Que los fallos de tutela del caso de autos, con los cuales el juez constitucional pretendió anular el acto valido de elección electoral de la Contralora NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ son **INEXISTENTES**, como lo señaló la Sentencia antes referida de 12 de octubre de 2006 C.P.: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN. Exp.: 10010328000200600004-00 y 10010328000200600005-00.

<sup>10</sup> Scongnamiglio, Renato, Teoría General del Contrato, Universidad Externado de Colombia, 1982, Págs. 299 y ss. 305, 307 y ss.

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA (SUBSECCIÓN B). Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil doce (2012). Radicación número: 2500232600019950070401 (21.699). Actor: FELIPE ANTONIO PARRA ALVARADO. Demandado: MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS- FONDO DE INMUEBLES NACIONALES. Asunto: Acción contractual

- 29/
- ii. Así mismo la CONSECUENCIA jurídica de esa INEXISTENCIA de los referidos fallos de tutela conllevan a que ellos NO PRODUCEN EFECTOS JURÍDICOS como lo plantea la Sentencia de 30 de abril de 2012, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Rad.: 2500232600019950070401 (21.699). Actor: FELIPE ANTONIO PARRA, siendo inexistentes porque fueron expedido por un juez constitucional de tutela cuando el competente lo era el juez contencioso administrativo, teniéndose que dichos fallos de tutela no reúne los elementos esenciales o de existencia o las formalidades ad substantiam actus. En este caso, se priva totalmente y ab initio los efectos del negocio o fallo judicial para el sub lite.

Acorde con todo lo expuesto y ante la inexistencia de los referidos fallos de tutela, se torna también en inexistente la segunda elección o designación de 21 de febrero de 2016, lo que implica a que por sustracción de materia se dé por terminado el presente medio de control, **siendo entonces claro que el acto electoral que debió demandarse es el de fecha 8 de enero de 2016, lo cual no se hizo.**

## 8. Anotación final

Por regla general la acción de tutela no procede para declarar la nulidad de los actos administrativos de carácter individual, particular y concreto entendiendo por estos, los que establecen, modifican o ponen fin a una situación jurídica individual, como en el caso de autos donde se declaró la elección de Contralora Distrital de Cartagena; solo en forma excepcional procede la acción de tutela contra actos administrativos de carácter individual y concreto.

Sobre cuándo por excepción procede la acción de tutela contra actos administrativos de carácter individual y concreto, lo encontramos en la obra de **MANUEL F. QUINCHE RAMÍREZ**<sup>12</sup>, en el Capítulo V de la parte especial del libro "LA ACCIÓN DE TUTELA EL AMPARO EN COLOMBIA"; podremos ver que en dicho listado no se encuentra comprendido el caso de autos.

## Casos de procedencia excepcional actos administrativos particulares

La procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos individuales la podemos sintetizar en los siguientes casos, donde tomamos como patrón factico las sentencias de tutela hito:

<sup>12</sup> Manuel F. Quinche Ramírez, LA ACCIÓN DE TUTELA EL AMPARO EN COLOMBIA, segunda edición, Editorial Temis, febrero 2 de 2015. Páginas 150 a 165.

- 8.1. **Sentencia SU-250 de 1998**, caso de la tutela contra actos de insubsistencia de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.
- 8.2. **Sentencia T-007 de 2010**, como mecanismo transitorio, en caso de perjuicio irredimible en casos de debilidad manifiesta, la imposibilidad de un nuevo empleo y la necesidad de responder por su núcleo familiar.
- 8.3. **Sentencia T-1083 de 2004**, casos de excepción de inconstitucionalidad, caso de estado de indefensión que le imponía una multa impuesta sin notificación.
- 8.4. **Sentencia T-418 de 2003**, como mecanismo transitorio o como amparo directo, casos de tutela por violación de derechos en el curso de un procedimiento administrativo sancionatorio, correspondió a la situación de una investigación disciplinaria contra el Gobernador de la Guajira, pues su caso se había prolongado durante seis meses más para la indagación preliminar.
- 8.5. **Sentencia T-103 de 2006**, casos de tutela por violación de derechos en el curso de operaciones y actuaciones administrativas, caso de la Universidad Francisco de Paula Santander donde se adelantó la recuperación de un terreno sin vincular previamente al ente universitario.
- 8.6. **Sentencia SU-1193 de 2000**, caso violación de derechos durante la etapa precontractual, en el proceso de enajenación de acciones caso venta Isagèn, la Corte concedió el amparo como mecanismo transitorio y ordenó suspender el proceso de enajenación de acciones hasta tanto la jurisdicción contenciosa decidiera de fondo la acciones incoadas por EEPPM.
- 8.7. **Sentencia T-769 de 2009**, se concedió en amparo frente a contratos perfeccionados por la administración, porque no se realizaron las consultas previas a las comunidades indígenas.
- 8.8. **Sentencia SU-917 de 2013**, tutela contra actos administrativos que contienen sanciones disciplinarias contra personas elegidas popularmente, casos Piedad Córdoba y Gustavo Petro.

Sin mayores elucubraciones podemos ver que la situación refleja en el sub lite no se encuentra dentro de las excepciones enlistadas anteriormente.

## 9. Medios de prueba

- 9.1. Acta de elección No. 006 como Contralora Distrital de Cartagena de Indias, de fecha 8 de enero de 2016.



- 293
- 9.2. Acta de posesión como Contralora Distrital de Cartagena de Indias, de fecha 12 de enero de 2016
  - 9.3. Acta de designación o elección No. 040 como Contralora Distrital de Cartagena de Indias de fecha 21 de febrero de 2016.
  - 9.4. Acta de posesión como Contralora Distrital de Cartagena de Indias de fecha 21 de febrero de 2016.
  - 9.5. Fallo de tutela de primera instancia "ANULADO" de fecha tres (3) de febrero de 2016 expedido por el Juzgado Cuarto Penal Municipal Para Adolescentes Con Funciones De Control De Garantías De Cartagena (Bolívar).
  - 9.6. Escrito de nulidad procesal de fecha tres (3) de febrero de 2016
  - 9.7. Fallo de primera instancia de fecha cuatro (4) de febrero de 2016 donde se decreta la nulidad del fallo de 3 de febrero de 2016 expedido por el Juzgado Cuarto Penal Municipal Para Adolescentes Con Funciones De Control De Garantías De Cartagena (Bolívar).
  - 9.8. **Fallo de tutela de primera instancia de fecha 8 de febrero de 2016 y su Aclaratoria del 10 de febrero de 2016, ambas providencias del Juzgado Cuarto Penal Municipal Para Adolescentes Con Funciones De Control De Garantías De Cartagena.**
  - 9.9. Solicitud de Aclaración de **Fallo de tutela de primera instancia de fecha 8 de febrero de 2016.**
  - 9.10. **ACLARACIÓN de Fallo de tutela de primera instancia de fecha 8 de febrero de 2016 expedida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal Para Adolescentes Con Funciones De Control De Garantías De Cartagena**
  - 9.11. Fallo de tutela de Segunda Instancia de fecha 31 de marzo de 2016 del Juzgado Primero Penal Del Circuito Para Adolescentes Con Funciones De Conocimiento.
  - 9.12. Escrito de impugnación de fallo de tutela de fecha 10 de febrero de 2016
  - 9.13. Escrito de sustentación de impugnación de fecha 11 de febrero de 2016
  - 9.14. Escrito de adición a sustentación de fecha 15 de febrero de 2016
  - 9.15. Consulta # 2274 del Consejo de Estado, donde se pronuncia acerca de la elección de Contralores territoriales por CONVOCATORIA PÚBLICA. Acto Legislativo 2 de 2015.
  - 9.16. Auto electoral que resuelve recurso de apelación del Consejo de Estado, radicación 70001-23-33-000-2016-00011-01 . CP. Alberto Yepes Barreiro.

9.17. Sentencia de 12 de octubre de 2006 C.P.: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN. Exp.: 10010328000200600004-00 y 10010328000200600005-00. y 294

9.18. Sentencia de 30 de abril de 2012, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Rad.: 2500232600019950070401 (21.699). Actor: FELIPE ANTONIO PARRA.

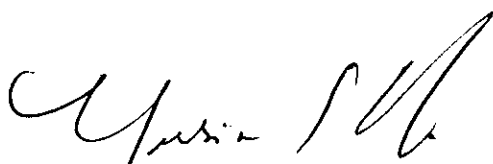
#### 10. Excepción previa de INEPTA DEMANDA

Acorde con todo lo expuesto pido que se declare en audiencia inicial la excepción previa de inepta demanda, ya que se evidencia que el acto administrativo a demandar era el acto inicial u originario de fecha 8 de enero de 2016 expedido por el Concejo Distrital de Cartagena y no el acto inexistente de fecha 21 de febrero de 2016, según obra en folios.

#### 11. Notificaciones

Recibo notificaciones en la Contraloría Distrital de Cartagena, barrio Pie La Popa Calle 30 No. 18 A 2-26 Segundo piso. Buzón electrónico: [nubiafontalvo@gmail.com](mailto:nubiafontalvo@gmail.com)

Atentamente,



**NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**  
C.C. No. 45.753.698 de Cartagena

**SECRETARIA TRIBUNAL ADM**

TIPO: CONTESTACION PARTE DEMANDADA 2016-00313

REMITENTE: NUBIA FONTALVO HERNANDEZ

DESTINATARIO: LUIS MIGUEL VILALLOBS ALVAREZ

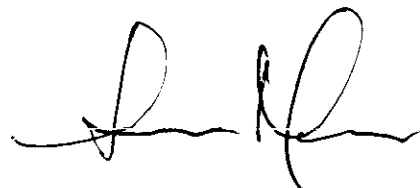
CONSECUTIVO: 20160634104

Nº. FOLIOS: 303 ---- Nº. CUADERNOS: 0

RECIBIDO POR: SECRETARIA TRIBUNAL ADM

FECHA Y HORA: 9/06/2016 03:30:32 PM

FIRMA \_\_\_\_\_





# **Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.**

Acta 006 (8 de enero de 2016)

1

## **Período Legal 2016/2019 SESIÓN ORDINARIA**

295

ACTA No.: 006  
FECHA: VIERNES, 08 DE ENERO DE 2016  
HORA DE INICIACIÓN: 08:30 A.M:  
PRESIDENTE: JAVIER WADI CURI OSORIO  
SECRETARIO AD-HOC: WILLIAM ALEXANDER PEREZ MONTES

### **ORDEN DEL DÍA**

1. Llamado a lista y comprobación del quórum.
2. Lectura y aprobación del Orden del Día.
3. Oración del Día
4. Elección del Personero Distrital y el Contralor Distrital en conformidad a la proposición 001 la cual textualmente señala.

#### **"Proposición 001**

El Concejo Distrital de Cartagena de Indias en sesión de la fecha, teniendo en cuenta que esta Corporación llevó a cabo el año anterior las siguientes Convocatorias Públicas y Concurso de Mérito:

- Para proveer el cargo de Contralor Distrital, 2016-2019
- Para proveer el Cargo de Personero Distrital, 2016 - 2019

Propone: convocar para el día 7 de enero de la presente anualidad, a las 08:00 a.m. para la escogencia de cada uno de estos cargos de conformidad por lo prescrito en el Reglamento de la Corporación, Acto Legislativo 02 de 2015, Ley 1551 de 2012 y el Concepto de la Sala De Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado".

5. Elección de los integrantes de las diferentes Comisiones de Consejo Distrital de Cartagena de acuerdo a la proposición 003 que textualmente señala

#### **"Proposición 003**

El Concejo Distrital, en sesión de la fecha, cita para el día viernes 8 de enero de 2016 para la elección de los miembros de las respectivas comisiones que integran el Concejo para el periodo 2016:

- Comisión Primera o del Plan y de Bienes
- Comisión Segunda o de Presupuesto
- Comisión Tercera o Administrativa y de Asuntos Generales".

6. Documentos para dar cuenta
7. Lo que propongan los honorables Concejales

### **DESARROLLO**

#### **1. LLAMADO A LISTA Y COMPROBACIÓN DEL QUÓRUM.**

AVENIDA DEL ARSENAL, EDIFICIO GALERAS DE LA MARINA Nº 1-08 TEL: 6648469 - 6648466- 6649721  
s.general@concejocartagena.gov.co  
CARTAGENA - BOLIVAR



2

296

## 2. LECTURA Y APROBACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA.

- Puesta a consideración el Orden del Día, es aprobado por la Corporación. \*\*\*\*\*



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

Acta 006 (8 de enero de 2016)

3

En consideración la aprobación del Orden de Día, tiene el uso de la palabra el Concejal Antonio Salim Guerra. \*\*\*\*\*

297

CONCEJAL ANTONIO SALIM GUERRA VARELA: Presidente, para que se excluya del orden del día la elección de los miembros de las diferentes comisiones del Concejo. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Tiene el uso de la palabra el Concejal David Dager. \*\*\*\*

CONCEJAL DAVID DAGER LEQUERICA: Presidente es para pedirle en el mismo sentido que se excluya el punto de la Elección de la Comisión del Concejo. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: En consideración al Orden del Día leído con las modificaciones realizadas, aprueba la corporación. \*\*\*\*\*

### 3. ORACIÓN DEL DÍA

A cargo de la Concejala Duvinia Torres Cohen.\*\*\*\*\*

### 4. ELECCIÓN DEL PERSONERO DISTRITAL Y EL CONTRALOR DISTRITAL EN CONFORMIDAD A LA PROPOSICIÓN 001

PRESIDENTE: La Corporación en conocimiento de sus facultades constitucionales de acuerdo con el Artículo 35 de la 133 y demás normas que señala la elección de los demás funcionarios de su competencia durante los 10 primeros días del mes de enero a sufrido en consecuencia, han surgido procedimiento se han realizado los procesos de convocatoria que se exigen, las normas que se han aplicado para contraloría se ha seguido con las recomendaciones del Concejo de estado de seguir con los procedimientos y la analogía para los impuestos en la Ley 1551 del 2015 y los Decretos 2481 del 2014 para el cumplimiento del Personero y el Decreto 1483 del 2015 en consecuencia hoy procederemos a darle Elección del Contralor y Personero la Resolución 184 será leída por el vicepresidente. \*\*\*\*\*

Por Secretaría se da lectura al impedimento del Concejal Carlos Barrios Gómez, para participar en la Elección del Contralor del Distrito.\*\*\*\*\*

PRESIDENTE: En consideración al impedimento leído por el Secretario aprueba la Corporación el impedimento leído. \*\*\*\*\*

SECRETARIO: Aprobado.\*\*\*\*\*

Por secretaría se da lectura al impedimento del Concejal Rafael Meza Pérez para participar en la Elección del Contralor Distrito.\*\*\*\*\*

PRESIDENTE: En consideración al impedimento leído por el Secretario, aprueba la Corporación el impedimento leído.

SECRETARIO: Aprobado.\*\*\*\*\*



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

Acta 006 (8 de enero de 2016)

4

24  
298

PRESIDENTE: Tiene el uso de la palabra el Concejal Carlos Barrios. \*\*\*

CONCEJAL CARLOS BARRIOS GOMEZ: Gracias Presidente, teniendo en cuenta que la Corporación aceptó mi impedimento, para pedirle retirarme del recinto. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Concedido Concejal, tiene el uso de la palabra el Concejal Rafael Meza Pérez. \*\*\*\*\*

CONCEJAL RAFAEL MEZA PEREZ: Gracias Presidente, en el mismo sentido de que cada vez la plenaria aprobó el impedimento que desafortunadamente me encuentro vinculado a un proceso, manifiesto que me voy a retirar de la sesión mientras dure la elección. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Concedido, Señor Vicepresidente continúe con la lectura de la Resolución. \*\*\*\*\*

EL CONCEJAL AMERICO ELIAS MENDOZA QUESSEP, PRIMER VICEPRESIDENTE da lectura a la Resolución 184 "Por la cual se establece la Terna para proceder el cargo de Contralor Distrital de Cartagena conforme a los establecido en Artículo 272 Constitucional Dado en Cartagena a los 21 de Diciembre de 2015. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Señor Secretario leída la lectura de la Resolución daremos inicio al proceso de Elección de los candidatos: José David Morales, Iván Sierra Porto y Nubia Fontalvo Hernández, para efecto lea la lista de los Concejales y que ellos vayan diciendo el nombre de por quién votan. \*\*

SECRETARIO: Adechine Carrillo Zaith Carmelo, (Nubia Fontalvo); Barrios Gómez Carlos Alberto, (Impedido); Blel Scaff Vicente, (Ausente); Caballero Rodríguez David Bernardo, (Ausente); Cassiani Valiente Luis Javier, (Nubia Fontalvo); Curi Osorio Javier Wadi, (Nubia Fontalvo); Dager Lequerica Manuel, (Nubia Fontalvo); Fortich Rodelo Ronald José, (Nubia Fontalvo); Guerra Torres Antonio Salim, (Nubia Fontalvo); Hodeg Durango Angélica María, (Nubia Fontalvo); Mendoza Quessep Américo Elías, ( Nubia Fontalvo); Mendoza Saleme Edgar Elías, (Nubia Fontalvo); Meza Pérez Rafael Enrique, (impedido); Montero Polo Lewis (Nubia Fontalvo), Pérez Montes William Alexander, (Nubia Fontalvo); Piña Feliz Erich Nijinsky, (Nubia Fontalvo); Pión González Cesar Augusto, (ausente); Torres Cohen Duvinia, (Nubia Fontalvo); Useche Correa Jorge Alfonso, (Nubia Fontalvo); Presidente catorce (14) votos por la Doctora Nubia Fontalvo Hernández, Dos (2) Ausentes, Dos (2) impedidos. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Ratifica la Corporación la Elección de la Doctora Nubia Fontalvo como la nueva Contralora del Distrito en el periodo comprendido de 2016-2020, aprobada, tiene el uso de la palabra el Concejal David Dager. \*\*\*\*\*

CONCEJAL DAVID MANUEL DAGER LEQUERICA: Gracias Presidente, cuando el Concejal Piña iba a intervenir iba a manifestar que los



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

22

299

Acta 006 (8 de enero de 2016)

5

miembros de la bancada Liberal, nos reunimos el día 6 de enero y por decisión unánime de la bancada decidimos votar por la doctora Nubia Fontalvo Hernández, para que quede constancia este documento quede en el Acta guardado. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Tiene el uso de la palabra el Concejal Cesar Pion González. \*\*\*\*\*

CONCEJAL CESAR AUGUSTO PION GONZALEZ: Presidente, para manifestarle ante las personas que están aspirando a Contraloría, no tengo ningún reparo, pero en diciembre de 2015 radiqué un documento dirigido a la Mesa Directiva como en ocasiones a las actividades que uno entrega a bien tuviera la actividad de actuar en marco de la Ley fue un documento firmado por la bancada, en una reunión yo hice una solicitud formal de que debían entregarme una carpeta con todos los soportes, al no tener todos los soportes, entiéndame señor Presidente, yo tengo que abstenerme porque los derechos son hechos, simplemente una solicitud que no fue cumplida. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Señor Concejal, las constancias no se discuten y son aceptadas su solicitud, siguiente punto. \*\*\*\*\*

SECRETARIO: Señor Presidente le recuerdo que estamos en el 4 punto en la Elección de Personero y Contralor Distrital. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Continúe con la lectura de la Resolución Señor Vicepresidente. \*\*\*\*\*

EL CONCEJAL AMERICO ELIAS MENDOZA QUESSEP PRIMER VICEPRESIDENTE Da lectura a la Resolución No. 183 "Por la cual se establece la lista de elegibles y el orden de elegibilidad para proveer el cargo de Personero Distrital de Cartagena. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Tiene el uso de la palabra el Concejal Carlos Barrios. \*\*\*\*

CONCEJAL CARLOS BARRIOS GOMEZ: Presidente para informales que el impedimento ya fue precedido y me encuentro nuevamente en el recinto. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Secretario registre la presencia del Concejal Rafael Meza, tiene el uso de la palabra el Concejal Cesar Pion. \*\*\*\*\*

CONCEJAL CESAR PION GONZALEZ: Gracias Presidente. Antes de que se inicie la votación dejar constancia que no voy a votar por el primero de la lista elegible por las mismas razones si no tengo la carpetas uno si y otros no, conozco a los aspirantes, pero por conceptos de derecho me salgo del recinto. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Señor Concejal, las constancias no se discuten y son aceptadas su solicitud, Secretario haga el llamado a lista y que den respuesta de sí o no. \*\*\*\*\*



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

Acta 006 (8 de enero de 2016)

6

SECRETARIO: Adechine Carrillo Zaith Carmelo (si), Barrios Gómez Carlos Alberto (si), Blel Scaff Vicente (si), Caballero Rodríguez David Bernardo (si), Cassiani Valiente Luis Javier (si), Curi Osorio Javier Wadi (si), Dáger Lequerica Manuel (si), Fortich Rodelo Ronald José (si), Guerra Torres Antonio Salim (si), Hodeg Durango Angélica María (si), Mendoza Quessep Américo Elías (si), Mendoza Saleme Edgar Elías (si), Meza Pérez Rafael Enrique (si), Montero Polo Lewis (si), Pérez Montes William Alexander (si), Piña Feliz Erich Nijinsky (si), Pión González Cesar Augusto (AUS), Torres Cohen Duvinia (si), Useche Correa Jorge Alfonso (si). Dieciocho (18) SI y un Concejal ausente \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Ratifica la plenaria la votación y la escogida del Doctor William Matson como Personero Distrital.\*\*\*\*\*

SECRETARIO: Aprobada.\*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Tiene el uso de la palabra el Concejal David Dager Lequerica. \*\*\*\*\*

CONCEJAL DAVID DAGER LEQUERICA: Gracias Presidente, primero que todo para felicitar al Doctor William Matson y a la Doctora Nubia por ser elegidos, la bancada del Partido Liberal, se reunió igualmente el día 6 de enero y resolvimos democráticamente de acuerdo a la lista elegible y votar favorablemente para que el Doctor William fuera el Personero de la ciudad de Cartagena entregó copia del acta. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Secretario siguiente Punto. \*\*\*\*\*

### 6. DOCUMENTOS PARA DAR CUENTA.

PRESIDENTE: Tiene documentos para dar cuenta. \*\*\*\*\*

SECRETARIO: No hay documentos para dar cuenta. \*\*\*\*\*

### 7. LO QUE PROPONGAN LOS HONORABLES CONCEJALES.

PRESIDENTE: Hay concejales inscritos o proposiciones en la mesa.\*\*\*\*\*

SECRETARIO: No señor Presidente. \*\*\*\*\*

Agotado el Orden del Día, se levanta la Sesión y se convoca para martes 12 a partir de las 08:00.\*\*\*\*\*

JAVIER WADI CURÍ OSORIO  
Presidente

WILLIAM PEREZ MONTES  
Secretario General Ad-hoc

Transcrita por  
Astrid González Barrios



AVENIDA DEL ARSENAL EDIFICIO GALERÍA DE LA MARINA N° 1-08 TEL: 6648469 - 6648466- 6649721  
Cartagena  
concej@concejocartagena.gov.co  
CARTAGENA - BOLIVAR



172

DADO en CARTAGENA de Indias a los Doce (12) dias del Mes de Enero de 2016, asistió a la sesión Ordinaria la Doctora NUBIA FONTALVO HERNANDEZ, identificada con la cedula de ciudadanía N. 45.753.698 expedida en C/gena para posesionarse en el cargo de Contralora Distrital de Cartagena. Por elección efectuada el día 08 de Enero de 2016 segun consta en el acta N. 006 de la misma fecha, para el periodo comprendido entre enero de 2016 a Diciembre de 2019, quien concursó en la convocatoria publica para proveer el cargo de Contralor Distrital haciendo parte de la Terna como lo estipula la Resolución N. 184 del 31 de Diciembre de 2015.

La Posesionada Presentó los siguientes documentos: Formato Unico de Hoja de Vida, Hoja de Vida, copia de cedula de ciudadanía, copia tarjeta Profesional, certificado Antecedentes judiciales, certificado Procuraduria General de la Nación, certificado Contraloria General de la Republica, certificado Consejo superior de la judicatura, documentos experiencia Laboral, Documentos de Formación academica, Formato de Bienes y Rentas, certificación fondo de pensiones, Formulario afiliación EPS, Declaración juramentada.

Para mayor constancia Fiman.

JADIER VERA CORI OSORIO  
Presidente

NUBIA FONTALVO HERNANDEZ  
Posesionada

CONCEJO DISTRITAL  
C. la presente copia es fiel y exacta  
de la original  
Cartagena, 05 de febrero de 2016

Asesor Jurídico



# Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

Acta No. 040 (Febrero 21 de 2016)

1

## Período Legal 2016/2019 SESIÓN ORDINARIA

ACTA No.: 040  
FECHA: DOMINGO, 21 DE FEBRERO DE 2016  
HORA DE INICIACIÓN: 08:20 a.m.  
PRESIDENTE: JAVIER WADI CURI OSORIO  
SECRETARIO ADHOC: RAFAEL ENRIQUE MEZA PEREZ.

### ORDEN DEL DÍA

1. Llamado a lista y comprobación del quórum.
2. Lectura y aprobación del Orden del Día.
3. Oración del Día.
4. Elección del Contralor Distrital de Cartagena de Indias de conformidad con la Proposición No. 054, la cual textualmente señala:  
"Proposición No. 054  
Teniendo en cuenta que esta Corporación está llevando a cabo las actuaciones pertinentes y conducentes para dar cumplimiento al Fallo de la Acción de Tutela Radicado 13001-40-71-004-2015-00355(07)-00 de fecha 8 de febrero de 2016, debidamente notificado y su aclaratorio de fecha 10 de febrero del año en curso, con relación a la Elección del Contralor Distrital de Cartagena de Indias, del Juez Cuarto Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Cartagena - Bolívar. El Concejo Distrital de Cartagena de Indias en sesión de la fecha: Propone: Convocar para el día Domingo 21 de febrero de la presente anualidad, a las 08:00 a.m. para la Elección del Contralor Distrital".
5. Documentos para dar cuenta.
6. Lo que propongan los Honorables Concejales.

### DESARROLLO

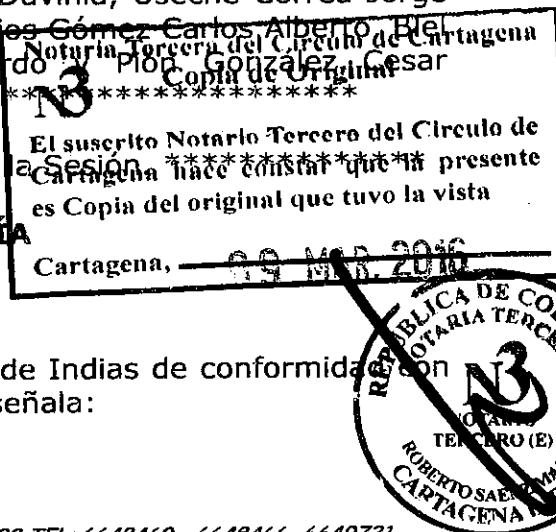
#### 1. LLAMADO A LISTA Y COMPROBACIÓN DEL QUÓRUM.

Respondieron el llamado a lista los siguientes Concejales: Adechine Carrillo Zaith Carmelo, Cassiani Valiente Luis Javier, Curi Osorio Javier Wadi, Dáger Lequerica David Manuel, Fortich Rodelo Ronal José, Guerra Torres Antonio Salim, Hodeg Durango Angélica María, Mendoza Quessep Américo Elías, Mendoza Saleme Edgar Elías, Meza Pérez Rafael Enrique, Montero Polo Lewis, Pérez Montes William Alexander, Piña Félix Erich Nijinsky, Torres Cohen Duvinia, Useche Correa Jorge Alfonso. Se registró la ausencia los Concejales Barrios Gómez Carlos Alberto, Biel Scaff Vicente, Caballero Rodríguez David Bernardo, Piloni González Cesar Augusto. \*\*\*\*\*

Establecido el Quórum Reglamentario, se da inicio a la Sesión. El suscrito Notario Tercero del Circulo de Cartagena hace constar que presente es Copia del original que tuvo la vista

#### 2. LECTURA Y APROBACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA

1. Llamado a lista y comprobación del quórum.
2. Lectura y aprobación del Orden del Día.
3. Oración del Día.
4. Elección del Contralor Distrital de Cartagena de Indias de conformidad con la proposición No. 054, la cual textualmente señala:  
"Proposición No. 054





## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

Acta No. 040 (Febrero 21 de 2016)

2

Teniendo en cuenta que esta Corporación está llevando a cabo las actuaciones pertinentes y conducentes para dar cumplimiento al Fallo de la Acción de Tutela Radicado 13001-40-71-004-2015-00355(07)-00 de fecha 8 de febrero de 2016, debidamente notificado y su aclaratorio de fecha 10 de febrero del año en curso, con relación a la Elección del Contralor Distrital de Cartagena de Indias, del Juez Cuarto Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Cartagena - Bolívar. El Concejo Distrital de Cartagena de Indias en sesión de la fecha: Propone: Convocar para el día Domingo 21 de febrero de la presente anualidad, a las 08:00 a.m. para la Elección del Contralor Distrital".

5. Documentos para dar cuenta.
6. Lo que propongan los Honorables Concejales.

Puesto en consideración el Proyecto de Orden del Día, es aprobado por la Corporación.

### 3. ORACIÓN DEL DÍA.

A cargo de la Honorable Concejala Duvinia Torres Cohen. \*\*\*\*\*

### 4. ELECCION DEL CONTRALOR DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS DE CONFORMIDAD CON LA PROPOSICION No. 054.

PRESIDENTE: Previamente se determina declarar un receso de 15 minutos. Regresamos del receso de 15 minutos tiene la palabra el Concejal Rafael Enrique Meza Pérez. \*\*\*\*\*

CONCEJAL RAFAEL ENRIQUE MEZA PEREZ: Teniendo en cuenta el Orden del Día de hoy y en el mismo se refiere a la Elección de cargo de Contralor con su venia solicito cinco (5) minutos para informar y además aclararle especialmente a la prensa las razones de mi impedimento, solicitarle me declare impedido para votar en el día de hoy, este impedimento viene de cuando fui Presidente, la persona que fungía como Secretario son tres millones y tantos pesos, demás salvo un proceso de Responsabilidad Fiscal donde vincularon a cuatro personas a quien fue tres veces Presidente de esta Corporación Antonio Quinto Guerra Varela; quien fuera mi Director Administrativo en el momento de mi Presidencia, al Secretario y a mi persona el proceso de Responsabilidad Fiscal iba por \$5.420.000, el viernes fue cancelado en el Banco SUDAMERIS principal Cartagena la suma de \$5.420.000 exactamente 5.543.776 de pesos, suma que debía hacer la persona que fungió como Secretario en el momento quien ha manifestado va hacer la respectiva devolución, nos trasladamos a las instalaciones de la Contraloría el día viernes en horas de la tarde para ser notificado y se expidiera el Paz y Salvo y el archivo del respectivo proceso en mi contra que se me sigue, no pude ser notificado por la persona que funge como Jefe de esta responsabilidad fiscal, pero al ir a notificarme me informaron que deben ser notificados el señor Antonio Quinto Guerra Varela, el Secretario del momento José Tomás Imbett y mi persona. Al no poder notificarme este proceso está vigente, ya se canceló, está en firme y ejecutoriado el archivo del mismo y mientras no me regre la respectiva entidad, en mi poder tengo el documento que fue recibido a las 10:00 a.m., firmado por Pérez Rodríguez. Quise aclararle a la prensa que no son dineros que haya cogido para mí, involuntariamente se le cancelaron tres millones y algo demás al Secretario de turno, lo cuales fueron devueltos, me retiro de la sesión Señor Presidente con su venia, pongo a consideración mi impedimento. \*\*\*\*\*

Puesto en consideración el impedimento del Concejal Rafael Enrique Meza Pérez, es aprobado por la Corporación.

AVENIDA DEL ARSENAL, EDIFICIO GALERAS DE LA MARINA N° 1-08 TEL: 6648469 - 6648470

Secgeneralconcejo@gmail.com  
CARTAGENA - BOLIVAR





## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

Acta No. 040 (Febrero 21 de 2016)

3

20  
304

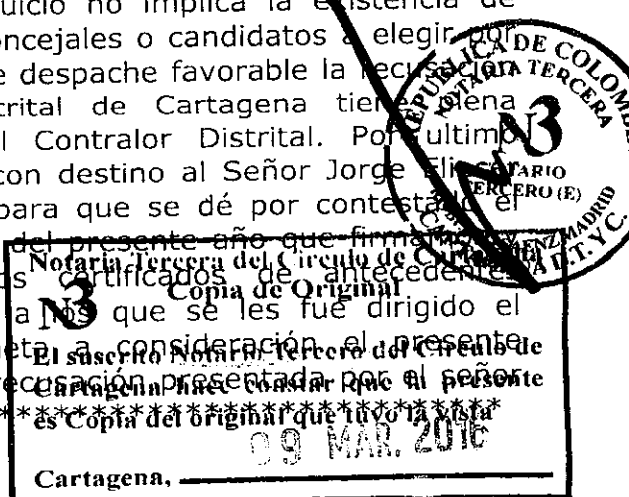
PRESIDENTE: Por las razones expuestas por el concejal Rafael Enrique Meza Pérez y en vista que se venía desempañándose como Secretario encargado del Concejo Distrital se nombra como Secretario-ADHOC al Honorable Concejal William Alexander Pérez Montes. Se somete a consideración de la plenaria un nuevo receso. Receso aprobado por la plenaria. Secretario William Alexander Pérez Montes por favor verifique el Quorum. \*\*\*\*\*

SECRETARIO: Respondieron el llamado a lista los siguientes Concejales: Adechine Carrillo Zaith Carmelo, Cassiani Valiente Luis Javier, Curi Osorio Javier Wadi, Dáger Lequerica David Manuel, Fortich Rodelo Ronald José, Guerra Torres Antonio Salim, Hodeg Durango Angélica María, Mendoza Quessep Américo Elías, Mendoza Salenme Edgar Elías, Montero Polo Lewis, Pérez Montes William Alexander, Piña Félix Erick Nijinsky, Torres Cohen Duvinia, Useche Correa Jorge Alfonso. Hay quórum legal y reglamentario Señor Presidente. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Verificado el quorum se levanta el receso y se continúa con el Orden del Día Secretario. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Honorables Concejales antes de dar curso a la Elección del Contralor para dar cumplimiento a la Acción de Tutela, se da traslado al documento de fecha 19 de febrero de 2016 suscrito por el ciudadano Jorge Eliecer Quintana Sosa que es de conocimiento de todos que será sometido a consideración. Tiene la palabra la Honorable Concejala Duvinia Torres Cohen. \*\*\*

CONCEJALA DUVINIA TORRES COHEN: Los concejales Adechine Carrillo Zaith Carmelo, Cassiani Valiente Luis Javier, Curi Osorio Javier Wadi, Dáger Lequerica David Manuel, Fortich Rodelo Ronald José, Guerra Torres Antonio Salim, Hodeg Durango Angélica María, Mendoza Quessep Américo Elías, Mendoza Salenme Edgar Elías, Montero Polo Lewis, Pérez Montes William Alexander, Piña Félix Erick Nijinsky, Torres Cohen Duvinia, Useche Correa Jorge Alfonso no encontramos ajustada a derecho la re acusación presentada por el ciudadano Jorge Eliecer Quintana Sosa en atención que las normas que regulan las inhabilidades son de interpretación restrictivas para garantizar el derecho fundamental de carácter político a elegir y ser elegido consagrado en el artículo 40 de la Constitución debemos tener presente que la Corporación está dando cumplimiento a la sentencia del 8 de febrero de 2016 proferida por el Juez Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantía del Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescente la cual es de obligatorio cumplimiento, que como consecuencia de lo anterior se ordenó repetir dos etapas dentro del Proceso de Elección de Contralor del Distrito de cartagena de Indias para el periodo constitucional y legal de 2016-2019 de la terna integrada por los doctores Nubia Fontalvo Hernández e Iván Sierra Porto con el fin de dar cumplimiento al Artículo 272 inciso 4 de la Constitución Política. Lo anterior a nuestro juicio no implica la existencia de inhabilidades o conflicto de intereses de los concejales o candidatos a elegir por tanto desde ya solicitamos a la plenaria que se despache favorable la recusación presentada y declara que el Concejo Distrital de Cartagena tiene plena competencia de proceder a la elección del Contralor Distrital. Por último solicitamos que copia de esta Acta se envíe con destino al Señor Jorge Eliecer Quintana Sosa dentro del término de la ley para que se dé por contestado el derecho de petición radicado el 19 de febrero del presente año que firmamos todos los concejales, anexo los certificados de antecedentes disciplinarios de cada uno de los concejales a los que se les fue dirigido el derecho de petición. Señor Presidente someta a consideración el presente documento donde rechazamos de plenaria la recusación presentada por el señor Jorge Eliecer Quintana Sosa. \*\*\*\*\*



AVENIDA DEL ARSENAL, EDIFICIO GALERAS DE LA MARINA N° 1-08 TEL: 6648469 - 6648466- 6649721

Secgeneralconcejo@gmail.com  
CARTAGENA - BOLIVAR



## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

Acta No. 040 (Febrero 21 de 2016)

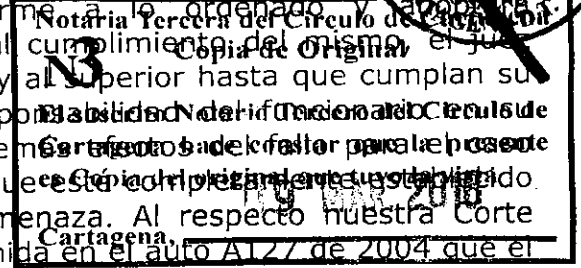
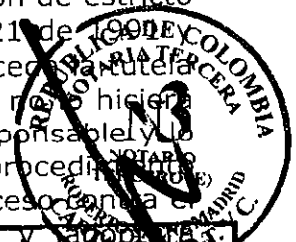
4

PRESIDENTE: En consideración la ratificación del documento leído por la Honorable Concejala Duvinia Torres Cohen, se abre su discusión, continua la discusión, anuncio que va a cerrarse, queda cerrada, aprueba la plenaria el documento leído. \*\*\*\*\*

SECRETARIO: Aprobado Señor Presidente. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Tiene la palabra el Concejal Antonio Salim Guerra Torres. \*\*\*\*\*

CONCEJAL ANTONIO SALIM GUERRA TORRES: Presidente con su venia me voy a permitir presentar a su consideración un documento suscrito por los Concejales a los cuales voy hacer alusión en respuesta al documento radicado por el ciudadano Quintana Sossa Jorge Eliecer. Este documento está firmado por los siguientes Concejales, Javier Wadi Curi Osorio, Angélica María Hodeg Durango, Américo Elías Mendoza Quessep, William Alexander Pérez Montes, Duvinia Torres Cohen, Cesar Augusto Pión González, Antonio Salim Guerra Torres, Erich Nijinsky Piña Félix, David Manuel Dager Lequerica, Lewis Montero Polo, Edgar Mendoza, Zaith Carmelo Adechine Carrillo, Jorge Useche Correa, Luis Javier Cassiani Valiente. El señor Jorge Eliecer Quintana Sossa en documento radicado en el Concejo expresó sus opiniones personales respecto a la elección del Contralor de Cartagena competencia radicada en el Concejo por orden legal y que en el día de hoy se llevará a cabo la elección por mandato del Juez Cuarto Penal Municipal Para Adolescentes con Funciones de Control de Garantía contenida en la sentencia de fecha 8 de febrero de 2016 y aclarada mediante fallo del 10 de este mismo mes y año dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Rafael Ricardo Camargo Jiménez en la cual se dispuso adelantar nuevamente las entrevista con los señores Iván Sierra Porto y Nubia Fontalvo Hernández y proceder a la elección del Contralor Distrital. Respecto a este fallo de obligatorio cumplimiento el memorialista Quintana Sossa controvierte y critica lo ordenado por el Juez argumentando que equivocado por lo mismo los concejales no pueden atenerse a lo ordenado por el Juez y añade que Quintana Sossa es un juez constitucional que no entra a convalidar los desaforos o desaciertos realizado por los concejales. Así mismo agrega Quintana Sossa que existe una indagación preliminar en la Procuraduría General de la Nación afirmación genérica esta que resulta sorprendente por cuanto en este Concejo se desconoce, no ha sido notificado y por ende no se sabe cuál es la conducta que se indaga, de igual manera manifiesta en otro acápite que según su consideración basada en apreciaciones propia sobre lo que cree y piensa que la señora Nubia Fontalvo Hernández estaría inhabilitada y los Concejales estarían inhabilitados por tener un conflicto de interés. Finalmente añade que es importante que los concejales se declaren impedidos para elegir nuevamente a la doctora Nubia Fontalvo Hernández por haber sido elegida el 8 de enero de 2016 y dictamina según su propio criterio que fue de fe y violando la constitución y las leyes. Los fallos de tutela son de estricto y obligatorio cumplimiento conforme al artículo 27 del decreto 2521 de 1991 que a la letra reza Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que conceda tutela la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora si no lo hiciera dentro de las 48 horas siguientes, el Juez se dirigirá al superior responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquel. Pasadas otras 48 horas ordenará otro proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y al no hacerlo directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del fallo, el juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad funcional de cada uno de los casos. En todo caso el juez establecerá los demás requisitos para el cumplimiento concreto y mantendrá la competencia hasta que estén cumpliendo o hayan sido eliminados el derecho o eliminadas las causas de la amenaza. Al respecto nuestra Corte Constitucional ha dicho en su sentencia contenida en el auto AT 27 de 2004 que el





## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

Acta No. 040 (Febrero 21 de 2016)

5

Decreto 2591 del 1991 se refiere a la garantía del cumplimiento de las decisiones en las que se haya considerado procedente la tutela desde los derechos fundamentales. Con fundamento en lo transcrito no es posible desatender el cumplimiento de lo ordenado por el Juez en el fallo de tutela mencionado como lo pretende el señor Quintana Sossa es perverso pensar o considerar que por el hecho de cualquier Concejal que el memorialista no lo determina, ni identifica tenga una indagación preliminar, surja inhabilidad y/o conflicto de interés que le impida cumplir su función legalmente institucionales y además ordenadas por el juez de tutela, la indagación preliminar conforme el artículo 150 de la ley 734 de 2002 Código Único Disciplinario tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determina si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de responsabilidad en caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria ya se adelantará indagación preliminar. Quiere decir lo anterior que la indagación preliminar es distinta y no se puede confundir con una investigación disciplinaria la cual se abrirá si se tiene una identificación por autor y la certeza sobre la ocurrencia de los hechos como constitutivos de falta. En relación con la importancia que según Quintana Sossa los concejales se declaren impedidos para actuar resulta imperioso anotar que en materia de impedimentos es fundamental la identificación y precisión de las correspondientes causales y el aporte de pruebas que permitan acreditar el acaecimiento de las respectivas hipótesis fácticas puesto que el régimen legal correspondiente es taxativo y la interpretación restrictiva como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia del Consejo de Estado. Con las consideraciones y/o apreciaciones y señalamientos generalizados que arguyo Quintana Sossa es imposible determinar amén de que a cada Concejal le es imposible adivinar cuál de tales afirmaciones se refirieron concretamente a una situación personal y por ende imposible pronunciarse acerca de la eventual configuración. En consideración a todo lo anterior, Señor Presidente la plenaria del Concejo del día de hoy rechaza las sugerencias, interpretaciones subjetivas suposiciones y apreciaciones propias del señor Jorge Quintana Sossa basada en lo que cree y piensa lo cual no encaja ni determina causal alguna además no identifica a qué Concejal en concreto va direccionado. Se anexa Certificación de Antecedentes Disciplinarios expedidos por la Procuraduría General de la Nación. En constancia firman en el día de hoy, 21 del mes de febrero de 2016, los Concejales presentes y firmantes. De igual manera para protocolizar nuestro acto someto el documento a consideración. \*\*

PRESIDENTE: En consideración el documento leído por el Honorable Concejal Antonio Salim Guerra Torres, se abre su discusión, sigue abierta, anuncio que se va a cerrar, tiene la palabra el concejal Américo Elías Mendoza Quessep. \*\*\*\*\*

CONCEJAL AMERICO ELIAS MENDOZA QUESSEP: El documento está redactado de plano la recusación y los impedimentos a que hace alusión el doctor Quintana Sossa desde ese ángulo lo estamos acogiendo para que se entienda que le estamos dando Respuesta al derecho de petición y a los elementos que se allegan en la comunicación que nos hizo llegar el día 19.

PRESIDENTE: Continúa la discusión, anuncio que se va a cerrar, queda a prueba la plenaria el documento leído. \*\*\*\*\*

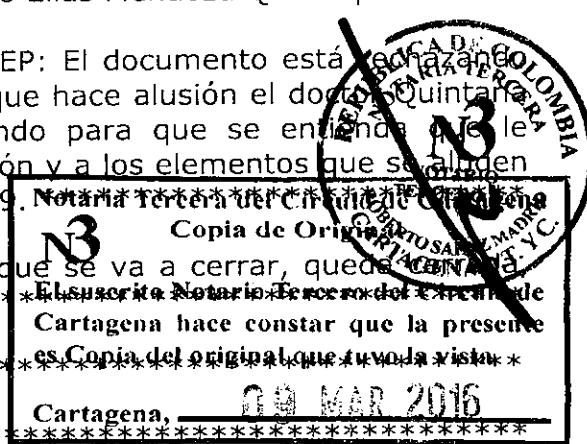
SECRETARIO: Aprobado, Señor Presidente. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Continúe señor Secretario. \*\*\*\*\*

SECRETARIO: Estamos en el punto de la elección del Contralor Distrital de Cartagena, quiero manifestarle que en Secretaría reposan unos documentos de concejales, creo que es pertinente hacer mención de ello. \*\*\*\*\*

AVENIDA DEL ARSENAL, EDIFICIO GALERAS DE LA MARINA N° 1-08 TEL: 6648469 - 6648466- 6649721

Secgeneralconcejo@gmail.com  
CARTAGENA - BOLIVAR







## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

Acta No. 040 (Febrero 21 de 2016)

7

608

SECRETARIO: Votación Nominal: Adechine Carrillo Zaith Carmelo, (N); Barrios Gómez Carlos Alberto, (AUS); Blel Scaff Vicente, (AUS); Caballero Rodríguez David Bernardo, (AUS); Cassiani Valiente Luis Javier, (N); Curi Osorio Javier Wadi, (N); Dáger Lequerica Manuel, (N); Fortich Rodelo Ronald José, (N); Guerra Torres Antonio Salim, (N); Hodeg Durango Angélica María, (N); Mendoza Quessep Américo Elías, (N); Mendoza Saleme Edgar Elías, (N); Meza Pérez Rafael Enrique, (AUS-IMP); Montero Polo Lewis, (N); Pérez Montes William Alexander, (N); Piña Feliz Erich Nijinsky, (N); Piñón González Cesar Augusto, (AUS) Torres Cohen Duvinia, (N); Useche Correa Jorge Alfonso, (N). Señor Presidente Catorce (14), Votos a favor de la Doctora Nubia Fontalvo Hernández. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: De esta manera hemos dado cumplimiento a la acción judicial en relación al fallo de la Elección del Contralor Distrital de Cartagena de Indias. Ratifica la Plenaria la Elección de la Doctora Nubia Fontalvo Hernández, como Contralora Distrital de la ciudad de Cartagena de Indias. \*\*\*\*\*

SECRETARIO: Sí ratifica la Plenaria la Elección de la Doctora Nubia Fontalvo Hernández Como Contralora. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Continúe Señor Secretario. \*\*\*\*\*

### 5. DOCUMENTOS PARA DAR CUENTA.

PRESIDENTE: Tiene documentos en la Mesa? \*\*\*\*\*

SECRETARIO: Sí, Señor Presidente. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Dele lectura. \*\*\*\*\*

Por Secretaría se da lectura al documento de fecha 21 de febrero de 2016, dirigida al doctor Javier Wadi Curi Osorio, Presidente del Concejo Distrital. Asunto; Excusa no asistencia. David Bernardo Caballero Rodríguez, Concejal Partido Conservador. \*\*\*\*\*

Por Secretaría se da lectura al documento de fecha 21 de febrero de 2016, dirigida al doctor Javier Wadi Curi Osorio, Presidente del Concejo Distrital. Asunto; Excusa no asistencia. Vicente Blel Scaff, Concejal Partido Conservador. \*\*\*\*\*

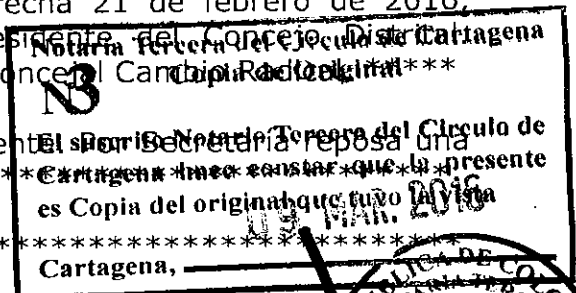
SECRETARIO: Leído los documentos Señor Presidente. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Dele lectura Señor Secretario. \*\*\*\*\*

SECRETARIO: Proposición No. El Concejo Distrital de Cartagena de Indias en sesión de la fecha, propone: Tomar posesión al Contralor que resulte elegido en plenaria en el día de hoy, es decir la doctora Nubia Fontalvo Hernández, Dominario 21 de febrero de 2016 dando cumplimiento al fallo proferido por el Juez Penal Municipal con Controles de Función de Garantía del Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescente de fecha 8 de febrero y su aclaratoria de fecha 10 de febrero de 2016. Leída en Cartagena de Indias 21 de febrero de 2016. Presentada por Adechine Carrillo Zaith Carmelo, Cassiani Valiente Luis Javier, Curi Osorio Javier Wadi, Dáger Lequerica David Manuel, Fortich Rodelo Ronald José, Guerra Torres Antonio Salim, Hodeg Durango Angélica María, Mendoza Quessep Américo Elías, Mendoza Salenme Edgar Elías, Montero polo Lewis, Pérez Montes William Alexander, Piña Félix Erick Nijinsky, Torres Cohen Duvinia, Useche Correa Jorge Alfonso. Leída la Proposición. \*\*\*\*\*

AVENIDA DEL ARSENAL, EDIFICIO GALERAS DE LA MARINA N° 1-08 TEL: 6648469 - 6648466- 6649721

Secgeneralconcejo@gmail.com  
CARTAGENA - BOLIVAR







## Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.

Acta No. 040 (Febrero 21 de 2016)

8

32  
309

Puesta en consideración la Proposición leída por Secretaría, es aprobada por la Corporación. \*\*\*\*\*

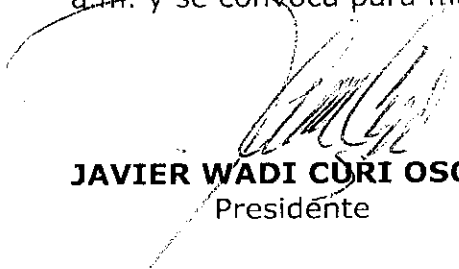
PRESIDENTE: Honorables Concejales se declara un receso. Secretario llame a lista. \*\*\*\*\*

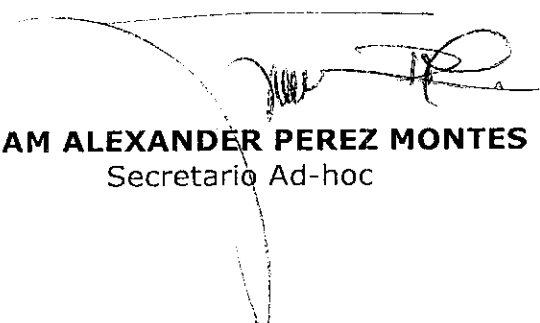
SECRETARIO: Respondieron el llamado a lista los siguientes Concejales: Adechine Carrillo Zaith Carmelo, Cassiani Valiente Luis Javier, Curi Osorio Javier Wadi, Dáger Lequerica David Manuel, Fortich Rodelo Ronald José, Guerra Torres Antonio Salim, Hodeg Durango Angélica María, Mendoza Quessep Américo Elías, Mendoza Salemne Edgar Elías, Montero polo Lewis, Pérez Montes William Alexander, Piña Félix Erick Nijinsky, Torres Cohen Duvinia, Useche Correa Jorge Alfonso. Hay quorum legal y reglamentario Señor Presidente. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Honorables Concejales revisada la Hoja de Vida y la carta de aceptación del cargo de Contralor Distrital de Cartagena de Indias por parte de la doctora Nubia Fontalvo Hernández procedemos a darle toma del juramento. Doctora Nubia Fontalvo Hernández jura a Dios y promete al pueblo cumplir fielmente la Constitución y las Leyes de Colombia. \*\*\*\*\*

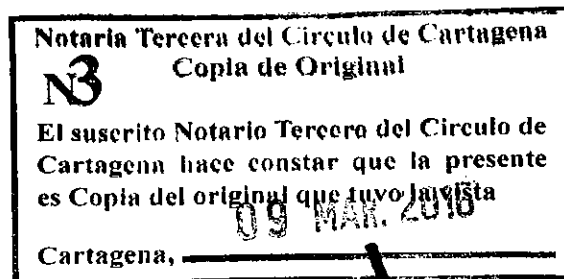
DOCTORA NUBIA FONTALVO HERNANDEZ: Sí, lo juro. \*\*\*\*\*

PRESIDENTE: Si así lo hiciere que Dios y la patria os premien, sino que él y ella os lo demanden. Agotado el orden del día siendo las se levanta la sesión 9:27 a.m. y se convoca para mañana a las 10:00 a.m. \*\*\*\*\*

  
**JAVIER WADI CURÍ OSORIO**  
Presidente

  
**WILLIAM ALEXANDER PEREZ MONTES**  
Secretario Ad-hoc

Transcrita por  
Arly Arrieta Avila

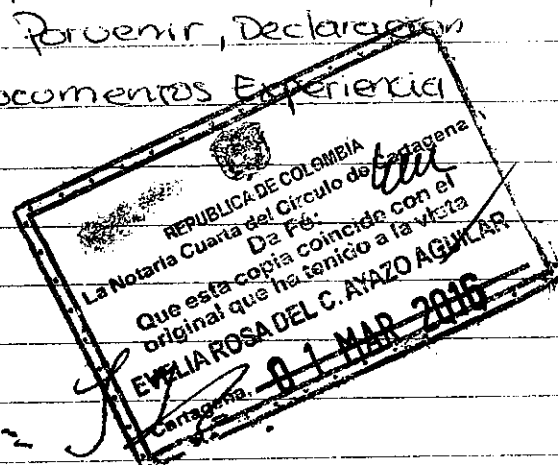


En Cartagena de Indias, a los Veintion (21) días del mes de Febrero de 2016, asistió a la sesión Ordinaria la Doctora NOBIA FONTALVO HERNANDEZ, identificada con la cedula de ciudadanía N. 45.753.698 expedida en C/Gená para posesionarse en el cargo de CONTRALORA Distrital DE CARTAGENA, por elección efectuada el día 21 de Febrero de 2016, según consta en el ACTA N. 040 de la misma fecha, para el periodo comprendido entre el 21 de Febrero de 2016 al 31 de Diciembre de 2019, dando cumplimiento a la Sentencia del 08 de Febrero de 2016, Proferida por el Juez Cuarto Pena Municipal, con Funciones de Control de Garantías del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescentes y su adaratoria. La poseionada presentó los siguientes documentos: Hoja de Vida, Formato Unico de Hoja de Vida, cedula de ciudadanía, Tarjeta Profesional, certificado Antecedentes Procuraduría General de la Nación, certificado Contraloría General de la Republica, certificado Consejo Superior de la Judicatura, certificado Policía Nacional, Formulario Unico de Bienes y Rentas, RUT, Planilla de pago de EPS correspondiente al mes de febrero de 2016, certificación afiliación a Fondo de pensiones obligatorias Porvenir, Declaración Juramentada Notaria Cuarta, Documentos Experiencia laboral y academica.

Para mayor constancia Firman.

JAVIER GARCIA OSORIO  
Presidente

NOBIA FONTALVO HERNANDEZ  
Poseionada.



REPUBLICA DE COLOMBIA  
DEPARTAMENTO DE BOLIVAR



JUZGADO CUARTO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON  
FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE CARTAGENA  
(BOLIVAR)

Febrero tres (03) del año dos mil dieciséis (2.016)

Decide el Despacho la Acción de tutela, propuesta por el señor RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ en contra del CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y derechos adquiridos (sic) basado en los hechos que a continuación se sintetizan:

ANTECEDENTES

Expresa el actor que el Concejo Distrital de Cartagena dispuso adelantar la convocatoria pública para proveer el cargo de Contralor Distrital de Cartagena, acudiendo para ello, por analogía, a un concepto dado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el cual explicaban el proceso de elección de personeros municipales y distritales. En este orden de ideas, señala el actor que los tres aspirantes de la terna que conformó el ente encartado fueron los señores JOSE DAVID MORALES VILLA, IVAN SIERRA PORTO y NUBIA FONTALVO HERNANDEZ, con puntajes de 95, 93 y 70 puntos, respectivamente. El primero de los señalados aspirantes declina de su aspiración en el momento de la elección, que fue el día 8 de enero de 2016. Por criterios de equidad de género, integra la terna para elegir Contralor la doctora FONTALVO HERNÁNDEZ, quien, a pesar de tener un puntaje inferior al clasificatorio, llega a ella en virtud de ley de cuotas, y resultando a la postre electa por el entidad accionada, estimando con ello el actor que se realizó "(...) una indebida interpretación (...) respecto al concepto y aplicación de la equidad de género y elección del Contralor (a) Distrital (...)". Por todo ello, la parte actora solicita la revocatoria del acto administrativo donde se eligió a la hoy Contralora Distrital.

La solicitud de tutela fue admitida por parte del Despacho en fecha 18 de enero de 2016, solicitándole a la entidad tutelada, rindiera un informe sobre los hechos materia de la acción.

Mediante auto del 1º. De febrero del 2016, el suscrito juez vincula en autos a los aspirantes incluidos en la terna integrada por la entidad accionada que no declinaron de sus aspiraciones a ser elegidos Contralor, esto es, los señores IVAN SIERRA PORTO y NUBIA FONTALVO HERNANDEZ, siendo esta última elegida como

Contralora Distrital, en aras de integrar en debida forma el litisconsorcio, de conformidad con el art. 13 del Decreto 2591 de 1991<sup>1</sup>.

### DEFENSA E INTERVENCIONES DE LOS TERCEROS VINCULADOS

La entidad accionada CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS fue notificada de la presente acción mediante Oficio No. 0017, recibido en fecha 20 de enero de 2016, rindiendo la respuesta en autos; manifestando, en síntesis, que eran ciertos gran parte de los hechos señalados por el actor, entre ellos, que el señor JOSE DAVID MORALES VILLA presentó renuncia cuando el proceso de convocatoria se había culminado. Admiten que el criterio de inclusión por género se encuentra incluido en la resolución No. 170 del 22 de diciembre de 2015, la cual goza de presunción de legalidad, pero estiman que al actor no se le han vulnerado ninguno de sus derechos, en especial por no haber sido inscrito ni participado en la convocatoria pública. Así las cosas, se oponen a la prosperidad de esta acción constitucional, estimando que el acto administrativo respectivo se encuentra en firme y no está incurso en causal de revocatoria directa del CPACA.

En relación con los terceros citados, el Dr. IVAN SIERRA PORTO se vinculó en sede de tutela, coadyuvando las pretensiones del actor. Por su parte, la Dra. NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ solicitó una prórroga para rendir su informe, por cuanto no conocía el contenido de la presente acción, sin embargo, por Secretaría retiró copias del traslado; y dado que el término fenece en el día de hoy, el suscrito juez despacha desfavorablemente su *petitum*.

Cumplido lo anterior, pasa al Despacho la presente Acción de Tutela para resolver, previas las siguiente

### CONSIDERACIONES

Es criterio suficientemente asimilado en el foro judicial el de que la acción de tutela es un procedimiento constitucional preferente y sumario, de amparo inmediato de los derechos fundamentales de la persona, cuando quiera que éstos resulten amenazados o violados por acción u omisión de una autoridad pública, o por particulares en los casos precisos determinados por la Constitución y la Ley. E igualmente que, por regla general, la tutela no procede cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que el medio normal u ordinario carezca de eficacia según las circunstancias en que se encuentre el solicitante de la protección constitucional.

<sup>1</sup> Al respecto señala la H. Corte Constitucional que "(...), esta corporación a través de sus distintas Salas de Revisión de Tutela, ha sido enfática en advertir que la falta de notificación del auto admisorio de una acción de tutela, a un tercero con interés legítimo, constituye una flagrante vulneración al derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de nuestra Carta Política, pues a este se le debe garantizar el derecho a intervenir en el proceso. En este orden de ideas, el ser oído en el proceso de tutela, es derecho fundamental de rango constitucional que asiste, tanto a quien tiene la calidad de parte procesal –demandante y demandado– como a quien ostenta la calidad de parte en sentido material –por ser sujeto de la relación jurídica sustancial objeto de la controversia– y, en consecuencia afectarle la decisión que en el se adopte". (C. Const., sent. T-1020, dic. 14/99. M.P. Fabio Morón Díaz). Igualmente, mediante Sentencia T-1009 del 9 de diciembre de 1999, la misma corporación, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, manifestó que en esta clase de situaciones se configura una nulidad que debe ser puesta en conocimiento del tercero interesado para los efectos de su eventual saneamiento. Ahora bien, si dicha acción de tutela concluye sin cumplir ese trámite, es viable entonces interponer una acción de tutela en contra de la primera tutela para que ésta se anule y se reinicie "el procedimiento haciéndose todas las notificaciones".

Los derechos a la IGUALDAD y al DEBIDO PROCESO, cuya protección pretende la parte actora, están inmersos, sin discusión alguna, en el ámbito de los fundamentales de aplicación inmediata, porque así lo determinó el constituyente de 1991 en los artículos 13, 29 y 85 de la Carta Política.

Iniciando este Despacho el estudio de la presente acción, se plantean los siguientes problemas jurídicos, que en su orden debe absolver el Despacho para concluir:

- a) ¿Cual es el alcance de la coadyuvancia del tercero en sede de tutela?
- b) ¿Procede la acción de tutela para controvertir los actos administrativos expedidos en el marco de un concurso público de méritos para proveer un cargo en el sector público como lo es el de Contralor Distrital?

**i. La coadyuvancia en la acción de tutela**

La reglamentación procesal de la acción de tutela prevé, en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, las figuras de la coadyuvancia y de la agencia oficiosa como dos instituciones procesales distintas. Respecto de la primera de estas, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el coadyuvante *"es un tercero que tiene con una de las partes una relación sustancial que, indirectamente, puede verse afectada si la parte a la que coadyuva obtiene un fallo desfavorable."*<sup>2</sup>

En este orden de ideas, la misma jurisprudencia indica que *"el coadyuvante, entonces, ejercita, dentro del proceso, las facultades que le son permitidas y, en todo caso, no puede afectar a la parte, pues de la esencia de la coadyuvancia es la intervención antes de la sentencia de única o de segunda instancia, para prestar ayuda, mas no para hacer valer pretensiones propias."*<sup>3</sup>

Frente a este planteamiento, es claro entonces que la coadyuvancia surge en los procesos de tutela, como la participación de un tercero con interés en el resultado del proceso que manifiesta compartir las reclamaciones y argumentos expuestos por el demandante de la tutela, sin que ello suponga que éste pueda realizar planteamientos distintos o reclamaciones propias que difieran de las hechas por el demandante, pues de suceder esto se estaría realmente ante una nueva tutela, lo que desvirtuaría entonces la naturaleza jurídica de la coadyuvancia.

En el caso que nos ocupa, el Dr. IVAN SIERRA PORTO, como tercero vinculado y coadyuvante, no esgrime pretensiones propias, pero queda ligada su suerte a la de la parte que coadyuva,

**ii. Procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de un concurso público de méritos**

En segundo orden, el principio de **subsidiariedad de la tutela** aparece claramente expresado en el artículo 86 de la Constitución, al precisarse en él que: *"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*.

<sup>2</sup> Ver sentencia T-304 de 1996.

<sup>3</sup> Ibidem.

Respecto al anterior mandato, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que la procedencia subsidiaria de la acción de tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden y regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también asegurando el principio de seguridad jurídica.<sup>4</sup>

En este sentido, en reiteradas ocasiones, la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe analizar, en cada caso concreto, si existe otro mecanismo judicial en el orden jurídico que permita ejercer la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logrando una efectiva e íntegra protección de los mismos.

Así lo sostuvo en sentencia T-235 de 2010, al indicar:

*"Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aún existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela"*<sup>5</sup>

Igualmente, este tribunal ha manifestado que cuando el accionante logra demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable procede la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección. *"Así, por ejemplo, puede proceder la tutela a pesar de existir vías judiciales alternas cuando se ve afectado el mínimo vital del accionante o sus condiciones físicas permiten pensar que se encuentra en un especial estado de indefensión y de no intervenir de inmediato el juez constitucional se produciría un daño irremediable"*<sup>6</sup>.

Respecto de dicho mandato, ha manifestado este tribunal que no se trata de que el otro medio de defensa judicial sea puramente teórico. Por el contrario, lo que el Constituyente y el legislador quisieron en el momento de redactar la normatividad sobre la acción de tutela, fue precisamente lograr una protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, entendiendo que ellos muchas veces son desconocidos, a pesar de que para cada uno está reservada en la legislación una forma de protección<sup>7</sup>.

En lo relativo a la idoneidad y eficacia del instrumento judicial ordinario, esta corporación expresó en sentencia T-569 de 2011<sup>8</sup> que: *"es deber del juez de tutela examinar si la controversia puesta a su consideración (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración."* Por consiguiente, *"no es suficiente, para excluir la tutela, la mera*

<sup>4</sup> Sentencia T-487 de 2011.

<sup>5</sup> Sentencias T-225 de 1993 y SU-544 de 2001.

<sup>6</sup> Sentencia T-145 de 2011.

<sup>7</sup> Sentencia T-388 de 1998.

<sup>8</sup> En la sentencia de referencia la Corte conoció un caso en el cual el accionante había ocupado el puesto once dentro de la listado expedido por la CNSC para proveer igual número de empleos de carrera, sin embargo debido a una interpretación errada del Inexequible Acto Legislativo 01 de 2008, la Comisión solamente ofertó siete.

37  
79  
m/y

existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de **brindar inmediata y plena protección** a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que **esperar por varios años** mientras sus derechos fundamentales están siendo violados."

Acogiendo lo anterior, se tiene que la Alta Corporación ha determinado que las acciones contencioso administrativas ( hoy llamados "medios de control" por el CPACA) no protegen en igual grado que la tutela, los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de vinculación de servidores públicos, cuando ello se hace por concurso de méritos, ya que la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo.

Sobre el particular, en la sentencia T-425 de 2001, la Corte conoció un caso en el cual un accionante que se encontraba en el primer lugar de la lista de elegibles en un concurso para proveer el cargo de asesor, Código 1020, grado 08 en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no había accedido al cargo debido a la negativa de la entidad a nombrarlo. En dicha providencia se estableció que:

*"En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades publicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto: la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso. no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata."*

Sobre el particular, es decir sobre la procedencia de la acción de amparo para debatir decisiones acogidas dentro de un concurso de méritos, el Alto Tribunal Constitucional ha manifestado que: *"aún cuando los afectados con dichas determinaciones cuentan con las acciones contencioso administrativas para cuestionar su legalidad, dichos mecanismos judiciales de defensa no son siempre idóneos y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados."*<sup>9</sup>

Igualmente en la sentencia SU-913 de 2009<sup>10</sup> se determinó que:

*"En materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en*

<sup>9</sup> Sentencia T-569 de 2011.

<sup>10</sup> En la sentencia de referencia la Corte Constitucional conoció de varios casos en los cuales los accionantes que se presentaron a un concurso para la elección de notarios solicitaban a la Corte unificar los criterios de calificación para evitar así la vulneración sistemática de sus derechos fundamentales.

el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular".

Como conclusión se destaca entonces que en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo. Por esta razón la tutela podría desplazar a las acciones contenciosas como medio de preservación de los derechos en juego.

Ahora bien, sobre el concurso de méritos como sistema escogido por el legislador para la selección de cargos como el de Personeros y Contralores Distritales, se debe establecer que este mandato es desarrollo expreso del precepto contenido en el artículo 125 de la Constitución. Que establece:

*"Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción."*

El artículo 125 de la Constitución constituye uno de los pilares sobre los cuales se sustenta el acceso a la función pública. En efecto, dicha norma contiene una pluralidad de principios que la rigen, dentro de los cuales se destacan: (i) la generalidad que instituye los empleos en los órganos y entidades del Estado como de carrera; (ii) la consagración de tres excepciones constitucionales a este principio, los servidores de elección popular, los funcionarios de libre nombramiento y remoción y los trabajadores oficiales; (iii) el deber de adelantar un concurso público, cuando no exista en la Constitución o en la ley un sistema que determine la forma como deba hacerse la provisión de un empleo; (iv) la fórmula de la convocatoria, como criterio que determina y evalúa los méritos y calidades de los aspirantes y por último (v) consagra el deber de garantizar el acceso a la función pública y la permanencia en el mismo, sin otras consideraciones distintas a las capacidades de los aspirantes.

Dando alcance a lo referido anteriormente, este tribunal considera que la Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, "que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entre los fines de la misma se puede resaltar el de consagrar en beneficio de la colectividad sin ninguna discriminación el acceso y ascenso a la función pública"<sup>11</sup>.

En este orden de ideas, es necesario señalar que los sistemas de ingreso basados en el mérito tienen como objeto garantizar la permanencia de los empleados y

<sup>11</sup> Sentencia T-344 de 2000.

81  
7/6



40  
82  
3/7

funcionarios en los cargos públicos del Estado y el acceso de los ciudadanos a la administración de acuerdo a sus cualidades, talentos y capacidades. Así mismo, constituye plena garantía que consolida el principio de igualdad, en la medida en que propende por eliminar las prácticas de acceso a la función pública basadas en criterios partidistas, los cuales han sido imperantes en nuestro país a lo largo de toda su historia.

En este sentido, la Corte Constitucional ha expresado en sentencia T-569 de 2011 que, en general, se deben surtir para el acceso a todos los cargos que se encuentran basados en el mérito las siguientes etapas: (i) La convocatoria: fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) Reclutamiento: En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) Aplicación de pruebas e instrumentos de selección: a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. Y por último (iv) la elaboración de lista de elegibles: en esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido.

Así entendido, el sistema de ingreso a la administración pública por concurso de méritos comporta, en realidad, un proceso técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto permiten garantizar que a los puestos de dirección del Estado accedan los mejores y más capaces funcionarios y empleados, rechazando aquellos factores de valoración que chocan con la esencia misma de la Carta del 91 como lo pueden ser el favoritismo y el nepotismo; criterios que, por lo demás, se contraponen a los nuevos roles del Estado e influyen negativamente en su proceso evolutivo de modernización, racionalización y optimización, implementados con el objetivo de avanzar en la prestación de un mejor servicio a la comunidad<sup>12</sup>.

Así lo consideró la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia T-169 de 2011, en la cual determinó que:

*"La provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa".*

A modo de conclusión podría establecerse que el concurso es el mecanismo idóneo para que el Estado, dentro de criterios de moralidad y objetividad califique el mérito y las capacidades de los distintos aspirantes a acceder a la función pública, con el fin de escoger entre estos al que mejor pueda desempeñarlo, alejándose de consideraciones

<sup>12</sup> Sentencia C-1230 de 1995.

individuales, o arbitrarias. La finalidad del artículo 125 de la Constitución consiste en últimas en que al cargo llegue el mejor de los concursantes, es decir, aquel que haya obtenido el más alto puntaje.

De otra parte, el artículo 29 de la Constitución dispone que *"el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas"*. Con fundamento en la citada norma, la jurisprudencia constitucional ha resaltado el vínculo existente entre este derecho y las garantías que deben regir las actuaciones de la administración. Concretamente, esta corporación ha expresado en la sentencia T-329 de 2009<sup>13</sup> que:

*"El debido proceso administrativo es un derecho de rango fundamental que garantiza que cualquier actuación administrativa se someta a las normas y la jurisprudencia que regulan la aplicación de los principios constitucionales. Este derecho involucra todas las garantías propias, como son, entre otras, los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, el derecho de impugnación, y la **garantía de publicidad** de los actos de la Administración. Por lo tanto, el derecho al debido proceso administrativo no existe solamente para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se **surte para expedirla**, y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación"*

En concordancia con esta línea de pensamiento, en la sentencia C-980 de 2010 este tribunal determinó que:

*"El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos"*.

En este orden de ideas, es necesario señalar que una de las consecuencias que tiene la consagración expresa del debido proceso como un derecho de rango fundamental, es que **todas las personas, entre ellas el actor, como ciudadano en ejercicio**, pueden acudir a la acción de tutela con el fin de que el juez constitucional conozca de la presunta vulneración, y de ser necesario ordene las medidas necesarias para garantizar su protección inmediata.

Así las cosas, el deber de protección de los derechos fundamentales exige al operador judicial tomar al momento de fallar una acción de amparo una serie de medidas tendientes a lograr que la protección sea efectiva. Entre las prevenciones que debe adoptar el juez de tutela cuando evidencia la transgresión de una garantía

<sup>13</sup> En el asunto de referencia esta corporación conoció de una tutela presentada por una persona que había ocupado el primer puesto en un concurso de méritos, cuyo fin era integrar la terna para la escogencia del gerente de una ESE. En dicho fallo el gobernador había escogido a una persona con un puntaje de calificación más bajo que el obtenido por el accionante.

constitucional, está la de dictar una sentencia en la cual restablezca el derecho y se dispongan una serie de órdenes que garanticen el cumplimiento de las decisiones adoptadas.

Este tribunal ha aclarado que las órdenes que puede impartir un juez de tutela pueden ser de diverso tipo, ya que la decisión a adoptar tiene que ser suficiente y razonable para lograr que la situación de vulneración cese. En este sentido la sentencia T-418 de 2010 estableció que:

*"El juez de tutela cuenta con una facultad amplia para establecer, razonablemente, cuáles son las órdenes que se deben adoptar en cada uno de los casos concretos para asegurar el goce efectivo de un derecho fundamental. La principal misión que la Constitución encomienda al juez de tutela es tutelar los derechos que considera que han sido violados o amenazados y tomar las medidas necesarias para que tal situación cese. En tal medida, ha considerado la jurisprudencia que se pueden distinguir dos partes constitutivas del fallo: la decisión de amparo, es decir, la determinación de si se concede o no el amparo solicitado mediante la acción de tutela, y la orden específica y necesaria para garantizar el goce efectivo del derecho amparado".*

Entre las facultades que posee el juez para lograr la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, se encuentra la de dictar órdenes simples o complejas. Estas han sido definidas de la siguiente manera:

*"el juez está llamado a tomar las medidas que se requieran para que, en realidad, la persona afectada pueda disfrutar de su derecho. Una sentencia de tutela no puede quedar escrita, tiene que materializarse en conductas positivas o negativas a favor de las personas cuyo derecho fue amparado. El remedio al que recurre un juez constitucional para salvaguardar un derecho, en ocasiones no supone órdenes simples, ejecutables en un breve término mediante una decisión única del destinatario de la orden, sino órdenes complejas."<sup>14</sup>*

En desarrollo de estas atribuciones el juez de tutela cuenta con diversas herramientas jurídicas para resolver un caso que requiere soluciones complejas, entre ellas se destacan: (i) la adopción de medidas cautelares en casos en los que se demuestre la existencia de perjuicio irremediable<sup>15</sup>; (ii) la realización de estudios en aquellas oportunidades en que no se cuenta con la información requerida para poder tomar la decisión;<sup>16</sup> (iii) la capacidad de ordenar la construcción o terminación de obras<sup>17</sup>; (iv) la potestad de ordenar el asesoramiento de los accionantes<sup>18</sup>; (v) suspender trámites administrativos<sup>19</sup>; (vi) ordenar la creación de grupos de trabajo; (vii) conceder espacios de participación<sup>20</sup>; y (viii) decretar la suspensión de concursos de méritos.<sup>21</sup> Sobre este último aspecto se debe destacar que de conformidad a la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela puede ordenar la suspensión de un concurso de méritos, ya sea como medida cautelar antes de adoptar una decisión de fondo, o por

<sup>14</sup> Sentencia T-086 de 2003.

<sup>15</sup> Auto 244 de 2009.

<sup>16</sup> Sentencia T-1104 de 2005.

<sup>17</sup> Sentencia T-081 de 2013.

<sup>18</sup> Sentencia T-091 de 2010.

<sup>19</sup> Sentencia T-974 de 2009.

<sup>20</sup> Sentencia T-140 de 1995.

<sup>21</sup> Sentencia T-286 de 1995.

el contrario, puede decretar dicha interrupción como una orden definitiva en la sentencia.

Así las cosas, en el evento en que para el caso concreto la única medida que pueda lograr el restablecimiento del derecho sea la orden de suspender el concurso, ésta deberá ser adoptada por el juez en ejercicio de sus potestades, ya que de permitirse continuar con un proceso viciado de ilegalidad, se consolidaría la vulneración de derechos, atentando así contra los postulados de orden superior.

Se debe destacar que la posibilidad de suspender en determinados casos las etapas de un concurso de méritos por medio de la acción de tutela no es una potestad exclusiva de la Corte Constitucional. Por el contrario el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, recientemente ha ordenado la suspensión de diversos concursos al evidenciar una serie de irregularidades que viciaban su legalidad. Téngase lo señalado por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en una de esas providencias<sup>22</sup>:

*“En este orden, teniendo en cuenta las particularidades del caso, que involucran el desarrollo de un proceso de selección de personal actualmente en curso y el desconocimiento de aspectos procedimentales que pueden afectar de manera grave su desarrollo, esta Sala de Decisión debe adoptar medidas inmediatas que permitan asegurar la eficacia de las ordenes que se impartan. Por esta razón, y también en consideración de las facultades legales que asisten a la CNSC para garantizar la transparencia, imparcialidad, objetividad e idoneidad de los procesos de selección (artículos 21 y 22 del Decreto 760 de 2005) y la especial pertinencia de la intervención del juez de tutela en las decisiones relacionadas con procesos de selección de personal, se ordenará la suspensión inmediata del proceso, su revisión oficiosa con miras a determinar si se puede continuar o si se debe dejar sin efectos y, en caso que se encuentre que se puede seguir adelante con él, se prescribirá la adopción de las medidas necesarias para garantizar que el mismo prosigue ajustado a Derecho.*

*Estas decisiones no tienen otro objetivo distinto que garantizar la corrección procedimental de las decisiones que se adoptan por la Administración en el marco del Concurso No. 128 de 2009. Su fundamento se encuentra, pues, tanto en el principio de legalidad que debe presidir la totalidad de las decisiones y actuaciones de las autoridades en un Estado de Derecho; como la preocupación por asegurar que el proceso de selección de personal en cita se surta con apego a las disposiciones que lo rigen.*

*Siendo éste su fundamento, no hay duda que la regularidad procesal del concurso constituye un requerimiento esencial para que éste pueda cumplir cabalmente con sus objetivos. Máxime cuando, conforme fue explicado en los fundamentos jurídicos 20 y 21 de esta providencia, se está frente a un régimen específico, para el cual el legislador ha definido unas reglas especiales en consideración a la singularidad de la función cumplida por el ente público titular del régimen establecido. No subsanar oportunamente eventuales defectos en*

<sup>22</sup> Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, Bogotá, D. C., Trece (13) De Diciembre De Dos Mil Doce (2012) , Radicación Número: 25000-23-42-000-2012-00492-01(Ac).

86  
34

*su trámite solo podría comprometer en el futuro la validez de las decisiones que se adopten, con secuelas graves tanto para la Administración Pública y la comunidad, como para los particulares titulares de derechos fundamentales conculcados”.*

Como conclusión de lo anteriormente visto, se evidencia que los jueces de tutela en desarrollo de sus potestades pueden adoptar las medidas que se requieran para que las personas que se consideren afectadas por las irregularidades detectadas en un concurso, puedan disfrutar de su derecho. Para ello pueden entre otras acciones, suspender la ejecución del mismo en la etapa en la que se encuentre, o en su defecto dejar sin efectos todo el trámite realizado<sup>23</sup>.

**El caso concreto:**

En el caso in-exámene, en relación con los derechos auscultados, se encuentra acreditado en autos la siguiente realidad:

- i. El Concejo de Cartagena ha reglamentado el proceso de elección del Contralor Distrital en sendos actos administrativos, todos ellos consultables en la página web de la entidad accionada en el link: <http://concejocartagena.gov.co/category/resoluciones/concurso-contralor-distrital/>, siendo de cardinal importancia la Resolución 170 del 22 de diciembre de 2015<sup>24</sup>, que integra la terna, puesto que en ella se indica que “(...)la plenaria del Concejo Distrital de Cartagena en sesión de fecha 28 Noviembre de 2015, atendiendo lo señalado en el Artículo 272 Constitucional, el Concepto 2274 de 10 de Noviembre de 2015 –Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil; autorizó a la Mesa Directiva del Concejo Distrital de Cartagena a adelantar la convocatoria pública PARA LA ELECCIÓN DE CONTRALOR (a) DISTRITAL(...)”, concepto este que, consultado por el suscrito Juez desde la web de la relatoría del H. Consejo de Estado, señala lo siguiente:

Si. Para la elección de contralores territoriales por parte de las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales se puede aplicar por analogía, mientras se expide una ley que regule las convocatorias públicas, la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario No. 2485 de 2014 sobre concurso público de méritos para la elección de personeros municipales y distritales, teniendo en cuenta en todo caso que en la escogencia final no aplica un orden específico de elegibilidad entre los seleccionados. El acto de apertura de la convocatoria pública será vinculante para las entidades y en el deberán identificarse con claridad las etapas del procedimiento y la forma de aplicar los criterios de selección.

Además, las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales deberán asegurar el cumplimiento de los principios de publicidad, transparencia, objetividad, participación ciudadana, equidad de género y mérito, señalados en los artículos 126 y 272 de la Constitución Política, así como de los que rigen el ejercicio de las funciones administrativas (artículo 207 C.P.) y los procedimientos administrativos en general (artículo 3 CPACA).

Ahora bien, remitiéndonos por analogía a la parte resolutive del Concepto 2261 de la misma entidad, donde se habla en concreto del procedimiento para el caso de

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-604/13. Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

<sup>24</sup> Documento consultable en el link <http://concejocartagena.gov.co/2015/12/22/resolucion-170-decision-dentro-de-la-convocatoria-publica-para-proveer-el-cargo-de-contralor-distrital/>

87  
322

nombramientos de personeros, reza el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, lo siguiente:

***"(...) El concurso público de méritos lo debe convocar y adelantar el concejo municipal que sesiona actualmente y termina su periodo el 31 de diciembre próximo, de manera que la corporación que se posesiona el 1 de enero del año siguiente pueda hacer las entrevistas y la elección de personeros dentro del plazo que establece la ley.***  
**- Resaltados del Despacho-**

Es allí donde encuentra el Despacho la irregularidad que lleva a considerar inválido parte del trámite adelantado: Retomando lo dicho por el concepto del H. Consejo de Estado, aunque no existe, en el caso de los Contralores, un orden específico de elegibilidad entre los aspirantes que hayan logrado llegar al final del proceso e integrar la lista de elegibles; cierto es que, por analogía con el procedimiento de Personeros, quien debía realizar el proceso de entrevistas y posteriormente el de elección, no era el Concejo saliente del periodo constitucional 2012-2015, sino el entrante del periodo 2016-2019. Si se aprecia en la web de la entidad accionada<sup>25</sup>, quien realizó dicha etapa del proceso (la entrevista) fue la Corporación cuyo periodo fenecía, no la que finalmente eligió, vicio este que debe enmendarse, de conformidad con las facultades asignadas, según la jurisprudencia constitucional ya citada, y luego de ello sí proceder a hacer la elección respectiva.

En otras palabras el Despacho considera que si hubo una vulneración clara del derecho fundamental al debido proceso para elegir Contralor Distrital y por consiguiente, debe retrotraerse la etapa del proceso desde el momento en que se consolidó el vicio que lo afecta, dada la falta de competencia para entrevistar que tenía la entidad saliente, siendo llamados a ser entrevistados los aspirantes NUBIA FONTALVO HERNANDEZ e IVAN SIERRA PORTO, por cuanto lograron integrar la lista de elegibles respectiva, de la cual hacía parte el señor JOSE DAVID MORALES VILLA, cuya declinación a ser elegido milita en autos (fl. 59). Así las cosas, por sustracción de materia, el actual nombramiento de la Doctora FONTALVO HERNÁNDEZ como Contralora Distrital queda sin efectos, hasta tanto se subsane el defecto anotado.

Respecto del restante derecho esgrimido, la Honorable Corte Constitucional, ha explicado el alcance del derecho a la igualdad así:

***" Para que se dé la violación del derecho fundamental a la igualdad, debe existir una discriminación entre iguales, frente a situaciones fácticas idénticas, sin que pueda predicarse la vulneración del aludido derecho, por el sólo hecho de querer obtener prerrogativas que le fueron concedidas a sujetos que no se encuentran en las mismas condiciones, ya sean profesionales, académicas o de cualquier otro tipo, y a los cuales se les hayan exigido ciertos requisitos, sin los cuales no sería posible obtenerlas."*** (C. Const., Sent. T-011/99, M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra)

***"La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los "términos de comparación". Cuáles sean éstos o las características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de referencia,***

<sup>25</sup> Consúltase al respecto <http://concejocartagena.gov.co/2015/12/29/resultado-entrevista-contralor-distrital/>

88  
323

comúnmente llamado *tertium comparationis*, para establecer cuándo una diferencia es relevante, es una determinación libre mas no arbitraria, y sólo a partir de ella tiene sentido cualquier juicio de igualdad.(...) Sin embargo, el artículo 13 de la Constitución no prescribe siempre un trato igual para todos los sujetos del derecho, o destinatarios de las normas, siendo posible anudar a situaciones distintas —entre ellas rasgos o circunstancias personales— diferentes consecuencias jurídicas. El derecho es, al mismo tiempo, un factor de diferenciación y de igualación. Opera mediante la definición de supuestos de hecho a los que se atribuyen consecuencias jurídicas (derechos, obligaciones, competencias, sanciones, etc.). Pero los criterios relevantes para establecer distinciones, no son indiferentes para el derecho. Algunos están expresamente proscritos por la Constitución y otros son especialmente invocados para promover la igualdad sustancial y con ello el ideal de justicia contenido en el preámbulo.(...) El primer problema que plantea una nueva concepción del principio de igualdad hace relación con cuál es el criterio de diferenciación —*tertium comparationis*— al que ha de acudir el juez, en contraste con el de legislador, para aceptar o rechazar el que éste incorporó en la norma. La Constitución menciona algunas de las razones o situaciones fácticas para prohibir que el legislador las adopte como factor de diferenciación. No obstante, la mención de los factores considerados discriminatorios para establecer una diferencia de protección o trato no es suficiente. El juez ha de buscar fuera de la Constitución el criterio de diferenciación con el cual juzgar la validez constitucional de una norma que atribuye relevancia jurídica a cualquiera de las infinitas diferencias fácticas que la realidad ofrece.(...) Según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación; la igualdad sólo se viola si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse según la finalidad y los efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. (C. Const., Sent. T-422, jun. 19/92, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Del análisis de los hechos que sirven como fundamento de la acción cuya decisión hoy nos ocupa, y de las pruebas obrantes en autos, el Despacho no observa, prima facie, la existencia del *tertium comparationis* de que trata la jurisprudencia constitucional, lo cual da al traste con el amparo deprecado respecto de dicho derecho.

En razón y mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE CARTAGENA- BOLIVAR, administrando justicia, en nombre de la REPUBLICA y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONCEDER** la presente Acción de tutela, propuesta por el señor RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ y coadyuvada por el señor IVAN SIERRA PORTO en contra del CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, **exclusivamente en lo que tiene que ver con el derecho fundamental al debido proceso.**

**SEGUNDO: ORDENAR** al CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA que debe retrotraerse a la etapa de entrevistas del proceso para elegir Contralor Distrital de Cartagena, momento en que se consolidó el vicio, motivo por el cual, en el término prudencial de diez (10) días lleve a cabo las entrevistas, consolide puntajes, y finalmente designe Contralor, siendo llamados a ser entrevistados los aspirantes NUBIA FONTALVO HERNANDEZ e IVAN SIERRA PORTO, por cuanto lograron integrar la lista de elegibles respectiva, de la cual hacía parte el señor JOSE DAVID MORALES VILLA, cuya declinación a ser elegido milita en autos. Así las cosas, por

PROCESO  
DEMANDANTE  
DEMANDADO  
PROVIDENCIA  
RADICADO

ACCION DE TUTELA  
RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ  
CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS  
SENTENCIA DE TUTELA  
13001407100420150035500

14

sustracción de materia, el actual nombramiento de la Doctora FONTALVO HERNÁNDEZ como Contralora Distrital queda sin efectos.

**TERCERO:** En caso de no ser impugnado este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CUARTO:** Comuníquese esta decisión a las partes por el medio más expedito.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

El Señor Juez,

  
**CARLOS EDUARDO GARCÍA GRANADOS**

47  
89  
324



Cartagena de Indias, D.T. y C., 03 de febrero de 2.016

Doctor:

**CARLOS EDUARDO GARCÍA GRANADOS**

Juez Cuarto Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Cartagena.  
Ciudad.

Referencia. Radicado 13001- 40-71-004-2015- 00355-00. Acción de Tutela presentada por **RAFAEL CAMARGO JIMENEZ** contra el **CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA**. Con vinculación de **NUBIA FONTALVO HERNANDEZ** y otros.

**NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**, mayor de edad, con domicilio en esta ciudad, identificada con la cedula de ciudadanía No.45.753.698. abogada titulada, inscrita, en mi condición de Contralora Distrital de Cartagena, en ejercicio del cargo, y como ciudadana interesada en el asunto de la referencia, mediante el presente escrito, atendiendo a lo dispuesto en el auto de fecha 1 de febrero de 2016, proferido por su Despacho, por el cual se me vinculó dentro del proceso de la referencia, respetuosamente acudo ante usted con el fin de presentar **INFORME** sobre los hechos que motivan la acción de tutela de la referencia, así como las razones de derecho por las cuales se debe **DENEGAR EL AMPARO DE TUTELA** solicitado o en su lugar, declarar la **IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN IMPETRADA** con fundamento en las consideraciones que adelante expongo, pero de manera previa solicito que se acceda a las siguiente:

#### **NULIDAD PROCESAL**

Que se declare la Nulidad Procesal de lo actuado en el proceso de la referencia a partir del día dos (2) de febrero del año Dos Mil Dieciséis (2016), violatoria de mi derecho a la defensa y al debido proceso de que trate el artículo 29 de la Constitución Nacional:

#### **FUNDAMENTOS DE LA NULIDAD PROCESAL**

La nulidad procesal invocada, es flagrante si tenemos en cuenta que se me informó de la vinculación al proceso por oficio 120 recibido el día dos (2) de febrero del 2016, donde se me concede un (1) día contado del siguiente al de mi notificación para que: "rindan un informe sobre los hechos que dieron lugar a la presente acción, presente los argumentos que considere oportuno esgrimir en el término de UN día (01) siguiente a su notificación,(...)", pero que fue debidamente notificado el mismo día a las cinco (5:00pm) de la tarde, según consta en escrito que presente, en oportunidad, donde solicite la entrega del traslado de la tutela, ya que no me fue enviado su contenido con dicho oficio No, 120, y por tanto no conocía el texto o contenido de la tutela, según escrito que anexo. Pero en contravía a mi derecho de defensa me he enterado que se ha proferido la decisión de primer grado, dentro del término con el que cuento para rendir mi informe, argumentos y ejercer la defensa de mi elección.

Posterior a la declaración de nulidad procesal planteada solicito que en la decisión que resuelva el proceso de tutela se tengan en cuenta estas precisiones que me permito entregar al despacho:

## PETICIÓN PRINCIPAL EN EL PROCESO DE TUTELA

Que se declare improcedente la Acción de Tutela por tratarse de un hecho superado, pues los vicios, que según el tutelante, se presentaron en el proceso de selección tenían que mostrarse antes de que me eligieran y me posesionaran en mi cargo de contralora distrital, por lo que la tutela, en este caso no tendría la finalidades para lo que constitucionalmente fue instituida, y de paso estaría suplantando a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En efecto, y reitero atendiendo al carácter residual de la acción de tutela de acuerdo a lo establecido en el art. 86 de la Constitución Política, la demanda que en este caso nos ocupa, **debe ser declarada improcedente**, teniendo en cuenta la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, para dejar sin efectos el acto de elección de la contralora, el cual goza de presunción de legalidad como todo acto administrativo y en consecuencia produce todos sus efectos legales hasta tanto no sea o suspendido o declarado nulo por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Observase que el citado acto además se encuentra en firme conforme a los artículos 87 y 88 de la ley 1437 de 2011, pero tampoco el tutelante demuestra la existencia de un eventual perjuicio irremediable, por razones obvias, no existir el mismo.

Finalmente, en cuanto a la improcedencia de la tutela, el señor juez debe apreciar que el actor o petente no ha acreditado **legitimación en la causa por activa** para poder presentar la acción constitucional que en este momento nos ocupa, como lo exige el Decreto 2591 de 1991, razón esta adicional pero suficiente para que sea rechazada la acción de tutela en cuestión.

## INFORME DE LA CONTRALORA DISTRITAL DE CARTAGENA

En resumen el petente en el proceso de la referencia considera que, el Concejo Distrital de Cartagena dentro del proceso de escogencia del Contralor del Distrito, debió escoger a quien hubiese ocupado el primer puesto en orden de elegibilidad dentro del proceso de méritos que se adelantó dentro de la respectiva convocatoria pública y por tal razón solicita en resumen la revocatoria del acto administrativo donde se eligió a la suscrita como contralora distrital.

Sin embargo, todo el soporte sobre el cual se sustenta la solicitud de amparo de tutela carece de sentido, no tiene fundamento jurídico, por cuanto desconoce la verdadera naturaleza del concepto de convocatoria pública a diferencia del concurso de méritos, y demuestra un absoluto desconocimiento de los lineamientos señalados por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para adelantar la convocatoria pública para la elección del contralor que analógicamente debió aplicar las reglas de selección de los personeros a falta de regla legal que desarrollare el proceso de elección del contralor.

En efecto, en Concepto 2274 del 10 de noviembre de 2015, con ocasión a una consulta elevada por el Ministerio del Interior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado concluyó que

*"..., para la elección de contralores territoriales por parte de las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, se puede aplicar por analogía,*

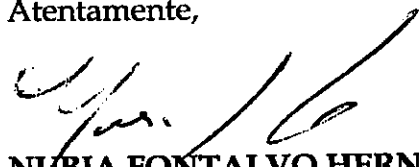
mientras se expide una ley que regule las convocatorias públicas, la Ley 1551 de 2.012 y su decreto reglamentario No. 2485 de 2.014 sobre concurso público de méritos para la elección de personeros municipales y distritales, teniendo en cuenta, en todo caso, que en la escogencia final, no aplica un orden específico de elegibilidad entre los seleccionados.

Así pues la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado analizó enfáticamente el contexto de la reforma constitucional para la escogencia de los contralores territoriales, e indicó, que dicha reforma no obedecía a una decisión aislada del Congreso de la República, sino que, responde a un **cambio general en el sistema de elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas**, recalcando que en todo caso, para la selección del contralor no aplica ningún orden de elegibilidad."

Por las anteriores razones, muy respetuosamente le solicito al señor Juez, declarar la nulidad de lo actuado, tal como lo solicito inicialmente, y luego de ello denegar el amparo de tutela solicitado, y en su lugar se declare improcedente la misma.

Del señor Juez

Atentamente,



NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ  
C.C. No. 45.753.698 de Cartagena

Recibí  
F. H.  
Febrero 3/16  
4:42 p.m.  
Laudo  
(5 Fotos)

8  
a2  
327

PROCESO  
RADICADO  
DEMANDANTE  
DEMANDADO

ACCION DE TUTELA  
2015-355  
RAFAEL CAMARGO JIMENEZ  
CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA

JUZGADO CUARTO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE CARTAGENA.- Cartagena de Indias, cuatro (04) de febrero del año dos mil dieciséis (2016).

Correspondiéndole al Despacho el conocimiento de la presente Acción de tutela, en la cual, habiéndose dictado fallo de instancia en fecha 3 de febrero de 2016, la Dra. NUBIA FONTALVO HERNANDEZ, en su calidad de tercera vinculada al trámite de la presente acción solicita en memorial recibido en el día de ayer 3 de febrero de 2016 a las 4:42 p.m., obrante a folios 90 al 92, la "(...) nulidad procesal de lo actuado en el proceso de la referencia a partir del día dos (2) de febrero del año dos mil Dieciséis (2016) violatoria de mi derecho a la defensa y al debido proceso de que trate el artículo 29 de la Constitución Nacional (...)"

Motiva dicha solicitud por cuanto, en palabras de la memorialista en que "(...) se me informó de la vinculación al proceso por oficio 120 recibido el día dos (2) de febrero del 2016, donde se me concede un (1) día contado del siguiente al de mi notificación (...) pero que fue debidamente notificado el mismo día a las cinco (5:00 p.m.) de la tarde (...) donde solicité la entrega del traslado de la tutela, ya que no me fue enviado su contenido con dicho oficio No. 120 y por tanto no conocía el texto o contenido de la tutela(...)"

Para decidir respecto de dicho memorial, el Despacho se permite revisar la actuación surtida, y observa que la anterior jueza titular del Despacho, Dr. YOMAIRA ROBLES CAÑAS, admitió la acción de tutela de la referencia, y a pesar que en los hechos quinto al duodécimo se hacía mención a las personas que tenían interés legítimo en la presente acción, procedió a admitirla sin vincularlos en auto del 18 de enero de 2016, motivo por el cual, el suscrito juez, una vez posesionado en propiedad en fecha primero de febrero de la cursante anualidad, y encontrándose ya contestada la acción de tutela, procede a subsanar la omisión de la jueza antecesora y por ello, en auto de ese mismo día ordenó vincular a la presente acción a los aspirantes incluidos en la terna integrada por la entidad accionada que no declinaron de sus aspiraciones a ser elegidos Contralor, esto es, los señores IVAN SIERRA PORTO y NUBIA FONTALVO HERNANDEZ, en aras de mejor proveer e integrar en debida forma el litisconsorcio, de conformidad con el art. 13 del Decreto 2591 de 1991<sup>1</sup>.

El vicio alegado por la actora surge desde el trámite secretarial de notificación, toda vez que el mismo se surtió sin los anexos del caso, por lo que, en aras de lograr la igualdad de armas y respetar, ante todo, el derecho de defensa, contradicción y el debido proceso, no cabe otra decisión distinta a efectivamente, acceder a la nulidad deprecada y rehacer el trámite de notificación a la memorialista, brindándole copia del traslado y confiriéndole un término prudencial para dicho fin.

Es menester señalar que, de conformidad con líneas jurisprudenciales pacíficas de la H. Corte Constitucional, la notificación es el acto material de comunicación mediante el cual se da a conocer a las partes o terceros las decisiones proferidas por las autoridades públicas, en

<sup>1</sup> Al respecto señala la H. Corte Constitucional que "(...), esta corporación a través de sus distintas Salas de Revisión de Tutela, ha sido enfática en advertir que la falta de notificación del auto admisorio de una acción de tutela, a un tercero con interés legítimo, constituye una flagrante vulneración al derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de nuestra Carta Política, pues a este se le debe garantizar el derecho a intervenir en el proceso. En este orden de ideas, el ser oído en el proceso de tutela, es derecho fundamental de rango constitucional que asiste, tanto a quien tiene la calidad de parte procesal -demandante y demandado- como a quien ostenta la calidad de parte en sentido material -por ser sujeto de la relación jurídica sustancial objeto de la controversia- y, en consecuencia afectarle la decisión que en él se adopte". (C. Const., sent. T-1020, dic. 14/99. M.P. Fabio Morón Díaz). Igualmente, mediante Sentencia T-1009 del 9 de diciembre de 1999, la misma corporación, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, manifestó que en esta clase de situaciones se configura una nulidad que debe ser puesta en conocimiento del tercero interesado para los efectos de su eventual saneamiento. Ahora bien, si dicha acción de tutela concluye sin cumplir ese trámite, es viable entonces interponer una acción de tutela en contra de la primera tutela para que ésta se anule y se reinicie "el procedimiento haciéndose todas las notificaciones".

52  
96

ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales. De esta manera, las notificaciones permiten que materialmente sea posible que los interesados hagan valer sus derechos, oponiéndose a los actos de la contraparte o impugnando las decisiones de la autoridad competente<sup>2</sup>.

La Corte Constitucional ha precisado que la notificación no es un acto meramente formal o de trámite, ya que a través de ella se desarrolla el principio de publicidad de las actuaciones públicas (artículo 228 superior) y se garantizan los derechos fundamentales al debido proceso (contradicción y defensa) y al acceso a la administración de justicia, consagrados en los artículos 29 y 229 de la Constitución Política, respectivamente. Al respecto, en Auto 091 de 2002, indicó:

329

*"De esta manera, el acto procesal de notificación responde al principio constitucional de publicidad de las actuaciones públicas, mediante el cual se propende por la prevalencia de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia (artículos 29 y 229 de la Constitución Política), dado que se garantiza el ejercicio de los derechos de defensa, de contradicción y de impugnación previstos en el ordenamiento jurídico.*

*De suerte que, la notificación del inicio y de las distintas actuaciones efectuadas en desarrollo de un proceso, permiten hacer valederos los derechos procesales constitucionales de los asociados, ya que faculta a las partes y a los intervinientes tanto para oponerse a los actos de la contraparte como para impugnar las decisiones adoptados por la autoridad competente dentro de los términos previstos en la ley."*

De igual forma, esta corporación ha reiterado la necesidad de notificar a las personas directamente interesadas, tanto la iniciación del trámite de tutela como la decisión que al cabo del mismo se adopte<sup>3</sup>, precisando que dicha notificación es uno de los actos procesales más importantes, ya que en ella se concreta el derecho fundamental al debido proceso, desde la óptica de la legítima contradicción y defensa<sup>4</sup>.

Bajo este contexto, la jurisprudencia también ha indicado que el juez de tutela está revestido de amplias facultades oficiosas que debe asumir de manera activa para poner en marcha los medios más eficaces para la adecuada realización del derecho al debido proceso, dando las garantías del caso a las partes comprometidas para que puedan pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, aportar y solicitar las pruebas que consideren pertinentes y hacer uso de los recursos que ofrece el ordenamiento jurídico<sup>5</sup>.

Lo anterior implica que la notificación no solamente debe surtirse respecto a demandante y demandado, sino también a los terceros, determinados o determinables, cuyos intereses puedan verse afectados por la decisión que el juez constitucional tome en relación con la solicitud de protección presentada. En el Auto 165 de 2008<sup>6</sup>, la Corte hizo claridad sobre el punto al sostener:

*"Así las cosas, lo que buscan las disposiciones en cita, es que todas las partes o terceros con interés en el proceso de tutela, sean oportunamente llamados por el juez constitucional, a partir de los principios de informalidad y oficiosidad, para*

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-419 de 1994 y Auto 091 de 2002.

<sup>3</sup> Ver, entre otros, los Autos 028 de 1998, 060 de 1999, 004 de 2002 y 060 de 2005. En estas decisiones la Corte Constitucional declara la nulidad de lo actuado en el trámite de tutela, al considerar que no se había integrado en debida forma el contradictorio.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Autos 054 de 2006, 132 y 052 de 2007, 025A de 2012, entre otros. En estos casos la Corte decreta la nulidad de lo actuado en los procesos de tutela, al advertir que no se notificó a las partes demandadas y/o a los terceros interesados la iniciación del trámite o los fallos proferidos en las instancias.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-247 de 1997.

<sup>6</sup> En este asunto la Corte Constitucional decretó la nulidad de todo lo actuado dentro de la acción de tutela, por cuanto no se había conformado debidamente el contradictorio por parte del juzgado de primera instancia, ya que, si bien la demanda se había dirigido contra una empresa con el fin de que efectuara el reconocimiento y pago de la indemnización y de la pensión de invalidez, era claro igualmente, a partir de las pruebas que reposaban en el expediente, que había otro sujeto pasivo de la acción de amparo constitucional, a quien le correspondería, si así lo estimaba el juez, reconocer y pagar las prestaciones reclamadas.

53  
97

que de esta forma ejerzan su derecho de defensa y contradicción, pues resultaría paradójico en un Estado Social de Derecho, dictar una orden judicial para que sea cumplida por una entidad pública o un particular, cuando ni siquiera ha tenido la oportunidad de ser oído durante el trámite tutelar."

En el caso específico de los terceros, como lo es la Dra. Fontalvo, su intervención se orienta, principalmente, a lograr que, en virtud de su legítimo interés como Contralora cuya elección es cuestionada en sede de tutela, tengan la posibilidad de ejercer todas las garantías del debido proceso. Sobre el particular, en Auto 252 de 2008<sup>7</sup>, la Alta Corporación explicó:

330

"[E]l juez debe examinar la solicitud de tutela a fin de determinar si existen personas con interés en lo que se vaya a decidir, qué interés, en concreto, les asiste y cuáles son esas personas a fin de enterarlas de la iniciación del trámite, ya que, en virtud de su legítimo interés, también ellas tienen derecho a 'ejercer todas las garantías del debido proceso y sobre todo el derecho de defensa que es uno de sus principios rectores y merced al cual pueden allegar las pruebas que consideren pertinentes y controvertir las que se presenten en su contra, dentro de los momentos y términos procesales que, de acuerdo con las formas propias de cada juicio, se hayan establecido en el pertinente ordenamiento procesal"<sup>8</sup>.

Pero no sólo ha de notificarse al demandado y a los terceros la iniciación del procedimiento originado en la solicitud de tutela, por cuanto, según el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991 'las providencias que se dicten se notificarán a las partes e intervinientes' y, de acuerdo con el artículo 31, 'el fallo se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento, a más tardar el día siguiente de haber sido proferido'. (Subrayas fuera de texto).

En sentido similar, en Auto 364 de 2010<sup>9</sup>, se dijo:

"Sobre este particular, ha destacado la Corte que los artículos 13 y 16 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la Acción de Tutela, además de permitir a los terceros con interés legítimo, su intervención en calidad de coadyuvantes del actor o de la persona o autoridad pública contra quien va dirigida la acción, también le imponen al juez la obligación de notificar las providencias que se emitan en el trámite del proceso constitucional, a las partes e intervinientes por el medio que considere más expedito y eficaz; lo cual significa que, en materia de acción de tutela, no sólo se permite la intervención del tercero para demandar protección constitucional o para oponerse a ella, sino que también se extiende a él la cobertura de los actos de comunicación procesal, siendo ésta una carga que debe asumir el juez de la causa."<sup>10</sup>

3.7. En consecuencia, el juez constitucional, al momento de ejercer su competencia, está obligado a integrar en debida forma el contradictorio, vinculando al proceso de tutela no solo a quienes hayan sido demandados sino también a las personas que tengan un interés legítimo en la actuación y puedan resultar afectadas con las decisiones que allí se adopten." (Subrayas fuera de texto original).

<sup>7</sup> En esta ocasión la Corte, a pesar de que se había omitido notificar la iniciación del proceso de tutela a los terceros con interés legítimo, no decretó la nulidad, ni remitió el proceso al juez de primera instancia para rehacer toda la actuación, sino que, dadas "las circunstancias de hecho graves y excepcionales y que la afectación de los derechos de acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva ameritan que se produzca el fallo de la Corte Constitucional, con la mayor prontitud posible, es decir, con plena observancia de los principios de celeridad y economía procesal", ordenó a la Secretaría General de la Corte Constitucional poner en conocimiento de dichos terceros el contenido del expediente para que se pronunciaran sobre la solicitud de tutela.

<sup>8</sup> "Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 316A de 2006".

<sup>9</sup> En este auto la Corte declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso de tutela, a partir inclusive de la providencia mediante la cual se admitió la demanda, en razón a que no se integró en debida forma el contradictorio por pasiva, es decir, no se vinculó al trámite a todas las personas que tenían un interés legítimo en el mismo y que podían resultar afectadas por la decisión que se fuera a adoptar.

<sup>10</sup> "Corte Constitucional, Auto 234 de 2006".

54  
98  
331

Ahora bien, en materia de acción de tutela son varias las disposiciones contenidas en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, en relación con la notificación de las actuaciones que se adopten dentro de su trámite. Al respecto el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

"Artículo 16. Notificaciones. Las providencias que se dicten se notificarán a las partes o intervinientes, por el medio que el juez considere más expedito y eficaz." (Subrayas fuera de texto).

Por su parte, el artículo 5º del Decreto 306 de 1992 establece:

"ARTÍCULO 5º. De la notificación de las providencias a las partes. De conformidad con el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991 todas las providencias que se dicten en el trámite de una acción de tutela se deberán notificar a las partes o a los intervinientes. Para este efecto son partes la persona que ejerce la acción de tutela y el particular, la entidad o autoridad pública contra la cual se dirige la acción de tutela de conformidad con el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991.

El juez velará porque de acuerdo con las circunstancias, el medio y la oportunidad de la notificación aseguren la eficacia de la misma y la posibilidad de ejercer el derecho de defensa." (Subrayas fuera de texto original).

Finalmente, el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 señala:

"ARTÍCULO 30. Notificación del fallo. El fallo se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento, a más tardar al día siguiente de haber sido proferido."

De las normas precitadas se concluye que las providencias que se dicten en el trámite de la acción de tutela deben notificarse por el medio que el juez considere más expedito y eficaz.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española da los siguientes significados de la palabra expedito: "desembarazado, libre de todo estorbo y pronto a obrar".

Sobre la eficacia de la notificación la Corte ha explicado que la misma "solo puede predicarse cuando el interesado conoce fehacientemente el contenido de la providencia"<sup>11</sup>.

De esta forma, para que un medio de notificación pueda ser considerado expedito y eficaz, debe ser rápido y garantizar que el interesado va a conocer de forma fidedigna y oportuna el contenido de la providencia.

En consonancia con lo expresado, la obligación de notificar que tiene el juez de tutela es de medio y no implica la utilización de una determinada forma de notificación, siempre que la que se elija sea eficaz y se rija por el principio de la buena fe<sup>12</sup>. Sobre el particular, en Auto 229 de 2003<sup>13</sup>, se expuso:

<sup>11</sup> Corte Constitucional, Auto 018 de 2005. Consúltense también los Autos 091 de 2002 y 060 de 2005. En estos autos esta Corporación declaró la nulidad de lo actuado por no haberse integrado el litisconsorte necesario y/o omitirse notificar el fallo de segunda instancia a todas las partes.

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Autos 229 de 2003 y 018 de 2005. En el primero de estos la Corte negó por extemporánea una solicitud de nulidad de la Sentencia T-537 de 2003, mediante la cual se había confirmado el fallo de primera instancia, que, a su vez, declaró improcedente la acción de tutela; mientras que en la segunda decisión decretó la nulidad de lo actuado, al observar que el juez de primera instancia no vinculó efectivamente al accionado.

<sup>13</sup> En esta decisión la Corte negó por extemporánea una solicitud de nulidad de la Sentencia T-537 de 2003, la cual había confirmado el fallo de primera instancia, que, a su vez, había declarado improcedente la acción de tutela. En dicho fallo esta Corporación consideró que el actor, al dirigir las acusaciones contra actuaciones de naturaleza administrativa, contaba con otro medio alternativo de defensa judicial y que no se presentaba un perjuicio irremediable que hiciera procedente la tutela como mecanismo transitorio de protección, puesto que (i) la controversia recaía sobre una suma de dinero que estaba bajo la custodia de una entidad estatal y (ii) el accionante no era un sujeto de especial protección constitucional.

55  
99  
332

"El juez tiene a su disposición distintos medios para notificar las providencias por él proferidas, y podrá escoger entre ellos el que objetivamente considere más idóneo, expedito y eficaz para poner la decisión en comunicación de los afectados, en atención a las circunstancias del caso concreto. También quiere decir lo anterior que, si bien el juez de tutela puede seguir las reglas prescritas por el Código de Procedimiento Civil para efectuar las notificaciones, no necesariamente está obligado a seguir el orden y el procedimiento allí dispuestos para llevar a cabo las notificaciones a las que haya lugar, puesto que no siempre será ése el curso de acción más expedito para lograr esta finalidad; es decir, en materia de tutela, no es siempre necesario seguir las reglas sobre notificación prescritas por el estatuto procesal civil, puesto que el juez cuenta con la potestad de señalar el medio de notificación que considere más idóneo en el caso concreto, siempre que el medio escogido sea eficaz, y la notificación se rija por el principio de la buena fe." (Subrayas fuera de texto).

La anterior posición fue reiterada en Auto 060 de 2005<sup>14</sup>, en el cual la H. Corte Constitucional recordó que, aun cuando el juez constitucional tiene la posibilidad de escoger el medio de notificación que considere más adecuado para comunicar las providencias que se profieran en el trámite de la tutela, este debe ser lo suficientemente idóneo y eficaz para garantizar el derecho de defensa, precisando que la última de estas características hace referencia a la posibilidad real que deben tener la parte demandada y los terceros con interés legítimo de conocer las respectivas actuaciones procesales. Concretamente dijo al respecto:

"Dada la informalidad propia del trámite de la acción de tutela, el deber de notificar las providencias que en su curso se dicten no requiere hacer uso de un determinado medio de notificación.<sup>15</sup> No obstante, éste debe ser eficaz. Si bien el juez de tutela dispone de amplio margen en cuanto a la escogencia del medio tendiente a notificar se refiere, éste debe ser lo suficientemente idóneo para garantizar el derecho de defensa; así, su eficacia, en estricto sentido, sólo puede predicarse cuando el sujeto pasivo de la acción y los terceros con interés legítimo tienen la posibilidad real de conocer el contenido de las providencias." (Subrayas fuera de texto original).

Posteriormente, esta corporación, en Auto 252 de 2007<sup>16</sup>, dijo:

"Asimismo, la Corte ha sostenido lo siguiente:

'...tratándose de acciones de tutela dirigidas contra una autoridad pública, las notificaciones deben realizarse por el medio que el juez considere más expedito y eficaz, este principio opera con mayor razón cuando la acción está dirigida contra un particular. El ideal, lógicamente, consiste en la notificación personal de la providencia que admite la demanda de tutela y ordena tramitarla. Pero si esta notificación personal no es posible, en razón de la distancia y el angustioso término de diez (10) días fijados en la Constitución impide el emplazamiento de la

<sup>14</sup> En ese pronunciamiento la Corte Constitucional, con el fin de garantizar el derecho al debido proceso de los terceros con interés legítimo que no habían sido vinculados al proceso, decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio y devolvió, en consecuencia, el expediente al juez de conocimiento para que tramitara el proceso en debida forma.

<sup>15</sup> "Al respecto, en auto No. 229 de 2003, esta corporación manifestó: Lo anterior significa que el juez tiene a su disposición distintos medios para notificar las providencias por él proferidas, y podrá escoger entre ellos el que objetivamente considere más idóneo, expedito y eficaz para poner la decisión en comunicación de los afectados, en atención a las circunstancias del caso concreto. También quiere decir lo anterior que, si bien el juez de tutela puede seguir las reglas prescritas por el Código de Procedimiento Civil para efectuar las notificaciones, no necesariamente está obligado a seguir el orden y el procedimiento allí dispuestos para llevar a cabo las notificaciones a las que haya lugar, puesto que no siempre será ése el curso de acción más expedito para lograr esta finalidad; es decir, en materia de tutela, no es siempre necesario seguir las reglas sobre notificación prescritas por el estatuto procesal civil, puesto que el juez cuenta con la potestad de señalar el medio de notificación que considere más idóneo en el caso concreto, siempre que el medio escogido sea eficaz, y la notificación se rija por el principio de la buena fe".

<sup>16</sup> En este Auto la Corte declaró la nulidad de todas las actuaciones surtidas en el proceso de tutela, al advertir que no se había notificado a la parte demandada la iniciación del trámite, ni el fallo de primera instancia.



62  
100  
333

persona demandada, tal notificación deberá hacerse por el medio que, siendo expedito y eficaz, asegure o garantice que el demandado tenga un conocimiento real del comienzo del proceso. El juez debe ser especialmente cuidadoso para garantizar el derecho de defensa del particular. Pues una acción de tutela tramitada sin que éste tenga conocimiento real de su existencia, jamás se ajustará al debido proceso<sup>17</sup> (destaca la Sala)."

Lo expuesto permite sostener que un medio de notificación es: (i) expedito cuando es rápido y oportuno, y (ii) eficaz cuando garantiza que el destinatario (parte o tercero con interés) se entere de forma efectiva y fidedigna del contenido de la providencia.

Por otro lado, es preciso señalar que la jurisprudencia constitucional ha establecido que aunque el trámite de la acción de tutela es breve, sumario e informal (artículo 14 del Decreto 2591 de 1991), esto no debe ser entendido de manera absoluta, en tanto el juez, como garante de los derechos fundamentales, debe velar por el cumplimiento de las garantías procesales, entre las que se encuentra el debido proceso. Es decir, que, tal y como se ha explicado, el juez no puede adelantar la acción sin el conocimiento de la autoridad pública o del particular contra quien se dirige, ni de los terceros que eventualmente puedan resultar afectados con la decisión que se tome<sup>18</sup>.

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que las notificaciones en el proceso de tutela se rigen no solo por lo establecido en los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000, sino también por las normas del Código de Procedimiento Civil<sup>19</sup>, que se aplican en lo pertinente de conformidad con la remisión que efectúa el artículo 4° del Decreto 306 de 1992<sup>20</sup>.

Así las cosas, atendiendo lo establecido en el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil<sup>21</sup>, la Corte Constitucional ha aclarado que cuando se omite notificar la iniciación del procedimiento originado en la solicitud de tutela a una parte o a un tercero con interés legítimo, se genera una irregularidad que vulnera el debido proceso. En el mismo sentido ha indicado que, en estos casos, existe fundamento para declarar la nulidad de lo actuado y para retrotraer la actuación, ya que solamente así: (i) se les permite a dichas personas el conocimiento de la demanda instaurada y el ejercicio de los derechos al debido proceso y a la defensa; y (ii) se garantiza una decisión que resuelva definitivamente la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante<sup>22</sup>. Al respecto, en Auto 234 de 2006<sup>23</sup> expresó lo siguiente:

*"5.- De lo expuesto, fuerza es concluir entonces que la falta u omisión de la notificación de las decisiones proferidas en un proceso de tutela a una parte o a un*

<sup>17</sup> "Auto de septiembre 07 de 1993".

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Autos 060 de 2005; 073 de 2006; 165, 235A, 305 y 349 de 2008; 288 de 2009; 281A de 2010; 165 de 2011 y 024 de 2012, entre muchos otros. En estos asuntos la Corte Constitucional decretó la nulidad de todo lo actuado dentro de las acciones de tutela, por cuanto no se había conformado debidamente el contradictorio.

<sup>19</sup> Hoy derogado por el Código General del Proceso.

<sup>20</sup> La norma en cita dispone: "ARTÍCULO 4o. DE LOS PRINCIPIOS APLICABLES PARA INTERPRETAR EL PROCEDIMIENTO PREVISTO POR EL DECRETO 2591 DE 1991. Para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto 2591 de 1991 se aplicarán los principios generales del Código de Procedimiento Civil, en todo aquello en que no sean contrarios a dicho Decreto (...)"

<sup>21</sup> El artículo en mención señalaba: "ARTÍCULO 145. DECLARACIÓN OFICIOSA DE LA NULIDAD. En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe. Si la nulidad fuere saneable ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada por auto que se le notificará como se indica en los numerales 1. y 2. del artículo 320. Si dentro de los tres días siguientes a la notificación dicha parte no alega la nulidad, ésta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario, el juez la declarará". Hoy, el art. 137 del Código General del Proceso reza "(...)En cualquier estado del proceso el juez ordenará poner en conocimiento de la parte afectada las nulidades que no hayan sido saneadas. Cuando se originen en las causales 4 y 8 del artículo 133 el auto se le notificará al afectado de conformidad con las reglas generales previstas en los artículos 291 y 292. Si dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación dicha parte no alega la nulidad, esta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario el juez la declarará. (...)"

<sup>22</sup> Corte Constitucional, Auto 002 de 2005.

<sup>23</sup> En este auto la Corte Constitucional declaró la nulidad de lo actuado en el trámite de la acción de tutela porque no se había integrado debidamente el contradictorio, aclarando que, aunque la nulidad en principio era saneable, dejó de serlo en aplicación de lo dispuesto en el numeral 9° del artículo 140 del C.P.C., toda vez que la parte no vinculada propuso expresamente que se decretase.

tercero con interés legítimo, es una irregularidad que vulnera el debido proceso. De allí que por ejemplo la falta de notificación de la providencia de admisión de una acción de tutela, no permite que quien tenga interés en el asunto, pueda enterarse de la existencia de esa actuación y de la consecuente vinculación de una decisión judicial sin haber sido oído previamente.

6.- Cuando la situación anotada se presenta, se dan los fundamentos suficientes para declarar la nulidad de lo actuado y retrotraer de tal manera la actuación que permita la configuración en debida forma del contradictorio, o se vincule al proceso al tercero con interés legítimo, pues sólo de esta manera se permite, de una parte el conocimiento de la demanda y la posibilidad del ejercicio del derecho al debido proceso y defensa, así como la emisión de un pronunciamiento de fondo sobre la protección o no de los derechos fundamentales invocados<sup>24</sup>.

En esa misma providencia esta corporación precisó que son dos las técnicas implementadas para subsanar la nulidad que se presenta, a saber:

"7.- Cuando la nulidad por falta de notificación en los procesos de tutela se detecta en sede de revisión, la Corte Constitucional ha señalado que existen dos caminos a seguir: i) declarar la nulidad de lo actuado desde el momento en que se presentó la causal y ordenar la devolución del expediente al despacho judicial de primera instancia para que una vez subsanada la irregularidad, se surtan de nuevo las actuaciones pertinentes, o, ii) proceder en revisión a integrar directamente el contradictorio con la parte o con el tercero que tenga interés legítimo en el asunto<sup>25</sup>." (Subrayas fuera de texto).

Asimismo, en Auto 281A de 2010<sup>26</sup>, sostuvo:

"Dos son las técnicas implementadas por la Corte Constitucional para subsanar la nulidad por indebida conformación del contradictorio (i) se declara la nulidad de todo lo actuado, se devuelve el proceso a la primera instancia para que subsane el error procesal, y por ende, se reinicie la actuación judicial o; (ii) la misma Corte integra el contradictorio en sede de revisión, saneándose la nulidad en caso de que la persona natural o jurídica vinculada, actúe sin proponer la aludida nulidad." (Subrayas y negritas fuera de texto original).

Por otro lado, debe ponerse de presente que la segunda de las alternativas mencionadas solo puede ser utilizada cuando las circunstancias de hecho lo ameritan o se encuentran en juego derechos fundamentales de personas cuyo estado de debilidad es manifiesto o donde por las particularidades del caso se hace necesaria la intervención directa e inmediata del juez

<sup>24</sup> "En el mismo sentido en el Auto 115A de 2008 la Sala Sexta de Revisión estableció: 'Por ende, puede decirse que la falta u omisión en la notificación de las decisiones proferidas en el trámite de una acción de tutela a una parte o a un tercero con interés legítimo en la misma, surge como una irregularidad que no sólo vulnera el debido proceso sino que puede llegar a constituirse en una verdadera denegación de justicia, a más de comprometer otros derechos de quienes no pudieron intervenir en el trámite de la misma por desconocimiento de tal actuación judicial. Por ello, cuando la providencia con la cual se admite una acción de tutela y se da inicio al trámite de la misma, deja de notificarse a las partes o terceros con interés legítimo, implica que quienes no fueron notificados, no tienen la posibilidad de intervenir en la misma, desconociéndoseles el debido proceso y de paso, pudiendo afectar otros derechos fundamentales cuya afectación podría suponer una clara violación de los mismos.' Y el Auto 123 de 2009 que reiteró: 'Dentro de las decisiones que deben notificarse en el curso del proceso de tutela está el auto admisorio de la demanda, notificación que es de suma importancia, pues es el mecanismo procesal a partir del cual se efectúa la debida integración del contradictorio'."

<sup>25</sup> "Corte Constitucional, Autos del 4 y 11 de septiembre de 2003".

<sup>26</sup> La Corte en este caso estudió una acción de tutela adelantada por un ciudadano contra el Liquidador de Fidupacífico S.A., en Liquidación, el cual, en virtud de un contrato de fiducia mercantil, sostenía que, con la venta de los bienes que conformaban el patrimonio autónomo, adelantada por el accionado, se le estaban vulnerando sus derechos fundamentales. En esta oportunidad la Sala Novena de Revisión se abstuvo de conocer el fondo del asunto y, en su lugar, decretó la nulidad de todo lo actuado, al advertir que algunos beneficiarios del contrato de fiducia, que tenían un interés legítimo en el resultado del trámite, nunca habían sido convocados al proceso, generándose con ello una nulidad, que, pese haber sido alegada oportunamente, fue desestimada de forma errada por los jueces de instancia.

constitucional, en aplicación de los principios de celeridad y economía procesal propios de la acción de tutela. Sobre el particular, en Auto 099A de 2006<sup>27</sup>, la Corte indicó:

"Debe resaltarse, además, que dicha convalidación es un trámite que debe realizarse ante el juez de tutela, aún cuando el vicio se detecte en sede de revisión, por lo que, en principio, en el presente asunto la Corte debería enviar las diligencias al juzgado de conocimiento para que se surtiera el trámite nuevamente. Sin embargo, no puede perderse de vista que esta Corporación ha considerado que la vinculación del tercero legítimo puede surtir durante la etapa de revisión, 'en casos especiales, cuando las circunstancias de hecho lo ameritan o se encuentran en juego derechos fundamentales de personas cuyo estado de debilidad es manifiesto' situaciones en que el deber de la Corte 'es vincular al proceso a quienes no fueron llamados y tienen un interés en el mismo', eventos en los cuales prima la aplicación de los principios de celeridad y economía procesal que gobiernan el amparo constitucional"<sup>28</sup>. (Subrayas fuera de texto).

En la misma línea, en Auto A-288 de 2009<sup>29</sup> la Corte afirmó:

"Solamente en circunstancias excepcionales que respondan a la necesidad o exigencia ineludible de evitar la dilación del trámite tutelar, lo que tiene ocurrencia, entre otras circunstancias cuando se encuentra en juego la protección de derechos como la vida, la salud o la integridad física,<sup>30</sup> o cuando están involucradas personas que son objeto de especial protección constitucional o personas en debilidad manifiesta,<sup>31</sup> como la mujer cabeza de familia,<sup>32</sup> los menores o las personas de edad avanzada,<sup>33</sup> la Corte ha procedido a tramitar de manera directa el incidente de nulidad, con la integración directa del contradictorio con la parte o con el tercero que tenga interés legítimo en el asunto." (Subrayas fuera de texto original).

Finalmente, es importante resaltar que si una de las partes o los terceros que no fueron notificados solicitan expresamente que se decrete la nulidad, se debería actuar de

<sup>27</sup> En esta ocasión la Corte señaló que el Instituto de Seguros Sociales no había sido vinculado al proceso, a pesar de existir pruebas de su interés legítimo. En consecuencia, precisó que: (i) a fin de salvaguardar la eficacia del derecho fundamental al debido proceso, se debía integrar el contradictorio en su extremo pasivo; (ii) la nulidad que se presentaba, al no haber vinculado al Instituto de Seguros Sociales, era de naturaleza saneable (artículo 144 C.P.C.) y, por lo tanto, susceptible de ser convalidada si la parte con interés legítimo manifestaba expresamente su voluntad en tal sentido; (iii) dicha convalidación es un trámite que debe realizarse ante el juez de primera instancia, aún cuando el vicio se detecte en sede de revisión; (iv) sin embargo, dadas las condiciones particulares de debilidad manifiesta de la accionante y sus menores hijos, la Corte ordenó directamente poner la acción de tutela en conocimiento del Instituto de Seguros Sociales.

<sup>28</sup> "Corte Constitucional, Auto del 4 de junio de 2003".

<sup>29</sup> En ese pronunciamiento la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional consideró que existía nulidad en el trámite de la acción de amparo en virtud de que no se había vinculado a todas las partes que tenían interés en el proceso y cuyo concurso era necesario para establecer la presunta amenaza de los derechos alegados por la actora, aclarando que esa nulidad no podía ser convalidada en sede de revisión, al no estar en juego los derechos a la salud, a la vida, o tratarse de personas en debilidad manifiesta, que impusieran la necesidad de tramitar de manera directa la integración del legítimo contradictorio.

<sup>30</sup> "Ver la sentencia T-426 de 2001, en la que la Corte vinculó en la etapa de revisión al Ministerio de Hacienda, por tratarse de una mujer cabeza de familia, que tenía a su cargo el cuidado de un hijo con diabetes, no contaba con otro ingreso y llevaba esperando el reconocimiento de su pensión más de dos años".

<sup>31</sup> "Ver entre otras, la sentencia T-603 de 2002, donde la Corte vinculó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la etapa de revisión, teniendo en cuenta la edad del actor (68 años), su grave situación económica y el hecho de que llevaba 7 años esperando el reconocimiento de su pensión".

<sup>32</sup> "Ver entre otras, las sentencias T-1044 de 2001, donde la Corte vinculó en la etapa de revisión al Instituto de Seguros Sociales para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de una viuda de la tercera edad, que llevaba esperando tres años por el reconocimiento de su pensión, que era el único ingreso familiar y T-687 de 2001, en la que la Corte vinculó en la etapa de revisión al Municipio de San Gil, por el reconocimiento de una pensión de una persona de la tercera edad, que no tenía otro ingreso familiar y llevaba esperando más de dos años".

<sup>33</sup> "Ver entre otras, las sentencias T-424 de 2002, en la que la Corte vinculó en la etapa de revisión al ISS, al tener en cuenta la avanzada edad del actor, su estado de salud y que llevaba esperando el reconocimiento de su pensión desde hacía casi 3 años; T-272 de 2002, en la que se vinculó a la Secretaría de Educación del Casanare, a la Gobernación del Casanare y a la Empresa de Energía de Boyacá, ante la avanzada edad del actor (77 años) y el hecho de que llevaba esperando más de 2 años por el reconocimiento de la pensión de vejez".

conformidad procediendo a declararla y a ordenar que se rehaga la actuación. En relación con este punto, esta corporación en Auto 115A de 2008<sup>34</sup>, sostuvo:

"10. Por el contrario, si una de las partes o los terceros que no fueron notificados de la iniciación de dicha acción de tutela, de manera expresa piden se decrete la nulidad de todo lo actuado de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil, la Corte deberá actuar de conformidad a ellas, procediendo entonces a declarar la nulidad de todo lo actuado, a ordenar rehacer la actuación a partir del auto admisorio de la acción de tutela y prevenir al juez de conocimiento para que en esta oportunidad integre en debida forma el contradictorio." (Subrayas fuera de texto original).

La anterior posición fue reiterada por la Corte Constitucional en el Auto 281A de 2010, ya citado, en donde señaló<sup>35</sup>:

*"4. La Corte también ha precisado que si una de las partes o los terceros que no fueron notificados solicitan de manera expresa que se decrete la nulidad de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil, se deberá actuar de conformidad con ellas, procediendo a declarar la nulidad y a ordenar rehacer la actuación (...)"*

Más recientemente, en Auto 113 de 2012<sup>36</sup>, dijo al respecto:

*"Igualmente, la Corte en Auto 115A de 2008 también (sic) ha establecido que si una de las partes o los terceros que no fueron notificados solicitan de manera expresa que se decrete la nulidad de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil, se deberá actuar de conformidad con ellas, procediendo a declarar la nulidad y a ordenar rehacer la actuación."*

Así las cosas, como quiera que la Dra. Fontalvo ha solicitado expresamente la nulidad desde el día dos (02) de febrero de 2016, fecha en la cual, por Secretaría, se surtió el trámite respectivo, se accede a ello, instruyendo a la Secretaría del Despacho que en el acto de notificación de la vinculación de la Dra. NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ debe dársele copia del traslado de la tutela, y en cuanto al término que se concede para que esta ejerza su derecho de defensa y contradicción, es menester citar los artículos 16 y 19 del Decreto 2591 de 1991, que regulan la acción de tutela, que a su tenor rezan:

*Artículo 16. Notificaciones. Las providencias que se dicten se notificarán a las partes o intervinientes, por el medio que el juez considere más expedito y eficaz.*

*(...)*

*Artículo 19. Informes. El juez podrá requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada de enviar esas pruebas al juez acarreará responsabilidad.*

<sup>34</sup> En esta oportunidad la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, al observar que un tercero con interés legítimo en el proceso, que no había sido vinculado, pedía de manera explícita la nulidad de todo lo actuado por considerar que se habían vulnerado sus derechos de defensa y debido proceso, procedió a declarar la nulidad de lo actuado y a ordenar al juez de primera instancia vincular a todos los legitimados para actuar en la acción de amparo.

<sup>35</sup> En el mismo sentido Autos 123 de 2009; 065 de 2010 y 025A de 2012, entre otros. En estos autos la Corte Constitucional decretó la nulidad de lo actuado en los procesos de tutela, porque no se notificó el auto admisorio de la demanda y/o los fallos instancia.

<sup>36</sup> En esta decisión la Corte Constitucional, al constatar la falta de notificación de la parte accionada, decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio proferido por el juzgado de primera instancia, y, en consecuencia, le ordenó notificar en debida forma a la entidad demandada para que pudiera ejercer su derecho de defensa.

*El plazo para informar será de uno a tres días, y se fijará según sean la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación. (Resaltados propios)*

*Los informes se considerarán rendidos bajo juramento.*

En consecuencia se:

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Acceder a lo solicitado por la memorialista y en consecuencia DECLARAR LA NULIDAD DE LO ACTUADO DESDE LA NOTIFICACIÓN DE LA DRA. NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ, POR VULNERACIÓN DE SU DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN, INCLUIDA LA SENTENCIA ADIADA 3 DE FEBRERO DE 2016. Lo actuado con anterioridad a la nulidad decretada conserva plena validez.

**SEGUNDO:** Para efectos del ejercicio de la debida defensa y contradicción de la Dra. NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ, se concede el término de un (1) día, contado a partir de la notificación del presente proveído. Se deja constancia que, de conformidad con el art. 19 del Decreto 2591 de 1991, se estima pertinente conferir este término, dada la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación.

**TERCERO:** Se instruye a la Secretaría del Despacho para que en el acto de notificación de la vinculación de la Dra. NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ deba dársele copia íntegra del traslado de la acción de tutela de la referencia, y que en el futuro no se omita lo pertinente en el curso de las notificaciones en sede de tutela

**CUARTO:** Por Secretaría emítanse los correspondientes oficios de notificación de esta decisión a las partes y a los terceros, en especial a la memorialista, y una vez vencido el término conferido a esta última, pásese inmediatamente al Despacho para lo de su cargo.

**QUINTO:** Notifíquese esta providencia por el medio más expedito y eficaz, de conformidad con el Art. 16 del Decreto 2591 de 1991

**NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE**

**EL JUEZ**



CARLOS EDUARDO GARCÍA GRANADOS

104  
737

REPUBLICA DE COLOMBIA  
DEPARTAMENTO DE BOLIVAR



JUZGADO CUARTO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON  
FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE CARTAGENA  
(BOLÍVAR)

Febrero ocho (08) del año dos mil dieciséis (2.016)

Decide el Despacho la Acción de tutela, propuesta por el señor RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ en contra del CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y derechos adquiridos (sic) basado en los hechos que a continuación se relatan:

ANTECEDENTES

Expresa el actor, en síntesis, que el Concejo Distrital de Cartagena dispuso adelantar la convocatoria pública para proveer el cargo de Contralor Distrital de Cartagena, acudiendo para ello, por analogía, a un concepto dado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el cual explicaban el proceso de elección de personeros municipales y distritales. En este orden de ideas, señala el actor que los tres aspirantes de la terna que conformó el ente encartado fueron los señores JOSE DAVID MORALES VILLA, IVAN SIERRA PORTO y NUBIA FONTALVO HERNANDEZ, con puntajes de 95, 93 y 70 puntos, respectivamente. El primero de los señalados aspirantes declinó de su aspiración en el momento de la elección, que fue el día 8 de enero de 2016. Por criterios de equidad de género, integró la terna para elegir Contralor la doctora FONTALVO HERNÁNDEZ, quien, a pesar de tener un puntaje inferior al clasificatorio, llegó a ella en virtud de la ley de cuotas, y resultando a la postre electa por el entidad accionada, estimando con ello el actor que se realizó "(...) una indebida interpretación (...) respecto al concepto y aplicación de la equidad de género y elección del Contralor (a) Distrital (...)". Por todo ello, la parte actora solicita la revocatoria del acto administrativo donde se eligió a la hoy Contralora Distrital.

CRONOLOGIA PROCESAL:

La solicitud de tutela fue admitida por parte del Despacho en fecha 18 de enero de 2016<sup>1</sup>, solicitándole a la entidad tutelada, rindiera un informe sobre los hechos materia de la acción.

<sup>1</sup> **Nota del Despacho:** La presente acción de tutela fue admitida por parte de la entonces titular del Despacho en encargo, Dra. YOMAIRA ROBLES CAÑAS. En el curso de la instancia, la entonces titular del Despacho, Dra. ROMINA PAOLA ARRAEZ HERAZO, se reintegró tras sus vacaciones y por ello se descuentan del término los dos días compensatorios por el turno del fin de semana del 23 y 24 de enero de 2016. El suscrito Juez se posesionó en propiedad del Despacho en fecha 1º. De Febrero del año 2016.

Mediante auto del 1º. De febrero del 2016, el suscrito juez vinculó en autos a los aspirantes incluidos en la terna integrada por la entidad accionada que no declinaron de sus aspiraciones a ser elegidos Contralor, esto es, los señores IVAN SIERRA PORTO y NUBIA FONTALVO HERNANDEZ, siendo esta última elegida como Contralora Distrital, en aras de integrar en debida forma el litisconsorcio, de conformidad con el art. 13 del Decreto 2591 de 1991<sup>2</sup>.

Mediante auto de fecha 4 de febrero de 2016, ante solicitud de la Dra. FONTALVO HERNANDEZ que milita en autos se declaró la nulidad de lo actuado desde su notificación, incluido el fallo primigenio, adiado 3 de febrero de 2016, por cuanto no se le había brindado en aquella oportunidad tiempo suficiente para que la Dr. FONTALVO HERNANDEZ ejerciese su derecho de defensa y contradicción. de conformidad con los argumentos de hecho y de derecho consignados en dicha providencia.

Una vez rehecho el trámite nulitado, se recibieron sendos memoriales, suscritos por el actor, la entidad accionada, así como por las dos personas vinculadas en autos, a saber, la Dra. NUBIA FONTALVO HERNANDEZ y el Dr. IVAN SIERRA PORTO. Todos estos memoriales serán tomados en consideración para proferir el presente fallo

### DEFENSA E INTERVENCIONES DE LOS TERCEROS VINCULADOS

- I. La entidad accionada CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS fue notificada de la presente acción mediante Oficio No. 0017, recibido en fecha 20 de enero de 2016, rindiendo la respuesta en autos<sup>3</sup>; manifestando, en síntesis, que eran ciertos gran parte de los hechos señalados por el actor, entre ellos, que el señor JOSE DAVID MORALES VILLA presentó renuncia cuando el proceso de convocatoria se había culminado. Admiten que el criterio de inclusión por género se encuentra incluido en la resolución No. 170 del 22 de diciembre de 2015, la cual goza de presunción de legalidad, pero estiman que al actor no se le han vulnerado ninguno de sus derechos, en especial por no haber sido inscrito ni participado en la convocatoria pública. Así las cosas, se oponen a la prosperidad de esta acción constitucional, estimando que el acto administrativo respectivo se encuentra en firme y no está incurso en causal de revocatoria directa del CPACA.
- II. En relación con los terceros citados, el Dr. IVAN SIERRA PORTO se vinculó en sede de tutela en memorial de fecha 2 de febrero de 2016<sup>4</sup>, coadyuvando las

<sup>2</sup> Al respecto señala la H. Corte Constitucional que "(...), esta corporación a través de sus distintas Salas de Revisión de Tutela, ha sido enfática en advertir que la falta de notificación del auto admisorio de una acción de tutela, a un tercero con interés legítimo, constituye una flagrante vulneración al derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de nuestra Carta Política, pues a este se le debe garantizar el derecho a intervenir en el proceso. En este orden de ideas, el ser oído en el proceso de tutela, es derecho fundamental de rango constitucional que asiste, tanto a quien tiene la calidad de parte procesal -demandante y demandado- como a quien ostenta la calidad de parte en sentido material -por ser sujeto de la relación jurídica sustancial objeto de la controversia- y, en consecuencia afectarle la decisión que en el se adopte". (C. Const., sent. T-1020, dic. 14/99. M.P. Fabio Morón Díaz). Igualmente, mediante Sentencia T-1009 del 9 de diciembre de 1999, la misma corporación, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, manifestó que en esta clase de situaciones se configura una nulidad que debe ser puesta en conocimiento del tercero interesado para los efectos de su eventual saneamiento. Ahora bien, si dicha acción de tutela concluye sin cumplir ese trámite, es viable entonces interponer una acción de tutela en contra de la primera tutela para que ésta se anule y se reinicie "el procedimiento haciéndose todas las notificaciones".

<sup>3</sup> Folios 63 al 67

<sup>4</sup> Folio 74

pretensiones del actor. En similar sentido se da cuenta de su memorial recibido en secretaría en fecha 4 de febrero ibídem<sup>5</sup>.

III. Por su parte, la Dra. NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ inicialmente solicitó una prórroga para rendir su informe, por cuanto no conocía el contenido de la presente acción, sin embargo, por Secretaría retiró copias del traslado. Con todo, posteriormente solicitó al Despacho la nulidad a la que se hizo mención en el acápite anterior, siendo despachada favorablemente dicha petición. Una vez saneado el trámite, la Dra. FONTALVO HERNANDEZ, en su calidad de Contralora electa por la entidad accionada, en síntesis, funda su defensa en los siguientes argumentos principales<sup>6</sup>:

- a) No es cierto que para la elección de Contralor(a) haya una norma que obligue a que se apliquen las reglas que regulan la elección de personeros, siendo que el Consejo de Estado expidió un concepto para la elección de contralor a falta de una ley de la República reglamentaria de dicho trámite, pero que los conceptos ni son normas jurídicas ni obligan.
- b) Es cierto que tanto ella como el Dr. SIERRA PORTO pueden ser elegibles como contralores, sin importar el puntaje o lugar obtenidos en la terna, de conformidad con las reglas del H. Concejo Distrital, establecidas como hoja de ruta del proceso de selección para dicho cargo. Por ello, ni siquiera el mismo señor Morales Villa, aspirante que declinó del cargo, adquirió el derecho a ser elegido, a pesar de haber quedado en primer lugar. En ello se diferencia el sistema de concurso de méritos, propio de la elección de personeros, donde sí debe elegirse a quien ocupe el primer lugar; y el de Convocatoria Pública, propio de los contralores.
- c) Estima la interviniente que el actor CAMARGO JIMENEZ "*ni le va ni le viene*" lo que pudo ocurrir o no en el proceso de selección de Contralor, por cuanto no participó en ninguna etapa de dicho proceso, no es "*ni arte ni parte*" del mismo, por lo que estima que la carencia de legitimación en la causa por activa del mismo impide la concesión del amparo deprecado e incluso debió servir como razón para rechazar *ab initio* la presente acción. Cita al respecto senda jurisprudencia de la Corte Constitucional.
- d) El Dr. SIERRA PORTO es solo un coadyuvante, no es un demandante ni una parte procesal, siendo que sigue la suerte respecto de la parte que coadyuva.
- e) La elección de Contralores se sujeta a lo ordenado por el Legislador tras la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 002 de 2015, siendo aplicables la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 2485 de 2014, por vía analógica con respecto al trámite de los Personeros, de conformidad con los Conceptos 2270 y 2274 del 2015, ambos del H. Consejo de Estado, mientras se expide una ley que reglamente lo pertinente, siendo la Ley y el Decreto en cita superiores al Concepto del H. Consejo de Estado, primando, además, el criterio de especialidad, por lo que, donde la ley no distingue, al intérprete no le es dable hacerlo. En este caso, el Decreto 2485 establece una serie de etapas indivisibles en la fase de pruebas, dentro de las cuales se inscribe la entrevista, sin distinguir quién debe realizarlas.
- f) La tercera interviniente pregunta acerca del efecto útil de la providencia judicial; qué sucedería, en el caso de que el actor tuviese la razón (que

<sup>5</sup> Folio 121

<sup>6</sup> Folios 107 al 120 y 123 y ss.



afirma que no tiene) y se le tutelase. Consideraría que la misma sería inocua pues lo que se dispuso (en la sentencia anulada) fue volver a entrevistar a las dos personas que quedaron enlistados y luego elegir, elección que puede recaer en uno o en el otro, por no haber un orden de elegibilidad, llegándose luego al mismo punto existente antes de la sentencia.

Cumplido todo lo anterior, pasa al Despacho la presente Acción de Tutela para resolver, previas las siguientes

### CONSIDERACIONES

Es criterio suficientemente asimilado en el foro judicial el de que la acción de tutela es un procedimiento constitucional preferente y sumario, de amparo inmediato de los derechos fundamentales de la persona, cuando quiera que éstos resulten amenazados o violados por acción u omisión de una autoridad pública, o por particulares en los casos precisos determinados por la Constitución y la Ley. E igualmente que, por regla general, la tutela no procede cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que el medio normal u ordinario carezca de eficacia según las circunstancias en que se encuentre el solicitante de la protección constitucional.

Los derechos a la IGUALDAD y al DEBIDO PROCESO, cuya protección pretende la parte actora, están inmersos, sin discusión alguna, en el ámbito de los fundamentales de aplicación inmediata, porque así lo determinó el constituyente de 1991 en los artículos 13, 29 y 85 de la Carta Política.

Iniciando este Despacho el estudio de la presente acción, se plantean los siguientes **problemas jurídicos**, que en su orden debe absolver el Despacho para concluir lo pertinente en el caso concreto:

- I. ¿Cómo ha tratado la jurisprudencia constitucional el tema de la legitimación en la causa cuando se refiere a vulneraciones al debido proceso administrativo?
- II. ¿Cuál es el alcance de la coadyuvancia del tercero en sede de tutela?
- III. ¿Procede la acción de tutela para controvertir los actos administrativos expedidos en el marco de una convocatoria pública para proveer un cargo como lo es el de Contralor Distrital, ante la existencia de otros medios de control jurisdiccionales?
- IV. ¿Cuál es el efecto útil de esta providencia, en caso de apreciarse errores de procedimiento en la elección de Contralor(a) Distrital de Cartagena?

Procedamos, entonces, a abordar cada uno de los puntos en el mismo orden en que son planteados:

- i. **La legitimación en la causa en caso de vulneraciones al debido proceso administrativo:**

Sea pertinente decir, en primer lugar, que el artículo 29 de la Constitución dispone que *"el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas"*. Con fundamento en la citada norma, la jurisprudencia constitucional ha resaltado el vínculo existente entre este derecho y las garantías

que deben regir las actuaciones de la administración. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha expresado en la sentencia T-329 de 2009<sup>7</sup> que:

*"El debido proceso administrativo es un derecho de rango fundamental que garantiza que cualquier actuación administrativa se someta a las normas y la jurisprudencia que regulan la aplicación de los principios constitucionales. Este derecho involucra todas las garantías propias, como son, entre otras, los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, el derecho de impugnación, y la **garantía de publicidad** de los actos de la Administración. Por lo tanto, el derecho al debido proceso administrativo no existe solamente para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se **surte para expedirla**, y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación"*

En concordancia con esta línea de pensamiento, en la sentencia C-980 de 2010, el Alto Tribunal determinó que:

*"El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos".*

Conforme a lo anterior, se puede decir también que, si bien la tesis de *las vías de hecho* ha sido aplicada principalmente en el campo de la actividad judicial, la misma Corte Constitucional también ha reconocido su aplicación en el ámbito de los procesos y actuaciones administrativas.

Así las cosas, para que se configure una **vía de hecho administrativa**, se requiere que al igual que en la vía de hecho judicial, se materialice alguna de las causales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, puesto que si bien se trata de escenarios diferentes, tales supuestos describen las formas más usuales de afectación del derecho al debido proceso. Por ende, dichas causales de procedencia *"han servido como instrumento de definición conceptual para los jueces constitucionales, quienes determinan si los defectos que estas describen son comprobados en la actuación administrativa objeto de análisis"*<sup>8</sup>.

Al respecto se pronunció la misma Corte en la sentencia T- 076 de 2011<sup>9</sup>, en donde consideró que:

*"Estas causales de afectación del debido proceso se concentran en los siguientes supuestos:*

<sup>7</sup> En el asunto de referencia esta corporación conoció de una tutela presentada por una persona que había ocupado el primer puesto en un concurso de méritos, cuyo fin era integrar la terna para la escogencia del gerente de una ESE. En dicho fallo el gobernador había escogido a una persona con un puntaje de calificación más bajo que el obtenido por el accionante.

<sup>8</sup> Sentencia T-076 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>9</sup> M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

181

343

**13.1. Defecto orgánico, que se estructura cuando la autoridad administrativa que profiere el acto objeto de reproche constitucional carecía absolutamente de competencia para expedirlo. Se trata, por ende, de una situación extrema, en donde resulta irrazonable sostener que dicha autoridad estaba investida de la facultad de adoptar la decisión correspondiente. –Resaltados del Despacho–**

13.2. Defecto procedimental absoluto, el cual se predica de la actuación administrativa, cuando ha sido tramitada completamente al margen del procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico. Este vicio tiene carácter cualificado, puesto que para su concurrencia se requiere que (i) no exista ningún motivo constitucionalmente válido o relevante que permitiera sobreseer el procedimiento aplicable; (ii) las consecuencias de ese desconocimiento involucren una afectación verificable de las garantías constitucionales, en especial del derecho al debido proceso; y (iii) que el defecto observado no haya sido solucionado a través de los remedios previstos por la ley para subsanar errores en el procedimiento.

13.3. Defecto fáctico, que se demuestra cuando la autoridad administrativa ha adoptado la decisión bajo el absoluto desconocimiento de los hechos demostrados dentro de la actuación. Este defecto, al igual que el anterior, tiene naturaleza cualificada, puesto que para su estructuración no basta plantear una diferencia de criterio interpretativo respecto a la valoración probatoria que lleva a cabo el funcionario, sino que debe demostrarse la ausencia de vínculo entre los hechos probados y la decisión adoptada. Además, el error debe ser de tal magnitud que resulte dirimente en el sentido del acto administrativo, de modo que de no haber ocurrido, el acto hubiera tenido un sentido opuesto al adoptado.

13.4. Defecto material o sustantivo, el cual concurre cuando la autoridad administrativa profiere el acto a partir de la aplicación de normas inexistentes, inconstitucionales, declaradas ilegales por la jurisdicción contenciosa o abiertamente inaplicables para el caso concreto. La jurisprudencia también ha contemplado que la interpretación irrazonable de las reglas jurídicas es una causal de estructuración de defecto sustantivo, evento en el que se exige una radical oposición entre la comprensión comúnmente aceptada del precepto y su aplicación por parte de la autoridad administrativa, situación que encuadra en lo que la doctrina define como interpretación contra legem.

13.5. Error inducido o vía de hecho por consecuencia, defecto que se predica cuando la autoridad administrativa adopta una decisión contraria a los derechos fundamentales de las partes interesadas, debido a la actuación engañosa por parte de un tercero.

13.6. Falta de motivación, que corresponde a los actos administrativos que no hacen expresas las razones fácticas y jurídicas que le sirven de soporte. Este defecto ha tenido un profundo desarrollo por la jurisprudencia constitucional, la cual ha señalado que la motivación del acto administrativo es un aspecto central para la garantía del derecho al debido proceso de las partes, puesto que la ausencia de tales premisas impide expresar cargos de ilegalidad o inconstitucionalidad ante la jurisdicción contenciosa distintos al de desviación de poder de que trata el artículo 84 C.C.A., lo que a su vez conlleva una grave afectación, tanto del derecho de defensa del afectado, como del principio de publicidad propio de la función administrativa. Esta postura ha llevado a que la jurisprudencia de esta Corporación haya previsto que incluso en los eventos en que el ordenamiento confiere a determinadas autoridades administrativas la potestad discrecional para adoptar ciertas decisiones, tal facultad no puede entenderse como un ámbito para el ejercicio arbitrario del poder, lo que implica

que en ese escenario también deba hacerse expresa la motivación de la decisión.

13.7. Desconocimiento del precedente constitucional vinculante, defecto que ocurre cuando la autoridad administrativa obra, de forma injustificada, en contravía del contenido y alcance de los derechos fundamentales que ha realizado, con efectos obligatorios, la Corte Constitucional.

13.8. Violación directa de la Constitución, lo que se predica del acto administrativo que desconoce, de forma específica, normas de la Carta Política. Ello se evidencia cuando la Constitución prevé reglas positivas particulares con efecto inmediato, que determinan consecuencias jurídicas verificables y, a pesar de ello, la autoridad desconoce esos mandatos o profiere actos que contradicen las reglas mencionadas".

En conclusión, el debido proceso es un derecho fundamental que tiene una aplicación concreta no sólo en las actuaciones judiciales sino también en las administrativas. La garantía fundamental del debido proceso se aplica a toda actuación administrativa desde la etapa de inicio del respectivo procedimiento hasta su terminación, y su contenido debe asegurarse a todos los sujetos. En este sentido, la actuación de las autoridades administrativas debe desarrollarse bajo la observancia del principio de legalidad, marco dentro del cual pueden ejercer sus atribuciones con la certeza de que sus actos podrán producir efectos jurídicos. De esta manera, se delimita la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa.

En este orden de ideas, es necesario señalar que una de las consecuencias que tiene la consagración expresa del debido proceso como un derecho de rango fundamental, es que todas las personas, entre ellas el actor, como ciudadano en ejercicio, e igualmente los terceros vinculados, como personas a las cuales les afecta, en cualquier caso, el sentido y alcance del fallo, pueden acudir a la acción de tutela con el fin de que el juez constitucional conozca de la presunta vulneración, y de ser necesario ordene las medidas necesarias para garantizar su protección inmediata<sup>10</sup>. Es por ello que el Despacho no comparte los argumentos que niegan legitimación en la causa por activa.

De otra parte, de acuerdo con los lineamientos trazados por la sentencia SU-712 de 2013<sup>11</sup>, es menester señalar en este apartado los elementos característicos de la amenaza de perjuicio irremediable que se deben acreditar para que la acción de tutela proceda. A saber, dichos elementos son:

*"(i) Es necesario que existan motivos serios y razonables que indiquen que una determinada providencia y/o acto administrativo puede haber sido adoptada con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales pertinentes y, por ende, con violación de los derechos fundamentales de los afectados, en particular al debido proceso.*

*(ii) El perjuicio que se deriva de la providencia y/o acto administrativo ha de amenazar con hacer nugatorio el ejercicio de uno o más derechos fundamentales de los sujetos.*

<sup>10</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia SU772/14.

<sup>11</sup> M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio.

(iii) Debe tratarse de un daño que cumpla con los requisitos de certeza, inminencia, gravedad y urgente atención.

(iv) Asimismo, existe un perjuicio irremediable grave cuando se trata de derechos fundamentales cuyo ejercicio está delimitado temporalmente por la Constitución, por ejemplo, el derecho a la representación política o el derecho a ser elegido miembro de corporaciones públicas.

(v) Finalmente, para que la acción de tutela sea viable es necesario que los medios ordinarios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas impugnadas".

Aunque en aquella oportunidad el Alto Tribunal decidió denegar la solicitud de amparo con base en razones de fondo que no son del caso ventilar en esta oportunidad, sin embargo, respecto a la procedencia de la acción de tutela, manifestó que aun cuando ésta es de naturaleza subsidiaria y residual, excepcionalmente constituye un mecanismo idóneo *"particularmente en circunstancias como las que ahora ocupan la atención de la Corte, donde se debate el alcance de las competencias constitucionales de los órganos de control en relación con los congresistas, se discuten asuntos que pueden afectar el ejercicio de derechos políticos -de notable importancia en una democracia constitucional-, y se compromete en alto grado el ejercicio de otros derechos fundamentales"*.

No obstante, también se puntualizó que la procedencia de la acción no implica que por ese solo hecho se hayan vulnerado los derechos fundamentales invocados, sino que simplemente se habilita al juez constitucional para adentrarse en el análisis material del asunto con miras a determinar si debe o no concederse la protección invocada. Sobre lo pertinente, se avanzará en el desarrollo de los restantes problemas jurídicos.

## ii. La coadyuvancia en la acción de tutela.

La reglamentación procesal de la acción de tutela prevé, en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, las figuras de la coadyuvancia y de la agencia oficiosa como dos instituciones procesales distintas. Respecto de la primera de estas, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el coadyuvante *"es un tercero que tiene con una de las partes una relación sustancial que, indirectamente, puede verse afectada si la parte a la que coadyuva obtiene un fallo desfavorable."*<sup>12</sup>

En este orden de ideas, la misma jurisprudencia indica que *"el coadyuvante, entonces, ejercita, dentro del proceso, las facultades que le son permitidas y, en todo caso, no puede afectar a la parte, pues de la esencia de la coadyuvancia es la intervención antes de la sentencia de única o de segunda instancia, para prestar ayuda, mas no para hacer valer pretensiones propias."*<sup>13</sup>

Frente a este planteamiento, es claro entonces que la coadyuvancia surge en los procesos de tutela, como la participación de un tercero con interés en el resultado del proceso que manifiesta compartir las reclamaciones y argumentos expuestos por el demandante de la tutela, sin que ello suponga que éste pueda realizar planteamientos distintos o reclamaciones propias que difieran de las hechas por el demandante, pues

<sup>12</sup> Ver sentencia T-304 de 1996.

<sup>13</sup> Ibidem.

de suceder esto se estaría realmente ante una nueva tutela, lo que desvirtuaría entonces la naturaleza jurídica de la coadyuvancia.

En el caso que nos ocupa, el Dr. IVAN SIERRA PORTO, como tercero vinculado y coadyuvante, no esgrime pretensiones propias, pero, tal como reza la jurisprudencia constitucional en cita, queda ligada su suerte a la de la parte que coadyuva.

**iii. Procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de un concurso público de méritos, aun bajo la existencia de otros medios de control jurisdiccional.**

En tercer orden, y concomitante a lo ya narrado en el punto primero, el principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado en el artículo 86 de la Constitución, al precisarse en él que: *"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*.

Respecto al anterior mandato, la misma jurisprudencia constitucional ha manifestado que la procedencia subsidiaria de la acción de tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden y regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también asegurando el principio de seguridad jurídica.<sup>14</sup>

En este sentido, en reiteradas ocasiones, la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe analizar, en cada caso concreto, si existe otro mecanismo judicial en el orden jurídico que permita ejercer la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logrando una efectiva e íntegra protección de los mismos.

Ahora bien, ¿cómo determinar si la persona en efecto dispone de otro medio de defensa judicial? Para resolver el anterior interrogante es necesario hacer alusión a algunos fallos en los cuales la Corte Constitucional se ha referido a este tema.

En un acercamiento inicial a la temática, encontramos la sentencia T- 003 de 1992<sup>15</sup>, en la que la Corte al revisar el caso de una persona que había sido elegida como Contralora Departamental del Huila, pero que no fue posesionada por el Gobernador del Departamento sin razón alguna, precisó cuáles son los requisitos que ha de reunir el otro medio de defensa judicial para que se le considere idóneo para la protección de los derechos fundamentales. En palabras del Alto Tribunal:

*"(...) el enunciado normativo del inciso tercero del artículo 86 constitucional debe interpretarse en el sentido que el otro medio de defensa judicial tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho"*.

En el mismo sentido, la sentencia citada expresó que son aceptables como medios de defensa judicial, aquellos que cumplan con las siguientes características, a saber:

<sup>14</sup> Sentencia T-487 de 2011.

<sup>15</sup> M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

"(...) aquellos que resulten aptos para hacer efectivo el derecho. En este sentido, no tienen tal carácter los mecanismos que carezcan de conducencia y eficacia jurídica para la real garantía del derecho conculcado.

Esto significa que un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salvaguarda del derecho fundamental invocado".

Conforme a esta posición, la Corporación concedió el amparo solicitado, argumentando que las circunstancias fácticas analizadas encajaban dentro de los caracteres esenciales de la tutela, vale decir, "la subsidiariedad y la inmediatez, la primera por cuanto no existe mecanismo alternativo para la defensa del derecho y la segunda porque la resolución pronta de la acción de tutela resulta indispensable para que no siga transcurriendo el periodo sin una certidumbre de la petición sobre el ejercicio que dentro de él le corresponde mientras su elección goce de la presunción general de validez".

Respecto a los mecanismos alternativos para la defensa de los derechos de la accionante, en esta tutela la Corte precisó que ellos no eran idóneos, por cuanto el caso en estudio no se trataba solamente de resolver si habían sido atendidos los requerimientos formales y de fondo exigidos para la elección como Contralora de la actora, o cualquier otro requisito de la validez de dicho acto de elección, caso en el que se contaba con las vías judiciales ante la jurisdicción contencioso administrativa, sino que, se dijo, el problema jurídico planteaba una hipótesis de eficacia de un derecho constitucional fundamental, por lo que era necesario examinar el posible perjuicio irremediable que podía sufrir la demandante, lo cual escapaba a la órbita de vías alternativas de defensa judicial y se enmarcaba dentro del objeto de la acción de tutela.

Posteriormente, en la sentencia T-006 de 1992<sup>16</sup>, en la que la Corte estudió un caso referente a la condena penal impuesta a unas personas tras haber sido encontradas culpables por la comisión de ciertos delitos, y quienes manifestaron que durante el trámite del proceso penal fueron resueltas algunas obligaciones civiles, vulnerándoseles con ello su derecho al debido proceso, respecto al tema de la verificación de la existencia de otro medio de defensa judicial, se precisó lo siguiente:

*"Para determinar si se dispone de otro medio de defensa judicial, no se debe verificar únicamente, como lo sugiere la Corte Suprema de Justicia, si el ordenamiento contempla expresamente una posibilidad legal de acción. No se trata de garantizar simplemente el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia (CP art. 229), sino el derecho fundamental a la protección inmediata de los derechos fundamentales. En consecuencia, debe determinarse, adicionalmente, si la acción legal alternativa, de existir, es capaz de garantizar la protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados.*

*Esta interpretación consulta, de otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita por Colombia, que en su artículo 25 ordena: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

<sup>16</sup> M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Y no de otra manera podría ser, ya que la real existencia de medios judiciales de defensa no se suple con una existencia formal o de mero papel. Para que ésta pueda predicarse requiere que los medios sean eficaces y aptos para remediar la vulneración o eliminar la amenaza. Si el medio existe, pero es tardío, lo que lo hace ineficaz, determina la procedencia de la acción (...). (Subrayado fuera del texto).

Así también lo sostuvo en sentencia T-235 de 2010, al indicar:

*"Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aún existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela<sup>17</sup>"*

Igualmente, el Alto Tribunal ha manifestado que cuando el accionante logra demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable procede la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección. *"Así, por ejemplo, puede proceder la tutela a pesar de existir vías judiciales alternas cuando se ve afectado el mínimo vital del accionante o sus condiciones físicas permiten pensar que se encuentra en un especial estado de indefensión y de no intervenir de inmediato el juez constitucional se produciría un daño irremediable"*<sup>18</sup>.

Respecto de dicho mandato, ha manifestado este tribunal que no se trata de que el otro medio de defensa judicial sea puramente teórico. Por el contrario, lo que el Constituyente y el legislador quisieron en el momento de redactar la normatividad sobre la acción de tutela, fue precisamente lograr una protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, entendiendo que ellos muchas veces son desconocidos, a pesar de que para cada uno está reservada en la legislación una forma de protección<sup>19</sup>.

En lo relativo a la idoneidad y eficacia del instrumento judicial ordinario, esta corporación expresó en sentencia T-569 de 2011<sup>20</sup> que: *"es deber del juez de tutela examinar si la controversia puesta a su consideración (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración."* Por consiguiente, *"no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados."*

Por estas razones, un requisito de procedencia de la acción de tutela es que se hayan agotado todas las instancias y recursos en los cuales el afectado hubiera podido solicitar la protección del derecho amenazado o vulnerado. No obstante, con base en

<sup>17</sup> Sentencias T-225 de 1993 y SU-544 de 2001.

<sup>18</sup> Sentencia T-145 de 2011.

<sup>19</sup> Sentencia T-388 de 1998.

<sup>20</sup> En la sentencia de referencia la Corte conoció un caso en el cual el accionante había ocupado el puesto once dentro de la listado expedido por la CNSC para proveer igual número de empleos de carrera, sin embargo debido a una interpretación errada del inexecutable Acto Legislativo 01 de 2008, la Comisión solamente cedió siete.



el artículo 86 superior y el Decreto 2591 de 1991, la misma Corte Constitucional ha identificado dos eventos en los que, reconociendo la existencia de otro medio de defensa judicial, es procedente la acción de tutela. **Uno de ellos ocurre cuando se determina que el medio o recurso existente carece de eficacia e idoneidad y, el otro, cuando la tutela se instaura como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable de naturaleza *iusfundamental*.**

En cuanto a la primera excepción, la Corte ha sostenido que será idóneo y eficaz el otro mecanismo de defensa cuando: i) ofrece la resolución del asunto en un término razonable y oportuno; ii) el objeto del mecanismo judicial alterno permite la efectiva protección del derecho y el estudio del asunto puesto en consideración por el demandante; iii) tenga la virtualidad de analizar las circunstancias particulares del sujeto y de tomar una decisión que garantice justicia formal y material; iv) no imponga cargas procesales excesivas que no se compadecen con la situación del afectado; y v) permita al juez proveer remedios adecuados según el tipo y magnitud de la vulneración.

La segunda situación excepcional tiene lugar en aquellos eventos en los que, aun existiendo un mecanismo judicial idóneo y eficaz a disposición del accionante, es necesario acudir a la acción de tutela para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Para la Corte esto ocurre cuando se verifican las siguientes características: i) el perjuicio es inminente o está próximo a suceder; ii) el perjuicio que se teme es grave, es decir, en caso de configurarse supondrá un detrimento significativo sobre el derecho fundamental amenazado; iii) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes, lo que significa que no se puede postergar la intervención del juez so pena de que se cause un daño frente al cual no puedan adoptarse medidas de restitución; esto es, de no adoptarse de forma inmediata las medidas, se corre el riesgo de que sean ineficaces e inoportunas.

Acogiendo todo lo anterior, se tiene que la Alta Corporación ha determinado que las acciones contencioso administrativas (hoy llamados "*medios de control*" por el CPACA) no protegen en igual grado que la acción de tutela, los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de vinculación de servidores públicos, cuando ello se hace por concurso de méritos, ya que la mayoría de veces, debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo.

Sobre el particular, en la sentencia T-425 de 2001, la Corte Constitucional conoció un caso en el cual un accionante que se encontraba en el primer lugar de la lista de elegibles en un concurso para proveer el cargo de asesor, Código 1020, grado 08 en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no había accedido al cargo debido a la negativa de la entidad a nombrarlo. En dicha providencia se estableció que:

*"En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto: la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata."*

Sobre el particular, es decir sobre la procedencia de la acción de amparo para debatir decisiones acogidas dentro de un concurso de méritos, el Alto Tribunal Constitucional ha manifestado que: *"aún cuando los afectados con dichas determinaciones cuentan con las acciones contencioso administrativas para cuestionar su legalidad, dichos mecanismos judiciales de defensa no son siempre idóneos y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados."*<sup>21</sup>

Igualmente en la sentencia SU-913 de 2009<sup>22</sup> se determinó que:

*"En materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular".*

Como conclusión se destaca entonces que en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo. Por esta razón la tutela podría desplazar a las acciones contenciosas como medio de preservación de los derechos en juego.

Ahora bien, sobre el concurso de méritos como sistema escogido por el legislador para la selección de cargos como el de Personeros y Contralores Distritales, se debe establecer que este mandato es desarrollo expreso del precepto contenido en el artículo 125 de la Constitución. Que establece:

*"Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, **serán nombrados por concurso público**. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción."*

El artículo 125 de la Constitución constituye uno de los pilares sobre los cuales se sustenta el acceso a la función pública. En efecto, dicha norma contiene una pluralidad de principios que la rigen, dentro de los cuales se destacan: (i) la generalidad que instituye los empleos en los órganos y entidades del Estado como de carrera; (ii) la consagración de tres excepciones constitucionales a este principio, los servidores de elección popular, los funcionarios de libre nombramiento y remoción y los trabajadores oficiales; (iii) el deber de adelantar un concurso público, cuando no exista en la Constitución o en la ley un sistema que determine la forma como deba hacerse la provisión de un empleo; (iv) la fórmula de la convocatoria, como criterio que determina

<sup>21</sup> Sentencia T-569 de 2011.

<sup>22</sup> En la sentencia de referencia la Corte Constitucional conoció de varios casos en los cuales los accionantes que se presentaron a un concurso para la elección de notarios solicitaban a la Corte unificar los criterios de calificación para evitar así la vulneración sistemática de sus derechos fundamentales.

y evalúa los méritos y calidades de los aspirantes y por último (v) consagra el deber de garantizar el acceso a la función pública y la permanencia en el mismo, sin otras consideraciones distintas a las capacidades de los aspirantes.

Dando alcance a lo referido anteriormente, este tribunal considera que la Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, *"que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entre los fines de la misma se puede resaltar el de consagrar en beneficio de la colectividad sin ninguna discriminación el acceso y ascenso a la función pública"*<sup>23</sup>.

En este orden de ideas, es necesario señalar que los sistemas de ingreso basados en el mérito tienen como objeto garantizar la permanencia de los empleados y funcionarios en los cargos públicos del Estado y el acceso de los ciudadanos a la administración de acuerdo a sus cualidades, talentos y capacidades. Así mismo, constituye plena garantía que consolida el principio de igualdad, en la medida en que propende por eliminar las prácticas de acceso a la función pública basadas en criterios partidistas, los cuales han sido imperantes en nuestro país a lo largo de toda su historia.

En este sentido, la Corte Constitucional ha expresado en sentencia T-569 de 2011 que, en general, se deben surtir para el acceso a todos los cargos que se encuentran basados en el mérito las siguientes etapas: (i) La convocatoria: fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) Reclutamiento: En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) Aplicación de pruebas e instrumentos de selección: a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. Y por último (iv) la elaboración de lista de elegibles: en esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido.

Así entendido, el sistema de ingreso a la administración pública por concurso de méritos comporta, en realidad, un proceso técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto permiten garantizar que a los puestos de dirección del Estado accedan los mejores y más capaces funcionarios y empleados, rechazando aquellos factores de valoración que chocan con la esencia misma de la Carta del 91 como lo pueden ser el favoritismo y el nepotismo; criterios que, por lo demás, se contraponen a los nuevos roles del Estado e influyen negativamente en su proceso evolutivo de modernización, racionalización y optimización, implementados con el objetivo de avanzar en la prestación de un mejor servicio a la comunidad<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Sentencia T-344 de 2000.

<sup>24</sup> Sentencia C-1230 de 1995.

14  
189  
251

Así lo consideró la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia T-169 de 2011, en la cual determinó que:

*"La provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa".*

La Corte Constitucional, en numerosas oportunidades ha sentado jurisprudencia en el sentido de que "las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme"<sup>25</sup>. Igualmente se ha establecido de manera pacífica que las bases del concurso se convierten en reglas particulares que obligan tanto a los participantes como a la entidad convocante razón por la cual deben ser respetadas<sup>26</sup> y resultan inmodificables. De lo contrario, esto es, cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa.

Así las cosas, el concurso es el mecanismo idóneo para que el Estado, dentro de criterios de moralidad y objetividad califique el mérito y las capacidades de los distintos aspirantes a acceder a la función pública, con el fin de escoger entre estos al que mejor pueda desempeñarlo, alejándose de consideraciones individuales, o arbitrarias. La finalidad del artículo 125 de la Constitución consiste en últimas en que al cargo llegue el mejor de los concursantes, es decir, aquel que haya obtenido el más alto puntaje.

Así las cosas, el deber de protección de los derechos fundamentales exige al operador judicial tomar al momento de fallar una acción de amparo una serie de medidas tendientes a lograr que la protección sea efectiva. Entre las prevenciones que debe adoptar el juez de tutela cuando evidencia la transgresión de una garantía constitucional, está la de dictar una sentencia en la cual restablezca el derecho y se dispongan una serie de órdenes que garanticen el cumplimiento de las decisiones adoptadas.

El Alto Tribunal ha aclarado que las órdenes que puede impartir un juez de tutela pueden ser de diverso tipo, ya que la decisión a adoptar tiene que ser suficiente y razonable para lograr que la situación de vulneración cese. En este sentido la sentencia T-418 de 2010 estableció que:

*"El juez de tutela cuenta con una facultad amplia para establecer, razonablemente, cuáles son las órdenes que se deben adoptar en cada uno de los casos concretos para asegurar el goce efectivo de un derecho fundamental. La principal misión que la Constitución encomienda al juez de tutela es tutelar los derechos que considera que han sido violados o amenazados y tomar las medidas necesarias para que tal situación cese. En tal medida, ha considerado la jurisprudencia que se pueden distinguir dos partes constitutivas del fallo: la decisión de amparo, es decir, la determinación de si se*

<sup>25</sup> Sentencia SU-913 de 2009

<sup>26</sup> Ver entre otras, sentencias T- 256 de 1995, SU-446 de 2011 y T-256 de 2008.

190  
352

*concede o no el amparo solicitado mediante la acción de tutela, y la orden específica y necesaria para garantizar el goce efectivo del derecho amparado".*

Entre las facultades que posee el juez para lograr la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, se encuentra la de dictar órdenes simples o complejas. Estas han sido definidas de la siguiente manera:

*"el juez está llamado a tomar las medidas que se requieran para que, en realidad, la persona afectada pueda disfrutar de su derecho. Una sentencia de tutela no puede quedar escrita, tiene que materializarse en conductas positivas o negativas a favor de las personas cuyo derecho fue amparado. El remedio al que recurre un juez constitucional para salvaguardar un derecho, en ocasiones no supone órdenes simples, ejecutables en un breve término mediante una decisión única del destinatario de la orden, sino órdenes complejas."<sup>27</sup>*

En desarrollo de estas atribuciones el juez de tutela cuenta con diversas herramientas jurídicas para resolver un caso que requiere soluciones complejas, entre ellas se destacan: (i) la adopción de medidas cautelares en casos en los que se demuestre la existencia de perjuicio irremediable<sup>28</sup>; (ii) la realización de estudios en aquellas oportunidades en que no se cuenta con la información requerida para poder tomar la decisión;<sup>29</sup> (iii) la capacidad de ordenar la construcción o terminación de obras<sup>30</sup>; (iv) la potestad de ordenar el asesoramiento de los accionantes<sup>31</sup>; (v) suspender trámites administrativos<sup>32</sup>; (vi) ordenar la creación de grupos de trabajo; (vii) conceder espacios de participación<sup>33</sup>; y (viii) decretar la suspensión de concursos de méritos.<sup>34</sup> Sobre este último aspecto se debe destacar que de conformidad a la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela puede ordenar la suspensión de un concurso de méritos, ya sea como medida cautelar antes de adoptar una decisión de fondo, o por el contrario, puede decretar dicha interrupción como una orden definitiva en la sentencia.

Así las cosas, en el evento en que para el caso concreto la única medida que pueda lograr el restablecimiento del derecho sea la orden de suspender el concurso, ésta deberá ser adoptada por el juez en ejercicio de sus potestades, ya que de permitirse continuar con un proceso viciado de ilegalidad, se consolidaría la vulneración de derechos, atentando así contra los postulados de orden superior.

Se debe destacar que la posibilidad de suspender en determinados casos las etapas de un concurso de méritos por medio de la acción de tutela no es una potestad exclusiva de la Corte Constitucional. Por el contrario el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, recientemente ha ordenado la suspensión de diversos concursos al evidenciar una serie de irregularidades que viciaban su legalidad. Téngase lo señalado por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en una de esas providencias<sup>35</sup>:

<sup>27</sup> Sentencia T-086 de 2003.

<sup>28</sup> Auto 244 de 2009.

<sup>29</sup> Sentencia T-1104 de 2005.

<sup>30</sup> Sentencia T-081 de 2013.

<sup>31</sup> Sentencia T-091 de 2010.

<sup>32</sup> Sentencia T-974 de 2009.

<sup>33</sup> Sentencia T-140 de 1995.

<sup>34</sup> Sentencia T-286 de 1995.

<sup>35</sup> Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, Bogotá, D. C., Trece (13) De Diciembre De Dos Mil Doce (2012) , Radicación Número: 25000-23-42-000-2012-00492-01(Ac).

“En este orden, teniendo en cuenta las particularidades del caso, que involucran el desarrollo de un proceso de selección de personal actualmente en curso y el desconocimiento de aspectos procedimentales que pueden afectar de manera grave su desarrollo, esta Sala de Decisión debe adoptar medidas inmediatas que permitan asegurar la eficacia de las ordenes que se impartan. Por esta razón, y también en consideración de las facultades legales que asisten a la CNSC para garantizar la transparencia, imparcialidad, objetividad e idoneidad de los procesos de selección (artículos 21 y 22 del Decreto 760 de 2005) y la especial pertinencia de la intervención del juez de tutela en las decisiones relacionadas con procesos de selección de personal, se ordenará la suspensión inmediata del proceso, su revisión oficiosa con miras a determinar si se puede continuar o si se debe dejar sin efectos y, en caso que se encuentre que se puede seguir adelante con él, se prescribirá la adopción de las medidas necesarias para garantizar que el mismo prosigue ajustado a Derecho.

Estas decisiones no tienen otro objetivo distinto que garantizar la corrección procedimental de las decisiones que se adoptan por la Administración en el marco del Concurso No. 128 de 2009. Su fundamento se encuentra, pues, tanto en el principio de legalidad que debe presidir la totalidad de las decisiones y actuaciones de las autoridades en un Estado de Derecho; como la preocupación por asegurar que el proceso de selección de personal en cita se surta con apego a las disposiciones que lo rigen.

Siendo éste su fundamento, no hay duda que la regularidad procesal del concurso constituye un requerimiento esencial para que éste pueda cumplir cabalmente con sus objetivos. Máxime cuando, conforme fue explicado en los fundamentos jurídicos 20 y 21 de esta providencia, se está frente a un régimen específico, para el cual el legislador ha definido unas reglas especiales en consideración a la singularidad de la función cumplida por el ente público titular del régimen establecido. No subsanar oportunamente eventuales defectos en su trámite solo podría comprometer en el futuro la validez de las decisiones que se adopten, con secuelas graves tanto para la Administración Pública y la comunidad, como para los particulares titulares de derechos fundamentales conculcados”.

Como conclusión de lo anteriormente visto, se evidencia que los jueces de tutela en desarrollo de sus potestades pueden adoptar las medidas que se requieran para que las personas que se consideren afectadas por las irregularidades detectadas en un concurso, puedan disfrutar de su derecho. Para ello pueden entre otras acciones, suspender la ejecución del mismo en la etapa en la que se encuentre, o en su defecto dejar sin efectos todo el trámite realizado<sup>36</sup>.

#### iv. El efecto útil de lo que aquí se decidirá. Análisis del caso concreto.

Un punto importante de la defensa esgrimida por la H. Contralora es: respecto del efecto útil que tendría si se tomase la decisión de anular en parte el trámite adelantado por el Concejo Distrital y reiniciar en determinado punto la actuación administrativa para sanear el yerro. Sea del caso señalar que, conforme al principio hermenéutico del efecto útil de las normas constitucionales, siempre debe preferirse aquella interpretación que confiere pleno efecto a las cláusulas de la Carta puesto que no debe suponerse que las disposiciones constitucionales son superfluas o no obedecen a un designio del Constituyente<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Corte Constitucional, **Sentencia T-604/13**, Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

<sup>37</sup> Véase, al respecto, Corte Constitucional **Sentencia C-334/14**, Magistrado ponente: Dr MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

Así, la Constitución confiere a los ciudadanos el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (CP arts 40 y 258); es decir, se trata pues de derechos fundamentales que deben ser respetados y garantizados por el Estado. Al consagrarlos, la Constitución de 1991 abandona la idea -propia de las tesis relativas a la soberanía nacional- según la cual los ciudadanos ejercen el voto no como un derecho sino como una función electoral, tal y como lo establecía la Constitución derogada de 1886 en su artículo 179.

Al ejercer esos derechos, los ciudadanos - como es el caso del actor de tutela- desarrollan la función electoral por medio de la cual las sociedades democráticas se autoorganizan y se autogobiernan, ya que mediante los procedimientos electorales los ciudadanos conforman y controlan los órganos representativos así como toman de manera directa determinadas decisiones por medio de referendums, consultas y otros mecanismos de democracia participativa. Las funciones electorales son entonces la expresión orgánica del principio democrático. En efecto, la democracia, desde el punto de vista formal, puede ser definida como un gobierno en el cual los destinatarios de las normas son los mismos que las producen, pues las decisiones colectivas son tomadas por los propios miembros de la comunidad. Esto diferencia el principio democrático de autoorganización de la sociedad -en el cual el orden es construido a partir de la voluntad de los gobernados- del principio autocrático -en el cual son los propios gobernantes quienes determinan el orden social-. Y esa autoorganización de la sociedad se efectúa en lo esencial por medio de los procedimientos electorales.

Las funciones electorales articulan así al pueblo -como fuente soberana de todo poder- con las instituciones que de él emanan. Por ello, -como lo destaca Paolo Biscaretti- estas funciones electorales son públicas -ya que por medio de ellas se constituyen los órganos del Estado- pero no estatales, ya que los ciudadanos las efectúan con fundamento en derechos propios y no en nombre del propio Estado<sup>2</sup>. De admitirse el carácter puramente estatal de la función electoral, los ciudadanos se convertirían en agentes pasivos del poder estatal y no en fuente soberana del mismo, tesis incompatible con el principio de soberanía popular consagrado en la Constitución (CP art 3). El pueblo dejaría de ser la fuente de poder para transformarse en un órgano del Estado.

Es sabido que la democracia, como procedimiento formal para la adopción de decisiones, se fundamenta en el predominio del principio de mayoría en el juego político. Esto significa que por regla general las decisiones colectivas son adoptadas por las mayorías. Sin embargo, lo cierto es que el funcionamiento adecuado del procedimiento democrático basado en la alternancia de mayorías, requiere el reconocimiento por los actores sociales y políticos de reglas básicas previas, encaminadas no sólo a garantizar la igualdad y universalidad del sufragio sino también a proteger los derechos de las minorías en la dinámica democrática. En efecto, la democracia no es el gobierno exclusivo de las mayorías ni un mecanismo para que éstas atropellen a las minorías; por eso sólo hay verdadera democracia allí donde las minorías y la oposición se encuentran protegidas a fin de que puedan eventualmente llegar a constituirse en un futuro en opciones mayoritarias, si llegan a ganar el respaldo ciudadano necesario.

En el caso in-exámene, se encuentra acreditada en autos la siguiente realidad:

<sup>2</sup> Paolo Biscaretti di Ruffia. *Derecho Constitucional*. (3 Ed). Madrid: Tecnos, 1987, p 307.

- i. El Concejo Distrital de Cartagena reglamentó el proceso de elección del Contralor Distrital en sendos actos administrativos, todos ellos consultables en la página web de la entidad accionada en el link: <http://concejocartagena.gov.co/category/resoluciones/concurso-contralor-distrital/>, siendo de cardinal importancia la **Resolución 170 del 22 de diciembre de 2015**<sup>38</sup>, que integra la terna, puesto que en ella se indica que "(...)la plenaria del Concejo Distrital de Cartagena en sesión de fecha 28 Noviembre de 2015, atendiendo lo señalado en el Artículo 272 Constitucional, el Concepto 2274 de 10 de Noviembre de 2015 –Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil; autorizó a la Mesa Directiva del Concejo Distrital de Cartagena a adelantar la convocatoria pública PARA LA ELECCIÓN DE CONTRALOR (a) DISTRITAL(...)", concepto este que, consultado por el suscrito Juez desde la web de la relatoría del H. Consejo de Estado, señala en su parte responsiva, lo siguiente:

Si. Para la elección de contralores territoriales por parte de las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales se puede aplicar por analogía, mientras se expide una ley que regule las convocatorias públicas, la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario No. 2485 de 2014 sobre concurso público de méritos para la elección de personeros municipales y distritales, teniendo en cuenta en todo caso que en la escogencia final no aplica un orden específico de elegibilidad entre los seleccionados. El acto de apertura de la convocatoria pública será vinculante para las entidades y en el deberán identificarse con claridad las etapas del procedimiento y la forma de aplicar los criterios de selección.

Además, las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales deberán asegurar el cumplimiento de los principios de publicidad, transparencia, objetividad, participación ciudadana, equidad de género y mérito, señalados en los artículos 126 y 272 de la Constitución Política, así como de los que rigen el ejercicio de las funciones administrativas (artículo 207 C.P.) y los procedimientos administrativos en general (artículo 3 CPACA).

- ii. Si revisamos lo dispuesto en la ley 1551 de 2012, ella nada dice sobre el proceso de elección de contralores, que sí fue objeto de modificaciones radicales en el Acto Legislativo 002 del año 2015, que sobre el particular reza en su artículo 23:

*"(...) ARTÍCULO 23. Modifíquense los incisos cuarto y octavo del artículo 272 de la Constitución Política.*

*Inciso Cuarto: Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso.*

*Inciso Octavo: No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal(...)"*

<sup>38</sup> Documento consultable en el link <http://concejocartagena.gov.co/2015/12/22/resolucion-170-decision-dentro-de-la-convocatoria-publica-para-proveer-el-cargo-de-contralor-distrital/>



- iii. Como quiera que ni la Ley 1551 de 2012 ni el Decreto 2485 de 2014 son directamente aplicables al caso de la Contraloría Distrital, y al ser estas normas previas a la Reforma de estirpe Constitucional, ante el vacío legislativo sobre la materia, es menester remitirnos, de conformidad con las fuentes del derecho señaladas en el art. 230 Superior, y por analogía, a la parte resolutoria del Concepto 2261 del Consejo de Estado, donde se habla en concreto del procedimiento para el caso de nombramientos de personeros, respecto de cual reza el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, lo siguiente:

*"(...) El concurso público de méritos lo debe convocar y adelantar el concejo municipal que sesiona actualmente y termina su periodo el 31 de diciembre próximo, de manera que la corporación que se posesiona el 1 de enero del año siguiente pueda hacer las entrevistas y la elección de personeros dentro del plazo que establece la ley. – Resaltados del Despacho–*

Para arribar a la explicación del porqué una etapa la realiza la Corporación saliente y la otra la debe hacer la entrante, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo explica, en el citado concepto:

*"(...) Como ocurre con la generalidad de los concursos públicos de méritos, el procedimiento para la elección de personeros aquí descrito tiene (i) un componente objetivo (de mayor peso dentro del concurso) que incluye la convocatoria y el reclutamiento de la mayor cantidad de personas habilitadas para ejercer el cargo, la evaluación de su preparación académica y experiencia, y la realización de las pruebas de conocimiento y aptitudes; y (ii) un componente subjetivo (de menor peso relativo dentro del concurso) que envuelve mecanismos como la entrevista y permite un grado de valoración personal e intangible de los candidatos.*

*Precisamente, en relación con estos componentes la Corte Constitucional señaló lo siguiente al referirse a los estándares mínimos que debe seguir el concurso público de méritos para la elección de personeros:*

*"De este modo, los concursos previstos en la ley deben conformarse como procedimientos abiertos en los que cualquier persona que cumpla los requisitos de ley tenga la posibilidad efectiva de participar y en los que los concejos no tengan la facultad, ni directa, ni indirecta, de definir previamente un repertorio cerrado de candidatos. Es decir, debe existir una convocatoria pública que permita conocer de la existencia del proceso de selección, así como las condiciones para el acceso al mismo. De igual modo, tanto los exámenes de oposición como la valoración del mérito deben tener por objeto directo la identificación de los candidatos que se ajustan al perfil específico del personero. Esto significa, por un lado, que los criterios de valoración de la experiencia y de la preparación académica y profesional deben tener una relación directa y estrecha con las actividades y funciones a ser desplegadas por los servidores públicos y, por otro, que la fase de oposición debe responder a criterios objetivos que permitan determinar con un alto nivel de certeza las habilidades y destrezas de los participantes. Por lo demás, la oposición y el mérito deben tener el mayor peso relativo dentro del concurso, de modo que la valoración subjetiva a través de mecanismos como las entrevistas, constituya tan solo un factor accesorio y secundario de la selección. Finalmente, el diseño del procedimiento debe asegurar su publicidad, así como que las decisiones adoptadas dentro del mismo puedan ser controvertidas, debatidas y solventadas en el marco del procedimiento, independientemente de la vía judicial". (Se resalta)*

*Visto lo anterior, la Sala considera que los actuales concejos municipales podrían llevar a cabo las fases de convocatoria y de reclutamiento, así como las pruebas de conocimientos, competencias laborales y de valoración de estudios y de*

80

195

357

*experiencia, que son objetivas y no se ven afectadas porque las realice la corporación saliente o la entrante; por su parte, los concejos municipales que inician periodo el 1 de enero del próximo año deberán tener reservados para ellos el componente subjetivo (entrevista) y la elección como tal, de manera que se respete la competencia que les asigna la ley.(...)"*

Es allí donde encuentra el Despacho la irregularidad que lleva a considerar inválido parte del trámite adelantado: Retomando lo dicho por el concepto del H. Consejo de Estado, aunque no existe, en el caso de los Contralores, un orden específico de elegibilidad entre los aspirantes que hayan logrado llegar al final del proceso e integrar la lista de elegibles; cierto es que, por analogía con el procedimiento de Personeros, quien debía realizar el proceso de entrevistas y posteriormente el de elección, no era el Concejo saliente del periodo constitucional 2012-2015, sino el entrante del periodo 2016-2019.

- iv. Si se aprecia en la web de la entidad accionada<sup>39</sup>, quien realizó dicha etapa del proceso (la entrevista) fue la Corporación cuyo periodo fenecía el 31 de diciembre de 2015, no la entrante en 2016 que finalmente eligió, vicio este que debe enmendarse, de conformidad con las facultades asignadas, según la jurisprudencia constitucional ya citada, y luego de ello sí proceder a hacer la elección respectiva.

En otras palabras el Despacho considera que, si bien es cierto, las normas objetivas que regulan el trámite análogo no distinguen quien es el competente para una u otra etapa procesal dentro de las diferentes pruebas, no deviene en caprichosa la distinción efectuada por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en torno a quien es el órgano idóneo para efectuarlas; y atendiendo dicho criterio doctrinal, sí habría una vulneración clara del derecho fundamental al debido proceso para elegir Contralor Distrital y por consiguiente, debe retrotraerse la etapa del proceso desde el momento en que se consolidó el vicio que lo afecta, dada la falta de competencia para entrevistar que tenía la entidad saliente, y para sanear el trámite, deben ser llamados a ser entrevistados los aspirantes NUBIA FONTALVO HERNANDEZ e IVAN SIERRA PORTO, por cuanto, antes de consolidarse el vicio, lograron integrar la lista de elegibles respectiva, de la cual también hacía parte el señor JOSE DAVID MORALES VILLA, cuya declinación a ser elegido milita en autos (fl. 59). Así las cosas, por sustracción de materia, el actual nombramiento de la Doctora FONTALVO HERNÁNDEZ como Contralora Distrital quedará sin efectos, hasta tanto se subsane el defecto anotado, y sin perjuicio de que pueda ser nuevamente elegida por la votación mayoritaria del Concejo Distrital actual, en las mismas condiciones en que fue elegida el pasado 8 de enero de 2016<sup>40</sup>.

En este orden de ideas, tenemos que las reglas a las que se refieren los conceptos del H. Consejo de Estado para llevar a cabo la elección de Contralor(a) Distrital, derivadas de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 002 del año 2015 debieron ser escrupulosamente respetadas, tanto por la Corporación accionada en su integración para el periodo Constitucional 2012-2015 como por la que entró en funciones desde el presente año 2016 hasta el año 2019. Es apenas normal que este proceso no esté exento de tropiezos por determinadas interpretaciones de las normas, ante el vacío legislativo que actualmente existe y que reclama la misma Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, ello no puede ser óbice para desconocer el régimen de competencias asignadas a uno y otro cuerpo elegido. Nótese, además, que

<sup>39</sup> Consúltase al respecto <http://concejocartagena.gov.co/2015/12/29/resultado-entrevista-contralor-distrital/>

<sup>40</sup> Con ello, el Despacho absuelve lo solicitado por el ente accionado en memorial adiado 4 de febrero de 2016 (fl. 106)

la composición del Concejo Distrital de Cartagena del periodo 2012-2015 no es idéntica de aquel derivado de los comicios del 25 de octubre pasado, por lo que, aun en gracia de la discusión, aunque se tratase de una misma entidad nominadora (Concejo Distrital), la composición de sus miembros obedece a dos procesos electorales distintos, siendo que la derivada de los comicios del año 2011 ya tuvo la oportunidad de efectuar la elección que les correspondía por derecho, no pudiendo usurpar la competencia que le corresponde, en estricto derecho, a la Corporación actual. Es obvio que este criterio general según el cual toda regulación permanente de las funciones electorales, que es de reserva de ley estatutaria, no siempre es de fácil aplicación. Por eso corresponde al juez constitucional desentrañar y precisar en aquellos casos difíciles los elementos conceptuales que sirvan para resolver los problemas de constitucionalidad sometidos a su decisión<sup>41</sup>.

Finalmente, respecto del restante derecho esgrimido, la Honorable Corte Constitucional, ha explicado el alcance del derecho a la Igualdad así:

*" Para que se dé la violación del derecho fundamental a la igualdad, debe existir una discriminación entre iguales, frente a situaciones fácticas idénticas, sin que pueda predicarse la vulneración del aludido derecho, por el sólo hecho de querer obtener prerrogativas que le fueron concedidas a sujetos que no se encuentran en las mismas condiciones, ya sean profesionales, académicas o de cualquier otro tipo, y a los cuales se les hayan exigido ciertos requisitos, sin los cuales no sería posible obtenerlas." (C. Const., Sent. T-011/99, M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra)*

*"La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los "términos de comparación". Cuáles sean éstos o las características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de referencia, comúnmente llamado **tertium comparationis**, para establecer cuándo una diferencia es relevante, es una determinación libre mas no arbitraria, y sólo a partir de ella tiene sentido cualquier juicio de igualdad.(...) Sin embargo, el artículo 13 de la Constitución no prescribe siempre un trato igual para todos los sujetos del derecho, o destinatarios de las normas, siendo posible anudar a situaciones distintas —entre ellas rasgos o circunstancias personales— diferentes consecuencias jurídicas. El derecho es, al mismo tiempo, un factor de diferenciación y de igualación. Opera mediante la definición de supuestos de hecho a los que se atribuyen consecuencias jurídicas (derechos, obligaciones, competencias, sanciones, etc.). Pero los criterios relevantes para establecer distinciones, no son indiferentes para el derecho. Algunos están expresamente proscritos por la Constitución y otros son especialmente invocados para promover la igualdad sustancial y con ello el ideal de justicia contenido en el preámbulo.(...) El primer problema que plantea una nueva concepción del principio de igualdad hace relación con cuál es el criterio de diferenciación —tertium comparationis— al que ha de acudir el juez, en contraste con el de legislador, para aceptar o rechazar el que éste incorporó en la norma. La Constitución menciona algunas de las razones o situaciones fácticas para prohibir que el legislador las adopte como factor de diferenciación. No obstante, la mención de los factores considerados discriminatorios para establecer una diferencia de protección o trato no es suficiente. El juez ha de buscar fuera de la Constitución el criterio de diferenciación con el cual juzgar la validez constitucional de una norma que atribuye relevancia jurídica a cualquiera de las infinitas diferencias fácticas que la realidad ofrece.(...) Según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación; la igualdad sólo se viola si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse según la finalidad y los efectos de la medida considerada, debiendo darse una*

<sup>41</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-145/94

relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. (C. Const., Sent. T-422, jun. 19/92, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Del análisis de los hechos que sirven como fundamento de la acción cuya decisión hoy nos ocupa, y de las pruebas obrantes en autos, el Despacho no observa, *prima facie*, la existencia del *tertium comparationis* de que trata la jurisprudencia constitucional, lo cual da al traste con el amparo deprecado respecto de dicho derecho.

En razón y mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE CARTAGENA- BOLIVAR, administrando justicia, en nombre de la REPUBLICA y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONCEDER** la presente Acción de tutela, propuesta por el señor RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ y coadyuvada por el señor IVAN SIERRA PORTO en contra del CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, **exclusivamente en lo que tiene que ver con el derecho fundamental al debido proceso administrativo.**

**SEGUNDO: DENEGAR** el amparo frente al derecho a la igualdad, por las razones arriba transcritas.

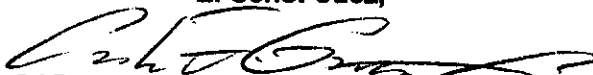
**TERCERO: ORDENAR** al CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA que debe retrotraerse a la etapa de entrevistas del proceso para elegir Contralor Distrital de Cartagena, momento en que se consolidó el vicio, motivo por el cual, en el término prudencial de diez (10) días lleve a cabo las entrevistas, consolide puntajes, y finalmente designe nuevamente Contralor, siendo llamados a ser entrevistados los aspirantes, doctores NUBIA FONTALVO HERNANDEZ e IVAN SIERRA PORTO, por cuanto lograron integrar la lista de elegibles respectiva, de la cual hacía parte el doctor JOSE DAVID MORALES VILLA, cuya declinación a ser elegido milita en autos. Así las cosas, por sustracción de materia, el actual nombramiento de la Doctora FONTALVO HERNÁNDEZ como Contralora Distrital quedará sin efectos hasta tanto se subsane el defecto anotado.

**CUARTO:** En caso de no ser impugnado este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**QUINTO:** Comuníquese esta decisión a las partes por el medio más expedito.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

El Señor Juez,

  
**CARLOS EDUARDO GARCÍA GRANADOS**

Cartagena de Indias, D.T. y C., 08 de febrero de 2.016

Doctor:

**CARLOS EDUARDO GARCÍA GRANADOS**

Juez Cuarto Penal Municipal para Adolescentes de Cartagena

Control de Garantías de Cartagena.

Sede Constitucional de Tutela

Ciudad.

**Radicación: 13001- 40-71-004-2015- 00355-00**

**Proceso: Constitucional de Tutela**

**Demandante: Rafael Camargo Jiménez**

**Coadyuvante: Iván Sierra Porto**

**Demandados: Concejo Distrital De Cartagena**

**Tercera opositora: Nubia Fontalvo Hernández**

**Ref.: ACLARACIÓN DE FALLO DE ACCIÓN DE TUTELA DE FECHA 8 DE FEBRERO DE 2016**

Señor Juez:

Mediante el presente escrito, de manera cordial y respetuosa, solicito la aclaración del fallo de tutela, proferido por usted, en fecha 8 de febrero de los corrientes, específicamente en el aparte TERCERO del resuelve que dispone lo siguiente:

"(...) Así las cosas, por sustracción de materia, el actual nombramiento de la Doctora FONTALVO HERNÁNDEZ quedará sin efecto, hasta tanto se subsane el defecto anotado". (Las subrayas son mías)

Lo anterior, a mi interpretación se entiende que continúo en el cargo de Contralora Distrital de Cartagena, hasta tanto el Concejo Distrital de Cartagena cumpla el fallo de Tutela de la referencia. Es decir, infiero que permanezco como funcionaria hasta que el Concejo elija.

Pero, para mayor claridad, y teniendo en cuenta que en el fallo de fecha 3 de febrero de 2016, anulado en su oportunidad procesal disponía que:

"(...) Así las cosas, por sustracción de materia, el actual nombramiento de la Doctora FONTALVO HERNÁNDEZ queda sin efecto, hasta tanto se subsane el defecto anotado". (Las subrayas son mías)

Obsérvese la diferencia del tiempo del verbo. En el fallo anulado habla de **queda**, es decir habla en presente. Y en el fallo del 8 de Febrero, cuya aclaración pido, dice **quedará**, es decir habla en futuro. Por tanto, y en aras de proteger el patrimonio público de los cartageneros y cartageneras, pido la aclaración, ya que la ciudad no puede quedarse sin control fiscal hasta que se provea el cargo.

La anterior solicitud es pertinente, estando dentro de la oportunidad legal para ello.

Del señor Juez,

Atentamente.

**NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**

CC. 45.753.698

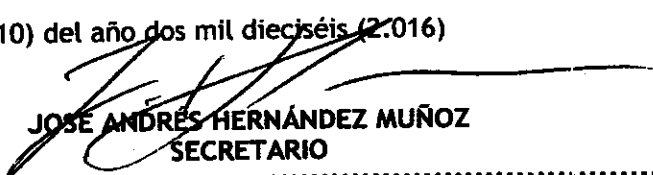
Contralora Distrital de Cartagena de Indias.

Recibi  
F. H.  
Feb. 8/16.  
4:55 p  
Jus 47

Señor Juez:

Doy cuenta a usted con la presente ACCION DE TUTELA donde, en sendos memoriales, la tercera vinculada y posteriormente la parte actora solicitan al Despacho ACLARACIÓN y ACLARACION, COMPLEMENTACION Y ADICIÓN DEL FALLO, respectivamente; para que se sirva proveer.

Cartagena, Febrero diez (10) del año dos mil dieciséis (2.016)

  
JOSE ANDRÉS HERNÁNDEZ MUÑOZ  
SECRETARIO

.....  
**JUZGADO CUARTO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE CARTAGENA.-** Cartagena de Indias, Febrero diez (10) del año dos mil dieciséis (2.016).

Visto el informe secretarial que antecede, observa este juzgado que, en orden de presentación de memoriales, la Dr. NUBIA FONTALVO HERNANDEZ, en calidad de tercera interviniente solicita aclaración parcial del punto tercero del fallo adiado 8 de febrero de 2016.

A su turno, la parte actora promueve solicitud de ACLARACIÓN, COMPLEMENTACIÓN Y ADICIÓN del fallo, bajo el entendido de que "(...)la lista de elegibles debe ser integrada exclusivamente para las personas que se encuentren habilitadas en un mínimo de 80% conforme a las resoluciones del concejo distrital de Cartagena de Indias para proceder a realizar la correspondiente entrevista y no permitir que la Sra. NUBIA FONTALVO HERNANDEZ haga parte de la lista de elegibles para ocupar el cargo de Contralor Distrital de Cartagena. Toda vez que no obtuvo el puntaje mínimo requerido para ocupar dicho cargo (...)"

Para analizar la pertinencia de cada una de las solicitudes es menester referirse a los artículos 285 y 287 del CGP, que a su tenor rezan:

"(...) Artículo 285. Aclaración. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.

(...)

Artículo 287. Adición. Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda

210

nb2

de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.

Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.

Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal. (...).

-Los apartes subrayados son del Despacho-

En orden a decidir cada solicitud, comenzando con la primera de ellas, promovida por la tercera vinculada, se tiene que el aparte consultado por la memorialista, debe leerse de conformidad con lo señalado a folio 21 del texto de la parte motiva de la providencia, donde reza que "(...)Así las cosas, por sustracción de materia, el actual nombramiento de la Doctora FONTALVO HERNÁNDEZ como Contralora Distrital quedará sin efectos, hasta tanto se subsane el defecto anotado, y sin perjuicio de que pueda ser nuevamente elegida por la votación mayoritaria del Concejo Distrital actual, en las mismas condiciones en que fue elegida el pasado 8 de enero de 2016(...)".

En segundo lugar, en atención al memorial de la parte actora, se verifica que el punto primero ya fue objeto de estudio en sede de tutela, el segundo es precisamente parte de las citas del fallo, pero en cuanto al punto tercero no se estima que existan verdaderos motivos de duda, pues es clara la argumentación del fallo en torno al vicio observado por esta Judicatura. De otra parte, los puntos Cuarto, Quinto (en el memorial hay dos puntos denominados "quinto") y la petición arriba transcrita se estima que no satisfacen suficientemente las exigencias precisadas en la ley para solicitar la aclaración, pues disponer conforme a lo pretendido por el actor mediante memorial de fecha 9 de febrero de 2016 equivaldría a reformar el fallo proferido, circunstancia expresamente prohibida por el citado art. 285 del CGP, ni se estima que haya existido puntos no resueltos o que ameriten pronunciamiento adicional por el Despacho.

En virtud de ello se

**RESUELVE:**

1. **ACCEDER** a la solicitud de ACLARACIÓN presentada por la tercero vinculada en la presente acción, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. **NO ACCEDER** a la solicitud de ADICIÓN, ACLARACIÓN Y COMPLEMENTACIÓN del fallo promovida por la parte actora, de conformidad con las razones arriba expuestas.
3. Háganse las anotaciones de rigor en el libro correspondiente.

**NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE  
EL JUEZ**

  
**CARLOS EDUARDO GARCÍA GRANADOS**  
Rad. 2015-00355

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES  
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO

Cartagena de Indias D.T.H y C, treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

**OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO**

Decidir las impugnaciones presentadas en contra de la sentencia proferida el 8 de febrero hogaño por el Juzgado Cuarto Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Cartagena, dentro de la presente acción de tutela instaurada por el señor **RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ** quien actúa en nombre propio contra el CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y derechos adquiridos.

**FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de primera instancia, en fecha del 8 de febrero del año que avanza, decidió **CONCEDER** la presente Acción de tutela, presentada por el señor RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ y coadyuvada por el señor IVAN SIERRA PORTO en contra del CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, **exclusivamente en lo que tiene que ver con el derecho fundamental al debido proceso administrativo. Y Denegó** el amparo frente al derecho a la igualdad.

En consecuencia, **ordenó al CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA** que retrotrajera a la etapa de entrevistas del proceso para elegir Contralor Distrital de Cartagena, momento en que se consolidó el vicio, motivo por el cual, en el término prudencial de **diez (10) días** lleve a cabo las entrevistas, consolide puntajes, y finalmente designe nuevamente Contralor, siendo llamados a ser entrevistados los aspirantes, doctores NUBIA FONTALVO HERNANDEZ e IVAN SIERRA PORTO, por cuanto lograron integrar la lista de elegibles respectiva, de la cual hacía parte el doctor JOSE DAVID MORALES VILLA, cuya declinación a ser elegido milita en autos.



**RADICACIÓN:** 130014071004-2015-00355-09  
**ACCIONANTE:** RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ  
**ACCIONADO:** CONCEJO DISTRITAL  
**ASUNTO:** SENTENCIA DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

265

Así las cosas, por sustracción de materia, el actual nombramiento de la Doctora FONTALVO HERNÁNDEZ como Contralora Distrital quedará sin efectos hasta tanto se subsane el defecto anotado.

La primera instancia considera que, si bien es cierto, las normas objetivas que regulan el trámite análogo no distinguen quien es el competente para una u otra etapa procesal dentro de las diferentes pruebas, no deviene en caprichosa la distinción efectuada por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en torno a quien es el órgano idóneo para efectuarlas; y atendiendo dicho criterio doctrinal, sí habría una vulneración clara del derecho fundamental al debido proceso para elegir Contralor Distrital y por consiguiente, debe retrotraerse la etapa del proceso desde el momento en que se consolidó el vicio que lo afecta, dada la falta de competencia para entrevistar que tenía la entidad saliente, y para sanear el trámite, deben ser llamados a ser entrevistados los aspirantes NUBIA FONTALVO HERNANDEZ e IVAN SIERRA PORTO, por cuanto, antes de consolidarse el vicio, lograron integrar la lista de elegibles respectiva, de la cual también hacía parte el señor JOSE DAVID MORALES VILLA, cuya declinación a ser elegido milita en autos (fi. 59).

#### **DE LAS IMPUGNACIONES**

**RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ** – accionante - impugnó dentro del término de ley, indicando que dentro del acápite de los hechos de la tutela de marras más específicamente en los numerales 7,8 y 9 se manifiesta que la Sra. NUBIA FONTALVO HERNANDEZ es vinculada a la terna de elegibles atendiendo un principio de equidad de género sin tener en cuenta que la misma obtuvo un puntaje inferior al requerido para ser tenida en cuenta en la terna esto es de mínimo 80 puntos tal como reza la resolución 146 del 1 de Diciembre de 2015.

Aclara que la Sra. NUBIA FONTALVO HERNANDEZ obtuvo un puntaje de 70, siendo el mínimo requerido, para poder integrar la lista de elegibles 80%, conforme a la resolución citada.

Afirma que al habilitar a la Sra. NUBIA FONTALVO HERNANDEZ, como integrante de la lista de elegibles es permitir que se vulnere nuevamente el derecho fundamental al DEBIDO PROCESO, toda vez que puede ser elegida una persona que no obtuvo el puntaje suficiente para ocupar el cargo de Contralor Distrital de Cartagena.

Es menester manifestar que esta lista de elegibles no es una terna, atendiendo a que solo debe ser integrada por quien cumpla los requisitos exigidos por la convocatoria, que para el caso de marras son los señores JOSE DAVID MORALES VILLA E IVAN SIERRA PORTO, y como su despacho lo manifiesta el señor MORALES VILLA renuncio, por lo que el único que cumple los requisitos objetivos para integrar la lista de elegibles el señor SIERRA PORTO. nbt

Por todo lo anterior solicita que se MODIFIQUE PARCIALMENTE, el fallo de tutela impugnado, en su numeral TERCERO en el sentido de que solo sean llamados a la etapa de entrevistas los aspirantes que pasaron la prueba de conocimiento, estos son el Sr. JOSE DAVID MORALES VILLA, quien declinó a ser elegido y el Sr. IVAN SIERRA PORTO y se excluya a la Sra. NUBIA FONTALVO HERNANDEZ, toda vez que no obtuvo el puntaje mínimo requerido para ocupar dicho cargo.

La Doctora NUBIA FONTALVO HERNANDEZ - elegida Contralora Distrital - también impugnó, a efectos de que el superior funcional **REVOQUE INTEGRALMENTE** la sentencia recurrida, procediendo a no tutelar los inexistentes derechos fundamentales del accionante RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ, argumentando que:

LA TUTELA NUNCA DEBIO SER ADMITIDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA DEL ACCIONANTE: La legitimación por activa o ius postulandi es un derecho de la víctima de una acción u omisión del Estado o de un particular, lo cual lo habilita para accionar el aparato jurisdiccional en la búsqueda de la protección del derecho fundamental violado o amenazado, pero también es una limitante para que terceras personas ajenas al afectado no interpongan tutelas a favor de ella sin su consentimiento.

Por otra parte la agencia oficiosa está establecida por el señalado artículo 10° del decreto 2591 de 1991, en el cual se establece que "una acción de tutela podrá ser presentada **CUANDO EL TITULAR DE LOS MISMOS NO ESTE EN CONDICIONES DE PROMOVER SU PROPIA DEFENSA**" lo que implica que la *ratio judis* de la agencia oficiosa es la "imposibilidad de defensa de la persona en cuyo nombre se actúa" lo cual ha sido decantado en la jurisprudencia de la pluricitada Corte Constitucional en la sentencia T-277 de 1997.

Por tales precisiones y analizada la tutela presentada por el actor, no observa por ninguna parte que él tenga alguna legitimidad para haber actuado, aspecto sustancial que debió tener él cuenta el señor Juez al admitir la tutela, en la medida en que él no

**RADICACIÓN:** 130014071004-2015-00355-09  
**ACCIONANTE:** RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ  
**ACCIONADO:** CONCEJO DISTRITAL  
**ASUNTO:** SENTENCIA DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

367

tenía ninguna injerencia en el proceso de escogencia del nuevo Contralor Distrital de Cartagena, no era participante y el solo hecho de ser un simple ciudadano no lo legitimaba para presentar dicha acción constitucional.-

Señala que LA SENTENCIA RECURRIDA ES ABIERTAMENTE ANFIBOLOGICA Y DESCONOCE CLAROS CONCEPTOS DE LO QUE ES LA ANALOGIA, TERMINA CONCEDIENDO EFECTOS JURISDICCIONALES A UN CONCEPTO DE LA SALA DE CONSULTA DE SERVICIO Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO Y LO APLICA ANTE UN VACIO LEGAL COMO SI SE TRATARA DE UNA LEY DE LA REPÚBLICA. LA DECISION TERMINA SIENDO UNA CLARA VIA DE HECHO JUDICIAL.

El concepto que se emite por las entidades públicas, tiene como única y exclusiva función la expresión de una explicación, o una orientación sobre un tema que no resulta claro para los administrados. Por lo que, aterrizando al caso que nos ocupa, el juez de primera instancia, al tener como hoja de ruta el concepto 2261 de fecha 3 de agosto de 2015 del Consejo de Estado, está soslayando lo dispuesto en una norma legal de carácter superior, esto es, el artículo 112 de la Ley 1437 de 2014, pues este como ya lo hemos demostrado sobradamente, tal concepto no ostenta fuerza vinculante alguna.

Concluye argumentando, después de un extenso recorrido por el procedimiento en la cual resultó elegida contralora distrital, que hay NO HAY VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DEL DEBIDO PROCESO ALEGADO POR EL ACTOR.

El doctor **FELIPE SANTIAGO SANTOS DIAZ** – apoderado - del **CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, es otro IMPUGNANTE a fin que el superior revoque dicho proveído, con fundamento en los siguientes argumentos:

**IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA:** Como es de su conocimiento, la acción de tutela es un mecanismo constitucional preferencial y sumario, en busca de proteger, en forma eficaz, los derechos fundamentales en el evento de verse amenazados o vulnerados, por parte de una autoridad pública o particulares, conforme nuestra Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991. Es requisito esencial para la procedencia de la acción de tutela, el haber agotado, previamente, todos los medios de orden judicial, salvo que se pretenda evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Entonces, como ha establecido la Corte Constitucional en desarrollo del inciso 3° del artículo 86 superior, hay lugar a la procedencia de la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como

71  
nbb

mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamentó este instrumento de amparo, señala que la existencia de esos medios de defensa principales debe ser apreciada en concreto, en lo que respecta a su eficiencia, frente a las circunstancias particulares en las que se encuentre el solicitante.

En cuanto a que la tutela es viable de manera transitoria, para evitar un perjuicio irremediable mientras se acude a los medios judiciales para obtener la nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo, mediante el cual se eligió a la Contralora Distrital de Cartagena, resulta imperioso afirmar que en la demanda de tutela, instaurada por el señor RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ, no se cumplen los requisitos constitucionales para solicitar la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y derechos adquiridos.

Para que opere un perjuicio irremediable, es necesario que éste sea inminente, requiere la evidencia que demuestre de no protegerse los derechos fundamentales A LA IGUALDAD, DEBIDO PROCESO Y DERECHOS ADQUIRIDOS, se produciría en corto tiempo un daño irreparable que justifique tomar medidas inmediatas. Como ya se dijo, en el caso que nos ocupa, no existe amenaza seria y fundada para los derechos constitucionales fundamentales del accionante, como tampoco se demuestra riesgo o peligro que conlleve a considerar como un perjuicio irremediable.

Señor Juez, en el caso sub-examine, lo que se pretende no es cosa distinta que a través de la acción de tutela se anule la Elección del Contralor Distrital de Cartagena por parte del CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, lo cual corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Es importante también resaltar que la actuación del Concejo constituye un acto administrativo amparado por la presunción de legalidad, y por lo tanto no es la acción de tutela mecanismo idóneo para ello.

No obstante lo anterior, cabe destacar que el accionante, además, carece de legitimación en la causa por activa. Según el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser ejercida i) directamente por la persona afectada o a través de representante, caso en el cual los poderes se presumirán auténticos; ii) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales. iii) De conformidad con el inciso segundo de esa normatividad, es viable la agencia oficiosa cuando el titular de los derechos fundamentales no

12  
369

**RADICACIÓN:** 130014071004-2015-00355-09  
**ACCIONANTE:** RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ  
**ACCIONADO:** CONCEJO DISTRITAL  
**ASUNTO:** SENTENCIA DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud.

Se fundamenta la sentencia impugnada en la presunta irregularidad consistente en haberse realizado la etapa de la entrevista del proceso para elegir Contralor del Distrito de Cartagena, por parte de los miembros del CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS del Periodo 2012-2015, considerando que tal etapa debía surtirse por parte de los miembros que componen actualmente la corporación edilicia.

Frente a ello se recuerda que la competencia para elegir Contralor Distrital, reposa en cabeza del CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, sin entrar en distinciones como lo llevó a cabo el Juez de primera instancia. Aquí es válido recordar que "donde la ley no distingue al intérprete no le es dable distinguir" y que "los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley".

Por lo anterior reitera se REVOQUE el fallo impugnado.

### **CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

#### **COMPETENCIA**

Es competente este Despacho Judicial para conocer esta acción en primera instancia, de acuerdo con los contenidos de los artículos 86 de la Constitución Política de Colombia y 37 del Decreto 2591 de 1991, y demás disposiciones normativas pertinentes.

#### **PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER**

Este Despacho determinará si la decisión de la primera instancia se encuentra ajustada o no a derecho, para lo cual se entrará a determinar si se encuentran dadas las condiciones de procedencia de la acción de tutela en este asunto en el que se alega por la parte accionante violación a los derechos fundamentales a la IGUALDAD, DEBIDO PROCESO y DERECHOS ADQUIRIDOS por parte del CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, por irregularidades a su juicio cometidas en el proceso de elección de la contralora distrital de Cartagena de Indias.

370

## **TESIS DEL DESPACHO**

Del análisis del acervo probatorio que reposa en la carpeta, el despacho es del sentir que el fallo de primera instancia debe confirmarse en lo atinente a la violación del derecho fundamental al Debido Proceso Administrativo, y a que en este asunto no se vulneró derecho fundamental a la Igualdad.

## **ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA TESIS CENTRAL**

La Acción de Tutela fue consagrada por el Art. 86 de la Constitución Nacional, reglamentada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, con el objetivo de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por lo anterior cualquier persona podrá incoar esta acción, cuando considere que tales derechos se encuentran de una u otra manera violentada o amenazada por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular.

De igual forma el legislador le dio al accionante, los recursos necesarios para impugnar la decisión tomada por el juez de primera instancia, cuando considere que su decisión no se ajusta a los preceptos legales.

En **Sentencia C-980/10** la Guardiania de nuestra Constitución Política dijo:

### **“ 3. El derecho al debido proceso. Concepto y alcance general**

3.1. Como es sabido, el debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo *“a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*.

.....

3.5. Según lo ha destacado este Tribunal, el derecho al debido proceso tiene como propósito específico “la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1° y 2° de la C.P)”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sentencia C-641 de 2002.

271

.....

## **5. El derecho al debido proceso administrativo**

5.1. Como ya se anotó, la Constitución extiende la garantía del debido proceso no solo a los juicios y procedimientos judiciales, sino también a todas las actuaciones administrativas. Ello significa, que el debido proceso se mueve también "dentro del contexto de garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y por ello extiende su cobertura a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, es decir, cubre a todas sus manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses"<sup>2</sup>.

.....

5.3. Dentro de ese marco conceptual, la Corte se ha referido el debido proceso administrativo como "(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal"<sup>3</sup>. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca "(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados"<sup>4</sup>.

.....

5.7. En consecuencia, por tratarse de un derecho fundamental, el derecho al debido proceso administrativo "exige a la administración pública sumisión plena a la Constitución y a la ley en el ejercicio de sus funciones, tal como lo disponen los

---

<sup>2</sup> Sentencia T-442 de 1992.

<sup>3</sup> Sentencia T-796 de 2006.

<sup>4</sup> Sentencia ibídem

15  
372

artículos 6°, 29 y 209 de la Carta Política<sup>5</sup>, pues de otra forma se transgredirían los principios que gobiernan la actividad administrativa (igualdad, imparcialidad, publicidad, moralidad y contradicción), y se vulnerarían especialmente los derechos fundamentales de las personas que acceden a la administración o de alguna forma quedan vinculadas por sus actuaciones...”

### **CASO CONCRETO**

En el caso concreto se examina la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y derechos adquiridos del señor RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ, y en consecuencia se ordene la revocatoria del acto administrativo donde se eligió a la contralora distrital NUBIA FONTALVO HERNANDEZ, argumentando que la entidad accionada vinculó a la terna de elegible a la señora NUBIA FONTALVO HERNANDEZ quien es elegida contralora distrital de Cartagena, con fundamento en el principio de equidad de género, sin cumplir los requisitos mínimos exigidos, en tanto que el puntaje mínimo en el examen de conocimiento a sacar por los aspirantes a contralora distrital es de 80. Indicando que la señora NUBIA FONTALVO HERNANDEZ no superó el puntaje mínimo de 80 para puntear la terna de elegibles a contralor distrital de Cartagena, tal como reza el artículo primero de la parte resolutive de la resolución No. 1870 del 22 de diciembre de 2015.

La primera instancia en fallo del 8 de febrero de 2016, decidió **CONCEDER PARCIALMENTE** la acción de tutela propuesta por el señor RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ y coadyuvada por el señor IVAN SIERRA PORTO en contra del CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA, exclusivamente en lo que tiene que ver con el derecho fundamental al **DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO** y denegó el amparo frente al derecho a la igualdad, y en consecuencia ordenó retrotraer a la etapa de entrevista del proceso para elegir Contralor Distrital de Cartagena, bajo el argumento que se presentó una irregularidad en el trámite adelantado para su elección, porque quien debería realizar el proceso de entrevistas y posteriormente el de elección no era el concejo saliente del periodo constitucional 2012 -2015 sino el entrante del periodo 2016-2019.

Es sabido que el debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo

---

<sup>5</sup> Sentencia T-178 de 2010.



**RADICACIÓN:** 130014071004-2015-00355-09  
**ACCIONANTE:** RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ  
**ACCIONADO:** CONCEJO DISTRITAL  
**ASUNTO:** SENTENCIA DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

16  
MB

incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos.

En este orden de ideas, es necesario señalar que una de las consecuencias que tiene la consagración expresa del debido proceso como un derecho de rango fundamental, es que todas las personas pueden acudir a la acción de tutela con el fin de que el juez constitucional conozca de la presunta vulneración, y de ser necesario ordene las medidas necesarias para garantizar su protección inmediata. Negrillas son del despacho.

Precisado lo anterior, tenemos que la primera instancia consideró la existencia de una irregularidad sustancial que invalidaba el trámite adelantado para la selección de contralora Distrital, en la medida que quien realizó las entrevistas fueron miembros del concejo distrital saliente, y quienes votaron finalmente fueron los miembros del concejo elegido para el nuevo periodo que inicio en este año 2016, situación que pudo haber afectado el proceso de escogencia en la medida en que quienes votaron la elección de contralora, no tuvieron la oportunidad de entrevistarla previamente y conocer sus calidades subjetivas.

Ello bajo la consideración que para el trámite de elección de contralores Distritales, se puede aplicar por analogía el trámite previsto para la elección de personeros municipales y distritales de acuerdo al concepto 2261 emitido por el Consejo de Estado; sin olvidar que para Personero Distrital debe escogerse la persona que ocupe el primer lugar pero para elegir Contralor (a) Distrital no necesariamente se escoge de esa manera.

Ahora bien en este momento, la decisión de primera instancia se cumplió, se rehízo el trámite de selección y hoy la doctora NUBIA FONTALVO HERNANDEZ ha sido elegida por segunda vez para ocupar el cargo de Contralora Distrital, en esta oportunidad después de haber sido entrevistada por los miembros de Concejo Distrital que realizaron la elección. Entonces debe considerarse que estamos en presencia de un HECHO SUPERADO.

Comparte este Despacho además la posición de la primera instancia, al considerar que no existe evidencia que indique vulneración del derecho alegado por el accionante

como el de la IGUALDAD, remitiéndose a la Sentencia T – 011 de 1999. M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Finalmente frente a los reparos planteados respecto de la forma de conformación de la lista de donde se escogió a la actual contralora, este despacho es del sentir, salvo mejor proveer, que la acción de tutela no es medio idóneo para ventilar dicha cuestión pues ella deberán ser dilucidado ante los jueces naturales, esto es ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, dentro del marco de las acciones ordinarias.

Por lo que se reitera se CONFIRMARA el fallo de primera instancia.

En mérito de la exposición, el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CARTAGENA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

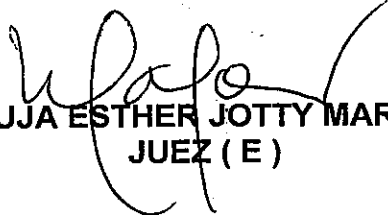
**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de tutela de fecha 8 de febrero hogaño, proferido por el Juzgado Cuarto Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Cartagena, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor **RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ** quien actúa en nombre propio contra el CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Por secretaría COMUNIQUESE al Juzgado de origen y a las partes, esta decisión.

**TERCERO:** Una vez ejecutoriada formalmente, REMITASE a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISION.

"Contra esta decisión no cabe ningún recurso ordinario"

COMUNIQUESE Y CUMPLASE

  
**MARUJA ESTHER JOTTY MARTINEZ**  
**JUEZ ( E )**

Cartagena de Indias, D.T. y C., 05 de febrero de 2.016

Doctor:

**CARLOS EDUARDO GARCÍA GRANADOS**

Juez Cuarto Penal Municipal para Adolescentes de Cartagena

Control de Garantías de Cartagena.

Sede Constitucional de Tutela

Ciudad.

**Radicación: 13001- 40-71-004-2015- 00355-00**

**Proceso: Constitucional de Tutela**

**Demandante: Rafael Camargo Jimenez**

**Coadyuvante: Ivan Sierra Porto**

**Demandados: Concejo Distrital De Cartagena**

**Tercera opositor: Nubia Fontalvo Hernandez**

### **ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Señor Juez:

**NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**, mayor de edad, con domicilio en esta ciudad, identificada con la cedula de ciudadanía No.45.753.698, abogada titulada, inscrita, en mi condición de Contralora Distrital de Cartagena, en ejercicio del cargo, y como ciudadana interesada en el asunto de la referencia, respetuosamente mediante el presente escrito me refiero al contenido del escrito introductorio del petente, lo cual hago de la siguiente manera:

#### **A LAS PETICIONES DE LA ACTORA**

Solicito al Señor Juez, si continua con el conocimiento del caso, que en su oportunidad **RECTIFIQUE SU POSICION PLASMADA EN LA SENTENCIA QUE PROFIRIO EL 3 DE FEBRERO DE 2016, en contrario que DENIEGUE** las pretensiones de tutela planteadas por la parte actora, en razón a carecer de fundamentos de hechos y de derecho y en el caso planteado no haberse atentado contra Derechos Constitucionales Fundamentales de aquel. *mf*

41  
108  
m76

## A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

A los hechos soportes de la acción propuesta me refiero así:

**AL PRIMERO Y SEGUNDO:** Es cierto que la Contraloría Distrital de Cartagena, en acatamiento a las normas respectivas y orientaciones conceptuales del Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil adelantó el proceso selectivo de convocatoria pública para elegir el Contralor de Cartagena para el actual periodo constitucional. Igualmente es cierta la distinción que aquél hace entre los procedimientos de convocatoria pública, aplicable a la escogencia del Contralor que concluye en una lista de elegible de quienes la integren, cualquiera puede ser elegido, sin orden de elegibilidad y el concurso de mérito, por ley aplicable a la elección de personero, que termina en una lista de elegibles y quien ocupa el primer lugar de la lista debe ser elegido.

**AL TERCERO.** No es un hecho, es una cita de una sentencia de constitucionalidad y doctrinal.

**AL CUARTO:** No es un hecho es una apreciación del actor. **AGREGO:** No es cierto que para la elección del Contralor haya norma que obligue a que se aplique las reglas que regulan la elección del personero, cosa distinta es que el Consejo de Estado haya dado un concepto para la elección del contralor a falta de la expedición de la ley que reglamente el trámite, pero los conceptos ni son normas jurídicas, ni obligan, y se pueden acatar, como ocurrió en la elección del Contralor de Cartagena; además es falso de falsedad absoluta que en el Concepto del Consejo de Estado se haya dicho que el procedimiento de elección del contralor es igual al del personero. Hay mas, en Bogotá el Concejo no ha acatado el concepto del Consejo de Estado y hasta el día de hoy no se ha elegido al Contralor, como lo demuestro con la publicación que anexo.

**AL QUINTO, SEXTO Y SEPTIMO, OCTAVO Y NOVENO:** Son ciertos. Lo rescatable de lo dicho en esos hechos es que la suscrita NUBIA 

FOLTALVO y el señor IVAN SIERRA integramos la lista de elegible de la que renunció voluntariamente el señor JOSE DAVID MORALES, por lo que de la lista de elegibles, por ser una convocatoria pública, no un concurso de mérito, podía ser elegido Contralor cualquier miembro de la lista sin importar puntaje o lugar alguno de ubicación en la lista, en razón a ella fui elegida por el Concejo de Cartagena Contralora Distrital de Cartagena, periodo 2016-2016, de acuerdo con las reglas, estas si obligatorias para el Concejo, que la Honorable Corporacion tuvo ha bien estructurar como ruta del proceso electivo.

109  
mX

**AL DECIMO:** Es cierto en cuanto a la mención de las normas que se refieren a la elección del Personero, excepción hecha del acto legislativo 02 de 2015. NO ES CIERTO que el Consejo de Estado en el Concepto 2270 de 10 de noviembre de 2015 haya dicho que la elección del Contralor debe hacerse "en identificas condiciones" a lo indicado en ese concepto. AGREGO: (i) Los conceptos no obligan (ii) Lo que dice el Concepto es que los Concejos a falta de ley que desarrolle la materia, analógicamente pueden aplicar el procedimiento selectivo de elección de Personeros, (iii) Tampoco dice el Consejo de Estado en su Concepto que en el proceso de elección del Contralor quien haya obtenido el mayor puntaje en calificación sea el único con el derecho a ser elegido, esto aplica para el Personero y precisó que la elección de Personero es por concurso de mérito y la del Contralor por Convocatoria Pública, que es otra regla distinta.

**AL ONCE:** No es cierto que el Sr. MORALES adquirió el derecho a ser elegido Contralor por haber obtenido el mayor puntaje en el proceso. AGREGO: Me remito a lo que respondí al hecho anterior, pero además el Sr. MORALES VILLA renunció a continuar en el proceso de elección.

**AL DOCE:** No es cierto que al renunciar a continuar en el proceso de elección del Contralor el Sr. MORALES VILLA, adquirió el derecho a ser elegido el Sr. SIERRA PORTO, por ser el segundo en puntuación.

AGREGO: Me remito a lo que respondí a los dos últimos hechos anteriores, y advierto o la ignorancia absoluta del actor no saber la

la

diferencia entre concurso de merito aplicable al proceso selectivo de Personeros y el de Convocatoria Pública para los Contralores, o si no es ignorancia estaría el petente induciendo al Sr. Juez en error judicial.

**AL TRECE:** No es un hecho. Es una apreciación subjetiva del actor. Contrario sensu afirmo que el Concejo no se equivocó al elegirme como Contralora de Cartagena

### **PROBLEMA JURÍDICO CONTENIDO EN LA DEMANDA DE TUTELA:**

En rigor, el busilis de asunto planteado por el demandante **RAFAEL CAMARGO JIMENEZ**, en cuerpo ajeno por carecer de legitimación en la causa, se hace consistir en determinar si el Concejo Distrital de Cartagena, en la elección de la Contralora Distrital en elección que concluyere el 8 de enero de 2016, le violó un derecho constitucional al demandante, ya que no debió elegir a **NUBIA FONTALVO HERNANDEZ**, sino a quien ocupó el primer puesto en calificación dentro de la convocatoria en razón a que tenía que seguirse las reglas de un concurso de merito, derecho que decantó en **IVAN SIERRA PORTO**.

### **IMPROCEDENCIA GENERICA DE LA ACCION DE TUTELA:**

Claramente el artículo 6 del decreto 2591 de 1991 señala los eventos cuando no procede la acción de tutela, de los que me es suficiente puntualizar el que nos dice que aquella no procede "**Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo para evitar un perjuicio irremediable**".

### **EXISTENCIA DE MECANISMO DE DEFENSA PRINCIPAL**

"La acción de tutela, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, tiene una naturaleza subsidiaria, en cuanto, por regla general, no puede intentarse cuando exista al alcance del interesado un medio de defensa judicial apto y eficaz para la defensa del derecho vulnerado o amenazado. Esto significa que la tutela es procedente cuando no existe otro mecanismo judicial idóneo para proteger el derecho fundamental o cuando existiendo éste, no sea tan eficaz como ella para la

protección de los derechos amenazados o vulnerados, de manera que la víctima se encuentre al borde de sufrir un perjuicio irremediable frente al cual la decisión del juez ordinario sería tardía e inocua.

En el caso sub examine, tenemos la existencia de un acto administrativo de elección y para su control el medio idóneo principal es el proceso contencioso administrativo, no el de tutela, y de la única manera de saltar el proceso natural judicial para irse a la instancia de tutela debe acudirse a las excepciones contenidas en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que señala que la acción de tutela se puede ejercer simultáneamente con la acción de nulidad y las demás acciones de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, siempre y cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, QUE NO ES NUESTRO CASO, donde además el demandante se le olvidó que tenía que soportarse en un perjuicio irremediable y tal vez no habló de ello porque tampoco existe ello, para el demandante la elección de la contralora no le causa perjuicio ni remediable, menos irremediable, razón esta por la que tampoco tiene prosperidad la tutela cuestionada.

### **FALTA DE LEGITIMACION DEL ACTOR PARA SER PARTE ACTIVA EN LA ACTUACION DE TUTELA**

De acuerdo con el artículo 13 inciso final del reglamento de la acción de tutela o decreto 2591 de 1991 toda persona que tuviere interés en el proceso de tutela puede intervenir en él<sup>1</sup>.

El tema de la legitimación en la causa por activa lo desarrolló la propia Corte Constitucional en su SENTENCIA T-610/11 donde con puntualidad expresó:

*“Según los enunciados del artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona cuando sus derechos constitucionales fundamentales resulten vulnerados o amenazados, ya sea por sí misma o por medio de un tercero quien*

<sup>1</sup>Artículo 13 inciso final del reglamento del decreto 2591 de 1991: “Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.”

123  
112  
200

*actúe en su nombre. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, indica que la persona a quien se le vulneren o amenacen sus derechos fundamentales puede ejercer la acción de tutela por sí misma o por medio de representante y contempló la posibilidad de la agencia de derechos ajenos, de tal forma que un tercero, cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa, podrá presentar acción de tutela en su nombre.*

### **SUBREGLAS PARA LA LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA.**

*La legitimación en la causa por activa en los procesos de acción de tutela se predica siempre de los titulares de los derechos fundamentales amenazados o vulnerado, para lo cual, a partir de las normas antes señaladas, el ordenamiento jurídico colombiano permite cuatro posibilidades para la promoción de la acción de tutela: (i) la del ejercicio directo de la acción. (ii) la de su ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas). (iii) La de su ejercicio por medio de apoderado judicial (caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo) y (iv) la del ejercicio a través de agente oficioso.*

LA Corte insiste en su postura en Sentencia T-928/12, para indicar que la legitimación en la causa como un requisito de procedibilidad de la acción de tutela dice:

*"3. Legitimación procesal de los accionantes. De conformidad con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la tutela se ejerce por la persona "vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante", o por un tercero, mediante la figura de la agencia de derechos, cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover la acción.*

(...)



*"La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. Es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo."<sup>2</sup>*

*"La legitimación por activa es requisito de procedibilidad. Esta exigencia significa que el derecho para cuya protección se interpone la acción sea un derecho fundamental propio del demandante y no de otra persona (...)"<sup>3</sup> Adicionalmente, la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante, y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente".<sup>4</sup>*

Al descender al proceso de la referencia brilla con luz propia y se aprecia sin esfuerzo alguno que el demandante **RAFAEL CAMARGO JIMENEZ** no es "*ni arte ni parte*" en el proceso de selección de Contralor de Cartagena para el actual periodo constitucional, al leer el listado de inscritos él no aparece, pero peor y por sustracción no está su nombre en la lista de elegibles, entonces ni le "va ni le viene" lo que pudo o no ocurrir en aquel proceso selectivo, en consecuencia, al no ser titular de ningún de derecho fundamental que se le haya amenazado o vulnerado, aquél carece de legitimación en la causa para actuar, razón esta elemental pero potísima para que se niegue su petición e incluso la tutela debió ser rechazada ad initio. *mf*

<sup>2</sup> Sentencia T-416 de 1997, reiterada por la sentencia T-1191 de 2004.

<sup>3</sup> Sentencias T-678 de 2001, (M.P. Eduardo Montealegre), T-100 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), SU-136 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), y T-388 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz), entre otras. En la reiterada T-1191 de 2004, añadió la Corporación: "Lo anterior no se opone a que la defensa de los derechos fundamentales no pueda lograrse a través de representante legal, apoderado judicial o aun de agente oficioso; ni que en cierto tipo de asociaciones, como las de carácter sindical, sus representantes legales no puedan asumir la defensa de los intereses colectivos de la persona jurídica y a la vez la de los derechos personales de los trabajadores afiliados."

<sup>4</sup> Sentencia T-278 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

Como acotación marginal resalto, como queda dicho, la tutela requiere interés legítimo en el demandante, ya la tutela no es un medio de control judicial público o popular, como si lo es la petición de nulidad de un acto administrativo, o una acción constitucional popular etc, entonces el demandante **RAFAEL CAMARGO JIMENEZ** al no tener en este ningún derecho constitucional en juego, y no ser la acción de tutela pública o popular, su demanda ni siquiera debió admitirse y el rol de **IVAN SIERRA PORTO**, no es demandante, no es parte procesal, sino un mero coadyuvante, que suele llamársele también intervención conservativa, accesoria o adhesiva, siendo esta última la denominación que recibe en la doctrina y legislación italianas, la decisión que recaiga en el proceso no va a referirse al coadyuvante, intervenga o no en el proceso, estamos diciendo que la sentencia jamás lo va a alcanzar, por ello su actuación en el proceso es totalmente accesoria y si bien actúa como colaborador diligente de una de las partes, respecto de quien si tiene una relación que es o podrá ser sustantiva (de conflicto) su protagonismo en el proceso está supeditado a lo que decida la parte quien ayuda. El procesalista Devis Echandía dice que el coadyuvante no es cotitular de la misma pretensión del coadyuvado, porque entonces tendría una pretensión propia en ese proceso y sería litisconsorte; sino titular de la suya propia, y por esto, aun cuando no está legitimado para demandar respecto a la relación sustancial de aquél, sí lo esta para intervenir en el proceso que inició su coadyuvado o se sigue contra éste, es entonces, de una intervención relativizada y por esa posición pírrica procesal del coadyuvante este sigue la suerte de a quien ayuda, por lo tanto al no tener el actor intereses legítimos el ayudante tampoco la tiene, lo accesorio sigue la suerte de los principal.

### ELECCION DE CONTRALORES Y PERSONEROS

La Constitución Política de Colombia de 1991 en su artículo 272 conforme fue modificado por el art. 23 del Acto Legislativo 02 de 2015 previó la elección de contralores territoriales y definió a la ley la organización del procedimiento para su viabilidad, de esta manera:

114  
202

"La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso.

La 1551 de 2012 por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, naturalmente es anterior a la reforma constitucional de 2015, por ello no se ocupó del tema de la elección de los Contralores, solo se refirió al de los personeros en el capítulo VI art. 35 que modificó el art 170 de la Ley 136 de 1994, que quedó así: **Elección.** Los Concejos Municipales o distritales según el caso, elegirán personeros para periodos institucionales de cuatro (4) años, dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que inicia su periodo constitucional, previo concurso público de méritos. Los personeros así elegidos, iniciarán su periodo el primero de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero del cuarto año.

La Corte Constitucional en sentencia C- 105 de 2013 señaló que la elección del personero municipal por parte del concejo municipal debe realizarse a través de concurso público de méritos, el cual debe sujetarse a los estándares generales que la jurisprudencia constitucional ha identificado en esta materia, para asegurar el cumplimiento de las normas que regulan el acceso a la función pública, al derecho a la igualdad y el debido proceso. De

105  
203

418

igual forma, expresó que "... el concurso de méritos tiene un alto nivel de complejidad, en la medida que supone, por un lado, la identificación y utilización de pautas, criterios e indicadores objetivos, y por otro, imparcialidad para evaluar, cuantificar y contrastar la preparación, la experiencia, las habilidades y las destrezas de los participantes" de modo que se requiere "... el procesamiento y la sistematización de una gran cantidad de información y la disposición de una amplia y compleja infraestructura y logística administrativa ...

El tema de elección de personeros fue reglamentado en el decreto 2485 de 2014, expedido para proteger los principios de publicidad, objetividad y transparencia y garantizar la participación pública y objetiva en el concurso público, reglamento que habla del concurso de mérito que termina con una lista de elegibles, selección final donde aplica un orden específico de elegibilidad entre los que queden seleccionados, comenzando por el que ocupe el primer lugar quien adquiere el derecho a ser elegido.

En el caso de la elección de los contralores El Consejo de Estado resolvió una consulta que le hizo el Ministerio del Interior y en el concepto 2270 de 10 de noviembre de 2015 indicó que mientras se expide una ley que regule las convocatorias públicas para la elección de contralores departamentales y municipales, se les puede aplicar por analogía la reglamentación que ya existe para el concurso de méritos que se hace para elegir personeros municipales y distritales. La Sala de Consulta y Servicio Civil recordó que la reforma al equilibrio de poderes modificó la elección de los contralores territoriales. Este acto legislativo estableció que su designación se haga a través de una convocatoria pública que es distinto al concurso público de méritos

La reforma constitucional 2015 que se comenta, no estableció cuál iba a ser el procedimiento para realizar dicha convocatoria, pero el Consejo de Estado, por vía del concepto en mención, si aclaró que en la selección final no aplica un orden específico de elegibilidad entre los que queden seleccionados, como ocurre en el caso de los Personeros, por ser este otro el procedimiento "concurso de méritos".

## RAZONES SUSTANTIVAS QUE DESCARTAN LA TUTELA

Sustantiva e independientemente de contar el actor con otros medios de defensa judicial como el proceso judicial contencioso administrativo de nulidad del acto de elección, como tampoco tener legitimación en la causa, tampoco les asiste razón por vía de tutela. Veamos:

En resumen el petente en el proceso de la referencia considera que, el Concejo Distrital de Cartagena dentro del proceso de escogencia del Contralor del Distrito, debió escoger a quien hubiese ocupado el primer puesto en orden de elegibilidad dentro del proceso que se adelantó dentro de la respectiva convocatoria pública y por tal razón solicita la revocatoria del acto administrativo donde se eligió a la suscrita como contralora distrital.

Sin embargo, todo el soporte sobre el cual se sustenta la solicitud de amparo de tutela carece de sentido, no tiene fundamento jurídico, por cuanto desconoce la verdadera naturaleza del concepto de convocatoria pública y su diferencia del concurso de méritos, este para personeros, y demuestra un absoluto desconocimiento de los lineamientos señalados por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para adelantar la convocatoria pública para la elección del contralor que analógicamente debió aplicar las reglas de selección de los personeros a falta de regla legal que desarrollare el proceso de elección del contralor.

En efecto, en Concepto 2274 del 10 de noviembre de 2015, con ocasión a una consulta elevada por el Ministerio del Interior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado concluyó que:

*“..., para la elección de contralores territoriales por parte de las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, se puede aplicar por analogía, mientras se expide una ley que regule las convocatorias públicas, la Ley 1551 de 2.012 y su decreto reglamentario No. 2485 de 2.014 sobre concurso público de méritos para la elección de personeros municipales y distritales, teniendo en cuenta, en todo caso, que en la*

117  
205

u/

**escogencia final, no aplica un orden específico de elegibilidad entre los seleccionados.**

Así pues la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado analizó enfáticamente el contexto de la reforma constitucional para la escogencia de los contralores territoriales, e indicó, que dicha reforma no obedecía a una decisión aislada del Congreso de la República, sino que, responde a un **cambio general en el sistema de elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas**, recalcando que en todo caso, para la selección del contralor **no aplica ningún orden de elegibilidad.**"

**EFFECTO ÚTIL DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES.**

En la regla general de interpretación expresada en el artículo 31.1 de la Convención de Viena, está el principio del efecto útil (effect utile), según el cual deben asegurarse los efectos propios de las disposiciones convencionales (ut res magis valeat quam pereat). Para el juez Cançado Trindade, esa interpretación es la que rebaja más plenamente la naturaleza especial de los tratados sobre derechos humanos, las obligaciones objetivas que consagra y el sentido autónomo de sus conceptos; y los postulados clásicos de interpretación de los tratados se ajustan a la nueva realidad sobre el fin y el objeto de los derechos humanos, distintos de los tratados internacionales clásicos *21/*

El postulado anterior lo descende la Corte Constitucional en la Sentencia T-677/06 *"La tutela puede proceder para garantizar el cumplimiento de las sentencias proferidas por las diferentes autoridades judiciales. Con esto, es decir, a partir del respaldo brindado por el amparo, además de declarar que una sentencia hace parte esencial del Estado de Derecho y que contiene la definición de determinados derechos fundamentales, se garantiza que eventualmente su cumplimiento se pueda hacer efectivo rápida y definitivamente mediante el conjunto de herramientas previstas en el Decreto 2591 de 1991. La acción de tutela puede servir como herramienta para garantizar que una sentencia proferida en la jurisdicción ordinaria sea respetada y que los derechos fundamentales inmersos en la misma sean resguardados. De cualquier forma, la orden de protección contenida en el amparo constitucional, tendrá como garantes a las diferentes herramientas previstas por el decreto 2591 de 1991 en sus artículos 27 y 52. Por regla general los fallos de tutela se deben cumplir conforme a la parte resolutive de éstos de manera perentoria y que, si dicha decisión no es obedecida en su integridad, se debe hacer uso de los instrumentos previstos en los artículos 27 y 52 ejusdem. Así pues, en* *21/*

*principio no sería posible acudir a otra tutela para garantizar el cumplimiento de un amparo pues existen otros mecanismos jurídicos especiales e idóneos previstos para ese efecto. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido que, conforme al carácter funcional de la jurisdicción constitucional y el principio del efecto útil de las sentencias, cuando las herramientas de cumplimiento o el incidente de desacato no son suficientes o aptos para garantizar la protección de los derechos fundamentales contenidos en un amparo, se puede acudir a otras estrategias a fin de adoptar las medidas necesarias para garantizar el pleno goce del derecho o que éste sea libremente ejercido sin más requisitos.*

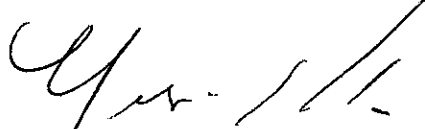
Si tuviere razón el demandante, que no la tiene y se le tutelare, esa sentencia, cuyo sentido ya se conoce por estar difundido, al aplicársele el principio del **EFFECTO ÚTIL DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES**, la misma sería inócua pues lo que dispuso fue volver a entrevistar a las dos personas que quedaron enlistados y luego elegir, elección que puede recaer en el uno o en el otro por no haber orden de elegibilidad, llegándose al mismo sitio existente antes de la sentencia; pero si se persiere en contrario que de la entrevista que se haría a dos personas, se escogiere solo a una, NO HABRÍA LISTA ROMPIÉNDOSE LA REGLA JURÍDICA, QUIERO DECIR QUE CON TUTELA O SIN ELLA, O SE DEJA LA ELECCIÓN QUE SE HIZO ENTRE DOS PERSONAS, O SE ELIGE NUEVAMENTE ENTRE ESAS DOS MISMAS PERSONAS, por ello la sentencia de tutela no sería útil.

### PRUEBAS Y ANEXOS

Por tratarse de un asunto de tutela y de pura interpretación normativa, no hay que apoyarse en pruebas distintas a las documentales existentes en el expediente.

Por todas las consideraciones expresadas reitero mi solicitud de denegar la petición de tutela.

Del Señor Juez, con el respeto acostumbrado,



**NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**  
**CC No.45.753.698**

Recibí  
Jose A. Hernandez  
Febrero 5/16  
2:00 P.M.  
Jose 4 de  
Catorce (14) Feb

2191  
200

Cartagena de Indias, D.T. y C., 10 de febrero de 2.016

Doctor:

**CARLOS EDUARDO GARCÍA GRANADOS**

Juez Cuarto Penal Municipal para Adolescentes de Cartagena

Control de Garantías de Cartagena.

Sede Constitucional de Tutela

Ciudad.

**Radicación: 13001- 40-71-004-2015- 00355-00**

**Proceso: Constitucional de Tutela**

**Demandante: Rafael Camargo Jiménez**

**Coadyuvante: Iván Sierra Porto**

**Demandados: Concejo Distrital De Cartagena**

**Tercera opositora: Nubia Fontalvo Hernández**

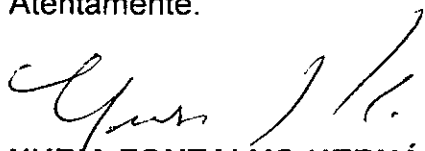
**Ref.: IMPUGNACIÓN DE FALLO DE ACCIÓN DE TUTELA DE FECHA 8 DE FEBRERO DE 2016**

Señor Juez:

Mediante el presente escrito, de manera cordial y respetuosa, presento Impugnación a la sentencia de Tutela de primera instancia de fecha 8 de febrero de 2016, aclarado mediante adición del 10 de febrero del año en curso, reservándome la sustentación del mismo en el término de ley.

Del señor Juez,

Atentamente.



**NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**

**CC. 45.753.698**

Contralora Distrital de Cartagena de Indias

21-02-2016  
10-IV-2016  
3:48 pm.  
1 Pl.



Cartagena de Indias D.T. y C., febrero 11 de 2016.

Señor,

**JUEZ CUARTO PENAL MUNICIPAL PARA  
ADOLESCENTES CON FUNCIONES DE CONTROL  
DE GARANTIAS DE CARTAGENA**

E. S. D.

**REFERENCIA:** Acción de tutela interpuesta por el señor **RAFAEL RICARDO CAMARGO** contra el **CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS**.

**Radicación: 13001-4071004-2015-00355-00**

**Numero interno: Rad. 0355-2015**

**ASUNTO:** Sustentación de la impugnación incoada por **NUBIA FONTALVO HERNANDEZ** contra la sentencia de tutela del 8 de febrero de 2016 Aclarada mediante pronunciamiento del 10 de febrero del año en curso.

---

**NUBIA FONTALVO HERNANDEZ**, ciudadana en ejercicio, actuando en mi condición de perjudicada y Contralora Distrital de Cartagena de Indias, directamente afectada por la sentencia recurrida, en el término de ley paso a sustentar la impugnación que oportunamente presente contra la sentencia de fecha 8 de febrero de 2016, la cual fue aclarada a petición de la suscrita mediante adición del 10 de febrero del año que avanza, a efectos de que su superior funcional (Juez Penal del Circuito de Infancia y Adolescencia) **REVOQUE INTEGRALMENTE** la sentencia recurrida, procediendo a no tutelar los inexistentes derechos fundamentales del accionante **RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ**, lo que fundamento en las siguientes:

#### **I.- CONSIDERACIONES:**

##### **1. LA TUTELA NUNCA DEBIO SER ADMITIDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA DEL ACCIONANTE.**

La legitimación por activa o *ius postulandi*, es un derecho de la víctima de una acción u omisión del Estado o de un particular, lo cual lo habilita para accionar el aparato jurisdiccional en la búsqueda de la protección del derecho fundamental violado o amenazado, pero también es una limitante para que

terceras personas ajenas al afectado no interpongan tutelas a favor de ella sin su consentimiento. En este orden de ideas, está legitimada una persona natural o jurídica para interponer una acción de tutela, solo y en el entendido, que tengan la calidad de víctimas, es decir, se les vulnere o amenace un derecho constitucional fundamental.

En lo que atañe a la legitimación por activa el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 10° establece que la tutela podrá ser interpuesta por la víctima directamente, por su apoderado, por el defensor del pueblo, por los personeros o por un agente oficioso. La Corte Constitucional en la Sentencia T- 225 de 1992 estableció la posibilidad de que una tutela no solo pueda ser ejercitada por un persona sino a un grupo de varias personas, haciendo abstracción del número que estas puedan ejercitarlas, pero lo que se preciso es que todas *in integrum* tengan un derecho fundamental comprometido con la acción u omisión del Estado o particular y no que se trate de derechos colectivos porque en este último caso lo procedente son las acciones populares o de grupo reguladas por la Ley 472 del 1998. En situaciones especiales, cuando se trata de niños, ellos podrán interponer la tutela directamente o cualquier persona en su nombre, sin que sea su representante legal, apoderado o agente oficioso, lo cual está avalado por el artículo 44 de la Constitución Política Colombiana. También puede ser ejercitado por el apoderado a través de un mandato conferido mediante un poder autentico tal como lo dispone el artículo 10° Decreto 2591 del 1991.

El artículo 282 numeral 3° de la Constitución autoriza expresamente al Defensor del Pueblo para interponer acciones de tutela, lo cual amplía y reitera el mismo artículo 10° citado, el artículo 44, 45 y 46 de nuestra Carta Fundamental, legitima al defensor del pueblo o al personero cuando la persona afectada así lo pida o se encuentre en una situación de indefensión claramente manifiesta (niños, personas desvalidas, ancianos, adolescentes, etc), aspecto que bien puede ser consultado dando una lectura a lo establecido en las sentencias T-173, T-234, T-495 de 1993 y T-049 del año 1995 entre otras.

Por otra parte la agencia oficiosa está establecida por el señalado artículo 10° del decreto 2591 de 1991, en el cual se establece que "una acción de tutela podrá ser presentada **CUANDO EL TITULAR DE LOS MISMOS NO ESTE EN CONDICIONES DE PROMOVER SU PROPIA DEFENSA**" lo que implica que la *ratio judis* de la agencia oficiosa es la "imposibilidad de defensa de la persona en cuyo nombre se actúa" lo cual ha sido decantado en la jurisprudencia de la pluricitada Corte Constitucional en la sentencia T-277 de 1997.

Así mismo dentro de las características de la acción de tutela el interponer una acción de tutela presupone la existencia de unos presupuestos procesales, tales como que el derecho invocado sea constitucional fundamental, que tenga raigambre constitucional, puede ser de estirpe internacional, con lo cual se

114  
222  
291

debe identificar con criterios claros y razonados cuales son esos derechos fundamentales violados. Igualmente la acción de tutela supone que haya una relación causal entre la acción u omisión de la autoridad o particular y el derecho supuestamente violado o amenazado, lo cual se puede observar a través de los estudios de las sentencias C- 531 de 1993, T-1016 del año 199, C-225 de 1995 en la cual se incorporó el bloque de constitucionalidad y en este derrotero tanto la doctrina como la jurisprudencia han decantado los requisitos con los cuales se pueden identificar los derechos fundamentales, con la consecuente especificación de cuando es esencial o no para la persona, lo cierto es que la Corte Constitucional desde hace mucho ha diferenciado los criterios principales para identificar un derecho fundamental, y son básicamente dos y es que sea esencial para la persona, y que el derecho tenga reconocimiento de fundamental por parte del constituyente tal como se pregonó en las Sentencias T-506 del 1992 y T 402 del 1992, lo cual no obsta para excluir criterios auxiliares de identificación de esos derechos fundamentales que más que un reconocimiento expreso solo son ayudas para que el juez determine si un derecho en un caso concreto está en presencia de un derecho esencial para la persona (ya sea porque tiene un reconocimiento por bloque de constitucional art 93 C.N bien sea que se trate de un derecho ubicado en el artículo 1º de la Constitución Nacional (C.N), que se trate de un derecho de aplicación inmediata art 35 de la C.N o que tienen un plus para su modificación, por ejemplo el referendo art 377 de la C. N)

Otro presupuesto de procedibilidad de la acción es que el derecho sea vulnerado o amenazado por una acción u omisión de la autoridad lo cual implica que mínimamente quien alegue la vulneración de un derecho fundamental debe explicar cuál es la relación causal entre el acto activo o pasivo que vulnera o amenaza el derecho, con lo cual se desbroza entonces la posibilidad del reconocimiento constitucional del derecho y la intervención del juez de tutela para amparar ese derecho, sin olvidar además que la tutela tiene otros aspectos conceptuales imprescindibles como el hecho de ser una acción constitucional ya sea para prevenir, restituir, o para conservar un derecho fundamental, debe ser una acción de derechos concretos o de pretensiones concretas, es una acción que debe buscar un remedio inmediato pero sin olvidar también que es una acción subsidiaria, residual la cual se rige por unos principios rectores los cuales se recogen en el artículo 77 de la Constitución Nacional, y esos principios son el de dignidad humana, supremacía de la constitución, legalidad, igualdad, publicidad, prevalencia del derecho sustancial artículo 228 C.N, economía, celeridad, eficacia, buena fe, debido proceso, juez competente, imparcialidad, independencia, derecho de defensa, acceso a la administración de justicia, etc.

Hechas estas precisiones y analizada la tutela presentada por el señor RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ, no observamos por ninguna parte que él tenga alguna legitimidad para haber actuado, aspecto sustancial que debió tener él

29

A 115  
223  
392

cuenta el señor Juez al admitir la tutela, en la medida en que él no tenía ninguna injerencia en el proceso de escogencia del nuevo Contralor Distrital de Cartagena, no era participante y el solo hecho de ser un simple ciudadano no lo legitimaba para presentar dicha acción constitucional, más adelante en el inusual devenir procesal demarcado por todos los actos que han compuesto esta sui generis acción de tutela apareció como un coadyuvante el señor IVAN SIERRA PORTO, pero sin especificar como, cuando y donde resulto afectado con el aludido proceso público administrativo de elección del contralor, nótese como en la página 6 del texto tutela firmado por el accionante se alega de la procedencia de un tercero frente a la presente acción de tutela y se arguye que actúa en tal condición **"(...) la presente acción de tutela la presento como ciudadano que vela por un proceso transparente en la elección de Contralor (a) Distrital de Cartagena (...) "**, aspecto totalmente inaceptable porque lo que se está dando a entender es que esta accionando como un tercero en busca de "transparencia" en la elección del contralor, lo cual denota abiertamente un principio inherente a la moralidad administrativa porque se alega una supuesta "violación a la transparencia" lo cual no es discutible ni reconocido como derecho fundamental, sino que es un supuesto para una acción popular conforme la Ley 472 de 1998. Y en una mescolanza habla de unos derechos fundamentales violados como el debido proceso, derecho a la igualdad, derechos adquiridos y una supuesta vía de hecho.

Lo cierto es que dicho señor RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ nunca debió ser admitido como tutelado y si el señor IVAN SIERRA PORTO se sintió vulnerado en cualquier derecho fundamental debió alegarlo, exponiendo mínimamente cual fue el nexo causal entre la acción no especificada por el tutelante en contra el Concejo Distrital y su supuesto debido proceso, derecho adquirido o vía de hecho, por cuanto el hecho que hubiese tenido un puntaje mayor a la suscrita no lo habilitaba para ser el único escogido por parte del Concejo Distrital de Cartagena, ya que los mayores o menores puntajes de cada uno de los integrantes de la lista de elegibles es simplemente inconsecuente, inane, sin efectos, porque tanto derecho tiene a ser elegido el que tuvo el máximo puntaje como el que tuvo el mínimo porque se está en presencia de un sistema de elección por convocatoria pública para elegir contralor distrital mas no por concurso de méritos para elegir personero distrital, en la medida en que son dos procedimientos parecidos pero en manera alguna iguales, porque la elección del personero esta reglada en la ley y es vinculante el proceso de selección por exclusión de puntajes, pero en materia de contralor no lo es porque hay un vacío jurídico y el concepto 2274 del 10 de Noviembre de 2015 fue enfático y claro en expresar que para la escogencia de contralor se podía aplicar analógicamente lo dispuesto en la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario 2485 de 2014, y en este concepto claramente el Consejo de Estado dijo: **"precisando que por tratarse de una convocatoria pública no aplica un orden específico de elegibilidad entre los seleccionados para la escogencia final del contralor, es decir, no se configurará una**

22

229  
393

**lista de elegibles**", de tal suerte que hábilmente se arguye una supuesta violación del artículo 26 de la Resolución No. 146 del 1 de diciembre del 2015, pero se le olvida establecer al tutelante que la suscrita se escogió conforme a los lineamientos de la Resolución No. 170 del 22 de diciembre de 2015 que es posterior en la que se le incluyó dentro de la lista de elegibles en atención a lo establecido en la Ley 581 del 2000, es decir, el Concejo cumplió con el requisito legal de aplicar un criterio de equidad de género, lo cual indistintamente se aplicó, por consiguiente, esa fue la razón de mi inclusión en la correspondiente lista, luego de someterme en las reglas de concurso y por ser la única mujer que logró obtener un puntaje más elevado que las que concursaron con la suscrita, de tal suerte que el criterio del puntaje nunca ha sido absoluto mediante todo el procedimiento mediante el que se escogió al Contralor Distrital de Cartagena, en consecuencia el señor IVAN SIERRA PORTO estaba en igualdad de competencias que la que hoy impugna y el Concejo Distrital de Cartagena en su sabiduría decidió escogerme a mí y no a él.

Por lo anteriormente señalado es que esta acción de tutela nunca debió tramitarse, porque entre otros argumentos, producido el acto administrativo de elección solo procede la acción de nulidad electoral del mismo y no una acción de tutela como se ha pretendido hacer valer, incluso, en un principio violándome mi derecho de defensa porque al expedirse el fallo de 8 de febrero de 2016 sin haberme permitido contradecirlo. Por fortuna, al solicitarle la nulidad al señor juez este la decreto y permitió defenderme pero en su fallo anfibológico no fue claro al ordenar la realización de las supuestas entrevistas sino que adicionalmente daba la sensación que la administración se quedaría sin Contralora y fue necesario que yo solicitara la aclaración de la sentencia para finalmente en la adición del 10 de febrero del año en curso clarificó que el procedimiento se retrotraía a la entrevista pero dejando incólume el acto administrativo que me eligió como contralora.

Vistos estos planteamientos entonces me pregunto, si el señor RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ no tiene la calidad de tercero en representación del señor IVAN SIERRA PORTO, no es su apoderado, no es interesado directo en el proceso de selección del Contralor, no es agente oficioso, no actúa en representación de una persona en situación especial o de abandono ¿De qué manera podría estar legitimado para impugnar el fallo, como finalmente lo hizo, a través de un escrito radicado ayer 10 de febrero de 2016?. Esto lo desarrollaré más adelante para solicitar que se le declare improcedente el recurso respecto de sus pretensiones, porque el que estaba legitimado para ello era el señor IVAN SIERRA PORTO y no él. Es este señor el que debe sacar sus argumentos y decir de qué manera o porque está en desacuerdo con la decisión.

ms

2. LA SENTENCIA RECURRIDA ES ABIERTAMENTE ANFIBOLOGICA Y DESCONOCE CLAROS CONCEPTOS DE LO QUE ES LA ANALOGIA, TERMINA CONCEDIENDO EFECTOS JURISDICCIONALES A UN CONCEPTO DE LA SALA DE CONSULTA DE SERVICIO Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO Y LO APLICA ANTE UN VACIO LEGAL COMO SI SE TRATARA DE UNA LEY DE LA REPÚBLICA. LA DECISION TERMINA SIENDO UNA CLARA VIA DE HECHO JUDICIAL.

12  
225  
394

El a quo, en el pronunciamiento recurrido, en lo estructural, para determinar la supuesta existencia de una violación al debido proceso administrativo ha dicho lo siguiente:

*"Es allí, donde se encuentra el Despacho la irregularidad que lleva al considerar inválido parte del trámite adelantado: Retomando lo dicho por el concepto del H. Consejo de Estado, aunque no existe, en el caso de los Contralores, un orden específico de elegibilidad entre los aspirantes que hayan logrado llegar al final del proceso e integrar la lista de elegibles; cierto es que, por analogía con el procedimiento de los Personeros, quien debía realizar el proceso de entrevistas y posteriormente el de elección, no era el Concejo saliente del periodo constitucional 2012-2015, sino el entrante del periodo 2016-2019.*

*iv. Si se aprecia en la web de la entidad accionada, quien realizó dicha etapa del proceso (la entrevista) fue la Corporación cuyo periodo fenecía el 31 de diciembre de 2015, no la entrante en 2016, que finalmente eligió, vicio este que debe enmendarse, de conformidad con las facultades asignadas, según la jurisprudencia constitucional ya citada, y luego de ello si proceder a hacer la elección respectiva.*

*En otras palabras el Despacho considera que, si bien es cierto, las normas objetivas que regulan el trámite análogo no distinguen quien es el competente para una u otra etapa procesal dentro de las diferentes pruebas, no deviene en caprichosa la distinción efectuada por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en torno a quien es el órgano idóneo para efectuarlas; y atendiendo dicho criterio doctrinal, si habría una vulneración clara del derecho fundamental al debido proceso para elegir Contralor Distrital y por consiguiente, debe retrotraerse la etapa del proceso desde el momento en que se consolidó el vicio que lo afecta, dada la falta de competencia para entrevistar que tenía la entidad saliente, y para sanear el trámite, deben ser llamados a ser entrevistados los aspirantes NUBIA FONTALVO HERNANDEZ e IVAN SIERRA PORTO, por cuanto antes de consolidarse el vicio, lograron integrar a la lista de elegibles respectiva, de la cual también hacia parte el señor JOSE DAVID MORALES VILLA, cuya declinación a ser elegido milita en autos (fl. 59). Así las cosas, por sustracción de materia, el actual nombramiento de la Doctora FONTALVO HERNANDEZ como Contralora Distrital quedará sin efectos, hasta tanto se subsane el defecto anotado, y sin perjuicio de que pueda ser nuevamente elegida por la votación mayoritaria del Consejo Distrital actual, en las mismas condiciones en que fue elegida el pasado 8 de enero de 2016.*

413

226  
395

En este orden de ideas, tenemos que las reglas a las que se refieren los conceptos del H. Consejo de Estado para llevar a cabo la elección de Contralor(a) Distrital, derivadas de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 002 de año 2015 debieron ser escrupulosamente respetadas, tanto por la Corporación accionada en su integración para el periodo constitucional 2012-2015 como por la que entró en funciones desde el presente año 2016 hasta el año 2019. Es a penas normal que este proceso no esté exento de tropiezos por determinadas interpretaciones de las normas, ante el vacío legislativo que actualmente existe y que reclama la misma Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, ello no puede ser óbice para desconocer el régimen de competencias asignadas a uno y otro cuerpo elegido. Nótese, además, que la composición del Concejo Distrital de Cartagena del periodo 2012-2015 no es idéntica a aquel derivado de los comicios del 25 de octubre pasado, por lo que aun en gracia de la discusión, aunque se tratase de una misma entidad nominadora (Concejo Distrital), la composición de sus miembros obedece a dos procesos electorales distintos, siendo que la derivada de los comicios del año 2011 ya tuvo la oportunidad de efectuar la elección que les correspondía por derecho, no pudiendo usurpar la competencia que le corresponde, en estricto derecho, a la Corporación actual. Es obvio que este criterio general según el cual toda regulación permanente de las funciones electorales, que es de reserva de ley estatutaria, no siempre es de fácil aplicación. Por eso corresponde al juez constitucional desentrañar y precisar en aquellos casos difíciles los elementos conceptuales que sirvan para resolver los problemas de constitucionalidad sometidos a su decisión."

2.1.- En primer lugar veamos que es la **Analogía**. Esta se entiende, según la Real Academia de la Lengua como: "**Analogía, del griego αναλογία (ana - reiteración o comparación- y logos, razón), significa comparación o relación entre varias razones o conceptos; comparar o relacionar dos o más seres u objetos, a través de la razón, señalando características generales y particulares, generando una propiedad que está claramente establecida en el otro. En el aspecto lógico, permite comparar un objeto con otros, en sus semejanzas y en sus diferencias.**

**La analogía permite una forma inductiva de argumentar que asevera que si dos o más entidades son semejantes en uno o más aspectos, entonces lo más probable es que también existan entre ellos más semejanzas. Una analogía permite la deducción de un término desconocido a partir del análisis de la relación que se establece entre dos términos de ella conocidos."**

Tratándose de su concepto y aplicación en materia legal, para llenar vacíos de la ley, esta se define como la Técnica y procedimiento de autointegración de las normas jurídicas, que descansa en el entramado lógico de un

ordenamiento, conforme con la cual el principio o la regla previstos para un caso o situación concreta puede extenderse a otro, que guarda con el primero una gran semejanza o identidad.

El supuesto indispensable para la aplicación analógica de la ley es que la disposición se refiera a situaciones no previstas, pero semejantes a las previstas en la norma, tal como reza el Aforismo Romano (*ubi eadem ratio ibi eadem est iuris dispositio*). El fundamento de la analogía se hace descansar en el propio procedimiento cuya virtud, de las normas previstas para un caso particular, se llega al principio que justifica las normas mismas; y, alcanzado el principio, se aprehende la regla que contempla, tanto para el caso legislado en concreto, como para aquel otro no hipotetizado en la previsión normativa. Esta función de abstracción puede efectuarse usando del mismo texto legal, lo que se denomina: analogía legis. O aplicando los principios en que se fundamenta el mismo ordenamiento jurídico, también llamada (analogía iuris). No obstante, en uno y otro caso debe usarse el método analógico con cautela y prudencia, por estar rodeado de todos los riesgos del procedimiento lógico inductivo.

En lo concerniente a nuestra legislación interna, el Código Civil Colombiano, en lo que hace a la interpretación de la ley, señala un planteamiento lógico y sistémico, y establece que en determinado momento, el operador judicial podrá hacer uso de la analogía, conforme lo señala el art. 30 al expresar:

*"ARTICULO 30. INTERPRETACION POR CONTEXTO. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.*

**Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto."**

De otro lado, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-083/95, conceptuó sobre la analogía lo siguiente:

*"(...) Es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general.*

*Aunque el razonamiento se cumple, en apariencia, de lo particular a lo particular, es inevitable la referencia previa a lo general, pues los casos análogos tienen en común, justamente, el dejarse reducir a la norma que los comprende a ambos, explícitamente a uno de ellos y de modo implícito al otro.*



En la analogía se brinda al juez un fundamento para crear derecho, pero ese fundamento se identifica con la ley misma que debe aplicar. El juez que apela al razonamiento per analogiam no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley.

Por ende, la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución."

## 2.2.- ¿QUÉ FUERZA VINCULANTE TIENEN LOS CONCEPTOS EMITIDOS POR LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO?

Sobre este tópico, el artículo 112 de la Ley 1437 de 2014 (Art. 98 del C.C.A.), esboza:

**"Artículo 112. Integración y funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil.** La Sala de Consulta y Servicio Civil estará integrada por cuatro (4) Magistrados. Sus miembros no tomarán parte en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

**Los conceptos de la Sala no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario.**

La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones:

1. Absolver las consultas generales o particulares que le formule el Gobierno Nacional, a través de sus Ministros y Directores de Departamento Administrativo. (...)"(Negrillas y subrayado fuera del texto original)

En Sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta, del 6 de marzo de 2009, con ponencia del Consejero FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA, dentro del proceso Radicado No. 76001-23-31-000-2008-00205-01, señaló lo que sigue:

"(...) Sobre el particular la Sala dirá que **si bien la actividad consultiva que cumplen las autoridades públicas es un valioso instrumento en el desarrollo del derecho, sus conceptos no dejan de ser simples criterios orientadores en la medida que se producen al amparo del contenido normativo del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo y, en todo caso, no pueden considerarse como normas que, en determinado asunto, puedan tener el carácter de vinculantes.** (...)" (Negrillas y subrayado fuera del texto original)

Sea lo primero precisar que de conformidad con el artículo 112 de la Ley 1437 de 2014 (Art. 98 del C.C.A.) citado con antelación, los conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado carecen de fuerza vinculante, en consecuencia no puede motivarse una decisión únicamente en el seguimiento de un concepto, debido a que, como ya se dijo, su carácter no es vinculante, por lo tanto no es obligatorio.

El concepto, acudiendo a su significación, no es más que la manifestación de las opiniones técnico-jurídicas de una autoridad investida de funciones asesoras o consultivas.

El concepto que se emite por las entidades públicas, tiene como única y exclusiva función la expresión de una explicación, o una orientación sobre un tema que no resulta claro para los administrados. Por lo que, aterrizando al caso que nos ocupa, el juez de primera instancia, al tener como hoja de ruta el concepto 2261 de fecha 3 de agosto de 2015 del Consejo de Estado, está soslayando lo dispuesto en una norma legal de carácter superior, esto es, el artículo 112 de la Ley 1437 de 2014, pues este como ya lo hemos demostrado sobradamente, tal concepto no ostenta fuerza vinculante alguna.

Estos conceptos no tienen fuerza obligatoria, además, porque que no son dictados en ejercicio de la función judicial y tampoco contienen la voluntad de la administración o la manifestación de alguna función administrativa; en otras palabras, debido a que no son providencias judiciales ni actos administrativos propiamente dichos: son la manifestación de las opiniones técnico-jurídicas de una autoridad investida de funciones asesoras o consultivas y, como tal, no tienen la entidad suficiente para definir o modificar una situación jurídica concreta, así como tampoco la tiene para definir algún derecho subjetivo particular (individual o colectivo).

Según las consideraciones antes referidas, el concepto 2261 de fecha 3 de agosto de 2015 del Consejo de Estado no es un acto administrativo como tal, ni una providencia judicial en estricto sentido y, en consecuencia, no tiene fuerza jurídica vinculante; en otras palabras, no tiene la entidad para modificar, crear o extinguir un derecho en particular o una situación jurídica concreta, debido a que no es enlazante para ninguna persona.

Y se dice que no son actos administrativos porque no contienen la expresión de la voluntad de una autoridad o de un particular en ejercicio de función administrativa, así como tampoco modifican el ordenamiento jurídico, es decir, que no crean, extinguen o modifican ninguna situación jurídica específica. Súmese a lo expuesto que los conceptos que emite la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado no están dotados de los atributos propios de un acto administrativo, esto es, la presunción de legalidad, la ejecutividad, la ejecutoriedad, la impugnabilidad y la revocabilidad.

124  
229  
298

W

En consecuencia, no pueden recibir aquella denominación y, mucho menos, puede pensarse que produzcan los mismos efectos jurídicos de un acto administrativo.

En definitiva, se puede concluir lo siguiente: que los conceptos previamente referidos no son providencias judiciales y tampoco actos administrativos, y que estos conceptos no son vinculantes para la entidad que lo solicita y, mucho menos, para los particulares.<sup>1</sup>

De otro lado, seguimos sin entender cómo es que el señor Juez oníricamente se ha dado a la tarea de aplicar por analogía un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, dizque para llenar un vacío jurídico, cuando si ni es lo menos, es decir, un acto administrativo, como podría tener la categoría de ley de la república para llenar esa inexistencia de regulación expresa en torno a la convocatoria pública para elegir un Contralor Distrital.

Razón por la que, habíamos catalogado anteriormente la sentencia como anfibológica, dado que por una parte establece que la ley 1551 del 2012 y el decreto 2485 del 2014, no son directamente aplicables al caso de la elección del Contralor Distrital por ser normas previas a la reforma constitucional del acto legislativo 002 del año 2015, más exactamente a lo que reza el artículo 23, resulta entonces, abiertamente contradictorio, ilógico que se termine llenando ese vacío con un mero concepto por las razones que anteriormente expusimos.

### **2.3.- INEXISTENTE VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DEL DEBIDO PROCESO ALEGADO POR EL ACTOR.**

2.3.1. Es evidente como lo anotáramos al principio de la presente fundamentación, que el accionante el señor RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ no puede actuar como un tercero dentro de la presente acción de tutela, argumento más que desarrollado en el punto inicial del presente escrito, pero adicionalmente no se entiende cómo es que el a quo llegara a una conclusión totalmente inane frente a los efectos planteados por la parte tutelante de estimar que al no haberse realizado la supuesta entrevista por parte de la mesa directiva del Consejo Distrital de Cartagena que laborara hasta el 31 de diciembre de 2015, más exactamente al expresar:

*"En otras palabras el Despacho considera que, si bien es cierto, las normas objetivas que regulan el trámite análogo no distinguen quien es el competente para una u otra etapa procesal dentro de las diferentes pruebas, no deviene en caprichosa la distinción efectuada por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en torno a quien es el órgano idóneo para efectuarlas; y*

<sup>1</sup> Sentencia 11001-03-15-000-2014-02268-00(AC). Bogotá, D.C., cinco (5) de febrero de dos mil quince (2015). CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (SECCION CUARTA). Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ.

atendiendo dicho criterio doctrinal, si habría una vulneración clara del derecho fundamental al debido proceso para elegir Contralor Distrital y por consiguiente, debe retrotraerse la etapa del proceso desde el momento en que se consolidó el vicio que lo afecta, dada la falta de competencia para entrevistar que tenía la entidad saliente, y para sanear el trámite, deben ser llamados a ser entrevistados los aspirantes NUBIA FONTALVO HERNANDEZ e IVAN SIERRA PORTO, por cuanto antes de consolidarse el vicio, lograron integrar a la lista de elegibles respectiva, de la cual también hacía parte el señor JOSE DAVID MORALES VILLA, cuya declinación a ser elegido milita en autos (fl. 59). Así las cosas, por sustracción de materia, el actual nombramiento de la Doctora FONTALVO HERNANDEZ como Contralora Distrital quedará sin efectos, hasta tanto se subsane el defecto anotado, y sin perjuicio de que pueda ser nuevamente elegida por la votación mayoritaria del Consejo Distrital actual, en las mismas condiciones en que fue elegida el pasado 8 de enero de 2016.

En este orden de ideas, tenemos que las reglas a las que se refieren los conceptos del H. Consejo de Estado para llevar a cabo la elección de Contralor(a) Distrital, derivadas de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 002 de año 2015 debieron ser escrupulosamente respetadas, tanto por la Corporación accionada en su integración para el periodo constitucional 2012-2015 como por la que entró en funciones desde el presente año 2016 hasta el año 2019."

Esta decisión, tiene una equivocada interpretación, como hemos dicho, de lo que constituye el contenido y los efectos de un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que sería redundante volver a explicar, pero adicionalmente constituye una arbitrariedad judicial porque presupone que lo dicho por la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto 2261 del 3 de agosto de 2015, es una reglamentación sobre el tema, que es de obligatorio cumplimiento, ambas interpretaciones totalmente desfasadas pero para colmos, desconocen la presunción de legalidad del acto administrativo final de la elección de la actual Contralora Distrital en la medida en que el acto de elección es un acto administrativo complejo, en el cual está claro que la etapa de las entrevistas fue perfectamente realizadas por la mesa directiva del anterior Consejo Distrital que laboró hasta el 31 de diciembre de 2015, y que absolutamente todos los que intervinieron en el proceso de la convocatoria pública llegaron hasta la entrevista, de tal suerte que resulta inocuo que haya sido la anterior mesa directiva o la actual la que realiza las entrevistas, porque para efectos prácticos esta se realizó y como quiera que no hay ley ni reglamento que así lo haya dispuesto, mal podría tomarse como dictamen insalvable lo que para efectos de elegir personero distrital en un concepto la pluricitada Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Luego entonces, si se alega un debido proceso, y violación a este, es con el consecuente compromiso de la afectación material directa a una persona, lógicamente que el accionante no lo es, mucho menos el señor IVÁN SIERRA PORTO, porque era el primero en estar en la lista de elegibles, ganó el examen,

23 2324  
401

fue sometido a entrevista, solo que, de la referida lista que estaba conformada por el señor JOSÉ MORALES, por el señalado IVÁN SIERRA PORTO y de tercer lugar la suscrita, el Consejo Distrital de Cartagena en su sabiduría y en su fuero constitucional y legal, decidió elegirme a mí, y no al referido señor IVÁN SIERRA PORTO, lo cual era perfectamente válido y legal, como lo dije con antelación, porque la convocatoria pública tenía por finalidad crear una lista de elegibles en la que era absolutamente inconsecuente, insustancial, inane el tener el mayor o el menor puntaje.

De otro lado, ni el accionante, ni el señor IVÁN SIERRA PORTO le informan al juez de tutela, como se lo dije al principio, que mi inclusión en la lista no es por expresa disposición de la resolución 146 del 1° de diciembre de 2015, sino por la resolución 170 de diciembre 22 de 2015, ya que el Consejo Distrital en su autonomía constitucional y legal decidió incluir en la lista de legibles a una mujer para cumplir con lo establecido en la ley 581 del 2000 (Ley de Géneros) y en ese orden de ideas, dentro del cúmulo de mujeres que aspiramos, a la suscrita por haber obtenido el mayor puntaje entre las que aspiramos fui incluida en la lista de elegibles, lo mismo que los doctores JOSÉ DAVID MORALES VILLA e IVÁN SIERRA PORTO, renunciando el primero por su expresa voluntad, quedamos nada más en la lista el señor IVÁN SIERRA PORTO y la suscrita. Luego entonces, ¿de qué manera, como, donde, cuando y en qué circunstancias se le vulneró el debido proceso al señor IVÁN SIERRA PORTO? ¿Cuándo dicho señor ha presentado algún alegato en torno al tema? ¿Por qué el señor juez ha admitido a un tercero lo cual es completamente inadmisible dizque a nombre de él?

En conclusión, es evidente que el afamado derecho fundamental del debido proceso administrativo nunca ha sido vulnerado.

#### **2.4.- EXISTENCIA DE UNA VÍA DE HECHO JUDICIAL POR DEFECTO SUSTANTIVO.**

Es evidente que la vía de hecho judicial se ha construido esencialmente por los diversos pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional, desarrollada por esta en diversas sentencias, en lo tocante la vía de hecho ha sido explicada en sentencias ya muy famosas sobre el tema como la T-081 de 1994, la T-231 de 1994 y la T-008 de 1998, sentencias en las que se reconstruye de modo claro con un intervalo de 4 años toda la evolución conceptual de lo que constituye una vía de hecho, y es así donde se hizo un profundo estudio a partir de la T-231 de 1994, en la que se enuncia los razonamientos que metodológicamente nos dan la explicación de cuando estamos en presencia de una vía de hecho, y es así en los que se han determinado varios ejes temáticos como (i) la vía de

WS

8/125  
233  
y02

hechos como malversación de competencia, (ii) la vía de hecho como desapoderamiento del funcionario, (iii) la vía de hecho como derecho público subjetivo a jurisdicción, (iv) la vía de hecho como desnaturalización de los actos del juez.

Y en este derrotero, dentro de las modalidades de las vías de hecho se desarrollaron dos teorías para identificarlas que son la teoría de los defectos y la teoría del test para las vías de hecho, citamos como ejemplo de este desarrollo jurisprudencia la sentencia T-008 de 1998 y la T-1017 de 1999, en los que se dieron las subcategorías como el test riguroso y el test débil.

En lo que hace a la formulación de las modalidades de las vías de hecho conforme a la teoría de los defectos se identificaron básicamente cuatro defectos que son:

- a. El defecto sustantivo, desarrollado por la sentencia T-234 de 1994, el cual lo define como la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico para un fin no previsto en la disposición. La sentencia T-008 de 1998 en la que se dice que hay un defecto sustantivo cuando la decisión impugnada se fundamenta en una norma evidentemente inaplicable. La sentencia T-1017 de 1999, en la cual se dice que constituye una vía de hecho una sentencia "por encontrarse fundada una norma inaplicable al caso concreto".
- b. El defecto factico, desarrollado T-231 de 1994 en la que se dice que el juez incurre en una vía de hecho "en la aplicación del derecho sin contar con el aporte de los hechos determinantes". También se desarrolla este punto en la sentencia T-008 de 1998 en los casos en que "resulta incuestionable que el juez carece de apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión". Y la sentencia T-1017 de 1998 dice que habrá vía de hecho por defecto factico "cuando resulta evidente que el fundamento factico o probatorio de la decisión es absolutamente inadecuado".
- c. El defecto orgánico, es desarrollado por la sentencia T-231 de 1994 y dice que hay vía de hecho por defecto orgánico en los casos de "ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular".

También habrá vía de hecho por defecto orgánico "cuando el funcionario que profirió la decisión carece en forma absoluta, de competencia para hacerlo" esta es desarrollada por la sentencia T-008 de 1998.

O también habrá este tipo defecto orgánico "se produce en aquellos eventos en los cuales el funcionario judicial carece por completo de competencia para resolver el proceso".  
MS

- 125  
234  
y03
- d. Finalmente, el defecto procedimental opera este cuando la sentencia es emitida "por fuera del procedimiento establecido" tal como lo pregonan la sentencia T-231 de 1994. O cuando el "juez actuó completamente por fuera del procedimiento establecido". También hay defecto procedimental según la sentencia T-1017 de 1999, al cual predica "si el fallador se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones".

Es evidente que para el caso que nos corresponde mal podríamos aplicar un test de proporcionalidad o de razonabilidad, ya que nos encontramos ante la expresión de una sentencia de tutela que se resuelve con la enunciación de un grave defecto sustantivo en la medida en que la sentencia recurrida se hizo con base a un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado totalmente inaplicable al caso por no tener fuerza vinculante, en el entendido de que le dio fuerza de ley y por consiguiente, existió un defecto sustantivo por una errada e inaceptable interpretación de ese concepto ya que en manera alguna le era permitido al señor Juez darle alcance al concepto 2261 del 3 de agosto de 2015 para retrotraer todo un proceso administrativo de convocatoria pública para la escogencia de mi persona como actual Contralora Distrital de Cartagena de Indias y peor aun llegando al colmo de violar el debido proceso en la acción de tutela de marras, porque primero se me desconoció mi derecho de defensa y luego, se suspende por vía de sentencia de tutela los efectos sustanciales del acto administrativo que me eligió como Contralora que está revestido de presunción de legalidad, y de otra parte desconoce abiertamente que la tutela no es el mecanismo legal con el cual se debe atacar dicho acto administrativo desconociendo el elemento estructural de la acción de tutela que es residual, donde el señor Juez debió ponderar de qué manera se le estaba vulnerando el debido proceso al señor IVÁN SIERRA PORTO, argumento que ha brillado por su ausencia en la sentencia de tutela, y de manera caprichosa y antojadiza, so pretexto de una interpretación a ultranza de la legalidad del aludido de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del principio rector de seguridad jurídica, en la medida que no existiendo vulneración al debido proceso a ninguno de los miembros de la lista de elegibles se ha dispuesto que sea la nueva mesa directiva que haga una entrevista que ya se había realizado por la mesa directiva del Concejo Distrital saliente, lo cual para los efectos prácticos es inane e inconsecuente.

No olvidando además, que lo cierto e indiscutible es que el sistema de elección del Contralores distritales, municipales o departamentales no está reglamentado en la ley y por consiguiente, por vía de tutela le era totalmente improcedente al señor Juez hoy impugnado, establecer mecanismos no previstos ni en la Constitución, ni en la Ley, ni en ningún reglamento, y mucho menos como lo hemos explicado hasta el cansancio dándole fuerza vinculante al concepto 2261

ms

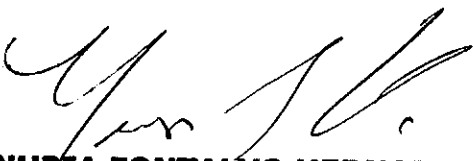
del 3 de agosto de 2015 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

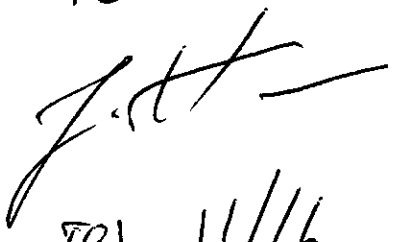
**II.- PRETENSIÓN:**

Por todo lo expuesto en el exordio de la presente, le solicito al ad quem REVOCAR INTEGRALMENTE, la sentencia de tutela del 8 de febrero de 2016 adicionada por pronunciamiento del 10 de febrero de 2016 proferida por el señor Juez Cuarto Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías. No está de más, implorar que se haga una lectura detenida de cada uno de los escritos que legal y oportunamente presenté ante el funcionario de la tutela de marras y que desconoció abiertamente.

Finalmente es bueno aclarar que me reservo el derecho de adicionar cualquier otro argumento hasta antes de que se emita el fallo de segunda instancia.

Atentamente,

  
**NUBIA FONTALVO HERNANDEZ**  
**C.C. No. 45.753.698 de Cartagena**

Recibi  
  
Rec. 11/16  
4:50 p  
Ja 4to



Cartagena de Indias D.T. y C., febrero 15 de 2016.

Señor,

**JUEZ CUARTO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON  
FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE CARTAGENA**

E. S. D.

REFERENCIA: Acción de tutela interpuesta por el señor RAFAEL RICARDO CAMARGO contra el CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS.

Radicación: 13001-4071004-2015-00355-00

Numero interno: Rad. 0355-2015

ASUNTO: Adición - Sustentación de la impugnación incoada por NUBIA FONTALVO HERNANDEZ contra la sentencia de tutela del 8 de febrero de 2016, aclarada mediante pronunciamiento del 10 de febrero del año en curso.

**NUBIA FONTALVO HERNANDEZ**, ciudadana en ejercicio, actuando en mi condición de perjudicada y Contralora Distrital de Cartagena de Indias, directamente afectada por la sentencia recurrida, en el término de ley paso a **adicionar la sustentación de impugnación**, que oportunamente interpusé contra la sentencia de fecha 8 de febrero de 2016, la cual fue aclarada a petición de la suscrita mediante adición del 10 de febrero del año que avanza, a efectos de que su superior funcional (Juez Penal del Circuito de Infancia y Adolescencia) **REVOQUE INTEGRALMENTE** la sentencia recurrida, procediendo a no tutelar los inexistentes derechos fundamentales del accionante ilegítimo **RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMENEZ**, lo cual fundamenté y fundamento en los siguientes documentos, ya referidos en diferentes memoriales, presentados en su oportunidad procesal.

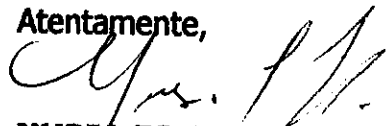
Por lo anterior, habiéndome reservado el derecho de adicionar cualquier otro argumento de sustentación hasta antes de que se emita el fallo de segunda instancia, me permito exponer los argumentos de manera integral, que están contenidos y planteados en: a) **La Resolución 170 de 22 de Diciembre de 2015 expedida por el Concejo de Cartagena y**, b) **El Concepto 2274 del 10 de noviembre de 2015 expedido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado**. Por otra parte, todas las resoluciones de la convocatoria pública para contralor (a), expedidas por el Concejo de Cartagena, dentro del proceso que nos ocupa, pueden observarse fácilmente en la página oficial web

(internet) de dicho ente, siendo la Resolución 170 de 2015 la última que expidió para conformar la terna y pudiera elegirse contralor (a) entre los 10 primeros días del mes de enero de 2016, del cual fui escogida yo por votación mayoritaria (14 votos) el 8 de enero de 2016 y posteriormente posesionada, una vez acepte dicha escogencia.

Adjunto copia de los documentos relacionados, en el presente escrito y se encuentran contenidos en 31 folios.

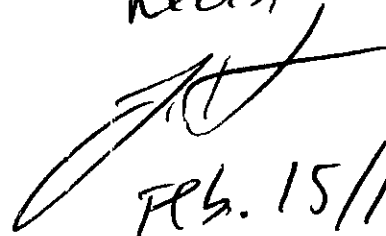
Del Señor Juez,

Atentamente,



**NUBIA FONTALVO HERNANDEZ**  
**C.C. No. 45.753.698 de Cartagena**

Recibi



Feb. 15/16

8:21 a -

Jr 406

121  
261  
406

Cartagena de Indias, D.T. y C., 08 de febrero de 2.016

Doctor:

**CARLOS EDUARDO GARCÍA GRANADOS**

Juez Cuarto Penal Municipal para Adolescentes de Cartagena

Control de Garantías de Cartagena.

Sede Constitucional de Tutela

Ciudad.

**Radicación: 13001- 40-71-004-2015- 00355-00**

**Proceso: Constitucional de Tutela**

**Demandante: Rafael Camargo Jiménez**

**Coadyuvante: Iván Sierra Porto**

**Demandados: Concejo Distrital De Cartagena**

**Tercera opositora: Nubia Fontalvo Hernández**

**ASUNTO: ADICIÓN - CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Señor Juez:

**NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**, mayor de edad, con domicilio en esta ciudad, identificada con la cedula de ciudadanía No.45.753.698, abogada titulada, en mi condición de Contralora Distrital de Cartagena elegida por el Concejo Distrital de Cartagena, perjudicada directa y como ciudadana interesada en el asunto de la referencia, en ejercicio de mi derecho de defensa, respetuosamente mediante el presente escrito adiciono los argumentos expuestos en escrito radicado el día cinco (5) de febrero de 2016, a las 2:00pm, con la finalidad que sean tenidos en cuenta por ser el tercero directamente afectado con su decisión.

Allego copia de los Conceptos No. 2274 de 10 de Noviembre de 2015 y No. 2261 de 3 de agosto de 2015, expedidos por el Consejo de Estado, y copia del Decreto 2485 del 2014, por medio del cual se fijan los estándares mínimos para el concurso público y abierto de méritos para elección de personeros municipales. M

Lo anterior, y en ejercicio de mi derecho de defensa, solicito se tenga en cuenta las siguientes consideraciones fácticas y jurídicas, que se desarrollan y fundamentan conforme a lo argumentado y documentos probatorios aportados. Estando demostrado que en el presente asunto, el despacho realizó pronunciamiento decisorio que posteriormente revoco, basado en remisión por analogía a la parte resolutive del concepto número 2261 del 3 de Agosto de 2015 emanado del Consejo de Estado. En dicho pronunciamiento se habla en concreto, del procedimiento para el caso de elección y nombramientos de personeros, específicamente en lo concerniente a que el concurso público de méritos lo debió convocar y adelantar el concejo que sesiono y termino su periodo el 31 de diciembre de 2015, y que la corporación o nuevo Concejo, que se posesiono el 1 de Enero de 2016, al parecer debió realizar las entrevistas y la elección del personero dentro del plazo que establece la ley. Según el Despacho, existe vulneración del derecho fundamental al debido proceso en la elección de Contralor Distrital de Cartagena, toda vez que el Concejo Distrital de Cartagena, que terminó su periodo el 31 de diciembre de 2015, según su parecer, no debió realizar las entrevistas, amparando el señor juez su tesis, en el concepto anotado.

Teniendo en cuenta que en la sentencia anulada, usted dejó ver que este es su principal argumento para fallar, es mi temor es que se sustente nuevamente en el mismo Concepto del Consejo de Estado; por ello respetuosamente solicito y coloco a consideración del Despacho el presente argumento para sus análisis, en el siguiente sentido:

**1- EL CONCEPTO NO ES OBLIGANTE Y ESTA LIGADO AL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN LO ATINENTE A LA ELECCIÓN DE PERSONEROS.** El Concepto en que basó su decisión, no debe perder de vista que es un concepto no obligante y especialísimo solo para la elección de personeros, considerando los tiempos y términos legales que estipula la ley para la elección y posesión de personero, los cuales son diferentes a los términos legales de elección y posesión de contralor.

**2- LA LEY 1551 DE 2012 Y EL DECRETO 2485 DE 2014 REGLAMENTARIO SON NORMAS QUE MATERIALIZAN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SON SUPERIORES AL CONCEPTO 2261 DE 3 DE AGOSTO DE 2015.** El Concepto en

134  
124

yoo

us

que se basó su decisión radica en que las entrevistas debieron ser realizadas por el Consejo entrante. En este punto, el Despacho pierde de vista la ley 1551 de 2012 y el Decreto 2485 de 2014, que estipula respectivamente la ley en su artículo 35 que los concejos municipales elegirán personeros (no establece la acción de entrevistas, la cual hace parte de una etapa general); y el Decreto 2485 en su artículo 2 señala las etapas del concurso publico de mérito para elección de personero. En este sentido, la entrevista hace parte de la "etapa general de prueba", lo cual implica un ingrediente de indivisibilidad.

- 3- **EXISTENCIA DEL CONCEPTO 2274 DE 10 DE NOVIEMBRE 2015 DEL CONSEJO DE ESTADO, ES POSTERIOR Y LIGADO AL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD FRENTE A LA ELECCIÓN DE CONTRALORES Y FUNDAMENTADO EN LA LEY 1551 DE 2012 Y EL DECRETO 2485 DEL 2014.** El Despacho para el asunto de conocimiento debe tener en cuenta el Concepto 2274 de 10 de noviembre 2015 del Consejo de Estado, que es posterior al concepto en que basó su decisión en la sentencia anulada, que estipula que por analogía la elección de contralores, se debe realizar conforme a la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 2485 del 2014, mientras se expide la ley o se regulan los parámetros para la realización de las convocatorias públicas, la cual es la modalidad y el sistema especial que dispone la Constitución Política de Colombia para la elección de Contralores. Siendo las normas, ya mencionadas, de aplicación hasta la etapa anterior a la elección y siendo dicha elección de contralor sujeta a la discrecionalidad del Concejo Distrital.

**PRIMERO: EL CONCEPTO NO ES OBLIGANTE Y ESTA LIGADO AL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN LO ATINENTE A LA ELECCIÓN DE PERSONEROS.**

Como todo concepto jurídico, el Concepto 2261 del Consejo de Estado, no es obligatorio jurídicamente, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de que trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación. De allí que las autoridades a quienes les corresponda aplicar las normas objeto de dicho concepto, no están sometidas a lo que en él se concluye o se opina, de modo que pueden o no acogerlo, sin que el apartarse del mismo genere consecuencia alguna en su contra, como lo estipula el artículo 25 del C.C.A. m)

125  
409

133  
126  
4/10

Ahora, si por un lado al concepto se le da el alcance de ser decisorio, equiparándolo a una guía, regla o norma como en el presente caso materia de estudio, por otro lado también es susceptible que se considere que en su aplicación este ligado y deba tenerse en cuenta en su estudio los principios o características normativas, como lo es la especialidad. En este sentido se considera que el concepto 2261 esta investido de características propias y atinentes a la reglamentación para la elección del personero, es decir, se considera que todo el contenido del concepto no encaja o es de aplicación jurídica para la elección en el tema de contraloría; máxime cuando existe un concepto relativo o atinente al tema de elección de contralores, como lo es el concepto 2274 del 10 de noviembre de 2015, revestido del principio de especialidad también en el tema de elección de Contralores.

Se considera que los términos o tiempos establecidos en la ley para la elección de personero no son iguales o susceptibles de aplicarlos en la elección de contralor en este sentido, se puede ver que la competencia de los Concejos Municipales para la elección de personeros gira alrededor de tres (3) fechas distintas, pero concatenadas entre sí: La de la elección de los personeros (dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero); la de inicio del periodo de los personeros (1 de marzo siguiente a la elección); y la de terminación del periodo de dichos funcionarios (último día del mes de febrero del cuarto año de ejercicio). Estos ingredientes o estos solos hechos no son equiparables al tema de elección de contralor.

**SEGUNDO: LA LEY 1551 DE 2012 Y EL DECRETO 2485 DE 2014 REGLAMENTARIO SON NORMAS QUE MATERIALIZAN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SON SUPERIORES AL CONCEPTO 2261 DE 3 DE AGOSTO DE 2015.**

Al respecto el Artículo 35 de la LEY 1551 DE 2012, que modificó el artículo 170 de la Ley 136 de 1994 establece que:

“Los Concejos Municipales o distritales según el caso, elegirán personeros para periodos institucionales de cuatro (4) años, dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que inicia su periodo constitucional, previo concurso público de méritos que

u9

realizará la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con la ley vigente. Los personeros así elegidos, iniciarán su periodo el primero de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero del cuarto año".

De lo anterior, queda claro que la norma establece taxativamente que los concejos elegirán personeros; el Concejo Distrital de Cartagena, cumplió con la elección, como dice la Ley. Por tanto, la ley es clara, y no hace distinción de acciones entre el concejo entrante y saliente, es decir la ley no distingue, y existe un principio de derecho que establezca, que si la ley no distingue, no le es dado al interprete hacerlo (*Principio general de interpretación jurídica*).

Por otra parte el Decreto 2485 de 2014, por medio del cual se fijan los estándares mínimos para el concurso público y abierto de méritos para elección de personeros municipales, establece en su artículo 2, las etapas del concurso público de méritos para la elección de personeros, señala unas etapas taxativas e imprescindibles de la siguiente manera:

Primero, la convocatoria, que deberá suscribirla la mesa directiva previa autorización de la plenaria, la cual es la norma reguladora del concurso que fijará el reglamento del mismo, las etapas que deben surtirse y el procedimiento administrativo orientado a garantizar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en el proceso de elección.

Segundo, la etapa será el reclutamiento, que tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúna los requisitos para el desempeño del empleo objeto del concurso. La publicidad de las convocatorias deberá hacerse a través de los medios que garanticen su conocimiento y permitan la libre concurrencia, de acuerdo con lo establecido en el reglamento que para el efecto expida el concejo municipal o distrital y a lo señalado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo referente a la publicación de avisos, distribución de volantes, inserción en otros medios, la

154  
127  
4/11

41

publicación en la página web, por bando y a través de un medio masivo de comunicación de la entidad territorial.

Y tercero, finalmente, la última etapa es la de pruebas o instrumentos de selección que tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones del empleo.

Estas pruebas conforme a la ley son:

1. Prueba de conocimientos académicos, la cual tendrá el valor que se fije en la convocatoria, que no podrá ser inferior al 60% respecto del total del concurso.
2. Prueba que evalúe las competencias laborales.
3. Valoración de los estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo, la cual tendrá el valor que se fije en la convocatoria.
4. Entrevista, la cual tendrá un valor no superior del 10%, sobre un total de valoración del concurso.

Conforme a lo anterior, nótese que en ambas normas jurídicas no estipulan ni señalan o distinguen la realización de entrevista y elección, sino que establecen taxativamente lo referente a la elección. En síntesis, a partir de la Ley 1551 de 2012 la elección de personeros quedó sujeta a la realización previa de un concurso público de méritos a cargo de los propios concejos municipales, el cual debe desarrollarse con base en dicha ley y el Decreto 2485 de 2014.

**TERCERO: EXISTENCIA DEL CONCEPTO 2274 DE 10 DE NOVIEMBRE 2015 DEL CONSEJO DE ESTADO, EL CUAL ES POSTERIOR Y LIGADO AL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD FRENTE A LA ELECCIÓN DE CONTRALORES Y FUNDAMENTADO EN LA LEY 1551 DE 2012 Y EL DECRETO 2485 DEL 2014.**

135  
158  
4/2



El Despacho para el asunto de conocimiento debe tener en cuenta el Concepto 2274 de 10 de noviembre 2015 del Consejo de Estado, que es posterior al concepto en que basó su decisión en la sentencia anulada, que estipula que por analogía la elección de contralores, se debe realizar conforme a la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 2485 del 2014.

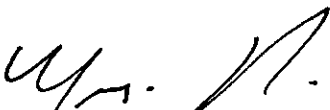
Por todo lo anteriormente esbozado, con todo respeto se considera que la aseveración y la existencia de irregularidad que según el despacho, invalida parte del trámite adelantado por el Concejo Distrital, no existen y dado que los tramites del proceso están constituidos por un conjunto de etapas objetivas y subjetivas que son indivisibles, como anteriormente se explicó. Se considera, que dicho trámite no se afecta porque la entrevista la realice la corporación saliente o la entrante, siempre y cuando se aplique la legalidad estipulada en la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 2485 del 2014, que en derecho establecen como principio objetivo se realice la elección dentro de los términos y parámetros legales, lo cual está ampliamente demostrado.

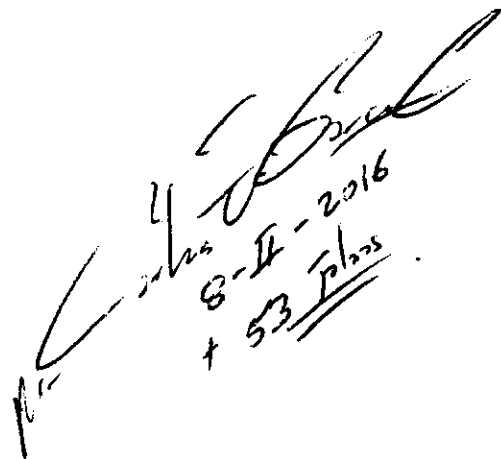
Anexos:

- Concepto 2274 de 10 de Noviembre de 2015 – Consejo de Estado
- Concepto 2261 de 03 de Agosto de 2015 – Consejo de Estado
- Decreto Número 2485 de 2015

Por todas las consideraciones expresadas reitero mi solicitud de denegar la petición de tutela.

Del Señor Juez, con el respeto acostumbrado,

  
**NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**  
**CC No.45.753.698**

  
8-II-2016  
+ 53 Plazas



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS

Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil quince (2015)

\* Radicación No. 2274 •  
Expediente: 11001-03-06-000-2015-0182-00  
Referencia: Forma de elección de contralores territoriales. Convocatoria pública y concurso. Acto Legislativo 2 de 2015.

El Ministerio del Interior consulta a esta Sala sobre cómo debe hacerse la elección de contralores territoriales por las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales, toda vez que el Acto Legislativo 2 de 2015 dispuso que esa elección se realizaría "mediante convocatoria pública conforme a la ley" y hasta el momento esta ley no se ha expedido.

#### I. ANTECEDENTES

De acuerdo con el organismo consultante, el asunto tiene los siguientes antecedentes:

1. El artículo 272 de la Constitución Política estableció que los contralores departamentales, municipales y distritales serían elegidos por las asambleas y concejos municipales y distritales, respectivamente, *"de temas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso administrativo."*
2. El Acto Legislativo 2 de 2015, que modificó el artículo 272 de la Constitución Política, mantuvo la competencia de las asambleas y concejos municipales y distritales para la elección de contralores territoriales, pero modificó el procedimiento que se debe seguir para tal efecto, en el sentido de señalar que la elección se realizará *"mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de*

135  
415

*transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género (...)*".

3. Dado que la ley que regula la referida convocatoria pública aún no ha sido expedida, el organismo consultante pregunta si para dar cumplimiento a la reforma constitucional es posible acudir por analogía a una ley que regule una situación semejante (p.ej. normatividad aplicable para la elección de personeros).

Con base en lo anterior, **SE PREGUNTA:**

1. *¿Teniendo en cuenta que no se ha expedido la ley correspondiente, que regule la convocatoria pública para la elección de contralores departamentales, distritales y municipales, se puede aplicar por analogía, mientras se tramita y expide esa ley, el procedimiento previsto en la Ley 1551 de 2012, "por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", y en el Decreto Reglamentario No.2485 de 2014, "por medio del cual se fijan los estándares mínimos para el concurso público y abierto de méritos para la elección de personeros municipales" -hoy compilado en el Decreto único Reglamentario No.1083 de 2015-; con fundamento en el principio de aplicación inmediata de las normas constitucionales?*
2. *¿De no considerarse viable la propuesta anterior, cuál sería el mecanismo jurídico que debería aplicarse para atender la situación planteada?*

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Planteamiento general e identificación del problema jurídico

El artículo 272 de la Constitución Política establecía originalmente que los contralores departamentales y municipales serían elegidos para periodos iguales a los de gobernador o alcalde, por las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, respectivamente, *"de temas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo"* (inciso 4°).

Como indica el organismo consultante, el artículo 23 del Acto Legislativo 2 de 2015 modificó el inciso 4° del artículo 272 de la Constitución Política, en el sentido de sujetar la elección de los contralores territoriales a un procedimiento previo de convocatoria pública en los siguientes términos:

**"Artículo 23. Modifíquense los incisos cuarto y octavo del artículo 272 de la Constitución Política.**

136  
4/6**Inciso Cuarto:**

Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso.

**Inciso Octavo:**

No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal.<sup>1</sup>

Se puede observar entonces que la reforma constitucional mantiene la competencia de las asambleas y concejos para la elección de los contralores territoriales<sup>2</sup>, pero modifica el procedimiento para la escogencia de los candidatos a dichos cargos, en el sentido de que en el mismo ya no intervendrán los tribunales superiores y contencioso administrativos, sino que corresponderá adelantarlo directamente a los propios organismos electores -asambleas y concejos- (i) mediante una convocatoria pública conforme a la ley y (ii) con base en los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género.

Además, como se revisará mas adelante, esta disposición debe leerse de manera concordante con el artículo 126 de la Constitución Política, también modificado

<sup>1</sup> En relación con la modificación del inciso 8º, la norma anterior establecía: "No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia."

<sup>2</sup> En varios momentos del debate legislativo se discutió la posibilidad de quitarle la competencia para la elección de contralores a las asambleas departamentales y concejos municipales para pasarla a la Comisión Nacional del Servicio Civil (Exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo 18 de 2014, Gaceta del Congreso 458 de 2014), pero luego de algunas discusiones esa propuesta fue descartada: "El coordinador ponente lo resumió muy bien. El propósito de esta propuesta es no quitar esa competencia como corporación pública territorial, como lo establece nuestra Carta Política, con funciones políticas y administrativas a los concejos y a las asambleas que puedan seguir con esa competencia de elegir sus órganos que históricamente han elegido esta propuesta, perdón." (Gaceta del Congreso 808 de 2014, Acta de Comisión 14 del 25 de septiembre de 2014). En este sentido se consideró que mantener la elección de los contralores territoriales en las asambleas y concejos era parte del reconocimiento constitucional a la descentralización y la autonomía territorial: "Pero, señor Presidente, la autonomía es un principio cardenal del régimen constitucional, ¿qué clase de autonomía?, autonomía regional. De la que hacen uso las autoridades regionales. Si nosotros desconocemos esa autonomía por mandato constitucional, creo que de pronto estemos nosotros avocados a cometer una sustitución de carácter constitucional (...) Pero no podemos nosotros de un solo brochazo terminar con la autonomía de las autoridades regionales." (Gaceta del Congreso 305 de 2015).

137  
417

por el Acto Legislativo 2 de 2015, en el que se sujeta *los procedimientos de convocatoria pública* a los principios anteriormente enunciados y, adicionalmente, *al criterio de mérito*.

Ahora bien, como quiera que aún no se ha expedido la ley que regula el procedimiento de convocatoria pública, el organismo consultante pregunta si es posible aplicar por analogía la ley que regula el concurso público de méritos para la elección de personeros o cualquier otra que la Sala considere pertinente.

Para resolver este interrogante, la Sala considera necesario revisar: (i) el contexto y fines de la reforma constitucional; (ii) el alcance que tiene la expresión "*convocatoria pública*" utilizada en diversos artículos del Acto Legislativo 2 de 2015, así como sus semejanzas y diferencias con el "*concurso público de méritos*"; y (iii) la posibilidad de aplicación analógica de la ley para el ejercicio de competencias administrativas. Con base en lo anterior se señalará el procedimiento de elección de contralores territoriales, hasta tanto se expida una ley específica que regule las convocatorias públicas a que alude el Acto Legislativo 2 de 2015.

**2. Contexto de la reforma: responde a un nuevo entendimiento en la forma de elección de funcionarios por parte de las corporaciones públicas.**

La reforma al procedimiento de escogencia de contralores territoriales por parte de las asambleas departamentales y concejos municipales y distritales no es una decisión aislada del Congreso de la República. Responde a un cambio general en el sistema de elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas, en al menos dos aspectos que quedaron formulados expresamente en el debate de formación del Acto Legislativo 2 de 2015:

a) En primer lugar se buscaba la no intervención de las autoridades judiciales en la elección de los órganos de control, dada la politización que de dicha función habría llegado a producir, según la exposición de motivos, dentro de la judicatura<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo 18 de 2014, Gaceta del Congreso 458 de 2014. Ver también Acta de Comisión 39 del 8 de abril de 2015: "Con esa aclaración, bajo esa línea rectora de que la postulación de los candidatos a Contralorías por los Tribunales y por la Rama Judicial, ha causado un daño profundo al interior de esa rama judicial, porque se ha formado lo que ustedes saben al interior, otra clase de intereses, pedimos en esa línea rectora despojemos esa facultad y le solicitamos a la Plenaria de esta comisión que tal como viene en la ponencia, votemos favorablemente el artículo 24 que conserva la competencia de los Consejos y las Asambleas y permite previa convocatoria pública de la propia corporación, escoger en el mes de diciembre y a continuación de los meses subsiguientes, los próximos Contralores Departamentales y Locales." (Gaceta del Congreso 305 de 2015).

Esto implicó, entre otros cambios, la reforma tanto del artículo 267 de la Constitución Política en relación con la elección de Contralor General de la República, como del artículo 272 respecto de los contralores territoriales.

b) En segundo lugar se consideró necesario sujetar la elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas a procedimientos de selección que garantizaran la participación ciudadana y el acceso al servicio público de las personas más capacitadas y transparentes<sup>4</sup>.

Así, en la ponencia para primer debate se establece expresamente que uno de los ejes centrales de la reforma constitucional es *"el mejoramiento del sistema de controles adoptando reglas para impedir el intercambio de favores entre controladores y controlados"* y *"la implementación de procesos de transparencia efectiva para la postulación y elección de candidatos a los órganos de control"*.<sup>5</sup>

Este objetivo se concretó en la sujeción de toda elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas a un procedimiento público y meritario de *"convocatoria pública"*, definido en el artículo 126 de la Constitución Política de la siguiente manera:

"Artículo 126 (...) Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección."

A este procedimiento de convocatoria pública quedaron sometidas además de manera expresa las elecciones de los miembros de la Comisión de Aforados (artículo 178A)<sup>6</sup>, de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado (artículo 231)<sup>7</sup>, de los integrantes de la Comisión Nacional de Disciplina

<sup>4</sup> Exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo 18 de 2014, Gaceta del Congreso 458 de 2014.

<sup>5</sup> Gaceta del Congreso 495 de 2014.

<sup>6</sup> "Artículo 178A (...) La Comisión estará conformada por cinco miembros, elegidos por el Congreso en Pleno para periodos personales de ocho años, de listas enviadas por el Consejo de Gobierno Judicial y elaboradas mediante convocatoria pública adelantada por la Gerencia de la Rama Judicial en los términos que disponga la ley."

<sup>7</sup> "Artículo 231. Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán elegidos por la respectiva Corporación, previa audiencia pública, de lista de diez elegibles enviada por el Consejo de Gobierno Judicial tras una convocatoria pública reglada de conformidad con la ley y adelantada por la Gerencia de la Rama Judicial (...)"

159  
419

Judicial (artículo 257)<sup>8</sup>, del Contralor General de la República (artículo 267)<sup>9</sup> y de los contralores territoriales (artículo 272)<sup>10</sup>.

Hace notar la Sala que lo establecido en el citado artículo 126 constituye el *régimen general o de condiciones mínimas* de este tipo de procedimientos de selección -sujeción a la ley y a los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y mérito-, de modo que es aplicable a todas las convocatorias públicas que se mencionan en las normas constitucionales anteriormente relacionadas, con las cuales se da una relación de complementariedad y no de exclusión<sup>11</sup>.

Esto último significa para el caso analizado que los principios enunciados en el inciso 4º del artículo 272 de la Constitución Política para la elección de contralores territoriales (publicidad, transparencia, participación ciudadana, objetividad y equidad de género), deben completarse con "el criterio de mérito" que de manera adicional se incluyó en el artículo 126 en cuestión. Al respecto, en el debate legislativo se indicó:

"Pero tanto en la Contraloría General como en las Contralorías Departamentales, yo quiero invitarlos a que miren el inciso 4º del artículo segundo que modifica el 126 de

<sup>8</sup> "Artículo 256. (...) [La Comisión de Disciplina Judicial] estará conformada por siete Magistrados, cuatro de los cuales serán elegidos por el Congreso en Pleno de ternas enviadas por el Consejo de Gobierno Judicial previa convocatoria pública reglada adelantada por la Gerencia de la Rama Judicial, y tres de los cuales serán elegidos por el Congreso en Pleno de ternas enviadas por el Presidente de la República, previa convocatoria pública reglada (...)" (Corchete fuera de texto).

<sup>9</sup> "Artículo 267. (...) El Contralor será elegido por el Congreso en Pleno, por mayoría absoluta, en el primer mes de sus sesiones para un periodo igual al del Presidente de la República, de lista de elegibles conformada por convocatoria pública con base en lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución y no podrá ser reelegido ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo (...)"

<sup>10</sup> "Artículo 272 (...) Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso.

<sup>11</sup> De esto se dejó constancia en el Acta de Comisión 25 del 13 de noviembre de 2014: "Doctor Bravo, frente a este último inciso de la lectura de él, lo que se busca es simplemente que cuando se trate de elecciones o designaciones que haga una Corporación Pública, llámense Concejos, Asambleas, Representantes, Cámara o Senado de la República, esa elección que hace cualquiera de estas Corporaciones Públicas, siempre esté precedida de una convocatoria pública donde se fijen los requisitos, objetivos y claros, en esta definición del último inciso del artículo 126, solo se refiere a las elecciones que realizan los miembros de las Corporaciones Públicas, estamos hablando de Personeros, Contralores, Procurador, Defensor del Pueblo y demás, por eso creemos que podemos votar el artículo, de pronto si es necesario hacer alguna aclaración la podemos recoger en la ponencia doctor Bravo, pero tal y como está redactada, da precisión frente a que se trata de las elecciones que realizan las Corporaciones Públicas. Gracias, Presidente." (Gaceta del Congreso 38 de 2015).

123  
145  
420

la Constitución Política. Ese Inciso 4° del Artículo Segundo dice textualmente la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana y equidad de género y hay una proposición aditiva, no la tengo a la mano no sé si el coordinador de ponentes la tiene, para cuando lleguemos al artículo segundo en donde se añadiría además, Representante Carlos Abraham, el concepto de méritos de los aspirantes, concepto de méritos de los aspirantes para esa convocatoria pública, de esta manera se combina dejar en firme las facultades del Congreso, ah, mire dice equidad de género y criterios de mérito para su selección, de esa manera combinamos mantener la facultad, la competencia que tiene el Congreso a nivel Nacional y las Asambleas y Concejos a nivel departamental que no se las podemos quitar tampoco para elegir los Contralores y cumplir un procedimiento transparente de méritos que se tiene que hacer en esta materia." (Se subraya)<sup>12</sup>

3. El concepto de convocatoria pública: comparte en lo sustancial los elementos propios del concurso público de méritos, salvo por el hecho de que no existe un orden de elegibilidad dentro de la lista de seleccionados

Como ha quedado planteado, el Acto Legislativo 2 de 2015 adoptó el sistema de "convocatoria pública" como regla general para la elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas, frente a lo cual cabe preguntarse si se trata de una figura igual o diferente a la del "concurso público de méritos" que ya estaba prevista en la Constitución Política como regla general para el reclutamiento de funcionarios públicos (artículo 125). Esto porque si fueran términos equivalentes la consulta se resolvería fácilmente mediante la aplicación directa y sin restricciones de las normas legales que regulan actualmente el concurso público de méritos.

Pues bien, según la Ley 909 de 2004 (régimen general del empleo público), el concurso público de méritos es un procedimiento de selección de servidores públicos basado en la libre concurrencia, la publicidad, la transparencia, la objetividad, la eficiencia, la eficacia, la confiabilidad y el mérito: como quiera que su objetivo es la búsqueda de las personas más capacitadas e idóneas para el

<sup>12</sup> Gaceta del Congreso 479 de 2015. Acta de Comisión 50 del 19 de mayo de 2015. Ver también Acta de Plenaria 51 de 2015, intervención del Senador Oscar Aguilar: "Aporto y apoyo lo que se dice, en una convocatoria pública de méritos, técnica, con unos principios altamente transparentes, que realmente permitan hacer una convocatoria abierta, pública, para que puedan acceder los mejores perfiles. Una convocatoria, también, donde haya la participación de género, una participación donde se puedan seguir unos lineamientos y desde luego entregarle esa confianza a los colombianos, porque es lo que queremos entregarle a las instituciones." (Gaceta del Congreso 644 de 2015.)



14/42

ejercicio del cargo ofrecido<sup>13</sup>, lo cual se relaciona directamente con los derechos fundamentales a la igualdad y a la participación en el ejercicio y conformación del poder público, es el procedimiento aplicable en todos aquellos casos en que la ley, excepcionalmente, no haya previsto una forma diferente de vinculación al empleo público (artículo 125 C.P.)<sup>14</sup>.

Aun cuando el concurso público de méritos es el mecanismo de ingreso a los cargos de carrera administrativa, nada obsta para que se acuda a él para la provisión de otro tipo de cargos. En tal sentido la Corte Constitucional ha señalado que en la medida en que la Carta Política propende por un sistema meritocrático de vinculación al empleo público, el uso de los concursos de méritos para proveer empleos que no son de carrera *"aunque no constituye un imperativo, es constitucionalmente admisible"*<sup>15</sup>.

De acuerdo con la misma Ley 909 de 2004 y de otras leyes especiales que regulan concursos de méritos para la provisión de diversos empleos públicos<sup>16</sup>, los concursos siguen en esencia unas etapas básicas de convocatoria y

<sup>13</sup> Sentencia C- 319 de 2010: "Desde esta perspectiva, la carrera y el sistema de concurso de méritos constituyen, entonces, instrumentos técnicos de administración de personal y mecanismos de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantizan que a la organización estatal, y concretamente a la función pública, accedan los mejores y los más capaces funcionarios, descartándose de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado Social de Derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo que, por lo demás, se identifican en el área de la sociología política y la ciencia administrativa, como criterios de selección de personal que se contraponen a los nuevos roles del Estado contemporáneo y que afectan en gran medida su proceso de modernización y racionalización, el cual resulta consustancial a la consecución y cumplimiento de los deberes públicos."

<sup>14</sup> Sentencia C-319 de 2010: "Esta Corporación ha sostenido que, en virtud del artículo 125 Superior, la regla general que rige el ingreso a la carrera administrativa es el concurso público de méritos."

<sup>15</sup> Sentencia C-105 de 2013: "Distintos argumentos apoyan esta conclusión. En primer lugar, el Artículo 125 de la Carta Política establece que los funcionarios del Estado deben ser nombrados por concurso público, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y que el ingreso y el ascenso en la misma debe efectuarse mediante dicho procedimiento. Como puede advertirse, la obligatoriedad de este sistema en los cargos de carrera no excluye su utilización en aquellos que no tienen este carácter. Por el contrario, como según el texto constitucional el concurso es la regla general, las excepciones que se establezcan en el derecho positivo deben estar respaldadas y justificadas en los principios y fines del propio ordenamiento constitucional. En segundo lugar, la Carta Política no solo avala este tipo de procedimiento para la elección de funcionarios de libre nombramiento y remoción y de los que se encuentran sometidos a un período fijo (como los personeros), sino que además, sus finalidades justifican su aplicación en las hipótesis que cuestiona el demandante."

<sup>16</sup> Por ejemplo, la Ley 1134 de 2007 sobre concurso público de méritos para la elección de Registrador Nacional de la República o la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 2485 de 2014 en relación con la elección de personeros municipales.

142  
422

reclutamiento, evaluación de condiciones objetivas y subjetivas de los candidatos, y conformación de listas de elegibles<sup>17</sup>. Además, como ha reiterado la jurisprudencia, es característica esencial del concurso que la lista de elegibles se ordene estrictamente de acuerdo con el resultado del procedimiento de selección (regla de mérito), de modo que quien obtiene la mejor calificación adquiere el derecho a ser nombrado en el respectivo cargo:

"La evaluación de factores objetivos y subjetivos, tiene, a juicio de la Corte, una consecuencia adicional que es la designación de quien ocupe el primer lugar. En efecto, de acuerdo con la Corporación, 'cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos y una vez apreciados éstos quien ocupará el cargo será quien haya obtenido mayor puntuación', pues de nada serviría el concurso si, a pesar de haberse realizado, 'el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias'.

La Corte respondió así a la situación evidenciada por la iniciación de múltiples procesos de tutela "en los que los accionantes se quejan de haber concursado para ingresar a un cargo de carrera administrativa y, a pesar de haber obtenido un puntaje superior al de quien en últimas se nombró, fueron excluidos con el argumento de la falta de idoneidad moral y social de los concursantes"<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> "De este modo, los concursos previstos en la ley deben conformarse como procedimientos abiertos en los que cualquier persona que cumpla los requisitos de ley tenga la posibilidad efectiva de participar y en los que los concejos no tengan la facultad, ni directa, ni indirecta, de definir previamente un repertorio cerrado de candidatos. Es decir, debe existir una convocatoria pública que permita conocer de la existencia del proceso de selección, así como las condiciones para el acceso al mismo. De igual modo, tanto los exámenes de oposición como la valoración del mérito deben tener por objeto directo la identificación de los candidatos que se ajustan al perfil específico del personero. Esto significa, por un lado, que los criterios de valoración de la experiencia y de la preparación académica y profesional deben tener una relación directa y estrecha con las actividades y funciones a ser desplegadas por los servidores públicos y, por otro, que la fase de oposición debe responder a criterios objetivos que permitan determinar con un alto nivel de certeza las habilidades y destrezas de los participantes. Por lo demás, la oposición y el mérito deben tener el mayor peso relativo dentro del concurso, de modo que la valoración subjetiva a través de mecanismos como las entrevistas, constituya tan solo un factor accesorio y secundario de la selección. Finalmente, el diseño del procedimiento debe asegurar su publicidad, así como que las decisiones adoptadas dentro del mismo puedan ser controvertidas, debatidas y solventadas en el marco del procedimiento, independientemente de la vía judicial." (Sentencia C-105 de 2013)

<sup>18</sup> Sentencia C-588 de 2009. Ver también Sentencia C-319 de 2010. En Sentencia T-294 de 2011 se reitera: "En consecuencia, culminadas las etapas del concurso público, se crea, en cabeza del aspirante que ocupó el primer lugar, un derecho a ser nombrado al cargo público, derecho que no puede ser desconocido por el nominador, pues de hacerlo estaría trasgrediendo la naturaleza de dicho proceso y, por tanto, iría en contra del principio constitucional del mérito, lo cual autoriza concluir que no es posible desconocer derechos válidamente adquiridos por los concursantes una vez finalizadas todas las etapas del concurso."

100  
143  
423

De este modo, en los concursos públicos de méritos el nominador no puede separarse del orden contenido en la lista de elegibles, lo que significa que está obligado a proveer los cargos vacantes con estricto apego a la clasificación de los aspirantes.

Ahora bien, en el caso consultado los debates legislativos dan cuenta de que el Acto Legislativo 2 de 2015 al utilizar la expresión "convocatoria pública" optó por un mecanismo de elección que si bien se funda en los mismos principios básicos de los concursos públicos (incluso en cuanto al criterio de mérito), se diferencia de estos en que al final del proceso de selección las corporaciones públicas conservan la posibilidad de valorar y escoger entre los candidatos que han sido mejor clasificados. Se entendió que si se adoptaba un concurso público de méritos como tal, se obligaba al organismo nominador a nombrar de acuerdo con el orden de clasificación de los aspirantes, lo que se consideró como una reducción indebida de la autonomía de las corporaciones públicas<sup>19</sup>. Por tanto, se dijo, era necesario acudir a un sistema transparente, público, objetivo y basado en el mérito, pero que fuera distinto al concurso público en cuanto permitiera al organismo elector escoger entre los varios candidatos que superaran la etapa de selección:

"Gracias, Presidente. Yo solamente quiero manifestar con respecto a este artículo que yo presenté una proposición, hay un punto del artículo que es el que no he podido compartir y es en la forma en que se van a elegir los miembros de este Tribunal de Aforados. Esta proposición no fue acogida dentro del informe de la Subcomisión y yo quisiera que quedara como constancia, señor Presidente, porque esta proposición apunta a pedir que la elección que se haga de los miembros del Tribunal se haga por Convocatoria Pública y no por concurso, por esta razón, porque aquí el artículo está diciendo que los miembros del Tribunal van a ser elegidos por la Cámara de Representantes mediante un Concurso Público. En este país ya hemos visto lo que ha pasado con los concursos: primero, que no gozan de la transparencia que se requiere o de la credibilidad que generan estos concursos, que muchas veces han sido demandados.

Pero además, entre otras cosas, es porque aquí ya los jueces de la República, que además también les da por legislar cuando fallan las tutelas, nos han dicho en repetidos concursos que quien debe estar nombrado es aquel que ha sido

<sup>19</sup> Gaceta del Congreso 479 de 2015. Acta de Comisión 50 del 19 de mayo de 2015: "Me explico, todos sabemos y usted lo acaba de decir que cuando hablamos textualmente del término concurso de méritos ya hay una jurisprudencia de la Corte Constitucional absolutamente clara en esa materia que ha definido una y otra vez tutelas de personas que ganan los concursos de méritos, por eso entre otras cosas y después de un estudio con las propias Altas Cortes de esos términos es que no solamente para el tema de Contralor sino en general, para las elecciones en las Altas Cortes se ha cambiado el término concurso de méritos por convocatoria pública reglada, convocatoria pública reglada quiere decir que quien convoque, tendrá que establecer unos criterios para aplicar los principios de transparencia, de objetividad, de requisitos y de méritos". (Se resalta)

149  
424

designado de primero en el concurso; si eso opera mediante una tutela en la elección de los Miembros del Tribunal, qué cuando se haga un Concurso Público (sic) en el Sistema de Calificación haya que designar a quien está de primero, pues mal haríamos en dejar una norma para decir que el que lo va a elegir es la Cámara de Representantes, porque eso no se iría a aplicar. ¿Quién iría a elegir a los miembros del Tribunal? Pues por supuesto quien haga el concurso, la entidad que celebra el concurso será aquella que va a elegir a los miembros y no la Cámara de Representantes.

Por esa razón yo presenté esa proposición para que fuera hecho en una Convocatoria Pública, que los medios, que la comunidad, que las universidades, que todo el mundo participara y se pudiera conocer con transparencia las hojas de vida de quienes fueran a ser seleccionados por la Cámara de Representantes. Como esta proposición no fue acogida por parte de la Subcomisión, yo sí quisiera que se quedara como constancia, para poder reabrir el debate en la Plenaria de la Cámara. Gracias, Presidente.”<sup>20</sup> (Paréntesis fuera de texto)

En el mismo sentido -que la realización de un concurso público de méritos limitaba la posibilidad de elección de las corporaciones públicas-, se manifestó el Ministro del Interior en Segunda Vuelta -Acta de Comisión 50 de 2015- a propósito, precisamente, de la elección de contralores territoriales:

“(…) lo otro decir que es un concurso público de méritos es mejor de una vez decir con toda claridad que se le quita a las Asambleas y Concejos esa facultad y que la ESAP o la Universidad Nacional o no sé qué entidad del orden nacional va a llegar a cada departamento y a cada municipio de Colombia a definir quién es el Contralor.”<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Gaceta del Congreso 93 de 2015, Acta 26 del 18 de noviembre de 2014. Representante Miguel Ángel Pinto. También la intervención del Senador Armando Benedetti en Plenaria del Senado de la República en Segunda Vuelta: “Presidente, me voy a poner así porque el doctor Navarro dijo que vocalizara mejor, entonces me voy a acercar más al micrófono. La que está radicada, primero, señor Presidente, es la de la doctora Claudia López. ¿Qué dice la doctora Claudia López? Que ella quiere que se escojan las personas o que se inscriban ante el Congreso mediante concurso público de méritos conforme a lo que señale la ley. ¿Por qué no nos gusta esa a los ponentes? Porque entonces un concurso público de méritos lo único que hace es que el primero que quedó de primero ese es el que tendría que elegir el Gobierno. Nosotros, en la ponencia va el tema de la convocatoria que se puede inscribir todo el mundo, se revisa si las calidades son para el cargo y el Congreso entonces ahí sí puede elegir. Como lo propone la doctora Claudia López, seríamos solamente, notarios.” (Acta de Comisión 51 del 28 de abril de 2015, Gaceta del Congreso 644 de 2015). Así, la primera vuelta del acto legislativo se cierra utilizando la figura de convocatoria pública en lugar del concurso público de méritos (Gaceta del Congreso 474 de 2015, Acta Plenaria 36 de 2014). En ese sentido, la Senadora Claudia López deja constancia al iniciar la segunda vuelta de su desacuerdo con los ponentes pues “no fue incluida la propuesta de que los contralores regionales sean elegidos por los Concejos o Asambleas previa realización de un concurso de méritos del que saldría una lista de elegibles” (Gaceta del Congreso 138 de 2015).

<sup>21</sup> Gaceta del Congreso 479 de 2015. En general en esta Acta aparece de manera detallada la discusión de las opciones presentadas entre concurso público y convocatoria pública. Ver también

Argumentos similares se presentaron al estudiar la forma de elección de Contralor General de la República, momento en el cual se advirtió por uno de los parlamentarios que la norma propuesta no era clara sobre si era necesario hacer "un nuevo concurso" cuando había una vacancia absoluta en el cargo, frente a lo cual uno de los ponentes del proyecto aclaró que *"si fuera concurso público formal hay que elegir por el orden, es convocatoria mas no concurso, entonces si es convocatoria, si fuera concurso habría que elegir el de la lista y entonces la función del Congreso queda reducida a nada."*<sup>22</sup>

Un debate análogo se advierte al cambiar de concurso a convocatoria pública en la elección de magistrados del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, donde se señaló que *"frente al artículo 10 del texto aprobado en primer debate, segunda vuelta, que modifica el artículo 231 de la Constitución Política, se proponen dos modificaciones. La primera es sustituir el requisito de concurso de méritos por oposición con una 'convocatoria pública reglada, con la claridad de que en todo caso con la convocatoria pública se "mantiene un sistema de selección objetiva y de meritocracia, pero esta no toma necesariamente la forma de un concurso"*<sup>23</sup>.

Igualmente puede verse el Acta de Comisión del 15 de mayo de 2015, que contiene uno de los últimos debates de la reforma, en cuanto a la necesidad de utilizar un sistema objetivo para la conformación de la lista de elegibles, pero no bajo la forma de concurso (que limita la autonomía de las corporaciones locales), sino de convocatoria pública sujeta a principios de transparencia, publicidad y mérito:

"Luego me parece que aquí hay que hacer un llamado a que el Congreso de la República en el caso nacional y las Asambleas y Concejos en los casos regionales actúen con la mayor seriedad, con la mayor responsabilidad, obviamente con un procedimiento reglado que tendrá que definirse en la ley para cumplir con un proceso de selección objetiva sin duda alguna pero en donde los Concejos y Asambleas tengan la posibilidad entre una lista de elegibles, de elegir la persona que consideren puede cumplir de mejor manera ese empeño. Por eso yo quisiera,

---

Actas de Comisión 23 y 24 del 11 y 12 de noviembre de 2014, en las que se discute el uso del concurso público de méritos para la elección de funcionarios por parte de las corporaciones públicas de elección popular.

<sup>22</sup> Gaceta del Congreso 239 de 2015, Acta de Comisión 37 del 7 de abril de 2015. Ver también Gaceta del Congreso 738 de 2014: "Ustedes creen que es mejor que vengan aquí cien candidatos a una convocatoria pública para Contralor que se autodenominen y que luego le hagan una calificación de los diplomas y eso los habilita para que sean elegidos Contralores o Procuradores, se equivocan, esos cargos deben tener otros juicios distintos que no radican únicamente en las capacidades intelectuales, en el número de diplomas, sino que tienen que ver con otra cosa que se llama el carácter, el juicio político, el sentido de la política, que son elementos que tiene que juzgar el Congreso de la República."

<sup>23</sup> Ponencia para Primer Debate en Segunda Vuelta, Gaceta del Congreso 289 de 2015.

146  
y26

señor Presidente, pedirle que se votara el artículo como viene contenido en la ponencia advirtiéndole que cuando lleguemos al artículo segundo que está en el eje de la Justicia, vamos a añadir a esos criterios de transparencia, de objetividad, de requisitos de hoja de vida el concepto de selección por méritos, pero no concurso público de méritos que restringe mucho esas facultades y competencias de las corporaciones públicas, entre otras cosas ese sería un concepto para todas las elecciones que hagan las Cortes, el Congreso y yo creo que es un gran avance en la Constitución y en la normatividad colombiana a ver si cada día mejoramos esos criterios objetivos de selección.”<sup>24</sup>

Es así que durante la primera vuelta, en los casos por ejemplo de Contralor General de la República<sup>25</sup>, Procurador General de la Nación<sup>26</sup> y contralores territoriales<sup>27</sup>, fueron derrotadas proposiciones sustitutivas que pretendían reemplazar la expresión “convocatoria pública” por la de “concurso público de méritos”<sup>28</sup>. Igual sucedió posteriormente en Segundo Debate donde se votaron negativamente otras propuestas orientadas a que las elecciones de magistrados de altas cortes y de los miembros de las Comisiones de Aforados y de Disciplina

<sup>24</sup> Intervención del Ministro del Interior, Gaceta del Congreso 479 de 2015.

<sup>25</sup> Gaceta 123 de 2015, Acta de Plenaria 39 del 3 de diciembre de 2014. La propuesta la hizo el Representante Santiago Valencia del Centro Democrático “Y en segundo, simplemente para reforzar la ponencia mayoritaria dice que sea por convocatoria abierta para escoger los candidatos a Contralor General, nosotros lo que proponemos es que además de que sea convocatoria abierta, pues que sea la Comisión Nacional del Servicio Civil quien mediante concurso público de méritos llame a las personas que consideren por meritocracia que pueden ocupar el cargo, lo hagan, y luego entonces de allí pasen a una lista de elegibles para finalmente ser elegido”.

<sup>26</sup> Gaceta 123 de 2015, Acta de Plenaria 38 del 3 de diciembre de 2014. La propuesta la hizo el Representante Santiago Valencia del Centro Democrático. “En segundo lugar, estamos de acuerdo con la prohibición de la reelección del Procurador, y estamos de acuerdo obviamente también en las inhabilidades que además se habían estipulado para los otros cargos de los Órganos de Control como de las Magistraturas. Sin embargo lo que proponemos aquí, y es la diferencia sustancial con la ponencia mayoritaria, es que también el Procurador sea elegido de una lista de elegibles escogido por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante concurso público de méritos para darle independencia y transparencia al ejercicio que ejerce el Procurador General de la Nación. Gracias Presidente.”

<sup>27</sup> “Por lo tanto, la propuesta del Centro Democrático es que los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales sean elegidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante concurso público de méritos de acuerdo a la Constitución Política. Gracias Presidente. (Gaceta 123 de 2015, Acta de Plenaria 39 del 3 de diciembre de 2014, propuesta del Representante Santiago Valencia del Centro Democrático). Esta proposición fue respaldada por otros Representantes como Oscar Ospina Quintero, Germán Navas, Víctor Javier Correa Vélez y Angélica Lozano, quien manifestó: “Eso pasa en todos los municipios de nuestro país, los Contralores tienen que ejercer, y los Personeros la función de órganos de control, ni perseguir, ni tapar, representar ciudadanos; y ¿eso quién lo garantiza?, un concurso público de méritos; que lleguen allí por concurso, competencia, con unos criterios, con unos exámenes, no por elección del Concejo ni de la Asamblea, ni siquiera del mismo Congreso; y estamos en mora de dar ese debate.” Ver también Acta de Comisión 38 de 2015, Gaceta 239 de 2015, intervención del Partido Alianza Verde sobre necesidad de someter la elección de contralores territoriales a concurso público de méritos. Igualmente ver Gaceta del Congreso 355 de 2015.

<sup>28</sup> Gaceta 123 de 2015, Acta de Plenaria 39 del 3 de diciembre de 2014.

150  
147  
427

Judicial, así como del Contralor General y de los contralores territoriales, se hiciera sobre ternas elaboradas por *concurso público de méritos*<sup>29</sup>.

De este modo, además de que literalmente se trata de expresiones distintas y que el nuevo artículo 126 Constitucional alude a una y otra como figuras separadas (al señalar que la convocatoria aplicará *"salvo los concursos regulados por la ley"*), la Sala observa que los antecedentes del Acto Legislativo 2 de 2015 ratifican que el constituyente derivado quiso diferenciar la *convocatoria pública del concurso público de méritos* del artículo 125 de la Constitución Política, particularmente porque en los procesos de elección mediante convocatoria pública no existe un orden obligatorio de escogencia entre los candidatos que superan las etapas de selección, tal como ocurre en los concursos de méritos.

Así pues, el sistema de convocatoria pública mantiene un grado mínimo de valoración o discrecionalidad política en cabeza de las corporaciones públicas para escoger entre quienes se encuentran en la "lista de elegibles", aspecto que constituye el elemento diferenciador entre la *convocatoria pública* de los artículos 126, 178A, 231, 257, 267 y 272 de la Constitución Política, y el concurso público de méritos a que alude el artículo 125 de la misma Carta<sup>30</sup>. Sin embargo, en lo demás (publicidad de la convocatoria, reclutamiento de los mejores perfiles, transparencia, aplicación de criterios objetivos y de mérito, etc.) puede decirse que no existen diferencias sustanciales entre uno y otro mecanismo de selección de servidores públicos.

En consecuencia debe advertirse, como se evidencia también en los apartes del debate legislativo anteriormente transcritos, que el concepto de "*convocatoria pública*" pese a no ser equivalente al de "*concurso público de méritos*", sí tiene elementos importantes de similitud con este último al compartir la misma razón jurídica: asegurar mediante un procedimiento reglado la mayor participación

<sup>29</sup> Gaceta del Congreso 479 de 2015. Ver también Gaceta 785 de 2015.

<sup>30</sup> Gaceta del Congreso 808 de 2014: "Segundo. Creemos que la Comisión Nacional del Servicio Civil con base en principios de transparencia, de equidad, de publicidad, debe organizar una convocatoria pública para conformar una lista de elegibles, no es exactamente un concurso, porque la elección va a corresponder al Congreso, en particular al Senado. De manera que no es un concurso público, simplemente una manera de seleccionar una lista de elegibles, un organismo técnico como la comisión nacional del servicio civil que verifique los requisitos, los antecedentes, los ponga en conocimiento de la opinión pública, permita que haya una controversia pública, una verificación, que si algún ciudadano tiene alguna objeción sobre lo que ha acreditado en su hoja de vida, uno de los candidatos tenga un tiempo para hacerlo, que esa controversia se cierre allí en la Comisión Nacional del Servicio Civil y que luego de este procedimiento público de verificación de requisitos, de transparencia, de verificación ciudadana, la Comisión Nacional del Servicio Civil remita al Senado la lista de elegibles (...) Yo digo que ahí estaría concentrado toda el espíritu de la proposición de Claudia López y este artículo rige para todas las elecciones que hagan las corporaciones públicas, no sé si se ha modificado el artículo, Presidente. Eso era todo. Gracias."

} posible de interesados, la evaluación de sus méritos y la selección de los mejores candidatos a cada cargo. Al respecto en el debate legislativo se indicó:

"Adicional a ello, el artículo establece por primera vez, no lo establecía norma alguna en estos debates, una convocatoria pública, pero no es cualquier convocatoria pública. El inciso 4° del artículo 2° de esta Reforma Constitucional, establece que toda elección que esté atribuida a corporaciones públicas, debe estar precedida por unos requisitos y procedimientos que garanticen principios tan importantes de la función pública como es la publicidad, la transparencia, la participación ciudadana y la equidad de género.

Así que yo creo que esta introducción del inciso 4° del artículo 2°, pues no permite una discrecionalidad de los Consejos (sic) y las Asambleas para que puedan elegir de manera amañada si es lo que se quiere evitar con la negación de este artículo."<sup>31</sup>

En este sentido, la sujeción a la ley y a un mínimo de principios orientadores (en esencia comunes a los de los concursos de méritos) tiene entonces el propósito de ordenar la forma de hacer la elección<sup>32</sup> y de garantizar que la convocatoria pública sea *un procedimiento esencialmente reglado*, sin perjuicio del margen de apreciación que se reserva a las corporaciones públicas:

"Y la segunda proposición es una proposición presentada por la doctora Angélica Lozano en el sentido de que en el inciso 4° se incluyan dos temas, una, que la convocatoria pública sea reglada, porque tal y como está en la ponencia se habla de convocatoria pública sin ningún otro aditamento; aquí se busca que la convocatoria pública sea reglada, y, dos, que esa convocatoria pública reglada se garanticen los principios de publicidad, transparencia y equidad de género que están actualmente en la ponencia y se agreguen criterios de mérito en la selección

<sup>31</sup> Acta de Comisión 39 de 2015, Gaceta del Congreso 305 de 2015.

<sup>32</sup> Gaceta del Congreso 92 de 2015, Acta de Comisión 24 del 12 de noviembre de 2014: "El señor Presidente concede el uso de la palabra al honorable Representante Heriberto Sanabria Astudillo: *Gracias Presidente, para facilitar el trámite, yo sé que estamos agotados y hay una plenaria haciendo presión, le he sugerido al coordinador de ponentes que nos recoja una sugerencia en el sentido de que se le agregue al contenido del artículo que mediante convocatoria pública conforme a la ley, ¿ya?, conforme a la ley, porque es que esas convocatorias públicas es por un parlante de la iglesia o es por una emisora comunitaria, o es con un edicto detrás de la puerta de una alcaldía, y entonces el problema Angélica, no es el origen de quien postula, el problema es de competencias y de funciones y yo creo que este Congreso tiene que trabajar en ese sentido, simplemente era sugerirle que la convocatoria pública esté conforme a la ley para que lo tenga en cuenta al informe que vamos a llevar a la plenaria. Gracias.*" Ver también Gaceta 341 de 2015: "Frente a este artículo [el 126] se incluye únicamente la calificación de "reglada por la ley" a la convocatoria pública que se impone para las elecciones de funcionarios atribuidas a las corporaciones públicas, con la finalidad de fortalecer los sistemas de elección de cuerpos colegiados de índole público."



149  
429

de las convocatorias públicas. Esa proposición que presenta la doctora Angélica Lozano también es acogida desde la coordinación de ponentes.<sup>33</sup>

Por tanto, es claro que *"la convocatoria pública"* no implica absoluta discrecionalidad o liberalidad del órgano elector, pues en cualquier caso ese procedimiento queda sujeto, conforme al artículo 126 de la Constitución Política, a la regulación legal y a los principios de mérito, equidad de género, publicidad, participación, y transparencia, los cuales, en el caso de los contralores territoriales, se reiteran en el artículo 272 ibidem, en el que se incluye además el principio de objetividad.

En síntesis, puede decirse que los principios, métodos y procedimientos de los concursos públicos de méritos son compatibles con el concepto de *"convocatoria pública"* de los artículos 126, 178A, 231, 257, 267 y 272 de la Constitución Política, salvo por el hecho de que en la etapa final del proceso no existe un orden específico dentro de la lista de elegibles.

#### **4. La analogía en el ámbito del derecho público: su uso es posible dentro del marco del principio de legalidad. Solución del caso analizado**

Según se ha revisado, el Acto Legislativo 2 de 2015 modificó, entre otros aspectos, la forma de elección de los contralores territoriales, en el sentido de que esta ya no se hará por las asambleas y concejos a partir de temas elaboradas por los tribunales superiores y contencioso administrativos, sino mediante una convocatoria pública conforme a la ley y con base en los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana, equidad de género y mérito (artículos 126 y 272 C.P.).

Toda vez que la reforma constitucional es reciente y el legislador aún no ha expedido la ley especial que regirá este tipo de convocatorias públicas, se consulta si resultaría aplicable por analogía la legislación que regula el concurso

<sup>33</sup> Gaceta del Congreso 480 de 2015, Acta de Comisión 51 del 20 de mayo de 2015. Además se dejó claro que los principios de publicidad y transparencia buscan que la ciudadanía pueda hacer un control efectivo de la elección: "En ese sentido, entregar a la ciudadanía la posibilidad de encargarse de la función fiscal a través del proceso de convocatoria pública implicará que esta función se ejecute con rigurosidad y transparencia, pues es de la sociedad de donde provienen los recursos públicos con el que se financia el Estado, y quién más responsable de vigilar la ejecución de los recursos que la misma ciudadanía que financia el andamiaje institucional. Así entonces, permitir que la sociedad sea quien vigile sus propios recursos implica controlar el poder de la institucionalidad, lo que muestra que este tipo de modificación en las Contralorías contribuye al reequilibrio del Poder Público y en suma al sistema de pesos y contrapesos." (Gaceta del Congreso 289 de 2015. Ver también Gaceta del Congreso 341 de 2015).

público de méritos para la elección de personeros municipales o, en su defecto, alguna otra ley que la Sala considere aplicable al asunto.

Pues bien, la aplicación analógica de la ley se encuentra prevista en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 de la siguiente manera:

*"Artículo 8º. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".*

Esta disposición, que forma parte de un conjunto de reglas generales orientadas a solucionar vacíos legislativos, incongruencia en las leyes, oposición entre ley anterior y ley posterior y la forma de hacer el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo (artículo 1 de la Ley 153 de 1887), fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-083 de 1995, en la cual se indicó que la analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, *"pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma."*

La analogía supone entonces (i) un asunto o conflicto que debe resolverse; (ii) la inexistencia de una ley exactamente aplicable a ese asunto; y (iii) una ley que regula casos o materias semejantes (no iguales) que compartan la misma razón jurídica y, por tanto, admiten la misma solución en derecho<sup>34</sup>. Si se dan estas condiciones, se permite aplicar la ley análoga o semejante:

*"7.2.7 De esta manera, en el proceso de integración normativa, la analogía surge como un mecanismo de expansión del derecho frente a aquellos casos en los que no existe regulación alguna. En otras palabras, la analogía implica atribuir al caso no regulado legalmente, las mismas consecuencias jurídicas del caso regulado similarmente. Sin embargo, para que dicho razonamiento sea válido jurídicamente, se requiere que entre los casos exista una semejanza relevante, que además de ser un elemento o factor común a los dos supuestos, corresponda a una razón suficiente para que al caso regulado normativamente se le haya atribuido esa consecuencia específica y no otra."*<sup>35</sup>

Ahora bien, pese a que no existe una prohibición para aplicar las reglas de interpretación normativa de la Ley 153 de 1887 en el ámbito del derecho público - de hecho su uso es frecuente-, no pueden pasarse por alto los límites que se

<sup>34</sup> Sentencia SU-975 de 2003: "El principio de la analogía, o argumento a *simili*, consagrado en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, supone estas condiciones ineludibles: a) que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido; b) que la especie legislada sea semejante a la especie carente de norma, y c) que exista la misma razón para aplicar a la última el precepto estatuido respecto de la primera."

<sup>35</sup> Sentencia T-734 de 2013.

157  
151  
431

presentan en el caso particular de la analogía, debido a la sujeción de las autoridades administrativas al principio de legalidad (artículos 4, 121 y 122 C.P.). Particularmente, la primera y más importante limitación tiene que ver, como ha advertido el Consejo de Estado, con la imposibilidad de asignar competencias a una autoridad pública por analogía:

"El imperio del derecho frente a la arbitrariedad en el ejercicio del poder, constituye una de las más importantes garantías de las libertades ciudadanas, pues permite la vigilancia y el control de los actos y de los agentes del poder, el reclamo por el cumplimiento de los objetivos y finalidades estatales, el ejercicio de las acciones en interés general o particular, la realización de la justicia y el mantenimiento de la seguridad jurídica como fines últimos del derecho.

Este principio permite deducir que, en un Estado de derecho, como el nuestro, no existen poderes implícitos ni competencias deducibles por analogía, circunstancias que desvirtúan su esencia; que el ejercicio de las potestades públicas conferido por el ordenamiento jurídico a determinada autoridad es indelegable e intransferible, salvo norma que lo autorice expresamente; y, finalmente, que las potestades públicas no son negociables ni transigibles, por cuanto constituyen manifestación directa de la naturaleza soberana del Estado."<sup>36</sup>

También por virtud del principio de legalidad y de las garantías al debido proceso, la jurisprudencia ha considerado que la analogía tiene restricciones en materia tributaria<sup>37</sup>, sancionatoria<sup>38</sup>, de inhabilidades e incompatibilidades<sup>39</sup> y, en general cuando se utiliza para extender el ámbito de aplicación de normas exceptivas<sup>40</sup> o prohibitivas<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2000, Radicación número: 16973. Ver también de la Sección Cuarta la Sentencia del 28 de agosto de 1992, exp. 1992-4158: "En ningún caso es viable la analogía como procedimiento discrecional de corporaciones, órganos o funcionarios administrativos, para la adopción permanente de preceptos jurídicos, en órbita territorial o respecto de materias no previstas expresamente por el sistema normativo que se pretende acoger."

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 3 de noviembre de 2007, exp. 2000-0718.

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 18 de noviembre de 2007, exp. 2006-02007. Igualmente del Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 22 de septiembre de 2004, exp. 2002-0117.

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 16 de febrero de 2012, exp. 2009-00103.

<sup>40</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de enero de 1998, exp. 1998-120 AC. Igualmente, de la Sección Quinta Sentencia del 28 de noviembre de 1995, exp. 1995-1471.

<sup>41</sup> "En tratándose de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones no es dable aplicar la ley que las establece por analogía, esto es, a eventos no previstos en ella, pero si es procedente interpretar la ley correspondiente, para determinar su contenido. Dicho en otras palabras, una norma que establece prohibiciones o limitaciones puede ser interpretada para su aplicación, pero no puede ser aplicada analógicamente." (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. 1993-1895.) Ver también Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 23 de septiembre de 2007, exp. 2003-00126: "A ello cabe agregar que (...) la responsabilidad de las personas igualmente debe tener origen en la ley según el artículo 6° de la Constitución Política, a cuyo tenor 'Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por

155  
152  
432

Por lo demás, si la analogía se aplica dentro del marco del principio de legalidad y con respeto del debido proceso y los derechos fundamentales de los ciudadanos, es una herramienta válida para solucionar también problemas jurídicos en el ámbito del derecho administrativo. Debe recordarse, como se señaló en la Sentencia C-083 de 1995, que en la analogía no hay apartamiento o separación de la ley sino precisamente lo contrario, es decir, reafirmación de que una determinada situación será regida por una norma legal que regula una hipótesis que en esencia responde a la misma razón jurídica de aquella que se debe atender. Así, en el razonamiento por analogía el operador jurídico, que en el caso analizado serían las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales, *"no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley"*<sup>42</sup>.

Sobre este último aspecto la Corte Constitucional reiteró recientemente que cuando se recurre a la *analogía legis* o a la *analogía iuris* para resolver una determinada cuestión de derecho<sup>43</sup>, *"en realidad [se] aplica la 'ley', pues 'las soluciones que surgen en virtud de la aplicación de la primera forma de analogía y las reglas generales del derecho que resultan de la segunda, constituyen una genuina expresión del imperio de la ley'"*<sup>44</sup>. De este modo, se ha aclarado que la analogía no es una fuente subsidiaria del derecho -como la doctrina constitucional o los principios generales del derecho que también se mencionan en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y se aplican en ausencia de referentes normativos- sino que queda comprendida en el mandato superior de sujeción a la "Constitución y la ley" (artículo 230 C.P.)<sup>45</sup>.

En consecuencia, cuando la competencia administrativa existe y de lo que se trata es de establecer el procedimiento para su aplicación, como sucede en el caso que se revisa, la analogía puede ser utilizada para asegurar el cumplimiento de la función asignada, más aun cuando esta tiene rango constitucional. De hecho el propio legislador ha previsto que las autoridades administrativas no puedan invocar la falta de un procedimiento administrativo para eludir el ejercicio de sus competencias, pues para ese efecto ha establecido uno general (marco) aplicable en ausencia de una norma especial (artículos 2º y 34 CPACA). Por tanto, bien sea

---

infringir la Constitución y las leyes', de allí que sea reiterativa y uniforme la jurisprudencia sobre la improcedencia de establecer responsabilidad a las personas por analogía o por extensión."

<sup>42</sup> Sentencia C-083 de 1995: "(...) la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación".

<sup>43</sup> "Cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como '*analogía legis*', y se la contrasta con la '*analogía iuris*' en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada." (Sentencia C-083 de 1995)

<sup>44</sup> Sentencia C-284 de 2015.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

156  
153  
433

por virtud de la aplicación analógica de una ley similar o de la aplicación supletiva del CPACA, siempre será posible solucionar vacíos en las normas de procedimiento aplicables para el ejercicio de una determinada función administrativa, pues debe recordarse que las autoridades públicas también son responsables por omisión en el cumplimiento de sus funciones (artículo 6º C.P.).

Además, el propio CPACA consagra principios orientadores que como indica su artículo 3º sirven a las autoridades para *"interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos"*.

Así las cosas y como quiera que según lo analizado anteriormente la convocatoria pública de los artículos 126 y 272 de la Constitución Política responde en esencia a los mismos principios y finalidades de los concursos públicos de méritos, la Sala encuentra perfectamente viable que mientras el Congreso de la República regula de manera específica la materia, las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales cumplan la función constitucional de elegir contralores territoriales mediante la aplicación analógica de las normas que regulan los concursos, con la salvedad, como se dijo, de que no habría orden de prelación en la lista de elegibles. Lo contrario -no aplicar la reforma constitucional o dar completa liberalidad a los órganos electores para adelantar las convocatorias públicas dirigidas a seleccionar los candidatos a contralor- iría en contra del carácter vinculante de la Constitución y del efecto útil de la norma, además de que desconocerla, precisamente, el principio de legalidad.

Por tanto, frente al interrogante planteado por el organismo consultante, la Sala considera que en la elección de contralores territoriales a cargo de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales puede aplicarse por analogía la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario No. 2485 de 2014, sobre concurso público de méritos para la elección de personeros municipales y distritales, que regulan una situación semejante a la que debe resolverse ahora: elección de un funcionario de control territorial por parte de una corporación pública local. En esa normatividad se aplican los principios que exigen los artículos 126 y 267 de la Constitución Política (solo habría que agregar en las convocatorias un criterio de equidad de género), por lo que se cumplirían a cabalidad los presupuestos necesarios para el uso de la analogía: (i) ausencia de ley aplicable; (ii) existencia de una ley que regula un asunto semejante; y (iii) identidad de razón jurídica.

Debe advertirse además que el acto de apertura de la convocatoria será obligatorio (por asimilación al que abre los concursos públicos de méritos<sup>46</sup>) y que durante todo el procedimiento de selección se deberá dar cumplimiento también a

<sup>46</sup> Sentencias SU-446 de 2011 y SU-913 de 2008.

134  
434

los principios que rigen el ejercicio de las funciones administrativas (artículo 209 C.P.) y los procedimientos administrativos en general (artículo 3 CPACA).

**5. Consideración final: exhorto al Congreso de la República y al Gobierno Nacional para que se tramite la ley que desarrolle el artículo 126 de la Constitución Política.**

Sin perjuicio de lo señalado a lo largo de este Concepto sobre la posibilidad de acudir a la analogía para que las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales puedan cumplir la función constitucional que les ha sido asignada en relación con la elección de contralores territoriales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado exhorta al Congreso de la República y al Gobierno Nacional para que si aún no se hubiere hecho, tramiten en el más corto plazo posible y a más tardar en la próxima legislatura, el proyecto de ley que desarrolle el mecanismo de convocatoria pública que se establece en los artículos 126, 178A, 231, 257, 267 y 272 de la Constitución Política.

Advierte la Sala que estas disposiciones imponen el deber claro y expreso al Congreso de la República de expedir una ley que regule de manera específica y diferenciada la convocatoria pública, razón por la cual no es una opción constitucionalmente válida omitir su cumplimiento. En el logro de dicho fin está comprometido también el Gobierno Nacional, en virtud del deber constitucional de colaboración (artículo 113) y de la calidad que tiene el Presidente de la República de "suprema autoridad administrativa" (artículo 189), condición esta que lo obliga a velar por el mejor cumplimiento posible de la función administrativa en todos sus niveles.

No sobra advertir que la tramitación de esta ley reviste urgencia, pues mas allá de que los próximos contralores territoriales puedan elegirse con base en normas legales aplicadas por analogía, es posible que se presenten renunciaciones o vacantes definitivas en los próximos años, lo que exigirá nuevamente la aplicación de una convocatoria pública. Además, de la ley que desarrolle el artículo 126 de la Constitución Política, depende también la elección de otros diversos servidores públicos, por lo que su expedición es un imperativo constitucional irrenunciable para el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

Para estos efectos la Sala, en desarrollo de su función consultiva y de preparación y revisión de textos normativos, estará atenta a prestar la colaboración que se estime necesaria por parte del Gobierno Nacional.

Con base en lo anterior,

135  
435**(III) La Sala RESPONDE:**

1. *¿Teniendo en cuenta que no se ha expedido la ley correspondiente, que regule la convocatoria pública para la elección de contralores departamentales, distritales y municipales, se puede aplicar por analogía, mientras se tramita y expide esa ley, el procedimiento previsto en la Ley 1551 de 2012, "por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", y en el Decreto Reglamentario No.2485 de 2014, "por medio del cual se fijan los estándares mínimos para el concurso público y abierto de méritos para la elección de personeros municipales" -hoy compilado en el Decreto único Reglamentario No.1083 de 2015-; con fundamento en el principio de aplicación inmediata de las normas constitucionales?"*

Sí. Para la elección de contralores territoriales por parte de las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales se puede aplicar por analogía, mientras se expide una ley que regule las convocatorias públicas, la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario No. 2485 de 2014 sobre concurso público de méritos para la elección de personeros municipales y distritales, teniendo en cuenta en todo caso que en la escogencia final no aplica un orden específico de elegibilidad entre los seleccionados. El acto de apertura de la convocatoria pública será vinculante para las entidades y en el deberán identificarse con claridad las etapas del procedimiento y la forma de aplicar los criterios de selección.

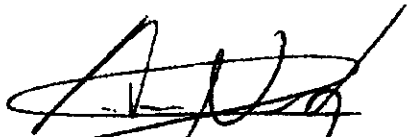
Además, las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales deberán asegurar el cumplimiento de los principios de publicidad, transparencia, objetividad, participación ciudadana, equidad de género y mérito, señalados en los artículos 126 y 272 de la Constitución Política, así como de los que rigen el ejercicio de las funciones administrativas (artículo 207 C.P.) y los procedimientos administrativos en general (artículo 3 CPACA).

En todo caso se exhorta al Congreso de la República y al Gobierno Nacional para que si aún no se hubiere hecho, se tramite en el más corto plazo posible y a más tardar en la próxima legislatura, el proyecto de ley que desarrolle el mecanismo de convocatoria pública que se establece en los artículos 126, 178A, 231, 257, 267 y 272 de la Constitución Política.

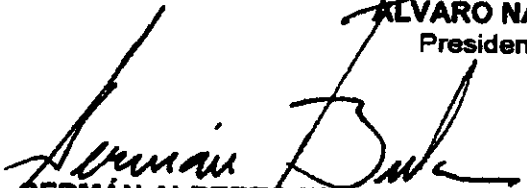
2. *¿De no considerarse viable la propuesta anterior, cuál sería el mecanismo jurídico que debería aplicarse para atender la situación planteada?*

Por la respuesta dada a la pregunta anterior no hay lugar a pronunciarse frente a este interrogante.

Remítase al Ministerio del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



ALVARO NAMÉN VARGAS  
Presidente de la Sala



GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR  
Consejero de Estado



WILLIAM ZAMBRANO CETINA  
Consejero de Estado

  
LUCÍA MAZUERA ROMERO  
Secretaria de la Sala

LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO 42451 DE FECHA 11  
DE NOVIEMBRE DE 2015 - MINISTERIO DEL INTERIOR



102

437

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

**Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro**

Bogotá, veintiocho (28) de abril de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación:** 70001-23-33-000-2016-00011-01  
**Radicación Interna N°.** 2016-0011  
**Demandante:** Raúl Enrique Vergara Álviz – Procurador No. 44  
Judicial II Administrativo de Sucre  
**Demandado:** Miguel Arrazola Sáenz – Contralor del  
departamento de Sucre para el período 2016-2019

**Auto Electoral – Resuelve recurso de apelación**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador No. 44 Judicial II Administrativo contra la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Sucre- en auto de 11 de febrero de 2016 mediante el cual admitió la demanda y negó la solicitud de suspensión provisional, únicamente respecto de esta última decisión.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La Demanda**

El señor **Raúl Enrique Vergara Álviz** en su condición de Procurador No. 44 Judicial II Administrativo demandó en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 del CPACA, la nulidad de la elección del señor **Miguel Alfonso Arrázola Sáenz** como Contralor Departamental de Sucre para el período constitucional 2016-2019.

Como pretensión principal solicitó<sup>1</sup>:

“LA NULIDAD parcial del acto administrativo, contenido en el acta No. 003 de fecha 6 de enero de 2016, específicametne el numeral 5º del orden del día, por medio de la cual se hace la elección del señor MIGUEL ALFONSO ARRAZOLA SÁENZ como Contralor Departamental de Sucre período 2016-2019, realizada por la Asamblea Departamental de Sucre, por ser violatorio de norma

<sup>1</sup> En el escrito mediante el cual subsanó la demanda.

superior (infracción a las normas en que debe fundarse), y por haber sido expedido de forma irregular (artículo 137 CPACA)."(Mayúsculas en original)

Como sustento de su demanda el actor manifestó que:

- i) Por Resolución No. 056 de 19 de noviembre de 2015 la Asamblea departamental de Sucre estableció el procedimiento para escoger al Contralor Departamental y al Secretario General de dicha corporación.
- ii) En dicha resolución se establecieron varias etapas: 1) inscripción presentando la documentación exigida; 2) verificación del cumplimiento de requisitos; 3) publicación del listado de admitidos entre el 29 y el 31 de diciembre de 2015.
- iii) Para la elección del contralor, la Asamblea Departamental de Sucre no se apoyó en universidades, instituciones de educación superior o entidades especializadas en selección de personal, como lo establece el Decreto 2485 de 2014 que reglamentó el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012.
- iv) El 16 de diciembre de 2015 funcionarios de la Procuraduría Regional de Sucre realizaron una visita en la Secretaría General de la Asamblea Departamental y dejaron constancia de que "se constató la existencia de 54 hojas de vida de los aspirantes al cargo de Contralor Departamental de Sucre, de las cuales 50 se encuentran admitidas y 4 inadmitidas; igualmente se deja constancia que las hojas de vida como tales no fueron objeto de examen por la comisión, ni se verificó el cumplimiento de los requisitos de los candidatos admitidos ni el incumplimiento de los inadmitidos; también se deja constancia que a la fecha de la visita de acuerdo al cronograma de convocatoria de fecha 19 de noviembre de 2015, Resolución No. 056 de 19 de noviembre de 2015, el proceso de convocatoria se encuentra en trámite, está corriendo el término de tres (3) días hábiles siguientes a la publicación del listado de admitidos e inadmitidos, la cual se realizó el día catorce (14) de diciembre de 2015..."
- v) El proceso de escogencia del Contralor Departamental de Sucre se limitó a la verificación de los requisitos generales y no hubo aplicación de pruebas e instrumentos de selección como criterio de mérito para la conformación de la lista de elegibles.
- vi) El 6 de enero de 2016 la Asamblea departamental de Sucre eligió a Miguel Alfonso Arrazola Sáenz como Contralor de ese departamento sin que

429

se atendieran estándares mínimos de transparencia y mérito, los cuales fueron desarrollados por la Corte Constitucional en la sentencia T-604 de 2013 en la aplicación de pruebas e instrumentos de selección para establecer la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad.

A juicio del actor, la situación descrita anteriormente da cuenta de la nulidad del acto acusado, comoquiera que viola las siguientes normas: i) los artículos 13, 40-7, 272, 126 inciso 4º, y 209 de la Constitución Política, y ii) el artículo 3º del CPACA.

## **2. La solicitud de suspensión provisional**

En un acápite de la demanda, la parte actora solicitó la suspensión provisional del acto de elección del señor Arrazola Sáenz como Contralor Departamental de Sucre, para el efecto argumentó que es violatorio de las reglas mínimas de meritocracia y del derecho a la igualdad que tienen todas las personas en someterse a un procedimiento justo y objetivo de selección.

Adujo que con la elección "atípica" del Contralor se pretermitió la aplicación de pruebas e instrumentos de selección para establecer la capacidad profesional o técnica del aspirante así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública.

Finalmente afirmó que la solicitud se sustenta en la violación de las disposiciones invocadas en la demanda, el análisis de las mismas y su confrontación con el acto demandado.

## **3. El auto recurrido**

Se trata del adoptado por el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante el cual, respecto a la solicitud de suspensión provisional del acto acusado decidió:

**"SEGUNDO: NIÉGUESE** la suspensión provisional de la elección demandada." (Negrillas en original)

Como fundamento de la anterior decisión, el juez *a quo* manifestó que "las pruebas con las que se pretende dar entidad a la suspensión provisional, no pueden soportarla".

440

Explicó que si bien el Acto Legislativo No. 02 de 2015 dispuso que la elección de los contralores se haría mediante convocatoria pública conforme a la ley, lo cierto es que esta no ha sido proferida, lo que impone concluir que no existe reglamentación que indique "los requisitos y procedimientos, que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección".

Afirmó que debe acudirse a la Ley 909 de 2004 para señalar que el cargo de Contralor Departamental es un empleo de período fijo (art. 1º.c), no sometido a carrera administrativa (art. 5.1), que se asemeja a los empleos de libre nombramiento y remoción en cuanto a su nombramiento, pues la ley no tiene reglamentación al respecto, pero sometido al criterio del mérito.

En consecuencia, el nombramiento del Contralor Departamental "se halla flexibilizado" porque no responde a criterios de carrera administrativa sino que se somete a los criterios establecidos en el Acto Legislativo No. 2 de 2015 – los cuales "no tendrían dificultad de hallarse en la convocatoria efectuada por la Asamblea Departamental de Sucre"- y al mérito, aspecto en el cual el legislador tiene un razonable margen de libertad de configuración.

Frente a lo que debe entenderse por mérito, sostuvo que esa expresión es ambigua pues puede ser verificable a través de distintos medios que bien puede no ser de calificación, sino de presentación de la hoja de vida o elaborados y complicados sistemas, teniendo en cuenta que no se trata de evaluación de conocimientos.

En ese orden, concluyó que se hace necesario que el legislador reglamente el Acto Legislativo No. 02 de 2015 para saber concretamente, cuál sería el procedimiento a seguir en estos casos, pero la omisión legislativa absoluta existente da al traste con la solicitud de medida cautelar "desechándose con ello, cualquier interpretación sistemática".

Finalmente adujo que estudiados los elementos probatorios aportados con la demanda, no es posible en esta instancia del proceso, adoptar una decisión con miras a suspender provisionalmente los efectos del acto de elección cuya nulidad se persigue, "toda vez que lo que posiblemente pudo acontecer, es la existencia de un procedimiento de convocatoria pública, que si bien denota una etapa de inscripción, presentación y verificación de documentos... no se tiene certeza de la técnica que es asumida, para valorar los criterios de mérito específicos, sin que con ello se quiera decir, que la Asamblea Departamental de

441

Sucre, haya obviado, la exigencia de los principios consignados en la convocatoria pública en mención”.

#### **4. El recurso interpuesto**

El Procurador No. 44 Judicial II Administrativo formuló recurso de apelación contra la decisión de no suspender provisionalmente el acto acusado.

Para el efecto manifestó que el cargo de Contralor Departamental de Sucre es de período fijo y que para su escogencia no debe adelantarse un concurso de méritos, pero sí una convocatoria pública la cual fue reglada por Resolución No. 056 de 19 de noviembre de 2015 expedida por la Asamblea Departamental de Sucre, la cual no incluyó criterios de calificación, asignación de puntajes ni mecanismos de preselección, lo cual trasgrede los principios de transparencia y mérito.

A su juicio la única forma constitucionalmente admisible para garantizar la materialización de los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito, es el establecimiento de unas reglas claras las cuales estuvieron ausentes en la escogencia del Contralor Departamental de Sucre, pues el proceso se limitó a la verificación del cumplimiento de requisitos generales, como se advierte de las pruebas allegadas con la demanda, pero no la aplicación de pruebas e instrumentos de selección como criterio de mérito para la conformación de la lista de elegibles.

Afirmó que la elección no puede estar sometida a criterios subjetivos de valoración, máxime cuando el artículo 126 de la Constitución, reformado por el Acto Legislativo No. 2 de 2015 estableció que en el marco de las convocatorias para la elección de servidores atribuidas a corporaciones públicas, debían materializarse los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito.

Contrario a lo dicho por el tribunal según el cual no es posible aplicar la norma constitucional por falta de ley que la reglamente, a quien le corresponda adelantar una elección de esta naturaleza, le es exigible la aplicación inmediata de los principios orientadores de la Carta.

En este punto, trajo a colación el auto de 4 de febrero de 2016 de esta Sección, radicado número 11001-03-28-000-2015-00048-00 en el que se

442

resolvió un recurso contra la suspensión provisional del Acuerdo No. 009 de 2015 mediante el cual se eligió a los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial. Insistió en que era necesario fijar unas reglas claras de selección en el proceso que culminó con la elección del Contralor Departamental de Sucre.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

En los términos de los artículos 150, 152.8 y del inciso final del artículo 277 del CPACA, corresponde a la Sección decidir la apelación presentada por la parte demandante contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre a través del cual se admitió la demanda y se negó la solicitud de suspensión provisional, únicamente respecto de esta última decisión.

### **2. Oportunidad y trámite del recurso**

La Sala observa que el recurso de apelación se presentó dentro de la oportunidad legal correspondiente, pues la decisión que se cuestiona se notificó por Estado del 15 de febrero de 2016 y el recurso se interpuso al día siguiente.

Igualmente, se encuentra que al mismo se le dio el trámite que impone el numeral 2º del artículo 244 del CPACA<sup>2</sup>, pues así se acredita a folios 106 a 122 del expediente.

### **3. Problema jurídico**

Le corresponde a la Sala analizar si debe revocar o confirmar la decisión a través de la cual el Tribunal Administrativo de Sucre negó la medida cautelar de suspensión provisional del acto de elección del señor Miguel Alfonso Arrazola Sáenz como Contralor Departamental de Sucre para el período 2016-2019.

### **4. Caso concreto**

---

<sup>2</sup> “ARTÍCULO 244. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas: (...) 2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado. (...)”

443

La elección de contralores departamentales, municipales y distritales está a cargo de las respectivas Asambleas y Concejos, por mandato del artículo 272 de la Constitución Política.

Dichas corporaciones, en virtud de la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo No. 02 de 2015, deben adelantar una convocatoria pública para la referida elección, en los términos fijados por la ley, la cual a la fecha no ha sido expedida.

Ello significa, como lo reconoció recientemente esta Sección, que:

"el mandato contenido en el artículo 272 de la Carta no ha sido objeto de desarrollo legislativo, lo cual implica que no existe actualmente un mecanismo que permita determinar el procedimiento que debe seguirse a partir de la convocatoria pública que corresponde hacer a las corporaciones territoriales para la elección, en este caso, de los contralores.

No obstante, estima la Sala que este vacío normativo en el cual insistió el actor no permite concluir, en esta etapa inicial del proceso, que el trámite adelantado por la Asamblea de Santander para la elección del contralor departamental haya sido irregular, ni que la convocatoria pública hecha para tales efectos sea ilegal en sí misma. (...)

**La determinación de los posibles vicios en dicho procedimiento constituye un aspecto que solo puede ser determinado en la sentencia, cuando sea abordado el análisis de fondo sobre la incidencia que tiene la ausencia de norma que establezca la actuación que debe seguirse para la elección del contralor."**<sup>3</sup> (Negrilla fuera de texto)

De otra parte, debe señalarse que la Sala no cuenta con los elementos probatorios suficientes para concluir que la convocatoria pública hecha por la Asamblea desconoció las garantías de publicidad, objetividad, transparencia y mérito.

Al respecto, obran en el expediente las siguientes pruebas aportadas por el actor<sup>4</sup>:

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de 31 de marzo de 2016, Rad. 68001-23-33-000-2016-00149-01, Demandante: Miguel Darío Cárdenas Mancera; Demandado: Diego Fran Ariza Pérez (Contralor de Santander); C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

<sup>4</sup> Debe destacarse que el Tribunal Administrativo de Sucre no corrió traslado de la solicitud de suspensión provisional, tal como se advierte en la aclaración de voto suscrita por el magistrado Luis Carlos Alzate Ríos.

444

- Resolución No. 056 de 19 de noviembre de 2015 “por la cual se convoca a la inscripción de candidatos para aspirar al cargo de Contralor Departamental de Sucre y Secretario General de la Asamblea Departamental de Sucre”. (fl. 12-16)
- Acta de revisión de hojas de vida para la elección de Contralor Departamental de Sucre 2016-2019 y Secretario General de la Asamblea Departamental de Sucre período 2016. (fl. 17-20)
- Resolución No. 066 de 14 de diciembre de 2015 “por la cual se publica el listado de los aspirantes admitidos y no admitidos al cargo de Contralor Departamental de Sucre 2016-2019 y Secretario General de la Asamblea Departamental de Sucre período 2016”. (fl. 21-25)
- Acta de visita practicada en la Secretaría General de la Asamblea Departamental de Sucre por funcionarios de la Procuraduría Regional de Sucre. (fl. 26)
- Acta No. 003 de 6 de enero de 2016 de la sesión de la Asamblea Departamental de Sucre. (fl. 27-36)
- “Documentos para la inscripción al cargo de Contralor Departamental de Sucre 2016-2019”<sup>5</sup> (fl.37-50)
- “Requisitos generales al cargo de Contralor Departamental de Sucre 2016-2019”<sup>6</sup> (fl. 51-57)

Si bien se advierte en el Acta de la visita practicada a la Secretaría de la Asamblea General de Sucre el 16 de diciembre de 2015 por funcionarios de la Procuraduría Regional de ese departamento, que “las hojas de vidas (sic) como tales no fueron objeto de examen por la comisión, ni se verificó el cumplimiento de los requisitos de los candidatos admitidos ni el incumplimiento de los inadmitidos...”, se observa que en el Acta No. 003 de la sesión de la Asamblea Departamental de 6 de enero de 2016 en la cual se eligió al Contralor de Sucre, una de las diputadas, Karime Cotes, manifestó entre otras cosas, que “hemos tenido la oportunidad de estudiar detenidamente las hojas de vida radicadas en la Secretaría para hoy tomar la mejor decisión para este departamento”.

Asimismo, otro diputado, Jorge Mario Hernández quien afirmó haber ostentado esa investidura en el período anterior, sostuvo que “hoy contamos con el acompañamiento como lo hemos contado (sic) desde un principio de la Procuraduría, existen manifestaciones por algunos organismos de control que han acompañado y donde han encontrado todo en absoluta transparencia... existen

---

<sup>5</sup> El documento no tiene membrete ni firma que permita su identificación.

<sup>6</sup> El documento no tiene membrete ni firma que permita su identificación.



445

nombres de grandes calidades de cualidades profesionales y éticas de alto reconocimiento a la población que tiene el departamento de Sucre...”

Ello evidencia que la sola convocatoria no es suficiente para saber cuál fue el desarrollo del proceso. Además tampoco es posible establecer, en este momento procesal, la incidencia de las etapas de la convocatoria respecto de la elección, teniendo en cuenta la ausencia de regulación legal. Es decir, como ya se indicó, será la sentencia el escenario para definir si, como lo plantea el actor, era indispensable la aplicación de pruebas e instrumentos de selección como criterio de mérito, las cuales no fueron establecidas en la convocatoria para elegir al demandado.

Así las cosas, se advierte que las pruebas no tienen la fuerza suficiente para que el acto acusado pierda ejecutoriedad<sup>7</sup>, pues si bien la Procuraduría Regional dejó constancia de posibles irregularidades, lo cierto es que varios diputados dieron cuenta del cumplimiento del procedimiento y de la evaluación de las hojas de vida de quienes atendieron la convocatoria.

De otra parte, debe precisarse que el antecedente citado por el actor referido al Consejo de Gobierno Judicial no ha sido desconocido por cuanto se trata de un caso distinto al sub examine, como puede advertirse:

**“... debe considerarse que [las reglas de la convocatoria], en este caso, confluyen en la conformación de un cuerpo colegiado de vital trascendencia para los altos destinos que demanda uno de los pilares del Estado Constitucional, pues se trata, ni más ni menos, del órgano encargado de velar por el buen funcionamiento de la Rama Judicial.**

No sobra recordar que una de las premisas que rige nuestro Estatuto Supremo, es el principio de “*separación de poderes*” y colaboración armónica de las ramas y órganos del poder público...

---

<sup>7</sup> **ARTÍCULO 91. PÉRDIDA DE EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.** Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan vigencia. (subraya fuera de texto)

446

En ese orden de ideas, se torna imperioso destacar que para poder concretar este ideario, no basta la conjugación semántica de los verbos que orientan la conformación del Consejo de Gobierno Judicial, y particularmente la elección de sus tres miembros permanentes y de dedicación exclusiva, pues si no se garantiza la idoneidad, la publicidad, la transparencia, la participación ciudadana, la equidad de género y los criterios de mérito para su selección se enervaría el correcto funcionamiento de la Rama misma y de contera, se trastocaría el principio de colaboración armónica, habida cuenta que las falencias en la judicatura repercutirían en otros sectores públicos y privados que dependen de la tan determinante labor de la judicatura.

No puede perderse de vista que, por designio expreso del Constituyente derivado a tales servidores compete "... la planeación estratégica de la Rama Judicial y (...) proponer al Consejo de Gobierno Judicial, para su aprobación, las políticas públicas de la Rama Judicial". (...)

Es claro, entonces, que en el sub examine, está de por medio la constitucionalidad y legalidad de la escogencia de servidores de quienes se espera un conocimiento altamente calificado, cuyo ejercicio se acompañará no solo de pulcritud en el manejo de los recursos para la implementación y correcto desenvolvimiento del poder judicial, sino de facultades de indubitable trascendencia e impacto.

Bajo esa égida, la estructura de la respectiva convocatoria pública no puede prescindir de ninguno de los elementos reglados que se orientan con los principios antes descritos...

Tampoco se puede desconocer que el constituyente derivado en el Acto Legislativo 02 de 2015 estableció concretamente algunos aspectos para la elección de los miembros del Consejo de Gobierno Judicial como los términos para su escogencia, requisitos y periodos, los cuáles no pueden ser desconocidos por el Consejo de Gobierno al establecer las reglas o el procedimiento en la convocatoria, pues se recaba en el límite de su competencia residual en materia de reglamentación, sin que exista en estos elementos margen de apreciación del órgano que debía establecer la convocatoria correspondiente."<sup>8</sup>

Sumado a lo anterior, en la providencia que resolvió el recurso de reposición contra el auto que decidió suspender provisionalmente los efectos del Acuerdo No. 009 de 2015 del Consejo de Gobierno Judicial "Por el cual se declaran elegidos los tres (3) miembros de dedicación exclusiva para conformar el Consejo de Gobierno Judicial", se insistió en las circunstancias particulares de

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de 15 de diciembre de 2015, Expediente No. 1100103280002015004800, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

447

ese caso que ameritaban unas reglas particulares para esa convocatoria lo cual impide que, en principio, sus conclusiones sean extrapoladas al caso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala. Veamos:

“Ciertamente los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial son funcionarios de periodo fijo y no empleados públicos de carrera, también es claro para la Sección que a efectos de elegir a los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial no debe adelantarse un concurso de méritos en estricto rigor jurídico, sino una convocatoria pública. (...)

Lo que ocurre es que no se trata de una convocatoria cualquiera sino de una reglada y, por tanto, se imponía establecer e informar sobre los criterios de calificación, asignación de puntajes y los mecanismos de preselección.

Recuérdese que de conformidad con la Constitución Política, el Consejo de Gobierno Judicial estará integrado por nueve miembros: los Presidentes de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado; el gerente de la Rama Judicial; un representante de los magistrados de los Tribunales y de los jueces; un representante de los empleados de la Rama Judicial **y tres miembros permanentes de dedicación exclusiva.**

Los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobiernos Judicial, de conformidad con el texto constitucional, son los encargados de: **(i) la planeación estratégica de la Rama Judicial y (ii) proponer al Consejo de Gobierno Judicial, para su aprobación, las políticas públicas de la Rama Judicial.**

Por lo anterior, se exigió, de un lado, (i) que tuvieran al menos diez años de experiencia en diseño, evaluación o seguimiento de políticas públicas, modelos de gestión o administración pública y (ii) de otro, que en su elección debería asegurarse la diversidad de perfiles académicos y profesionales.

No se trata entonces de una convocatoria tradicional como por ejemplo para la postulación a una dignidad, como equivocadamente lo entienden los recurrentes, sino que se trata de elegir a servidores con un perfil altamente especializado por lo que en su designación no pueden tener aplicación criterios subjetivos de selección sino todo lo contrario, objetivos y de prevalencia del mérito.” (Negrilla del texto original, subrayas propias)

En suma, existen amplias y fuertes diferencias entre: (i) la Convocatoria *sui generis* del artículo 254 Superior regulada por el artículo 18 transitorio del Acto Legislativo No. 2 de 2015, normativa de naturaleza estatutaria que regirá hasta la expedición de una ley de este mismo rango, que asigna a las autoridades judiciales -demás miembros del Consejo de Gobierno Judicial- unas competencias especiales electorales sujetas estrictamente a la norma transitoria, y (ii) la Convocatoria Pública a que se refieren los actuales artículos 126 y 272 Superiores, para elegir contralores territoriales, frente a la cual el constituyente derivado, al abstenerse de dar pautas específicas

440

más allá de la enunciación de los principios que deben orientar el asunto, ofreció a la corporaciones públicas de elección popular, a cuyo cargo se encuentra dicha competencia electoral, un mayor margen de discrecionalidad.

Bajo las anteriores consideraciones, se confirmará la decisión del Tribunal de negar la medida cautelar deprecada, pues será la sentencia el escenario para determinar si el procedimiento que adelantó la Asamblea de Sucre para elegir al Contralor Departamental trasgredió las normas invocadas por el actor.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado,

### III. RESUELVE:

**Primero: Confirmar** la decisión de negar la suspensión provisional del acto a través del cual se eligió como Contralor Departamental de Sucre para el periodo 2016-2019 al señor Miguel Alfonso Arrazola Sáenz, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre.

**Segundo: Devolver** al Tribunal de origen para lo de su cargo.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Presidente

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
Consejera de Estado  
Ausente con excusa

449

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Consejero de Estado

**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
Consejero de Estado

480

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

**Consejera Ponente: *MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN***

**Bogotá D.C.,** doce (12) de octubre de dos mil seis (2006)

|                            |                                                                    |
|----------------------------|--------------------------------------------------------------------|
| <b>Expediente:</b>         | <b>1100103280002006000004-00 y<br/>1100103280002006000005-00</b>   |
| <b>Radicación Interna:</b> | <b>3918 y 3919</b>                                                 |
| <b>Actor:</b>              | <b>Ministerio de Educación Nacional y Jesús<br/>Hernán Giraldo</b> |
| <b>Demandado:</b>          | <b>Rector Universidad de los Llanos</b>                            |
| <b>Asunto:</b>             | <b>Electoral – Fallo Única Instancia</b>                           |

Se ocupa la Sala de decidir las demandas acumuladas de Nulidad Electoral formuladas dentro de los procesos de la referencia.

**I.- ANTECEDENTES**

**1.- LAS DEMANDAS**

451

## **1.1.- Demanda del Ministerio de Educación Nacional - 3918**

### **1.1.1.- Las Pretensiones**

La demanda se endereza a obtener el siguiente pronunciamiento:

"De conformidad con los fundamentos de hecho, de derecho y jurisprudenciales referidos en la presente demanda, solicito al Despacho declarar la **NULIDAD** del Acto Administrativo de fecha 30 de diciembre de 2005, Resolución Superior No. 040, a través de la cual el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos designó al señor JAIRO IVÁN FRÍAS CARREÑO como Rector de la Universidad de Los Llanos, para el período comprendido entre el 1 de marzo de 2006 y el 28 de febrero de 2009, según consta en el acta del Consejo Superior de la Institución del 30 de diciembre de 2005"

### **1.1.2.- Soporte Fático**

Bajo este capítulo se hacen las siguientes afirmaciones:

- 1.- La Universidad de los Llanos es una institución de educación superior pública u oficial, con categoría de universidad del orden nacional, organizada como ente universitario autónomo (Ley 30/1992 art. 57; Dto. 2513/1974; Res. 3273 de junio 25/1993; Acuerdo 27/2000).
- 2.- Según el artículo 64 de la Ley 30 de 1992 el máximo órgano de dirección de dicha universidad es el Consejo Superior Universitario.
- 3.- De acuerdo con el literal e) del artículo 65 de dicha ley, el Consejo Superior Universitario tiene la función de *"designar y remover al rector en la forma que prevean los estatutos"*.

452

4.- La Universidad de los Llanos expidió el Acuerdo No. 27 de mayo 17 de 2000, por medio del cual modificó el Estatuto General de la Universidad o Acuerdo 130/1993.

5.- Según el artículo 11 del Acuerdo No. 27/2000 el Consejo Superior Universitario estará integrado por: a) El Ministro de Educación Nacional o su delegado, quien lo presidirá; b) Un representante del Presidente de la República, que haya tenido vínculos con el sector universitario, quien lo preside en ausencia del Ministro o su delegado; c) Un representante de la directiva académica; d) Un Ex Rector de la universidad; e) Un profesor de la universidad; f) Un estudiante de la universidad; g) Un representante de los egresados de la universidad; h) Un representante del sector productivo, e i) El Rector de la universidad, con voz pero sin voto.

6.- El literal e) del artículo 19 del Acuerdo 27/2000 precisa que el Consejo Superior de la Universidad designa al Rector para un período de 3 años, evalúa su gestión y lo remueve, según los propios estatutos.

7.- La Resolución No. 33 de octubre 21 de 2005 vino a reglamentar la norma anterior, mediante la cual se convoca y fija el procedimiento para la designación del Rector de la universidad para el período marzo 1/2006 – febrero 28/2009.

8.- Acatando dicha resolución la Universidad de los Llanos convocó mediante publicación en el diario El Tiempo del 30 de octubre de 2005 y en el diario "7 Días Llanito" del 28 al 31 de octubre de 2005, y en la página web de la institución los días 28 y 30 de octubre de 2005, a los aspirantes al cargo de Rector, quienes debían presentar sus hojas de vida y programas de gobierno entre el 1º y el 11 de noviembre de 2005.

9.- El 11 de noviembre de 2005 la Secretaría General de la Universidad, bajo la vigilancia de la oficina de control interno, levantó acta contentiva del listado de aspirantes y documentos recibidos (Res. 33/2005 art. 2).



463

10.- El 15 de noviembre de 2005 la Comisión integrada en cumplimiento del artículo 5 de dicha resolución, levantó acta de inclusión de los aspirantes que cumplían requisitos para acceder al cargo.

11.- El 25 de noviembre de 2005 esa Comisión presentó al Consejo Superior el resultado de la revisión de esas hojas de vida (Res. 33/2005 art. 6).

12.- En sesión de la misma fecha el Consejo Superior revisó las hojas de vida.

13.- La Resolución 33/2005 art. 6 par. 2 establece dos requisitos previos y obligatorios para poder convocar a sesión extraordinaria con el fin de designar Rector de la Universidad para el período 2006-2009, consistentes en la sustentación pública de su programa de gobierno ante la comunidad universitaria en el lugar y fechas fijados por la universidad, y en la presentación del mismo programa en sesión del Consejo Superior.

14.- El primer acto se realizó ante la comunidad universitaria durante los días 14 y 15 de diciembre de 2005.

15.- El segundo acto nunca se cumplió.

16.- No obstante la omisión anterior los miembros del Consejo Superior de la Universidad señores Rodrigo Arenas Granada – Designado por el Presidente de la República, Guillermo León Rey Ruiz – Representante de los Ex Rectores, Jairo Alberto Rocha Rodríguez – Representante de los Egresados, Miguel Iván Martínez Baquero – Representante del Sector Productivo y Johan Adrián Prieto Ruiz – Representantes de los Estudiantes, se reunieron el 30 de diciembre de 2005 y designaron como Rector al señor Jairo Iván Frías Carreño.

454

### **1.1.3- Normas violadas y concepto de la violación**

Sostiene que se presentó Violación de las Normas y Procedimiento Previo a la Designación que debió ser aplicado, en particular lo dispuesto en la Resolución No. 033 del 21 de octubre de 2005 art. 6 par. 2 expedida por el Consejo Superior Universitario, porque las personas mencionadas en el hecho 16 se reunieron sin convocar a la Delegada de la Ministra de Educación Nacional, vulnerando con ello el procedimiento para la designación del Rector *"pues los aspirantes habilitados nunca presentaron sus programas de gobierno en sesión del Consejo Superior de la Universidad. Hecho que a todas luces configura una irregularidad como causal de anulación del acto administrativo demandado, que de haberse cumplido la decisión hubiese sido otra".* Además, el artículo 7 de dicha resolución manda que la designación del Rector se haría en sesión convocada con tal fin, luego de agotar el procedimiento previsto para ello y concluye que *"si los cinco (5) miembros que se reunieron el 30 de diciembre de 2005 y designaron irregularmente al Rector, pretendieron que el Consejo Superior sesionara ese día con tal fin, debieron convocar a la totalidad de los miembros del máximo órgano de dirección y gobierno de la Institución de manera inequívoca y transparente, cuestión que no se cumplió en relación con la Ministra de Educación Nacional o su delegada".*

Encuentra vulnerado el debido proceso la parte demandante con las omisiones apuntadas y no considera que haya sido debidamente convocada muy a pesar de haber recibido el documento No. 2005ER86582 de diciembre 28/2005, por no especificar el objeto de la citación, el lugar de la misma, no estar firmado, no señalar el orden del día y no cumplir otros requisitos que el libelista no precisa.

También se quebrantó el parágrafo 1º del artículo 11 del Estatuto General de la Universidad que designa como Secretario del Consejo Superior Universitario al Secretario General de la Universidad, puesto que quien ejercía tales funciones no

YBB

firmó la Resolución Superior No. 040 de 2005 y las personas citadas en el hecho 16 se reunieron y designaron secretario ad-hoc.

Las irregularidades puestas de presente por la demandante son constitutivas, en su opinión, de causal de nulidad por infracción de normas superiores y por expedición irregular del acto demandado.

#### **1.1.4.- Contestación**

Además de negar la prosperidad de la pretensión anulatoria, la mandataria judicial del demandado se refirió a los hechos, admitiendo como ciertos del primero al duodécimo, el décimo cuarto y el décimo sexto, los demás deben probarse. Se informa que contra el acto demandado se interpusieron las siguientes acciones de tutela: 2006-0006 y 2006-0002 por el candidato Werner Daniel Cárdenas de la Cruz, 2006-0002 por Jesús Hernán Giraldo Viatela, 2006-0013 por Luís Edmundo Medina Medina; todas ellas fueron negadas en primera instancia por la existencia de otro medio de defensa judicial. En la acción de tutela 2006-0013 interpuesta por Luís Edmundo Medina Medina la segunda instancia se surtió ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, quien a través de la sentencia de febrero 28 de 2006 revocó el fallo apelado y accedió a las pretensiones del actor *"decretando "...la nulidad de todo lo actuado en el proceso de elección del rector de la universidad, realizado por el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos de esta ciudad a partir de la sesión de fecha veinticinco (25) de noviembre de dos mil cinco (2005)" y ordeno (sic) a dicho Consejo que reanudara la actuación administrativa de elección "...con los candidatos que cumplieron con los requisitos exigidos en el Artículo 2º de la convocatoria, dentro del término señalado en el artículo 4º de la misma, es decir del 1 al 11 de noviembre de 2005"*.

El Tribunal adoptó esa decisión pese a que oportunamente se le informó que el Consejo de Estado, con auto del 9 de febrero de 2006, había admitido la demanda

456

y no decretado la suspensión provisional del acto acusado. El Consejo Superior de la Universidad acató el fallo de tutela y no dio posesión al Rector elegido *“de forma que la Resolución No. 040 de 2005 aquí demandada, fue anulada antes de generar efectos legales. A cambio, se reanuda (sic) el procedimiento de elección, acorde con las pautas dadas por el Juez Constitucional de Tutela, luego de lo cual se efectuó nueva elección del Rector, como consta en la Resolución No. 010 del 3 de abril de 2006”*.

Adicionalmente señala la libelista que el Tribunal que actuó como juez de tutela, además de decretar la nulidad de la actuación administrativa en cita y con ello del acto administrativo demandado, dispuso que su decisión generaba efectos *“independientemente de las decisiones que en su momento pueda tomar la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sobre la legalidad de los actos del Consejo Superior de la Universidad de los Llanos o sobre la elección respectiva, se hace necesario proteger de manera inmediata el derecho fundamental al debido proceso conculcado al actor”*. Esta posición es censurada por la apoderada ante los actuales términos constitucionales con que cuenta esta jurisdicción para decidir demandas electorales.

El juez de tutela abordó los diferentes planteamientos que se hacen en esta demanda. Es decir trató la falta de observancia de lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 6 de la Resolución Superior No. 033 del 21 de octubre de 2005, por falta de sustentación del programa académico por parte de los aspirantes al cargo de Rector; también se revisó el procedimiento seguido para la citación de los miembros del Consejo Superior Universitario a la sesión en que se llevó a cabo la elección. Reitera la apoderada:

*“Independientemente de las razones de derecho que los Jueces de tutela hayan aducido, y siendo absolutamente cierto que el Acto Administrativo aquí perseguido en nulidad, fue declarado irregular por esos Jueces, hemos de sostener que el presente proceso de nulidad electoral ha sido objeto de una terminación anticipada, al haber desaparecido del mundo jurídico, el acto acusado y sin que el mismo haya generado ningún derecho a favor de mi cliente, y por ende ninguna afectación a terceros, lo que pido se declare bajo amparo del principio esencial de economía procesal que debe primar en toda actuación judicial”*

210  
457

Por lo demás, la parte demandada niega la ocurrencia de las distintas irregularidades que denuncia la accionante.

## **1.2.- Demanda de Jesús Hernán Giraldo - 3919**

### **1.2.1.- Las Pretensiones**

La demanda se endereza a obtener el siguiente pronunciamiento:

“PRIMERA: Que es NULA LA SESIÓN EXTRAORDINARIA 017 de fecha 30 de Diciembre del 2.005 del CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO DE LA UNIVERSIDAD DE LOS LLANOS.

SEGUNDA: Que es igualmente Nula la designación como RECTOR de la UNIVERSIDAD DE LOS LLANOS, para el periodo comprendido entre el 1 de Marzo de 2.006 y el 28 de Febrero de 2.009 del Doctor JAIRO IVÁN FRÍAS CARREÑO.

TERCERA: Que es igualmente Nula la Resolución 040 de fecha 30 de Diciembre de 2.005, emanada del CONSEJO SUPERIOR DE LA UNIVERSIDAD DE LOS LLANOS, MEDIANTE LA CUAL SE DESIGNA al Dr. JAIRO IVAN FRIAS CARREÑO como Rector de la Universidad de los Llanos para el periodo comprendido entre el 1 de Marzo de 2.006 y el 28 de Febrero de 2.009.

CUARTA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se Ordene al Consejo Superior de Unillanos proceder nuevamente a la designación del RECTOR, observancia del procedimiento señalado en la Resolución No. 033 de Octubre 21 del 2.005 emanada del Consejo Superior Universitario de la Universidad de los Llanos.

QUINTA: Se ordene comunicar la respectiva sentencia al Señor Ministro de Educación, a los honorables miembros del Consejo Superior de la Universidad de los Llanos”

### **1.2.2.- Soporte Fático**

Bajo este capítulo se hacen las siguientes afirmaciones:

YFB

1.- La Universidad de los Llanos es un establecimiento de formación universitaria de carácter nacional, regida por la Ley 30 de 1992, la que al abrigo de lo dispuesto en el artículo 62 ibídem expidió el Estatuto General de la Universidad a través del Acuerdo 027 de 2000, modificado por el Acuerdo 010 de 2001.

2.- Cita el contenido del artículo 64 de la Ley 30 de 1992, referido al Consejo Superior Universitario y su conformación.

3.- Invoca la facultad de designación y remoción del Rector de la Universidad, consagrada en el artículo 65 de la Ley 30 de 1992 y en el literal e) del artículo 19 de los Estatutos de la Universidad.

4.- El artículo 11 del Acuerdo 027 de 2000, modificado por el Acuerdo 010 de 2001, trata en su literal b) sobre la integración del Consejo Superior por un representante del Presidente de la República, el cual debe ser nombrado por éste, figura que es distinta de la delegación. Cita allí mismo lo preceptuado en los tres párrafos de la norma en cuestión.

5.- El Consejo Superior de la Universidad de los Llanos dictó la Resolución 033 de octubre 21 de 2005, fijando el procedimiento para la elección de Rector período marzo 1/2006 y febrero 28/2009. Cita literalmente el contenido del párrafo 2 de su artículo 6 y de su artículo 7.

6.- En diciembre de 2005 el Consejo Superior Universitario estaba integrado por Carolina Guzmán Ruiz – delegada del Ministerio de Educación quien lo presidía (Ley 30/1992 art. 64), Rodrigo Arenas Granada – designado por la Presidencia de la República, Jairo Alberto Rocha Rodríguez – representante de los egresados, Miguel Iván Martínez Baquero – representante del sector productivo, Guillermo León Rey Ruiz – representante de los Ex Rectores, Yohan Adrián Prieto –

127



representante de los estudiantes, Esperanza Duque Masso – delegada de los directivos académicos y Álvaro Ocampo Durán – representante de los docentes.

7.- El 30 de diciembre de 2005 los miembros del Consejo Superior Universitario, Guillermo León Rey Ruiz, Miguel Iván Martínez Baquero, Yohan Adrián Prieto, Jairo Alberto Rocha Rodríguez y Rodrigo Arenas Granada, se reunieron en sesión extraordinaria (Acta 017/2005) en la sede del Club Campestre Internacional, lugar ajeno a la universidad, y tras aducir citación previa el 23 de diciembre, los citados Consejeros designaron a Jairo Iván Frías Carreño como Rector de la Universidad por el período marzo 1/2006 – febrero 28/2009. Esta decisión es ilegal porque:

a.- Se violó el parágrafo 2 del artículo 11 del Estatuto General de la Universidad, modificado por el Acuerdo 010/2001, ya que los cinco miembros del Consejo Superior de UNILLANOS no convocaron a sesión extraordinaria para elegir Rector, tampoco se contó con la convocatoria y presencia del Ministro o su delegado (Ley 30/1992). La sesión del 30 de diciembre de 2005, donde se produjo la elección acusada, fue presidida por Rodrigo Arenas Granada – designado por el Presidente de la República, y se agrega: *"La designación como miembro jurídicamente es diferente a la Representación del Presidente, luego careciendo de dicha calidad, no podía presidir la sesión, la facultad de presidir en caso de ausencia del Ministro o su delegado según el acuerdo 010 de mayo 23 de 2.001 es del Representante del Presidente, no del consejero designado por el Presidente de la República"*.

b.- Se desconoció lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 6 y en el artículo 7 de la Resolución 033 de 2005, porque en la sesión del 30 de diciembre de 2005 los cinco Consejeros mencionados decidieron modificar las reglas establecidas en ella, sorprendiendo a los aspirantes admitidos, entre ellos al demandante quien no fue citado, por no habérseles dado la oportunidad de exponer ante el Consejo Superior su programa de gobierno. Tampoco hicieron la solicitud de citación a sesión extraordinaria según lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 11 del Estatuto

460

General *"ya que quien debe realizar la convocatoria a la (sic) sesiones ordinarias o extraordinarias es el Ministro o su delegado"*.

8.- Fruto de esa sesión extraordinaria es la Resolución No. 040 de 2005 mediante la cual se designa al demandado como Rector de la Universidad de los Llanos, expedida por personas que *"no tienen legalmente la facultad para emitir ese acto administrativo"*, al haberse presentado usurpación de funciones por parte de Rodrigo Arenas Granada que no era el Presidente del Consejo Superior Universitario y por parte de Gilberto Aponte Rey que no era Secretario General de la Universidad, su *"designación como Secretario ad-hoc para la irreglamentaria sesión, no lo faculta para firmar otros actos administrativos"*.

9.- Sobre el poder conferido.

### **1.2.3- Normas violadas y concepto de la violación**

Encuentra el demandante que se han infringido los artículos 29 y 40 de la Constitución; los artículos 64 literales a) y c) y 65 literal e) de la Ley 30 de 1992; los Acuerdos 027 de 2000 y 010 de 2001 artículos 11 parágrafos 1 y 2, y la Resolución 033 del 21 de octubre de 2005.

Los artículos 29 y 40 de la Constitución fueron violados porque el proceso de elección se reguló a través de la Resolución 033 de octubre 21 de 2005, debiéndose respetar la obligación de que los aspirantes presentaran su programa de gobierno ante la comunidad académica y en sesión del Consejo Superior de la Universidad; sin embargo, estas reglas fueron modificadas y omitidas, configurándose con ello, además, la violación del derecho de los aspirantes admitidos a ser elegidos.

El literal c) del artículo 64 de la Ley 30 de 1992 lo halló vulnerado la apoderada debido a que según Acta 017 de la sesión del Consejo Superior Universitario de



2013  
461

diciembre 30 de 2005, Rodrigo Arenas Granada actuó como Representante del Presidente, acto que debe tomarse como inexistente porque *"el (sic) era miembro del Consejo por **designación** Presidencial, figura jurídica totalmente diferente a la anterior"*. El literal a) del mismo precepto se violó porque la sesión debió presidirse por el Ministro de Educación o su delegado y no por el delegado del Presidente de la República, como en efecto ocurrió. El literal e) del artículo 65 de la Ley 30 de 1992 resultó vulnerado por desconocimiento de lo previsto en el párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo 027/2000, como quiera que para esa sesión no actuó la Secretaria titular Elena María Flórez sino un Secretario ad-hoc. También se violó el párrafo 2 del artículo 11 mencionado, porque la sesión aludida no fue convocada por el Ministro de Educación o su delegado *"no existió solicitud de los cinco consejeros, no estuvo presente quien preside las Sesiones del Consejo Superior Universitario por disposición Legal (el Ministro de Educación o su Delegado)"*.

#### **1.2.4.- Contestación**

La contestación del demandado se hizo a través de la misma apoderada judicial y como sus términos son similares a los resumidos para la demanda anterior, a ellos se remite la Sala.

## **II.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Por el Ministerio de Educación Nacional: La apoderada judicial, tras realizar un recuento apretado del objeto de la demanda y la decisión anulatoria que en fallo de tutela de febrero 28 de 2006 dispuso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio sobre el acto aquí demandado, dijo atenerse a lo que resulte probado dentro del informativo.

Por el demandado: Se insiste por la apoderada judicial de esta parte que frente al caso debatido se produjo la cosa juzgada constitucional porque el Tribunal

462

Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, como juez de tutela y mediante sentencia de febrero 28 de 2006, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir de la sesión del 25 de noviembre de 2005, incluyéndose la sesión extraordinaria 017 de diciembre 30 de 2005 y la Resolución Superior 040 contentiva del acto demandado; además, existe otro fallo de tutela de segunda instancia con similares disposiciones.

Ante esa circunstancia solicita la apoderada pronunciamiento de fallo inhibitorio porque *"la competencia del Juez ordinario, en este caso del Honorable Consejo de Estado en su Sección Quinta, ha sido relevada o asumida por vía Constitucional, por el Juez Constitucional que dictó (sic) sentencia de tutela en segunda instancia"*.

### **III.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

En opinión del señor Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado debe anularse la Resolución Superior No. 040 del 30 de diciembre de 2005, por medio de la cual el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos designó como Rector al Dr. JAIRO IVÁN FRÍAS CARREÑO, por el período marzo 1/2006 a febrero 28/2009.

Sobre la excepción de cosa juzgada constitucional: Al respecto dijo el colaborador fiscal que ella no puede prosperar porque:

a.- La acción de tutela busca el amparo de los derechos fundamentales y se decide con independencia de las decisiones que adopte el juez natural de la causa.

b.- El fallo de tutela produce efectos inter partes y la decisión de nulidad los tiene respecto de todo el mundo.

463

c.- La decisión del juez de tutela debe encaminarse a la protección de los derechos fundamentales y por ello no puede juzgar la legalidad de las actuaciones de las autoridades administrativas.

d.- Los efectos del fallo de tutela son hacia el futuro, los anulatorios son hacia el pasado.

e.- El fin perseguido por el actor de la tutela es la salvaguarda de los derechos fundamentales, en tanto que el propósito de la nulidad es el restablecimiento del orden jurídico alterado con la expedición del acto administrativo.

f.- Los objeto y causa de la acción de tutela y de este proceso contencioso son diferentes.

Culmina diciendo que la excepción propuesta no puede ser acogida ya que *"en este caso, no hubo propiamente un pronunciamiento de nulidad por parte del juez de tutela, sino un dejar sin efecto para el asunto particular. El juez de lo contencioso queda pues con la competencia para pronunciarse sobre la legalidad del acto, y para tales efectos el acto no ha desaparecido del mundo jurídico por orden de la jurisdicción tutelar"*.

No obstante la falta de claridad de la demanda instaurada por el Ministerio de Educación Nacional, el Procurador Séptimo se pronunció sobre los cargos presentados, de la siguiente manera:

Primero Cargo: Violación del artículo 6 parágrafo 2 de la Resolución Superior 033 de 2005 por la irregular convocatoria del Consejo Superior a sesionar con carácter extraordinario

Resulta impróspero por la falta de coherencia entre lo que dispone la norma y lo que se plantea en el hecho 13, puesto que aquella trata de algunos pasos previos

para convocar a sesión extraordinaria, como son la sustentación previa del programa de gobierno por parte de los candidatos ante la comunidad universitaria y el Consejo Superior Universitario.

Segundo Cargo: Violación del artículo 6 parágrafo 2 de la Resolución Superior 033 de 2005 por omitirse la diligencia de presentación del programa de gobierno por parte de los candidatos a Rector ante el Consejo Superior de la Universidad

Para despachar el cargo el colaborador fiscal citó literalmente lo dispuesto en los artículos 28, 29, 62, 63, 64, 65 y 66 de la Ley 30 de 1992, el artículo 19 del Acuerdo 027 de 2000 (Estatuto General de la Universidad), y en el parágrafo 2 del artículo 6 de la Resolución Superior 033 de 2005 expedida por el Consejo Superior de la Universidad, señalando enseguida que esta última no fue acatada por el Consejo Superior Universitario al *"no consider[ar] pertinente... convocar a sesión para permitirles a los aspirantes al cargo de Rector efectuar la presentación ante ese cuerpo colegiado del programa de gobierno"*, debido a que se declararon suficientemente ilustrados al respecto y porque habilitar una sesión para ello conduciría al incumplimiento del parágrafo 3 del artículo 11 del Acuerdo 027 de 2000, según el cual la elección debía cumplirse 60 días antes de culminar el período del Rector actual. Además, sostuvo el Procurador:

*"Para esta Procuraduría Delegada los motivos que señalaron los miembros del Consejo Superior Universitario no justifican la inobservancia de las normas a las cuales sometía el procedimiento de elección de Rector y que, de manera previa se había impuesto así (sic) mismo; además, nada nos indica que, en efecto, todos los miembros del Consejo Superior Universitario conocían el programa de gobierno de los aspirantes al cargo de Rector. Huelga aclarar que el conocimiento de este programa debe predicarse de todos los miembros del Consejo Superior y no de un sector o parte de éste; por ello, la señalización de que tal conocimiento se logre en sesión que para el efecto señale el cuerpo colegiado"*

Ese proceder del Consejo Superior Universitario es violatorio de las reglas que se habían fijado para llevar a cabo el proceso de elección del Rector de la Universidad

465

y ello basta para concluir la ilegalidad del acto acusado; sin embargo, continuó el Delegado de la Procuraduría examinando los cargos restantes.

Tercer Cargo: Violación de la garantía fundamental del debido proceso por falta de convocatoria a los miembros del Consejo Superior Universitario – Inobservancia del artículo 7º de la Resolución Superior 033 de 2005

Según lo dispuesto en el artículo 11 del Acuerdo 027 de 2000, modificado por el Acuerdo 10 de 2001, el Consejo Superior se reúne ordinariamente una vez al mes y extraordinariamente cuando sea necesario, pero en ambos casos deberá ser convocado por el Ministro o su delegado, a solicitud del Rector o de al menos cinco consejeros. Sin embargo, el cargo resulta impróspero porque la parte demandante no cumplió con la carga de probar la imputación y ello tampoco se deduce de la comunicación que al efecto envió la Secretaría General de la institución (fls. 190 y 201 C.1).

Pasando al estudio de la demanda formulada por el ciudadano JESÚS HERNÁN GIRALDO, el Procurador Séptimo Delegado abordó los cargos allí planteados de la siguiente manera:

Primer Cargo: Inexistencia de la convocatoria a sesión extraordinaria por parte del Ministro del ramo o su delegado

Se basa el cargo en que los cinco miembros del Consejo Superior Universitario "nunca hicieron **SOLICITUD** a sesión EXTRAORDINARIA PARA ELEGIR RECTOR y sin la Convocatoria que debía realizar el Ministro o su Delegado, ni comunicación de la Secretaría", en otras palabras que no tenían facultad para hacer esa convocatoria por ser competencia exclusiva del Ministro de Educación o su delegado. A ello replicó el colaborador fiscal que según lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 11 del Acuerdo 027 de 2000, modificado por el Acuerdo 10 de 2001, "la convocatoria la

466

*puede efectuar: i) el Ministro o su Delegado; ii) El Rector de la institución universitaria; o iii) al menos cinco miembros del Consejo*”; además, aceptar la tesis del demandante conduciría a afectar seriamente la autonomía universitaria al no poder ninguno de esos estamentos universitarios convocar a sesiones extraordinarias. Por tanto, el cargo no prospera.

Segundo Cargo: La sesión no fue presidida por quien lo debe hacer según los estatutos

El cargo se apoya en que para la fecha de expedición del acto demandado la Dra. CAROLINA GUZMÁN RUIZ – Delegada del Ministro de Educación, presidía el Consejo Superior Universitario, pero la sesión del 30 de diciembre de 2005 fue presidida por el señor RODRIGO ARENAS, miembro de ese Consejo y designado por el Presidente de la República.

Habiendo citado literalmente los artículos 62, 63 y 64 de la Ley 30 de 1992, así como el artículo 11 del Acuerdo 27 de 2000, modificado por el artículo 1 del Acuerdo 10 de 2001, identificó el colaborador fiscal que el reparo estaba en que para el impugnante el señor ARENAS GRANADA era miembro del Consejo Superior Universitario designado por el Presidente de la República, pero no su representante, razonamiento que fue desestimado afirmando:

“La confusión en que se puede incurrir estriba en la redacción utilizada en los Estatutos, que aluden a “un representante del Presidente de la República” y que modificó la Ley en ese sentido, toda vez que ésta había señalado que en el Consejo Superior tendría asiento “Un miembro designado por el Presidente de la República, que haya tenido vínculos con el sector universitario”.

En consideración de este Despacho no hay lugar a la prosperidad del cargo y lo que se presenta es una indebida redacción de los estatutos, en donde se consigna la representación como término sinónimo de designación, sin que ello importe variar la condición de miembro del Consejo Superior que en cualquier caso, representará al Presidente, sin que para ello importe la denominación que se le de al acto por medio del cual se asume la condición, lo cierto es que el señor Arenas Granada, es miembro del Consejo Superior Universitario

467

designado por el Presidente y representante de este en el cuerpo colegiado, que por disposición estatutaria se encontraba habilitado para presidir la sesión ante la ausencia del Ministro de Educación y su delegado"

Tercer Cargo: No se citó por el Consejo Superior Universitario a los aspirantes al cargo para sustentar sus programas de gobierno

Se remite a lo dicho para la demanda anterior.

#### **IV.- TRÁMITE**

La demanda 3919 promovida por JESÚS HERNÁN GIRALDO se admitió con auto del 2 de marzo de 2006 y allí mismo se negó la suspensión provisional solicitada. Cumplida la notificación al demandado y presentada su contestación, se dictó el auto de 1º de junio de 2006 decretando las pruebas solicitadas por las partes, que una vez practicadas dio lugar a la expedición del auto signado el 24 de julio ordenando la permanencia del expediente en la Secretaría para los fines previstos en los artículos 237, 238 y 239 del C.C.A.

La demanda radicada bajo el No. 3918 y adelantada a instancia del Ministerio de Educación Nacional se admitió con auto del 9 de febrero de 2006 y también se negó la suspensión provisional del acto acusado. Superada la fase de litis contestatio se dictó el auto de 25 de mayo de 2006, decretando las pruebas pedidas oportunamente por las partes, debiéndose requerir a algunas autoridades por auto de julio 7 para que hicieran llegar las pruebas documentales pedidas. Luego, con auto de agosto 17 la Sala ordenó la acumulación de los procesos y el sorteo del Consejero ponente se hizo en sesión de Sala Plena llevada a cabo el 30 de agosto, correspondiendo los procesos acumulados a quien elabora esta ponencia. Seguidamente y con auto de septiembre 1º se ordenó correr traslado a las partes por el término común de cinco días para que presentaran alegatos de conclusión y entregar los expedientes acumulados al Procurador Séptimo Delegado

468

ante el Consejo de Estado para que en un término máximo de 10 días emitiera concepto de fondo. Las partes y el colaborador fiscal se pronunciaron en los términos arriba resumidos.

Concluido el trámite del proceso ingresó el expediente al Despacho para proferir sentencia de mérito, a lo que se dispone la Sala luego de constatar la inexistencia de vicios invalidatorios de la actuación.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

#### **1.- Competencia**

La competencia de esta Corporación para conocer de esta acción electoral está fijada por lo dispuesto en el artículo 128 del C.C.A., modificado por el Decreto 597 de 1988 artículo 2º, modificado a su vez por la Ley 446 de 1998, artículo 37; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 del 5 de Agosto de 2003 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

#### **2.- El Acto de Elección Acusado**

El acto objeto de esta acción pública se acreditó con copia auténtica de la Resolución Superior No. 040 del 30 de diciembre de 2005 *"Por medio de la cual se designa el Rector de la Universidad de los Llanos para el período comprendido entre el 1 de marzo de 2006 y el 28 de febrero de 2009"*, a través de la cual se designó al Dr. JAIRO IVÁN FRÍAS CARREÑO como Rector de ese ente universitario y para el período mencionado (fl. 1 exp. 3918).

#### **3.- Problema Jurídico**



469

Corresponde a la Sala examinar la legalidad del acto de elección del Dr. JAIRO IVÁN FRÍAS CARREÑO como Rector de la Universidad de los Llanos, para el período marzo 1/2006 – febrero 28/2009, acusado de violar una serie de normas de rango legal y reglamentario, lo que en opinión de quienes demandan configura violación de normas superiores y expedición irregular del acto demandado.

Antes de que se aborde el tema central de las demandas acumuladas, deberá la Sala estudiar la viabilidad jurídica de la excepción de cosa juzgada constitucional, propuesta por la parte demandada con base en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio declaró la nulidad de buena parte de la actuación administrativa surtida por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de los Llanos, comprendiéndose en esa declaración el acto de elección enjuiciado. Deberá determinarse la existencia de ese acto jurisdiccional y fijar su alcance jurídico, a fin de establecer si como lo plantea la parte demandada no hay alternativa distinta a reconocer su existencia y terminar los procesos acumulados por sustracción de materia.

#### **4.- De la Excepción Propuesta**

La apoderada judicial del demandado Dr. JAIRO IVÁN FRÍAS CARREÑO, planteó con su escrito de contestación que respecto del objeto perseguido con esta acción de nulidad electoral se había producido el fenómeno de la Cosa Juzgada Constitucional, por existir fallo de tutela que expresamente dispuso la anulación del acto de elección acusado, motivo por el cual debía decretarse la terminación de este proceso por carencia total de objeto, por ya haberse decretado la nulidad de la Resolución Superior No. 040 de 2005 expedida por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de los Llanos, o dictar un fallo inhibitorio porque *“la competencia del juez ordinario, en este caso del Honorable Consejo de Estado en su Sección Quinta, ha sido relevada o asumida por vía Constitucional, por el Juez Constitucional que dicto (sic) sentencia de tutela en segunda instancia”*.

470

Los pronunciamientos judiciales a que se refiere la parte demandada son las sentencias proferidas en febrero 28 y marzo 8 de 2006<sup>1</sup> por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio – Sala Tercera de Decisión Civil – Laboral – Familia, por medio de las cuales, además de revocar las decisiones de primer grado, se ordenó en su parte resolutive:

“SEGUNDO: Tutelar el derecho al debido proceso invocado por el accionante LUIS EDMUNDO MEDINA MEDINA, **en consecuencia se decreta la nulidad de todo lo actuado en el proceso de elección del rector de la universidad**, realizado por el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos de esta ciudad, **a partir de la sesión de fecha veinticinco (25) de noviembre de dos mil cinco (2005), inclusive.**

TERCERO: Ordenar al Consejo Superior de la Universidad de los Llanos (sic) de esta ciudad, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, reanude la actuación administrativa de elección del rector de la universidad de los Llanos, ciñéndose al procedimiento establecido en los estatutos de la Universidad y en la Resolución No. 033 de 2005, con los candidatos que cumplieron con los requisitos exigidos en el Artículo 2º, de la convocatoria, dentro del término señalado en el artículo 4º de la misma, es decir, del 1 al 11 de noviembre de 2005”<sup>2</sup> (Resalta la Sala)

Al margen de las consideraciones esgrimidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, relativas a la verificación de la vulneración de derechos fundamentales, esa corporación encontró que estaba habilitada para ordenar directamente la nulidad de actuaciones administrativas en firme, acudiendo a los siguientes razonamientos:

“En conclusión, al haberse conculcado el derecho al debido proceso, por haberse modificado el procedimiento establecido en la Resolución No. 033 de 2005 y no estar contemplado en los estatutos de la Universidad de los Llanos, ni en el reglamento señalado en la citada resolución, **y por no ser, como ya se dijo, los otros mecanismos judiciales con que cuenta el actor idóneos** (sic) **resultarían ineficaces para proteger de manera**

<sup>1</sup> Ver copia auténtica de folios 198 a 211 y 313 a 321 respectivamente Exp. 3918.

<sup>2</sup> Esta cita literal se tomó de la sentencia de febrero 28 de 2006, y se identifica con los términos de la parte resolutive de la sentencia de marzo 8 de 2006.

**inmediata el derecho fundamental vulnerado toda vez que, no ofrecen una verdadera protección dado el trámite dispendioso y demorado de los mismos y cuando estos culminen ya probablemente el periodo en disputa haya terminado** razón por la cual se deberá revocar la sentencia del veintisiete de enero de dos mil seis, proferida por el Juzgado Segundo de Menores de esta ciudad, y en su lugar se deberá tutelar el derecho fundamental al debido proceso decretando la nulidad de todo lo actuado a partir de la sesión realizada por el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos, el día veinticinco (25) de noviembre de dos mil cinco (2005), inclusive,..." (Destaca la Sala)

La figura de la cosa juzgada constitucional tiene asiento en el artículo 243 de la Constitución Política que enseña: *"Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución"*. Se trata, a no dudar, de una figura jurídica que si bien guarda similitud con la institución de la cosa juzgada, se reservó por el propio constituyente para las decisiones que en ejercicio del control jurisdiccional realice la Corte Constitucional en el ámbito de sus competencias constitucionales como guardián *"de la integridad y supremacía de la Constitución"* (C.N. Art. 241), de ahí la prohibición de reproducir materialmente los actos jurídicos que hayan sido expulsados del ordenamiento jurídico, en tanto se conserven en la Carta Fundamental las normas que sirvieron de fundamento para realizar ese control jurisdiccional.

Además, la cosa juzgada constitucional opera no solo frente a los fallos declaratorios de inexecutable, también con relación a los fallos desestimatorios de la demanda de inconstitucionalidad, pero únicamente respecto de los cargos o motivos de inconstitucionalidad que allí se hayan invocado, a menos que la Corte Constitucional, en la parte resolutive guarde silencio al efecto, pues ha de entenderse que el control fue integral, esto es frente a todo el texto de la Constitución, tal como expresamente lo ha dicho la Doctrina Constitucional:

472

"Dichas decisiones tienen un alcance absoluto de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, pues (i) sólo a esta Corporación le compete determinar los efectos de sus fallos en cada sentencia<sup>3</sup>; de suerte que, (ii) cuando la Corte no fija expresamente el alcance de sus decisiones, en principio, se entiende que las mismas hacen tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta, pues está Corporación está obligada a confrontar las disposiciones demandadas con la totalidad de la Constitución"<sup>4</sup>

Descarta lo dicho hasta el momento la posibilidad de que se haya configurado cosa juzgada constitucional con los fallos proferidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, al resultar evidente que no se trató de un control jurisdiccional efectuado por el Tribunal Constitucional y que la materia abordada tampoco alude a la requerida para que se tipifique esa figura que propugna por la seguridad jurídica, entre otros valores supremos.

Descendiendo al plano legal debe determinar la Sala si la decisión adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio produce efectos de cosa juzgada, en los términos del artículo 332 del C. de P. C., que enseña en su parte pertinente:

"La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entrambos procesos haya identidad jurídica de partes"

Como con acierto lo adujo el colaborador fiscal, no puede predicarse cosa juzgada por la existencia de los fallos proferidos en febrero 28 y marzo 8 de 2006 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, así hayan expresamente declarado la nulidad de la actuación administrativa surtida por el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos para designar Rector y con ella la nulidad de la Resolución Superior No. 040 del 30 de diciembre de 2005, por medio de la cual se designó al Dr. JAIRO IVÁN FRÍAS CARREÑO como Rector de esa universidad. No se presenta entre los fallos de tutela y el presente contencioso de nulidad electoral

<sup>3</sup> Sentencia C-113 de 1993. M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

<sup>4</sup> Sentencia C-1024 de 2004. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

473

ninguno de los elementos de la triple identidad que se necesitan para la configuración de la cosa juzgada; en cuanto al objeto, porque la acción de tutela propugna por la salvaguarda de los derechos fundamentales, al tiempo que en el proceso electoral su objeto está representado por el examen de legalidad de la Resolución Superior 040 de 2005; en cuanto a la causa, porque la acción de tutela se sustenta en la violación de derechos fundamentales, en tanto que el contencioso electoral se basa en la violación de la constitución o la ley, según las distintas causales de nulidad conocidas; y en cuanto a las partes, porque basta la mera confrontación para deducir que no son jurídicamente las mismas, es más el sujeto pasivo de una y otra difieren ostensiblemente, ya que en las tutelas el sujeto pasivo estuvo representado por el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos, mientras que en este proceso el accionado es el beneficiario de la Resolución Superior 040 de 2005, el Dr. JAIRO IVÁN FRÍAS CARREÑO.

De igual forma, los efectos de las sentencias que se profieren en uno y otro proceso hacen la distinción entre ellos e impiden hablar de cosa juzgada. Las sentencias de tutela producen efectos inter partes y hacia el futuro, y las sentencias que declaran la nulidad de los actos administrativos tienen efectos erga omnes y ex tunc, es decir frente a todo el mundo y hacia el pasado.

Aunque se ha constatado que no existe cosa juzgada en sus modalidades constitucional y legal, debe precisar la Sala cuál es el efecto jurídico de la declaración de nulidad dispuesta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, resultando para ello necesario recordar los alcances de la tutela frente a actos administrativos, al ser una realidad que cuando se profirieron las sentencias de febrero 28 y marzo 8 de 2006 ya se había dictado la Resolución Superior No. 040 del 30 de diciembre de 2005, expedida por el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos, que no es ningún acto de trámite sino un acto administrativo definitivo, al haber concluido con él ritual adelantado para designar Rector de la Universidad por el período marzo 1/2006 – febrero 28/2009.

474

La acción de tutela, que nació en el ordenamiento interno con la promulgación de la Constitución Política de 1991, se definió por el constituyente como un instrumento jurídico al servicio de las personas para la defensa de sus derechos fundamentales constitucionales, cuando se vieran amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y excepcionalmente por la de algunos particulares (C.N. Art. 86). De entre las múltiples particularidades de este recurso constitucional debe subrayarse su carácter subsidiario, determinado por el constituyente en los siguientes términos:

“Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”

Con absoluta coherencia el constituyente estableció que la acción de tutela no podría venir a sustituir al juez ordinario cuando existiera otro medio de defensa judicial que pusiera correctivos a los hechos generadores de la violación o amenaza a los derechos fundamentales, es decir el juez constitucional de la tutela sólo está autorizado a actuar cuando en el ordenamiento interno no exista otra herramienta judicial, pues de haberla, el interesado debe acudir prioritariamente a ella, ya que si se permitiera que el juez de tutela sustituyera, a voluntad, al juez natural de la causa se materializaría la violación al principio fundamental del debido proceso, en la medida que el juez natural sería despojado de sus competencias constitucionales y legales, subvirtiéndose así el andamiaje jurídico diseñado para que el servicio de administración de justicia se preste en forma oportuna por los jueces competentes.

Dando un vistazo a la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el carácter subsidiario de la acción de tutela y la importancia de que así sea, se encuentra:

La sentencia T-106 de 1993 donde se adujo:

475

"El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico"

Sobre el mismo tema la Corte en sentencia T-983 de 2001, precisó:

"Esta Corporación ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto, la Corte ha hecho énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección que no debe superponerse ni suplantar los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico"

Y, sobre el carácter subsidiario de la acción de tutela, en igual sentido, la Corte en Sentencia T-1222 de 2001 afirmó:

"...el desconocimiento del principio de subsidiaridad que rige la acción de tutela implica necesariamente la desarticulación del sistema jurídico. La garantía de los derechos fundamentales está encomendada en primer término al juez ordinario y solo en caso de que no exista la posibilidad de acudir a él, cuando no se pueda calificar de idóneo, vistas las circunstancias del caso concreto, o cuando se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es que el juez constitucional está llamado a otorgar la protección invocada. Si no se dan estas circunstancias, el juez constitucional no puede intervenir"

476

No es admisible, entonces, que el juez de tutela, consciente de la existencia de otro medio de defensa judicial, decida de manera discrecional si es él la autoridad indicada para resolver un conflicto que supera la protección de derechos fundamentales constitucionales, como fue en este caso el estudio de legalidad de actos administrativos de contenido particular y concreto, respecto de los cuales no tenía competencia, al estar radicada ella en el Consejo de Estado por tratarse de la elección de una autoridad del orden nacional. Cuando así se procede la agresión contra el ordenamiento jurídico salta a la vista, no solo por desconocerse el carácter subsidiario del amparo de tutela, sino porque a su vez se desarticula la armonía que impuso el legislador al reparto de competencias entre las distintas autoridades de la Rama Judicial, problema que ya ha sido detectado por la Corte Constitucional, quien sobre el punto ha opinado:

“que la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior)<sup>5</sup> y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)”<sup>6</sup>

No desconoce la Sala que la idoneidad del medio de defensa judicial debe ser ponderada por el juez de tutela para el caso concreto, en aras de determinar la eficacia de la actuación del juez ordinario, ya que puede ocurrir que ese mecanismo ordinario de defensa judicial pierda su idoneidad por la inoportuna llegada de una decisión final, por no obtenerse el mismo resultado con una decisión judicial pronunciada cuando ya se haya consumado la violación de los derechos

---

<sup>5</sup> Cfr. Sentencia T-249 de 2002.

<sup>6</sup> T- 514 de 2003.



477

fundamentales. Empero, en la valoración de esa circunstancia el juez constitucional debe obrar con cautela, ya que si objetivamente existe la posibilidad de que sea el juez ordinario, quien dentro de un término razonable dirima el conflicto y con ello proteja los derechos fundamentales, el juez de tutela no puede impartir órdenes con carácter definitivo sino que sus mandatos deben ser transitorios, procurando resguardar los derechos fundamentales comprometidos, en espera de que sea el juez natural quien se pronuncie sobre el caso particular, tal como así lo entendió el constituyente en el artículo 86 al precisar en uno de sus incisos que *"Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como **mecanismo transitorio** para evitar un perjuicio irremediable"* (Resalta la Sala). De la misma forma lo entendió el legislador al señalar en el Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991 *"Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política"*, dispone:

**"Artículo 8. La tutela como mecanismo transitorio.** Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no la instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso"<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-018 de 25 de enero de 1993. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

478

Ahora, si bien el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio constató la violación de derechos fundamentales con las sentencias de febrero 28 y marzo 8 de 2006, no hay duda que desbordó sus atribuciones constitucionales y legales al haber declarado la nulidad de la actuación administrativa que aquí se discute, por omitir considerar la idoneidad innegable de la acción electoral como mecanismo para sancionar cualquier vulneración al debido proceso en materia administrativa, en lo relativo a la elección del Rector de la Universidad de los Llanos. Y es que la idoneidad de la acción electoral, para el caso concreto, no puede ser puesta en tela de juicio, en atención a que se trataba de un asunto cuyo conocimiento era competencia de esta Corporación, en única instancia, y para ser desatado en el perentorio e improrrogable término de seis meses, como así lo dispuso la reciente reforma constitucional del artículo 264<sup>8</sup>.

Sin embargo, como en los citados fallos el Tribunal adoptó decisiones sobre materias respecto de las cuales únicamente tiene competencia el Consejo de Estado en su Sección Quinta, esgrimiendo inidoneidad de la acción electoral sin razonamientos serios en respaldo, la anulación despachada por esa corporación judicial se tomará por inexistente.

#### **5.- El Caso Concreto**

El Ministerio de Educación Nacional y el ciudadano JESÚS HERNÁN GIRALDO VIATELO formularon las demandas electorales 3918 y 3919 respectivamente, solicitando se declare la nulidad de la Resolución Superior No. 040 del 30 de diciembre de 2005, expedida por el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos, a través de la cual fue designado el Dr. JAIRO IVÁN FRÍAS CARREÑO como Rector de esa Universidad por el período marzo 1/2006 – febrero 28/2009,

---

<sup>8</sup> Esta norma fue reformada por el artículo 14 del Acto Legislativo 01 de 2003, señalando en el inciso 2° del párrafo que: "En los casos de única instancia, según la ley, el término para decidir no podrá exceder de seis (6) meses".

479

aduciendo como causales de nulidad violación de norma superior y expedición irregular del acto, concretándose cada una de ellas a través de los siguientes cargos.

### **EXPEDIENTE 3918**

**Primer Cargo: Violación de la Resolución Superior 033 del 21 de octubre de 2005 *"Por la cual se convoca y establece el procedimiento para la designación del Rector de la Universidad de los Llanos para el período comprendido entre el 1 de marzo de 2006 y el 28 de febrero de 2009"* artículo 6 parágrafo 2, expedida por el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos**

Para la parte demandante se violó lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 6 de la Resolución Superior 033 de octubre 21 de 2005, porque los miembros del Consejo Superior de la Universidad señores RODRIGO ARENAS GRANADA – Designado por el Presidente de la República, GUILLERMO LEÓN REY RUIZ – Representante de los Ex Rectores, JAIRO ALBERTO ROCHA RODRÍGUEZ – Representante de los Egresados, MIGUEL IVÁN MARTÍNEZ BAQUERO – Representante del Sector Productivo y JOHAN ADRIÁN PRIETO RUIZ – Representante de los Estudiantes, se reunieron el 30 de diciembre de 2005 y designaron como Rector al señor JAIRO IVÁN FRÍAS CARREÑO, sin convocar a la delegada del Ministro de Educación Nacional y porque los candidatos admitidos no presentaron ante los miembros del Consejo Superior Universitario sus programas de gobierno.

Dentro de las atribuciones del Consejo Superior Universitario se halla la de *"Designar y remover al rector en la forma que prevean sus estatutos"* (Ley 30 de 1992 art. 65 lit. e), es decir que en ejercicio de la autonomía universitaria la Universidad de los Llanos, al igual que las demás universidades, está habilitada para expedir los estatutos por

---

<sup>9</sup> Ver copia auténtica de folios 8 a 10 Exp. 3918.

400

medio de las cuales se rige, que para el caso particular corresponde al Acuerdo No. 27 del 17 de mayo de 2000 *"Por el cual se modifica el Estatuto General de la Universidad (Acuerdo 130 de 1993)"*, que al efecto asigna como función del Consejo Superior la de *"Designar al Rector para un período de tres años, evaluar su gestión y removerlo, según lo establecido en el Estatuto General"* (lit. e). Con el fin de regular el procedimiento concerniente a la designación de Rector para el período marzo 1/2006 – febrero 28/2009, el Consejo Superior Universitario expidió la Resolución Superior No. 033 del 21 de octubre de 2005, en la que se establecieron las distintas etapas y procedimientos a seguir para concluir con la designación referida.

La garantía del debido proceso, en lo que respecta a los distintos aspirantes a ocupar el cargo de Rector de la Universidad de los Llanos, se materializa en la observancia de los distintos pasos o procedimientos fijados en la Resolución Superior No. 033 de 2005, desacato que viene a configurar la causal de nulidad por infracción de las normas en que debió fundarse el acto administrativo de designación del Rector (C.C.A. Art. 84 mod. Dto. 2304/1989 art. 14).

Pues bien, la norma que según la parte demanda se infringió señala:

**"Artículo Sexto.** La Comisión presentará al Consejo Superior el día 25 de noviembre de 2005, el resultado de la revisión de las hojas de vida de los aspirantes. Una vez revisada la información por parte del Consejo Superior, se publicará en la página Web de la Universidad, la lista de quienes hayan cumplido a cabalidad con los requisitos exigidos por la Universidad, junto con su hoja de vida y el programa de Gobierno, propiciando información suficiente y en igualdad de condiciones propias del *Alma mater*.

.....

**Parágrafo 2:** Los aspirantes habilitados deberán sustentar públicamente su programa de gobierno ante la comunidad universitaria en el lugar y fechas indicadas por la Universidad. Igualmente, en sesión del Consejo Superior presentarán su programa de gobierno en la oportunidad previamente indicada por dicho órgano" (Se subraya)

461

Para la parte demandante su violación tuvo lugar por la ocurrencia de dos hechos, concerniente el primero a la falta de citación de la delegada de la Ministra de Educación Nacional a la sesión extraordinaria del 30 de diciembre de 2005 del Consejo Superior Universitario, recogida en Acta de Sesión Extraordinaria No. 017; y relativo el segundo a la omisión de que los candidatos admitidos presentaran ante los miembros del Consejo Superior Universitario su programa de gobierno.

El cargo, en lo atinente a la primera de las razones detalladas en el párrafo anterior, no está llamado a prosperar por inexistencia de la necesaria armonía entre el reproche y la norma jurídica frente a la cual debe surtir el control de legalidad. Repasando el contenido literal del párrafo 2 del artículo 6 de la Resolución Superior 033 de 2005, expedida por el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos, no encuentra la Sala que allí se regule lo concerniente a la citación de la delegada de la Ministra de Educación Nacional, circunstancia que obstaculiza el control de legalidad demandado porque ese hecho no se gobierna por esa norma jurídica y adelantar cualquier estudio de legalidad por fuera del marco normativo fijado en la demanda dejaría de ser rogado para convertirse en oficioso, lo que por supuesto no está permitido.

De otro lado, señala el párrafo 2 del artículo 6 mencionado, que los aspirantes habilitados deberán sustentar su programa de gobierno ante la comunidad universitaria y ante los miembros del Consejo Superior Universitario, en el lugar y fechas previamente indicados por la Universidad. Sólo se cumplió lo primero, dice la parte demandante, dejándose de acatar lo segundo.

En el capítulo *"ANÁLISIS DE LOS PLANES DE GOBIERNO DE LOS CANDIDATOS"* de la Sesión Extraordinaria No. 017 del 30 de diciembre de 2005, del Consejo Superior Universitario<sup>10</sup>, se trató el tema por parte de los Consejeros asistentes así:

---

<sup>10</sup> Ver copia auténtica folios 2 a 7 Exp. 3918.

402

**“Los consejeros sobre la base del conocimiento que tienen de los planes de gobierno presentados por los candidatos y publicados en la Web de la universidad y de las exposiciones realizadas en el auditorio a los estamentos de la Universidad; analizan los pro y contras de las propuestas y coinciden en que en general los planes tienen lugares comunes y que la diferencia estriba en que algunos candidatos hacen más énfasis en la consolidación de la institución en su interior, otros plantean fortalecer su vocación regional y algunos la proyección de la Universidad hacia su entorno y condición de internacionalización. Estas conclusiones los llevan a proponer que se tiene una visión de las propuestas de gobierno de los candidatos, de sus hojas de vida que ya fueron analizadas en el seno del consejo superior y encuentra que los aspirantes han cumplido con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo sexto de la resolución superior 033 de 2005, esto es sustentaron el programa de gobierno ante la comunidad universitaria y lo presentaron ante el CSU. En efecto todos los candidatos presentaron con su propuesta el programa de gobierno ante la secretaría general de la universidad, que es la misma del CSU en sobre dirigido al CSU en el acto de inscripción... por lo que los miembros del CSU declaran expresamente que conocen en su integridad los programas de gobierno de todos los candidatos habilitados y porque además los programas de gobierno de todos ellos fueron publicados en la página web de la Universidad... de donde también fueron leídos por los miembros del CSU y porque los programas de gobierno de los candidatos fueron sustentados por los mismos ante la comunidad universitaria, audiencias a las que asistieron los miembros del C.S.U...este consejo propone y aprueba por unanimidad que se de por cumplida esta presentación y se pueda proceder a realizar la votación por los candidatos de preferencia de cada uno de los consejeros, previa adopción de una metodología clara” (Negrillas de la Sala)**

A dicha sesión asistieron cinco de los nueve integrantes del Consejo Superior Universitario<sup>11</sup>, señores GUILLERMO LEÓN REY RUIZ – Representante de los ex

<sup>11</sup> Según lo dispuesto en el artículo 11 del Acuerdo 27 de 2000 “Por el cual se modifica el Estatuto General de la Universidad (Acuerdo 130 de 1993)”, expedido por el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos, este cuerpo colegiado se integra por “a.- El Ministro de Educación Nacional o su delegado, quien lo preside. b.- Un representante del Presidente de la República, que haya tenido vínculos en el sector universitario, quien lo preside en ausencia del Ministro o su delegado. c.- Un representante de la directiva académica elegido por los Directivos que hacen parte del Consejo Académico, para un período de dos (2) años. d.- Un ex Rector de la Universidad de los Llanos que haya ejercido el cargo en propiedad, elegido para un período de dos (2) años. e.- Un profesor de la Universidad, elegido por los profesores para un período de dos (2) años. f.- Un estudiante de la Universidad, elegido por los estudiantes para un período de dos (2) años. g.- Un representante de los egresados de la Universidad, elegido por los mismos para un período de dos (2) años. h.- Un representante del sector productivo, elegido por los gremios legalmente reconocidos, para un período de dos (2) años. i.- El Rector de la Universidad con voz, pero sin voto”.

YOB

Rectores, MIGUEL IVÁN MARTÍNEZ BAQUERO – Representante del sector productivo, YOHAN ADRIÁN PRIETO RUIZ – Representante de los estudiantes, JAIRO ALBERTO ROCHA RODRÍGUEZ – Representante de los egresados y RODRIGO ARENAS GRANADA – Representante del Presidente de la República, siendo ellos quienes adoptaron la decisión de prescindir del cumplimiento del requisito de la sustentación del programa de gobierno por parte de los aspirantes habilitados, lo cual debe valorarse a la luz de las siguientes reflexiones.

Con seguridad, cuando el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos estableció en el parágrafo 2 del artículo 6 de la Resolución Superior No. 033 de 2005, que los aspirantes habilitados debían sustentar, además, su programa de gobierno ante los miembros del Consejo Superior Universitario, en el lugar y fechas previamente indicados por la Universidad, lo hizo inspirado en la necesidad de que los integrantes del Consejo Superior Universitario asumieron un conocimiento sobre las distintas propuestas que los candidatos habilitados presentaban como sus programas de gobierno, es decir se trataba de un requisito inspirado en el principio de la publicidad al interior del máximo órgano de dirección de la Universidad de los Llanos, lo que sin duda vendría a redundar en pro de un consentimiento informado a la hora de hacer la elección del Rector de la Universidad.

Dando prevalencia al derecho sustancial sobre el derecho formal, no duda la Sala que lo relevante en este caso no es demostrar que formalmente se llevó a cabo esa sesión ilustrativa por parte de los aspirantes ante los integrantes del Consejo Superior Universitario, sino que tales dignatarios fueron suficientemente informados sobre el contenido material de cada uno de los programas de gobierno de los aspirantes admitidos al cargo de Rector de la Universidad. Sería un rigorismo extremo sacrificar la legalidad de un acto administrativo por la inexistencia formal de una diligencia administrativa cuando exista prueba fehaciente de que su cometido se cumplió en forma cabal.

404

Entonces, si la teleología del párrafo 2º del artículo 6 de la Resolución Superior 033 de 2005, apuntaba a que todos y cada uno de los miembros del Consejo Superior de la Universidad de los Llanos estuviera debida y suficientemente enterado del contenido de los programas de gobierno de los aspirantes admitidos al cargo de Rector, no encuentra la Sala razonable despojar al acto administrativo enjuiciado de la presunción de legalidad que lo acompaña por el sólo hecho de no haberse cumplido formalmente con la sesión que se cita en ese precepto reglamentario, cuando existe prueba de que esos dignatarios sí conocieron de antemano y por distintos medios lo que en sus programas de gobierno proponían los distintos candidatos.

En efecto, tomando en cuenta el contenido arriba transcrito del Acta de la Sesión Extraordinaria No. 017 del 30 de diciembre de 2005, del Consejo Superior Universitario<sup>12</sup>, que por cierto goza de la presunción de veracidad y de autenticidad por tratarse de un documento público expedido por una autoridad pública en ejercicio de sus atribuciones legales, se logra establecer que los miembros del Consejo Superior Universitario sí fueron oportuna, suficiente y debidamente enterados del contenido de los programas de gobierno de los distintos aspirantes admitidos al cargo de Rector de la Universidad de los Llanos. A ellos se les enteró del contenido de tales programas de gobierno porque *"fueron analizados en el seno del consejo superior"*, también porque dichos aspirantes *"sustentaron el programa de gobierno ante la comunidad universitaria"*, porque *"fueron publicados en la página web de la Universidad"* y porque *"todos los candidatos presentaron con su propuesta el programa de gobierno ante la secretaría general de la universidad, que es la misma del CSU en sobre dirigido al CSU en el acto de inscripción"*.

En ese orden de ideas, el que se hubiera omitido formalmente la presentación de los programas de gobierno por parte de los aspirantes admitidos al cargo de Rector, no logra viciar de nulidad el acto de elección enjuiciado, ya que la

---

<sup>12</sup> Ver copia auténtica folios 2 a 7 Exp. 3918.



405

prevalencia del derecho sustancial lleva a tener como nimia esa omisión, desprovista de toda capacidad anulatoria frente a la materialidad de la suficiente, debida y oportuna ilustración que los integrantes del Consejo Superior Universitario tenían de esos programas de gobierno. Por tanto, el cargo no prospera.

**Segundo Cargo: Violación de la Resolución Superior 033 del 21 de octubre de 2005 "Por la cual se convoca y establece el procedimiento para la designación del Rector de la Universidad de los Llanos para el período comprendido entre el 1 de marzo de 2006 y el 28 de febrero de 2009" artículo 7, expedida por el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos**

Se dice por la parte demandante que el acto acusado resulta igualmente nulo porque el acto de elección se produjo sin la previa convocatoria de la totalidad de miembros del Consejo Superior de la Universidad de los Llanos, en particular de la Ministra o su delegado, circunstancia que dio lugar a la violación de lo normado en el siguiente precepto:

**"Artículo Séptimo:** La Designación del Rector se realizará en sesión del Consejo Superior convocada para tal fin"

Este cargo no prospera en razón a que la prueba demuestra la efectiva convocatoria o citación de la delegada de la Ministra de Educación. Para empezar, según copia auténtica de Resolución visible a folio 37 del expediente 3918, la delegada de la Ministra de Educación era la Dra. CAROLINA GUZMÁN RUIZ, y de acuerdo con el oficio 000802 de 12 de julio de 2006, emanado de la Secretaría General del Consejo Superior de la Universidad de los Llanos (fls. 189 a 191 Exp. 3919), esa sesión fue convocada por los cinco integrantes del Consejo Superior arriba mencionados, y sobre la citación se dice:

406

“De otra parte, considero importante manifestarle que, he sido informada por algunos servidores de esta Institución Universitaria, entre ellos, el abogado externo de la misma, doctor Jaime Alberto Rodríguez Arias, que este sobre, junto con otros destinados a los Honorables miembros del Máximo Órgano de gobierno de Unillanos, contentivos de la convocatoria para la Sesión Extraordinaria de diciembre 30 de 2005, del Consejo Superior Universitario, en la cual se elegiría al Rector de la Universidad para el período 1 de marzo de 2006 al 28 de febrero de 2009, fueron entregados a sus destinatarios. Sobre su envío, incluso, se hace referencia en el Acta de la Sesión Extraordinaria No. 17 efectuada el 30 de diciembre de 2005, por el Consejo Superior Universitario, cuya fotocopia autenticada adjunto. Ahora bien, según información del mismo asesor, esa convocatoria fue realizada por cinco (5) Consejeros, quienes así, surtieron el procedimiento señalado en el artículo 11, parágrafo dos, del Acuerdo Superior No. 027 de 2000 (Estatuto General de la Universidad); expresando, además, que los sobres fueron remitidos mediante correo certificado el día 23 de diciembre de 2005”

Siendo el anterior un documento público, el cual incorpora la presunción de autenticidad por así disponerlo el artículo 252 del C. de P. C., modificado por la Ley 794 de 2003 artículo 26, las declaraciones que en él se hacen por parte de la Secretaria General del Consejo Superior de la Universidad de los Llanos deben tomarse como ciertas y por lo mismo suficientes para desvirtuar la afirmación que a través del cargo hace la parte demandante, en el sentido de que los miembros de ese órgano de dirección no fueron convocados a la sesión en que se eligió al Rector de la Universidad. Por tanto, el cargo no prospera.

**Tercer Cargo: Violación del Acuerdo 27 del 17 de mayo de 2000 “Por el cual se modifica el Estatuto General de la Universidad (Acuerdo 130 de 1993)”<sup>13</sup> artículo 11 parágrafo 1, expedida por el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos**

Sostiene la demandante que el acto acusado está viciado de nulidad porque la Resolución Superior No. 040 de 2005 no fue firmada por el Secretario General titular de la universidad sino por un secretario ad-hoc, designado para ello, con lo

---

<sup>13</sup> Ver copia auténtica de folios 11 a 31.

487

cual se vulneró lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo No. 27 de 2000, en cuanto prescribe:

**“Artículo 11: Consejo Superior Universitario.** (modificado Acuerdo 010 de 2001). El Consejo Superior Universitario es el máximo órgano de dirección y gobierno de la Universidad y está integrado por:

.....

**Parágrafo uno:** El Secretario General de la Universidad, actúa como secretario del Consejo Superior. (...)”

La Resolución Superior No. 040 del 30 de diciembre de 2005 expedida por el Consejo Superior Universitario, contentiva de la designación del Dr. JAIRO IVÁN FRÍAS CARREÑO como Rector de la Universidad de los Llanos, aparece firmada por RODRIGO ARENAS GRANADA en calidad de Presidente y por GILBERTO APONTE REY como Secretario Ad-hoc. Este último actuó en tal calidad por las circunstancias que se detallan en el Acta de Sesión Extraordinaria No. 017 de igual fecha a la resolución anterior, en la cual se lee:

“Como no está presente la secretaria general de la universidad, que es la misma del consejo superior, se procede a nombrar una secretaria ad-hoc para esta sesión, de entre las personas que están pendientes de la reunión.

El consejero Adrián Prieto propone a Gilberto aponte (sic) funcionario de la universidad y miembro del sindicato de la unillanos (sic).

Por unanimidad se acepta el nombre del funcionario y se le llama a la sesión.

Una vez presente en la sesión, al señor Gilberto Aponte Rey se le pregunta por parte del presidente que si acepta la designación, de ser secretario Ad-hoc para esta reunión, hecha por los miembros del consejo superior.

El señor Gilberto Aponte manifiesta que con mucho gusto acepta ese nombramiento ad-hoc hecho para el día de hoy y que lo hace con el fin de que se reafirmen esos vínculos del consejo superior con la agremiación sindical.

Acto seguido se le toma el juramento de rigor por parte del presidente y toma posesión del cargo ad-hoc”



Aunque resulta cierta la afirmación que se hace en el cargo, en el sentido de no haber sido firmada la Resolución Superior No. 040/2005 por la Secretaria General titular sino por un Secretario Ad-hoc, a esa circunstancia no puede atribuírsele la entidad de vicio constitutivo de expedición irregular del acto o de violación de norma superior, puesto que fue la ausencia de la Secretaria titular la que llevó a acudir al auxilio de un secretario actuante para esa específica sesión, cuya labor no ha sido puesta en duda.

Además, la labor secretarial en lo atinente a la formación del acto administrativo atacado, cumple un papel instrumental referido a documentar los pormenores suscitados en el curso de la sesión y a dejar por escrito las decisiones administrativas que el cuerpo colegiado haya adoptado, todo ello avalado por la firma de quien presidió la sesión, y en tanto no se traicione la verdad de lo ocurrido allí la presencia de un secretario ad-hoc, por demás justificado, no tiene la potencialidad de afectar la legalidad del acto administrativo allí producido.

Adviértase, de otro lado, que en la formación del acto administrativo contenido en la Resolución Superior No. 040/2005, interviene únicamente la voluntad mayoritaria de los integrantes del Consejo Superior Universitario, sin que en ella interfiera la presencia del secretario ad-hoc, de modo que esa decisión administrativa no sufre el menor daño porque haya sido documentada por un colaborador accidental de la administración, que además estaba revestido de la condición de funcionario de la misma universidad, según se ventiló en la sesión extraordinaria. Por tanto, el cargo no prospera.

#### **EXPEDIENTE 3919**

**Primer Cargo: Violación del Acuerdo 27 del 17 de mayo de 2000, artículo 11 parágrafo 2 "Por el cual se modifica el Estatuto General de la**

409

**Universidad (Acuerdo 130 de 1993)", expedida por el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos**

Para la parte demandante este cargo debe ser acogido porque los cinco miembros del Consejo Superior de la Universidad de los Llanos que asistieron a la Sesión Extraordinaria del 30 de diciembre de 2005 no la convocaron previamente, porque no se contó con la presencia de la Ministra de Educación o su delegado y porque en ausencia de éstos la sesión debe ser presidida por el delegado del Presidente de la República y no por el representante del mismo. Para el accionante estas circunstancias resultan violatorias del siguiente precepto del Acuerdo No. 027 de 2000:

**"Artículo 11: Consejo Superior Universitario.** (modificado Acuerdo 010 de 2001). El Consejo Superior Universitario es el máximo órgano de dirección y gobierno de la Universidad y está integrado por:

- a.- El Ministro de Educación Nacional o su delegado, quien lo preside.
- b.- Un representante del Presidente de la República, que haya tenido vínculos en el sector universitario, quien lo preside en ausencia del Ministro o de su delegado.
- c.- Un representante de la directiva académica elegido por los Directivos que hacen parte del Consejo Académico, para un período de dos (2) años.
- d.- Un ex Rector de la Universidad de los Llanos que haya ejercido el cargo en propiedad, elegido para un período de dos (2) años.
- e.- Un profesor de la Universidad, elegido por los profesores para un período de dos (2) años.
- f.- Un estudiante de la Universidad, elegido por los estudiantes para un período de dos (2) años.
- g.- Un representante de los egresados de la Universidad, elegido por los gremios legalmente reconocidos, para un período de dos (2) años.
- h.- Un representante del sector productivo, elegido por los gremios legalmente reconocidos, para un período de dos (2) años.
- i.- El Rector de la Universidad, con voz, pero sin voto.

.....

**Parágrafo dos:** El Consejo Superior se reúne ordinariamente mínimo una vez al mes y extraordinariamente cuando lo estime necesario, a solicitud del Ministro o su delegado, el Rector, o al menos cinco consejeros. En todos los casos para poder sesionar deberá estar presente quien lo preside. (...)”

490

Tal como lo dijo la Sala al resolver el segundo cargo de la demanda 3918, la convocatoria sí se hizo de manera previa y por parte de cinco miembros del Consejo Superior Universitario, lo cual se corrobora no solo con el oficio 000802 de 12 de julio de 2006, emanado de la Secretaría General del Consejo Superior de la Universidad de los Llanos (fls. 189 a 191 Exp. 3919), sino también con el primer inciso del Acta de Sesión Extraordinaria No. 017 del 30 de diciembre de 2005 (Exp. 3918 fl. 2), en la cual se lee:

“En la ciudad de Villavicencio, departamento del meta, en las instalaciones del club campestre Internacional, siendo las siete y treinta (7:30) AM del día viernes 30 de diciembre de 2005, previa citación realizada por cinco consejeros de la unillanos (sic) el día 23 de diciembre de 2005, como consta en el respectivo recibo de envío certificado por adpostal (sic) No. R-7CO648688 y en la respectiva convocatoria, acorde con los estatutos y las leyes, especialmente el parágrafo dos del artículo 11 del acuerdo 027 de 2000”

Así las cosas, no es cierto que la convocatoria se hubiera surtido en forma irregular, no solo se hizo por el número requerido de miembros del Consejo Superior Universitario, sino que se hizo de manera previa, de modo que la inasistencia de la Ministra de Educación o su delegada, quien por supuesto fue citada, no vicia de ilegal la actuación cumplida a raíz de esa sesión extraordinaria, pues no existe norma alguna que impida adelantar esas sesiones sin su presencia, ausencia que tampoco afectó el quórum pues según lo dispuesto en el artículo 61 del Acuerdo 27 de 2000 (Estatuto Superior Universitario), para ello se requería contar con más de la mitad de los miembros del Consejo Superior Universitario con derecho a voto, y dado que ese cuerpo colegiado se compone de nueve miembros, donde sólo ocho tienen derecho a voto, las decisiones adoptadas en la mencionada sesión extraordinaria por cinco Consejeros contaba con el quórum estatutario requerido.

En su última parte el cargo funda la ilegalidad del acto demandado en que la sesión extraordinaria del 30 de diciembre de 2005 del Consejo Superior Universitario, en ausencia de la Ministra de Educación o su delegado, la debía

491

presidir el “delegado” del Presidente de la República y no el “representante” del mismo, figuras que son diferentes.

Aunque tiene razón el demandante en que la Sesión Extraordinaria No. 017 del 30 de diciembre de 2005 fue presidida por el Consejero RODRIGO ARENAS GRANADA en calidad de “Representante” del Presidente de la República por la inasistencia de la Ministra de Educación o su delegado (fl. 2 Exp. 3918), lo que constata la Sala es una disputa gramatical en torno a las expresiones “representante” del Presidente de la República y “designado” del mismo, que carece de relevancia para afectar la legalidad del acto enjuiciado.

La Ley 30 de 1992 *“Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior”*, dispone en su artículo 64 que el Consejo Superior Universitario es el máximo órgano de dirección y gobierno de la Universidad y se integrará, entre otros, por *“Un miembro **designado** por el Presidente de la República, que haya tenido vínculos con el sector universitario”* (c). El Acuerdo 27 de 2000 *“Por el cual se modifica el Estatuto General de la Universidad (Acuerdo 130 de 1993)”*, al reglamentar la anterior disposición lo hizo en su artículo 11 señalando en particular sobre este miembro en su literal b) que el Consejo Superior Universitario se compondrá, además, de *“Un **representante** del Presidente de la República, que haya tenido vínculos en el sector universitario, quien lo preside en ausencia del Ministro o su delegado”*.

Como se podrá notar, los Estatutos Generales de la Universidad de los Llanos no emplearon en el literal b) del artículo 11 el mismo término utilizado por el legislador en el literal c) del artículo 64 de la Ley 30 de 1992, pero de ello no puede concluirse que se trata de figuras jurídicas distintas, a contrario sensu debe entenderse que se trata de la misma y que cuando los Estatutos Universitarios emplean la expresión “representante” lo hacen con el fin de referirse a “designado” del Presidente de la República, lo cual resulta razonable en el entendido de que si bien la Universidad de los Llanos goza de autonomía para autorregularse administrativamente, ello

492

debe cumplirse en armonía con el ordenamiento jurídico, y la disonancia gramatical que se aprecia se supera dando a la calidad de representante del Presidente de la República el mismo alcance que la de designado del primer mandatario. Por lo dicho el cargo no prospera.

**Segundo Cargo: Violación de la Resolución Superior 033 del 21 de octubre de 2005 "Por la cual se convoca y establece el procedimiento para la designación del Rector de la Universidad de los Llanos para el período comprendido entre el 1 de marzo de 2006 y el 28 de febrero de 2009" artículo 6 parágrafo 2 y artículo 7, expedida por el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos**

Este cargo es fundamentado en que los cinco miembros del Consejo Superior Universitario que convocaron a la sesión de diciembre 30 de 2005 modificaron las reglas de dicha resolución por no haber permitido la sustentación del programa de gobierno ante ese cuerpo colegiado y porque la citación a sesión extraordinaria es competencia exclusiva de la Ministra de Educación Nacional o su delegado. La norma que se cita como infringida señala:

**"Artículo Sexto.** La Comisión presentará al Consejo Superior el día 25 de noviembre de 2005, el resultado de la revisión de las hojas de vida de los aspirantes. Una vez revisada la información por parte del Consejo Superior, se publicará en la página Web de la Universidad, la lista de quienes hayan cumplido a cabalidad con los requisitos exigidos por la Universidad, junto con su hoja de vida y el programa de Gobierno, propiciando información suficiente y en igualdad de condiciones propias del *Alma mater*.

.....

**Parágrafo 2:** Los aspirantes habilitados deberán sustentar públicamente su programa de gobierno ante la comunidad universitaria en el lugar y fechas indicadas por la Universidad. Igualmente, en sesión del Consejo Superior presentarán su programa de gobierno en la oportunidad previamente indicada por dicho órgano"



216  
493

**"Artículo Séptimo:** La Designación del Rector se realizará en sesión del Consejo Superior convocada para tal fin"

Sobre el primer reparo, relativo a haber omitido la sustentación de los programas de gobierno por parte de los candidatos habilitados, ante el Consejo Superior Universitario, la Sala se remite a lo dicho por ella para despachar el primer cargo de la demanda 3918, donde se demostró que no había lugar a anular el acto demandado por tal circunstancia.

En lo que resta del cargo se aduce que la ilegalidad del acto demandado se fundamenta en que la citación a sesión extraordinaria es competencia exclusiva de la Ministra de Educación Nacional o su delegado. Este cargo, al igual que el primero del expediente 3918, no es viable jurídicamente por defectos formales, dado que el supuesto fáctico que esboza el cargo no está regulado por la norma jurídica que se cita como vulnerada, de modo que resulta imposible surtir un control de legalidad de un acto administrativo con base en una norma que no contempla la situación debatida.

No obstante el impedimento formal que advierte la Sala y para no dejar cabos sueltos, debe decirse que el argumento no tiene fundamento jurídico. El Acuerdo 27 de 2000 (Estatuto General Universitario), dice en su artículo 11 que el Consejo Superior Universitario es el máximo órgano de dirección y gobierno de la Universidad de los Llanos y en su parágrafo dos que *"se reúne ordinariamente mínimo una vez al mes y extraordinariamente cuando lo estime necesario, a solicitud del Ministro o su delegado, el Rector, o al menos cinco consejeros. En todos los casos para poder sesionar deberá estar presente quien lo preside"* (Resalta la Sala).

El poder de convocatoria a sesiones ordinarias y extraordinarias, según los estatutos universitarios, no se concentra en un solo miembro del Consejo Superior Universitario, está repartido entre la Ministra de Educación Nacional o su delegado, el Rector o al menos cinco miembros de ese Consejo. Por consiguiente, la

494

exclusividad predicada en el cargo respecto de la Ministra o su delegado resulta inexistente y la citación que cinco Consejeros hicieron para la Sesión Extraordinaria No. 017 del 30 de diciembre de 2005 no puede ser reprochada por esta parte. Por tanto, el cargo no prospera en esta parte y resulta exitoso en la primera con remisión a los argumentos esgrimidos por la Sala para el cargo primero del expediente 3918.

**Tercer Cargo: Violación de la Ley 30 de 1992 "Por la cual se organiza el servicio público de la educación superior" artículo 64 literal c)**

La parte demandante fundamenta el cargo en RODRIGO ARANGO actuó en la citada sesión como representante del Presidente de la República, figura que resulta inexistente por ser miembro del Consejo Superior Universitario por designación del primer mandatario. Este cargo, por su similitud con el primer cargo de esta demanda, se niega con fundamento en las mismas razones allí expuestas.

**Cuarto Cargo: Violación de la Ley 30 de 1992 "Por la cual se organiza el servicio público de la educación superior" artículo 64 literal a)**

El sustento de este cargo está en que la Sesión Extraordinaria del 30 de diciembre de 2005 del Consejo Superior Universitario debió ser presidida por la Ministra de Educación Nacional o su delegada más no por el delegado del Presidente, con lo cual se violó la siguiente norma:

**"Artículo 64.** El Consejo Superior Universitario es el máximo órgano de dirección y gobierno de la universidad y estará integrado por:

- a) El Ministro de Educación Nacional o su delegado, quien lo presidirá en el caso de las instituciones de orden nacional.
- b) El Gobernador, quien preside en las universidades departamentales.
- c) Un miembro designado por el Presidente de la República, que haya tenido vínculos con el sector universitario.
- d) Un representante de las directivas académicas, uno de los docentes, uno de los egresados, uno de los estudiantes, uno del sector productivo y un ex-rector

495

universitario.

e) El Rector de la institución con voz y sin voto" (Subraya la Sala)

Este cargo no está llamado a prosperar porque si bien la Sesión Extraordinaria No. 017 de 2005 del Consejo Superior de la Universidad de los Llanos la presidió el señor RODRIGO ARENAS GRANADA en calidad de delegado del Presidente de la República, ello obedeció a la ausencia de la Ministra de Educación Nacional o su delegado y estuvo avalado jurídicamente por lo dispuesto en el artículo 11 del Acuerdo 27 de 2000, que si bien asigna a esos funcionarios la presidencia del Consejo Superior Universitario en forma prioritaria, no lo hace de manera exclusiva, ya que reconoce una competencia subsidiaria en el delegado del Presidente de la República al señalar en su literal b) que ese órgano estará integrado por *"Un representante del Presidente de la República, que haya tenido vínculos en el sector universitario, quien lo preside en ausencia del Ministro o de su delegado"* (Subraya la Sala).

Así las cosas, ante la ausencia comprobada de la Ministra de Educación Nacional o su delegado a la sesión extraordinaria No. 17 de diciembre 30 de 2005, se activó la competencia subsidiaria que estatutariamente tiene el delegado del Presidente de la República para presidir esa reunión extraordinaria, lo cual es suficiente para concluir la improperidad del reparo. El cargo no prospera.

**Quinto Cargo: Violación de la Ley 30 de 1992 "Por la cual se organiza el servicio público de la educación superior" artículo 65 literal e) y del Acuerdo 27 del 17 de mayo de 2000, artículo 11 parágrafo 1 "Por el cual se modifica el Estatuto General de la Universidad (Acuerdo 130 de 1993)", expedida por el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos**

Este cargo está sustentado en que en la Sesión Extraordinaria No. 17 del Consejo Superior de la Universidad de los Llanos no actuó la Secretaria General titular,

214  
496

señora Elena María Flórez, sino un secretario ad-hoc. Como se trata del mismo planteamiento contenido en el tercer cargo del expediente 3918, a lo allí razonado y decidido se atiene la Sala.

#### **6.- Conclusión**

No habiéndose demostrado la prosperidad de ninguno de los cargos propuestos, la Sala negará las súplicas de la demanda.

De igual forma, se declarará impróspera la excepción de cosa juzgada constitucional propuesta por la parte demandada.

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

### **FALLA**

**Primero.- Declárase** impróspera la excepción de COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL formulada por la parte demandada con relación a los fallos de tutela proferidos en febrero 28 y marzo 8 de 2006 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

**Segundo.- Deniéganse** las pretensiones de las demandas de nulidad electoral promovidas por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL (3918) y por el señor JESÚS HERNÁN GIRALDO (3919), contra la elección del Dr. JAIRO IVÁN FRÍAS CARREÑO como Rector de la UNIVERSIDAD DE LOS LLANOS, por el período marzo 1/2006 a febrero 28/2009, contenido en la Resolución Superior No. 040 del 30 de diciembre de 2005, expedida por el Consejo Superior Universitario.

497

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

**CÓPIESE Y NOTIFIQUESE.**

**REINALDO CHAVARRO BURITICÁ**  
**Presidente**

**MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN**

**FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA**

**DARÍO QUIÑONES PINILLA**

498

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA (SUBSECCIÓN B)**

Consejera ponente: **RUTH STELLA CORREA PALACIO**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil doce (2012)

Radicación número: 2500232600019950070401 (21.699)

Actor: **FELIPE ANTONIO PARRA ALVARADO**

Demandado: **MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS- FONDO DE INMUEBLES NACIONALES<sup>1</sup>**

Asunto: Acción contractual

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia 14 de agosto de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en la que se denegaron las súplicas de la demanda.

La sentencia apelada, previo el estudio correspondiente, será modificada, por los motivos que se expondrán en la parte considerativa.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Las pretensiones**

---

<sup>1</sup> Si bien en la referencia del asunto aparece como demandado esa entidad lo cierto es que la entidad accionada es el **DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ-ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ**.

499

El 27 de febrero de 1995, por intermedio de apoderado judicial, y en ejercicio de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, el señor Felipe Antonio Parra Alvarado formuló demanda contra el Distrito Capital de Bogotá-Alcaldía Mayor de Bogotá, con las siguientes pretensiones:

“PRIMERA.- Declarar la inexistencia del contrato de arrendamiento No. 0427 de 1.989, suscrito entre el Fondo de Inmuebles Nacionales del Ministerio de Obras Públicas y mi mandante FELIPE ANTONIO PARRA ALVARADO con relación al siguiente bien inmueble: TERRENO UBICADO EN LA INTERSECCIÓN DE LA AVENIDA 63 CON TRANSVERSAL 48 de la ciudad de Bogotá, con un área de 2.781,57 M2 y el cual se encuentra delimitado en los siguientes linderos: Por el Norte, con una extensión de 47.50 metros con la Avenida 63; Por el Occidente, en una extensión de 55.75 metros con la Transversal 48; Por el Sur, en una extensión de 43.70 metros con terrenos de propiedad de la Nación; Por el Oriente, en una extensión de 49.00 metros con predios de propiedad de la Nación.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración condenar a la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá D.C. al pago de los perjuicios ocasionados al señor FELIPE ANTONIO PARRA ALVARADO al persistir en la vigencia del contrato de arrendamiento No. 0427 de 1.989 suscrito entre el Fondo de Inmuebles Nacionales del Ministerio de Obras Públicas y mi mandante, aplazando la legalización solemne del nuevo contrato, manteniendo en interinidad e incertidumbre al arrendatario.

TERCERO.- Que se precise en la sentencia el valor de los perjuicios materiales y morales sufridos por el señor FELIPE ANTONIO PARRA ALVARADO, que la demandada está obligada a indemnizar, comprendiendo dicha valoración, como daño emergente y lucro cesante, la suma de CIEN MILLONES DE PESOS MCTE (\$100.000.000.00) más los rendimientos que dichos dineros deben producir (...).

CUARTA.- Condenar a la parte demandada al pago de las mejoras que el señor FELIPE ANTONIO PARRA ALVARADO ha realizado en el inmueble determinado en la pretensión primera, los (sic) cuales se evaluarán mediante justa tasación pericial.”

500

## 2. Los fundamentos de hecho

Los hechos narrados en la demanda son, en resumen, los siguientes:

2.1. El señor Felipe Antonio Parra Alvarado, celebró con la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte el contrato de arrendamiento n.º 469 de 29 de noviembre de 1985, sobre el predio enunciado en las pretensiones, el cual fue reemplazado por el contrato n.º 0427 de 1989, cuyo plazo inicial fue de 36 meses contados a partir del 24 de agosto de ese año, canon mensual de \$60.000 por el primer período e incremento del 25% para las prórrogas sobrevinientes.

2.2. El inmueble objeto de arrendamiento fue destinado al funcionamiento del establecimiento de comercio de propiedad del arrendatario denominado “Asadero el Motorista”.

2.3. Mediante minuta técnica n.º 083 de 26 de octubre de 1992, se amplió el área arrendada y se fijó un nuevo plazo de 60 meses y canon mensual de \$280.000.00, pero este documento no pudo ser solemnizado y perfeccionado.

2.4. El 19 de octubre de 1993, la Nación Ministerio de Obras Públicas y Transporte cedió el contrato de arrendamiento n.º 0427 de 1989 al Distrito Capital de Bogotá, la cual fue aceptada por el señor Felipe Antonio Parra



227  
gol

Alvarado; sin embargo, no se hizo mención del nuevo contrato contenido en la minuta técnica n.º 083 de 26 de octubre de 1992.

2.5. El demandante tuvo conocimiento de que desde noviembre de 1993, el Alcalde Mayor del Distrito Capital, sin justificación alguna, ordenó no recibir los cánones mensuales, razón por la cual debió acudir a la consignación de los mismos a través del Banco Popular.

2.6. El 19 de septiembre de 1994, el contratista recibió una carta de la Secretaría de Obras Públicas en la que se le solicitaba la restitución del inmueble arrendado.

2.7. Desde 1994, el demandante arrendatario se ha visto afectado en el uso y goce del bien debido a que, de un lado, el Presidente del Club Los Millonarios le informó que el predio había sido cedido a esa institución por lo que le exigía su desocupación, y de otro lado, personas inescrupulosas pretenden adquirir los predios de la Nación mediante prescripción extraordinaria (dentro de sendos procesos de pertenencia que cursan en los Juzgados 6 y 13 Civil del Circuito de Bogotá), lo cual ha afectado su situación económica y la tranquilidad necesaria para administrar debidamente sus negocios, debiendo asumir incluso la carga de contratar abogados que defendieran sus intereses.

### **3. Fundamentos de derecho**

402

Fundamentó el actor su demanda en lo dispuesto por los artículos 1982 numeral 3° y 1987 del Código Civil; 157 y 26 del Decreto – Ley 222 de 1983; 13 y 40 de la Ley 80 de 1993.

A juicio del actor, el contrato n.º 427 de 1989 es un contrato administrativo, reglado por los artículos 157 y 158 del Decreto Ley 222 de 1983, siendo elemento de la esencia del mismo y de su prórroga la solemnidad; por tanto, “[e]n el caso materia de controversia el Contrato 427 de 1.989 dejó de existir en el escenario jurídico administrativo el día 24 de noviembre de 1994”, sin que pueda argüir la administración que el contrato fue celebrado de manera verbal.

Concluyó que el Distrito Capital fue negligente, siendo responsable por los perjuicios ocasionados por su omisión, al haber mantenido intencionalmente al señor Felipe Antonio Parra bajo contrato verbal y en la creencia de estar tramitándose el nuevo contrato con el cumplimiento de las solemnidades y de conformidad con lo establecido en la ley.

#### **4. Trámite de la admisión y traslado de la demanda**

En auto de 13 de marzo de 1995 el Tribunal *a quo* admitió la demanda y ordenó las notificaciones personales al Agente del Ministerio Público y al demandado.

#### **5. La oposición de la demandada**

103

Previo notificación personal el 6 de abril de 1995, la parte demandada presentó escrito en el que se opuso a las pretensiones de la demanda; aceptó algunos hechos y manifestó no constarle algunos de ellos y atenerse a lo que resultara probado en el proceso. Como razones de defensa, señaló que:

5.1. El contrato n.º 0427 de 1989, fue suscrito debidamente por las partes en forma libre y espontánea, sometiéndose a la normatividad vigente, razón por la cual resulta contradictorio y no es posible que el demandante ahora formule su inexistencia cuando participó en su creación.

5.2. También aparece probado en el plenario que el demandante el 10 de diciembre de 1993, aceptó expresamente la cesión del contrato que se realizó entre el Ministerio de Obras Públicas y el Distrito Capital de Bogotá.

5.3. El actor no especificó las causales que podrían generar la inexistencia del contrato y debe analizarse si a falta de pronunciamiento expreso de las partes, sobre todo de la parte arrendataria, no se da la prórroga automática del contrato.

5.4. No falta ningún requisito esencial que dé lugar a la inexistencia del contrato, por cuanto el demandante ha consentido en todos los actos que se han celebrado en relación con el mismo, motivo por el cual deben negarse las súplicas de la demanda.

## **6. Actuación procesal en primera instancia**

6.1. Por auto de 30 de mayo de 1995 se decretaron las pruebas.

6.2. Mediante providencia de 22 de agosto de 2000, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto si a bien lo tenía, pero ninguno de ellos se manifestó en esta etapa.

## **7. La sentencia impugnada**

Afirmó el Tribunal *a quo* en la sentencia impugnada que las pretensiones no tenían vocación para prosperar, toda vez que el demandante no demostró la perturbación en el uso y goce de la cosa arrendada por parte del arrendador, pues del acervo probatorio (testimonios de Carid Parra Cordobés y Luis Alberto Solana, diligencia de restitución practicada por la Inspección 13 de Policía por orden del Juzgado 6 Civil del Circuito y el dictamen pericial en el que se identificó el inmueble y se evaluaron mejoras de la parte de parqueo en la suma de \$57.837.400) no se infiere que hubiese sido interferido en ese goce del bien dado en tenencia; por el contrario, se comprobó que la única diligencia judicial practicada dentro del inmueble fue la entrega de éste a la entidad arrendadora; además, las otras pruebas decretadas a instancia del demandante no fueron evacuadas debido al desinterés de esa parte.

Por último, en cuanto hace relación a la pretensión de inexistencia del contrato, precisó que de conformidad con el artículo 87 del C.C.A. la acción contractual sólo procede para la declaratoria de existencia del contrato y no

1234  
fob

para su inexistencia, dado que nuestro derecho positivo no la relaciona como causal de invalidez de los acuerdos contractuales; pero, además, no procede porque el contrato se celebró con todos los requisitos propios para la validez de este tipo de actos y la prórroga se presentó en forma tácita, toda vez que el arrendatario siguió ocupando el predio y la otra siguió recibiendo los cánones mensuales.

### 8. El recurso de apelación

El demandante presentó el 21 de agosto de 2001 recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*, con el fin de que fuera revocada y acogidas sus pretensiones. En escrito de 23 de noviembre de 2001, sustentó el recurso en los siguientes términos:

En primer lugar, advirtió que, contrario a lo manifestado por el juez *a quo*, los hechos de la demanda encuentran respaldo probatorio, dado que en el plenario se encuentran los contratos, la cesión, la minuta técnica, la solicitud de entrega del predio y los testimonios de las personas a quienes les consta los actos perturbatorios, así como el monto de los perjuicios por las mejoras por valor de \$57.837.400.

En segundo lugar, resaltó que el contrato n.º 0427 de 1989, tuvo una duración inicial de 36 meses, venciendo el término el 24 de noviembre de 1994; la minuta técnica 083 no se solemnizó por falta de precisión de los linderos, razón por la cual el mencionado contrato se prorrogó tácitamente

506

como lo estableció el Tribunal *a quo*, pero sucede que adolece del elemento solemne que determina la existencia jurídica del mismo conforme a la normatividad de contratación administrativa.

En tercer lugar, sostuvo que de las pruebas se establece que el señor Antonio Felipe Parra Alvarado realizó todas las gestiones y procedió con la diligencia requerida para la tramitación del nuevo contrato de arrendamiento conforme a la Ley 80 de 1993, sin embargo, la demandada fue negligente y con la omisión causó perjuicios toda vez que el inmueble ya fue restituido.

## **9. Actuación en segunda instancia**

9.1. El recurso fue admitido por esta Corporación en auto de 6 de diciembre de 2001.

9.2. Mediante auto de 15 de febrero de 2002 se dio traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para que rindiera concepto. En esta etapa únicamente intervino el demandante quien reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

307

Esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que la cuantía de la demanda supera aquella exigida para el efecto en vigencia del Decreto 597 de 1988, esto es, antes de la vigencia de las cuantías establecidas en la Ley 446 de 1998<sup>2</sup>.

La Sala modificará la sentencia del *a quo*, para lo cual estudiará los siguientes aspectos: 1) objeto de la acción y el motivo de la apelación; 2) lo demostrado en el proceso; 3) generalidades sobre la eficacia de los negocios jurídicos; 4) el régimen de derecho de los contratos de arrendamiento celebrados por las partes; 5) la existencia del contrato de arrendamiento número 0427 de 1989; 6) la validez del contrato de arrendamiento número 0427 de 1989, 6.1. Los bienes de dominio público y sus características, 6.2. La naturaleza jurídica del inmueble objeto del contrato de arrendamiento n.º 0427 de 1989, 6.3. La improcedencia del arrendamiento de un bien de uso público, 6.4. La transgresión a la prohibición establecida en el artículo 157 del Decreto Ley 222 de 1983; 7) la causal de nulidad que afecta el contrato de arrendamiento n.º 0427 de 1989 y su declaratoria de oficio; 8) las restituciones mutuas; y 9) costas.

## **1. Objeto de la acción y el motivo de la apelación**

---

<sup>2</sup> De acuerdo con el Decreto 597 de 1988, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales tuviera vocación de segunda instancia ante esta Corporación era de \$9.610.000 y la mayor de las pretensiones de la demanda con la cual se inició este proceso ascendía a la suma de \$100.000.000,00.

5000

Pretende el demandante que se declare la inexistencia del contrato de arrendamiento n.º 427 de 1989 y en consecuencia que se condene a la demandada al pago de los perjuicios materiales y morales causados al arrendatario.

La apelación en los términos del numeral 9 del acápite anterior, plantea los siguientes problemas jurídicos: a).- Si el contrato de arrendamiento n.º 427 de 1989 es inexistente en el sentido propuesto por el actor; b).- Si el arrendatario fue perturbado sin justificación atendible en el uso y goce de la cosa arrendada o dada en tenencia; c).- Si como consecuencia se le causaron los perjuicios reclamados, y en particular, por aplazar la legalización solemne de un nuevo contrato y persistir en el anterior.

## 2. Lo demostrado en el proceso

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso quedaron debidamente acreditadas las siguientes circunstancias particulares y relevantes del caso *sub iudice*:

2.1. Que entre el Fondo de Inmuebles Nacionales del Ministerio de Obras Públicas y Transporte -en calidad de arrendador- y el señor Felipe Antonio Parra Alvarado -en calidad de arrendatario-, se celebró el contrato de arrendamiento n.º 469 de 29 de noviembre de 1985, sobre un bien inmueble, lote de terreno de propiedad de la Nación adquirido con escritura





pública número 22 de 25 de julio de 1980, otorgada en la Notaría 23 de Bogotá, y ubicado en la intersección de la avenida 63 con transversal 48 de la ciudad de Bogotá, con un área de 2.781,57 M2, el cual se encuentra delimitado en los siguientes linderos: Por el Norte, con una extensión de 47.50 metros con la Avenida 63; Por el Occidente, en una extensión de 55.75 metros con la Transversal 48; Por el Sur, en una extensión de 43.70 metros con terrenos de propiedad de la Nación; Por el Oriente, en una extensión de 49.00 metros con predios de propiedad de la Nación (copia auténtica a fls. 4 a 6 cd. 2). El término de duración se pactó en 36 meses (cláusula cuarta) y un canon mensual de \$10.000 por el primer período e incremento del 10% para los períodos posteriores (cláusula tercera).

2.2. Que el 24 de agosto de 1989, se celebró un nuevo contrato de arrendamiento bajo el n.º 0427 entre las mismas partes y sobre el mismo bien inmueble (copia auténtica a fls. 1 a 3 cd. 2).

El término de duración se pactó en 36 meses (cláusula cuarta) y un canon mensual de \$60.000 por el primer período e incremento del 25% para los períodos posteriores (cláusula tercera).

Se estipuló en el contrato que la destinación del inmueble sería para el funcionamiento de un asadero (cláusula sexta) y en cuanto a las mejoras que realizara el arrendatario se indicó que podían ser retiradas a la expiración del término siempre y cuando el inmueble no sufriera menoscabo alguno y, en caso contrario, quedarían de propiedad de la Nación sin que por este

5/0

concepto se cause contraprestación alguna (cláusula sexta). A la terminación del contrato el arrendatario debía restituir el inmueble arrendado en el mismo estado en el que le fue entregado, salvo el deterioro normal o goce legítimo (cláusula décima primera).

Dentro de las obligaciones del arrendador se pactaron las de entregar el bien arrendado y librar al arrendador de la turbación o embarazo en el uso o goce del inmueble arrendado (cláusula décima segunda); y dentro de las del arrendatario, además de la conservación del bien y pago del canon de arrendamiento, la de restituir el inmueble por cualquier causa de terminación del contrato y en especial por el requerimiento que para tal efecto le hiciera el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, que se reservó el derecho de solicitar el lote dando aviso al arrendatario con quince días de anticipación, una vez se iniciaran en el sector las obras de construcción del parque Simón Bolívar (cláusula décima tercera, numeral 4).

Así mismo, se pactaron las cláusulas de caducidad administrativa, multas, penal pecuniaria, y las de interpretación, terminación y modificación unilaterales (cláusula décima a décima octava).

Según minuta técnica n.º 006 (copia auténtica a fl. 6 cd.2), se deduce que este contrato reemplazó al contrato número 469 de 1985, pues versa sobre el mismo lote de terreno de propiedad de la Nación y fue suscrito por las mismas partes.

611

2.3. Que el 26 de octubre de 1992, se elaboró la minuta técnica n.º 083, que lleva únicamente la firma del Director de Inmuebles Nacionales y contiene las bases (objeto, partes, propiedad, linderos, valor, canon mensual, plazo, cláusulas especiales, observaciones) sobre las cuales presuntamente se haría un nuevo contrato que reemplazaría al n.º 427 de 1989 (copia auténtica fl. 18 cd. 2), pero del que no existe prueba de su elaboración ni celebración.

2.4. Que la Nación Ministerio de Obras Públicas y Transporte y el Fondo de Inmuebles Nacionales cedieron el 19 de octubre de 1993, el contrato de arrendamiento n.º 0427 de 1989 al Distrito Capital de Bogotá junto con el predio objeto del mismo, según acta suscrita por el representante de ese ministerio, el liquidador del fondo, el Alcalde Mayor de Bogotá y la Procuradora de Bienes del Distrito (copia auténtica fl. 7 cd. 2), la cual fue debidamente notificada el 29 de noviembre de 1993 al señor Felipe Antonio Parra Alvarado (copia auténtica fl. 9 *ídem*), por el liquidador del fondo y en los siguientes términos:

“[M]e permito informarle que el Fondo de Inmuebles Nacionales se encuentra en proceso de liquidación y para dar cumplimiento al mandato contenido en el Decreto 2171 del 30 de diciembre de 1992 y su decreto reglamentario No. 1166 del 23 de junio de 1993, se hizo entrega del Parque Simón Bolívar al Distrito Capital, el pasado 19 de octubre del año en curso. Para efectos del pago del canon de arrendamiento correspondiente y para todo lo relativo a los derechos y obligaciones emanados del contrato de arrendamiento No. 427 de 1989, debe dirigirse a la Procuraduría de Bienes del Distrito Capital” (resaltado por fuera del texto original).

5/2

2.5 Que mediante acta suscrita el 10 de diciembre de 1993 por la Procuradora de Bienes del Distrito Capital y el señor Felipe Antonio Alvarado Parra, este último aceptó expresamente la cesión del contrato de arrendamiento (copias auténticas fl. 8 *idem*).

2.6. Que mediante oficio número 115-140-NI de 19 de septiembre de 1994, el Secretario de Obras Públicas del Distrito Capital de Bogotá, solicitó la entrega del predio arrendado donde funcionaba el Asadero el Motorista al señor Felipe Antonio Parra Alvarado, en el término de 15 días a su recibo, en cumplimiento de la cláusula cuarta del contrato n.º 0427 de 1989, relativa al plazo del contrato (copia a fl. 12 cd. 2).

2.7. Que con fecha 2 de junio de 1994, se practicó diligencia de entrega por la Inspección 13 de Policía, en desarrollo de la comisión ordenada por el Juez Sexto Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de pertenencia promovido por Guillermina Angarita de Montañez contra la Nación, donde se ordenó la entrega real y material del predio ubicado en la Avenida 63 entre Carreras 46 y 50 a la apoderada del Distrito Capital (copias a fl. 43 y vto. cd. 2).

En dicha diligencia al momento de alinderar e identificar el predio materia de la restitución se dejó constancia de que se encontraba incluido el lote de terreno donde funciona el Asadero el Motorista y que durante la misma fueron atendidos por el señor Luis Felipe Parra, hijo del demandante, quien manifestó que su padre lo detentaba en virtud de un contrato de

5/3

arrendamiento celebrado con el Fondo de Inmuebles Nacionales. Aunque la entrega se decretó, el funcionario concedió un plazo de 30 días para que se desocupara el bien inmueble y “al presunto arrendatario” le dejó copia de la diligencia para que ejerciera sus derechos en ese caso de conformidad con el artículo 338 del C. de P. Civil.

2.8. Que el predio fue restituido según se desprende de la diligencia anterior, la afirmación que en tal sentido realizó el actor en el recurso de apelación en el presente proceso (fl. 86 cd. ppal.) y la complementación al dictamen pericial rendido el 24 de mayo de 2000 en donde dan cuenta del traslado de la sede del establecimiento de comercio (Asadero el Motorista) que funcionaba en el mismo a la Carrera 66ª n°.68-56 de esta ciudad (fl. 65 cd. 2).

Por otra parte, rindieron testimonio:

.- El señor Carid Lozano Bernal, empleado del demandante en el Asadero el Motorista, quien afirmó que se le encargó en tres o cuatro ocasiones realizar el pago del canon de arrendamiento mediante consignación en el Banco Popular, además mencionó que conocía del contrato de arrendamiento, de los problemas con la Alcaldía Mayor para desalojarlos en más o menos diez diligencias y de las mejoras que se efectuaron, tales como cerramientos, bodegas, baños y pintura (fls. 51 a 52 cd. 2).

514

.- El señor Luis Alberto Solano Gil, ingeniero quien realizó por encargo del demandante un levantamiento topográfico del terreno en donde funcionaba el establecimiento de comercio Asadero el Motorista, y que conoció por información del mismo actor que la arrendadora le perturbaba en su posesión pues le exigía la desocupación del inmueble (fl. 52 a 53 cd. 2).

.-El señor Jesús Hernando Latorre Marín, conductor al servicio del demandante, sostuvo que lo acompañaba a pagar los cánones de arrendamiento, que le constan las mejoras realizadas consistentes en 3 salones, los baños, las cercas, los pisos y las entradas, pues él participaba de los arreglos y, así mismo, manifestó que conoció los requerimientos de la Alcaldía Mayor y del Club Deportivo los Millonarios que le decían al actor que debía desocupar (fls. 53 y 54 cd. 2).

Igualmente, se practicó dictamen pericial (18 de agosto de 1998) con el fin de identificar el inmueble objeto del arrendamiento y establecer el valor de los perjuicios que, según el actor, pudieron causársele; en ejecución de su trabajo, los auxiliares de la justicia lograron identificar el predio y en cuanto a los perjuicios concluyen que no existen, pues las mejoras existentes se construyeron exclusivamente para el uso del asadero y, las partes cubiertas podían ser desmanteladas sin ninguna dificultad quedando solo la zona de parqueo a la que le dieron un valor de \$57.837.400,00 (fl. 53 a 54 cd. 2), pero que en todo caso se construyó para el funcionamiento del asadero, dado que ese es el servicio al que estaba destinado, es decir, no es una

5/5

mejora necesaria para la conservación y mantenimiento del terreno en las condiciones y estado en que lo recibió.

De otra parte, si bien el actor no demostró la consignación de los cánones de arrendamiento en el Banco Popular y a favor del Fondo de Inmuebles Nacionales por concepto de arrendamiento del predio de la Avenida 63 con Transversal 48 de esta ciudad, desde enero de 1994 hasta abril 30 de 1996, según certificación del Departamento de Depósitos Judiciales de dicho banco (fls. 31, 44 y 45 cd. 2), no es menos cierto que se infiere que tal cancelación, por lo menos en lo que corresponde al período comprendido entre el 10 de diciembre de 1993, fecha de aceptación de la cesión del contrato, a 15 de mayo de 1995, se hizo a favor del Distrito Capital de Bogotá, dado que éste en el escrito de contestación de la demanda presentado en la última fecha aludida manifestó que era cierto este hecho (fl. 41 cd.ppal<sup>3</sup>) y, además, pidió tener como pruebas las aportadas por la actora (fls. 14 a 20 cd. ppal.), entre ellas, las fotocopias de algunas consignaciones realizadas en el año de 1994, que aun cuando estaban desprovistas de la autenticación exigida en el artículo 254 del C. de P. Civil, su veracidad se entiende corroborada por la accionada con tal solicitud.

Finalmente, cabe anotar que aunque existió una minuta técnica elaborada por la Dirección de Inmuebles Nacionales, la cual no llegó a concretarse en un contrato, no se observa en el plenario que existan probanzas relacionadas con gestiones de la parte demandante posteriores a la cesión

---

<sup>3</sup> Así dijo: "es cierto en cuanto el actor consignó el canon de arrendamiento en el Banco Popular"

del contrato al Distrito Capital de Bogotá tendientes a la tramitación de nuevo contrato de arrendamiento.

### 3. Generalidades sobre la eficacia de los negocios jurídicos

Es conocida la clasificación tripartita entre hechos, actos y negocios jurídicos, para explicar la relevancia con que dota el ordenamiento jurídico a los acontecimientos con intervención o no del hombre que generan consecuencias en el mundo del derecho en el primer caso; ora la conducta valorada del hombre con efectos jurídicos en el segundo evento; o bien el acto de autonomía privada jurídicamente significativo en el que los sujetos de derecho autorregulan y hacen disposición de sus intereses, *rectius*, negocio jurídico, clasificación que es acogida por el mismo ordenamiento a través de las normas que lo estructuran, las cuales recepcionan, individualizan y describen en abstracto, en su supuesto fáctico, los hechos, actos y negocios jurídicos, para puntualizarles consecuencias y efectos de creación, extinción o modificación de situaciones o relaciones jurídicas<sup>4</sup>.

En esta línea, todo comportamiento humano que reporte utilidad, y en particular la actividad que gira en torno al contrato, como especie del negocio jurídico que sirve de instrumento para el intercambio, provisión y satisfacción de bienes y servicios en el tráfico jurídico (función práctico social), así como los derechos y obligaciones que de él emanan, en procura

---

<sup>4</sup> Ver al respecto: HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002. págs. 41 y ss.; BETTI, Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico, Editorial Comanares, 2000.



5/7

de su tutela y defensa debida, conlleva la expedición de normas jurídicas que recogen las diferentes conductas para crear tipos negociales, asignar efectos de tolerancia o reproche y consagrar legalmente restricciones para encauzar la conducta dispositiva de intereses de las partes que a través de él se vinculan por precisas razones éticas (buenas costumbres), o políticas (orden público), o las que surjan como derivado de la función y dinámica particular del acto (limitación lógica funcional)<sup>5</sup>

De tal suerte que, en el negocio jurídico, y en particular su categoría mayúscula el contrato, la conducta es valorada, interpretada y calificada por el ordenamiento jurídico para asignarle los efectos jurídicos deseados por los sujetos que en el mismo intervienen, siempre que se observen los límites fijados a la actividad dispositiva, el contenido legal dispuesto para el tipo negocial, la normatividad imperativa o de orden público (*ius cogens*) y las buenas costumbres. Luego de tal evaluación, la ley sitúa la conducta dispositiva y convergente de las partes del negocio jurídico en el tipo que mejor corresponda, para darle la trascendencia que le merezca en el mundo del derecho (arts. 1501, 1602, 1603, 1618 del Código Civil), es decir, la norma recepciona la conducta de los sujetos, verifica que su contenido se ajuste a sus determinaciones y le asigna sus efectos, o en caso contrario le resta la relevancia pretendida.

Por lo tanto, el negocio jurídico -y dentro de él su modalidad por excelencia el contrato-, como fuente de obligaciones que importa al ordenamiento, se

---

<sup>5</sup> Ídem.

518

mueve en extremos o situaciones en los que se predica su existencia o inexistencia, su validez o invalidez y, en sentido general, su eficacia o ineficacia, conceptos que, de suyo, difieren por sus particularidades y alcances en el mundo de la causalidad jurídica.

La eficacia en sentido lato del contrato se refiere, entonces, a la plenitud de la producción de sus efectos jurídicos, o sea a los derechos y obligaciones que de su celebración surgen para las partes y sus proyecciones respecto de terceros, extraños al interés dispuesto, pero afectos a su disposición. En cambio, la ineficacia del contrato es la no producción de los efectos que debiera producir con ocasión de su celebración, bien sea porque: a) para el ordenamiento jurídico el negocio es inexistente, es decir no produce efecto alguno; b) o resulta inválido o nulo, o sea, que nacido a la vida jurídica, los efectos que de su existencia emanan pueden ser anulados o aniquilados por presentar irregularidades o vicios frente a la ley; c) o por disposición legal o particular se difieren sus efectos, como cuando se somete a condiciones por las partes o requiere de autorizaciones legales que lo activen.

En suma, la ineficacia *lato sensu* de un negocio jurídico se refiere a su carencia de efectos, por motivos diferentes que versan sobre la carencia de los elementos para su nacimiento -inexistencia-; o por predicarse del mismo defectos, distorsiones, vicios o irregularidades -invalidez-; o por circunstancias que le inhiben relevancia -condiciones o situaciones subordinantes- según se trate, que emergen de un juicio negativo.

519

De ahí que, para que un contrato sea patrocinado por el ordenamiento jurídico y en consecuencia produzca los efectos perseguidos por las partes con su celebración, tiene que cumplir con los elementos, requisitos y las formalidades constitutivas que prevén las normas jurídicas en orden a su formación o nacimiento, así como aquellos necesarios para su regularidad, de suerte que de verificarse la totalidad de los mismos, se reputa su existencia y validez, que le permite satisfacer la función práctico social que está llamado a cumplir.

*Contrario sensu*, en el evento de carecer o no reunir todos los elementos o requisitos esenciales previstos por el orden jurídico, el contrato puede ser inexistente o resultar inválido por ser valorado negativamente, según el caso, y no está llamado a producir ninguno de los efectos de los deseados de acuerdo con el primer calificativo o éstos pueden ser truncados según el segundo, dependiendo de la índole del mismo así:

i. El contrato al que le falta un elemento o requisito esencial es inexistente, o sea que se le resta cualquier eficacia jurídica, porque es inexistente y por ende, ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, tal y como se puede colegir de los artículos 1501 del Código Civil, 897 y 898 del Código de Comercio, que rezan:

“ART. 1501.[de C.C.] Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula

520

especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

“ART. 897. [del C.Co].- Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

“ART. 898. [del C. Co].- La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa. Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.”

Es decir, el contrato existe y es perfecto cuando cumple con los requisitos esenciales (*essentialia negotii*) de orden legal establecidos para que produzca efectos jurídicos la voluntad de los contratistas y la forma exigida; es decir, cuando recorre su definición legal, porque concurren sus elementos esenciales, esto es, sin los cuales no existe (art. 1501 C.C. y 998 C. Co.) y las formas y demás condiciones para la eficacia del acuerdo contractual, sin perjuicio de que puedan existir condiciones o plazos que suspendan su ejecución.

Ahora, no hay oposición alguna en cuanto a que la clasificación de los elementos que estructuran los contratos del derecho común, son los mismos del contrato celebrado por la administración pública, sea en su generalidad (capacidad de las partes, consentimiento, objeto y causa, artículo 1502 del Código Civil), o en su especificidad en esenciales, naturales y accidentales (artículo 1501 *ejusdem*), con la sola previsión de que el de la administración siempre debe cumplir con la solemnidad escrituraria (*contrato*

521

*litteris*), esto es, la formalidad del escrito que es *ad substantiam actus* (art. 26 y 156 Decreto Ley 222 de 1983, Ley 80 de 1993, arts. 39 y 41).

Desde el punto de vista específico, esos elementos esenciales del contrato se refieren al contenido mínimo legal impuesto que resulta de los términos de la ley a propósito de la definición del negocio jurídico en concreto, y contra los cuales nada puede la autonomía negocial por el carácter imperativo de las normas que las previenen, so pena de inexistencia o conversión, de acuerdo con los artículos 1501 del Código Civil y 871 y 898 inciso 2 del Código de Comercio, antes transcritos; y se diferencian de los elementos naturales (*naturalia negotii*), los cuales integran el contenido del negocio sin que sea menester estipulación de las partes, pues en su silencio el vacío lo llena la ley, la costumbre o la equidad natural, es decir, que operan y componen el negocio siempre que, por la naturaleza supletoria y dispositiva de la norma que los establece, de manera expresa, en parte o en todo, no los pacten en forma diversa (artículos 1603 y 1622 del Código Civil y 871 del Código de Comercio); y de los elementos accidentales (*accidentalia negotii*), esto es, los que con ocasión particular del negocio pactaron las partes mediante cláusulas expresas, que por ello, son mero accidente.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Paralelo a los elementos del contrato se predica del administrativo su contenido, que puede ser natural, implícito o eventual, el cual comparado con sus elementos, le vienen parecidos, como quiera que "el contenido natural es aquel que es propio y específico del contrato de que se trate y que lo distingue de los demás contratos administrativos", de existencia imprescindible, ya que de otro modo se estaría frente a otro tipo de negocio jurídico. El contenido implícito "es aquel que sin estar expresamente mencionado en el contrato igual lo integra, por resultar de las normas del derecho vigente que lo rigen" y el eventual el "que puede incluirse o no en el contrato, según lo resuelvan las partes en cada caso". Cfr. Escola, Héctor Jorge, Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Vol. I., 1977, pág. 171.

522

ii. El contrato que alcanza a nacer, porque recorrió con la definición prevista por las normas jurídicas para su formación, pero concluyó de manera irregular por contrariar o vulnerar alguna norma o requisito que determina su validez (1502<sup>7</sup> y ss. del Código Civil), es inválido, o sea nulo por valoración negativa posterior o anulable bien por nulidad absoluta o por nulidad relativa, lo cual requiere de una declaración judicial que así señale esta sanción legal (artículos 1740 y ss. del Código Civil, 899 y ss. del Código de Comercio., 44 de la Ley 80 de 1993)<sup>8</sup>.

En efecto, los artículos 6 y 1740 del Código Civil, establecen:

“Artículo 6.- La sanción legal no es solo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones.

“En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esa nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos”.

“Artículo 1740.- Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa.”

<sup>7</sup> De conformidad con el Código Civil los requisitos o presupuestos para que un acto sea válido son: “ART. 1502.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.” Además, de ciertas formalidades *ad solemnitatem* impuestas por el legislador por la naturaleza misma del contrato o por la calidad o estado de las personas que lo celebran (art. 1500 C.C.), pero de las que no se derive su existencia, es decir con exclusión de las *ad substantiam actus*.

<sup>8</sup> Los artículos 1741 y 1742 del Código Civil en materia de contratos administrativos se acogieron en el Decreto Ley 222 de 1983 en sus artículos 78 y 79, en la Ley 80 de 1993 en sus artículos 44 y ss. y en la Ley 446 de 1998 en su artículo 32. El C.C.A., en su artículo 87, subrogado por el Decreto ley 2304 de 1989, artículo 17, y luego modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998), se refiere a las controversias contractuales y a sus nulidades.

523

El artículo 1502 del Código Civil, concordante con la legislación comercial y el estatuto general de contratación, señala que es nulo el contrato cuando no cumpla con los siguientes presupuestos: a) capacidad de las partes contratantes<sup>9</sup>, b) licitud del objeto; c) licitud de la causa. d) consentimiento exento de vicios; y, e) algunas formalidades, *ad solemnitatem*, prescritas por el legislador por la naturaleza misma del contrato o por la calidad de las personas que lo celebran (artículo 1500 del Código Civil), pero de las que no se derive su existencia, es decir con exclusión de las solemnidades *ad substantiam actus*.

La nulidad en nuestro medio admite dos categorías: absoluta o relativa según la trascendencia de la norma vulnerada y dependiendo si ella está consagrada en interés general, en el primer caso; o en interés particular de las personas, para el segundo, como se puede deducir del texto legal previsto en el artículo 1741 del Código Civil<sup>10</sup>. Así la incapacidad absoluta de cualquiera de los contratantes, la ilicitud del objeto y de la causa y la omisión de una formalidad impuesta por la naturaleza misma del contrato, constituyen nulidad absoluta, y los demás vicios nulidad relativa, tales como

---

<sup>9</sup> En los contratos estatales también es menester verificar la competencia legal de las autoridades para celebrar el respectivo negocio jurídico.

<sup>10</sup> "Artículo 1741. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. /Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. /Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato."

524

la incapacidad relativa de alguna de las partes y los vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo).

En tal virtud, la nulidad es la sanción de invalidez del contrato que nacido a la vida jurídica, presenta irregularidades o vicios, por la omisión o incumplimiento de los requisitos señalados por la ley para el valor del acto o contrato, y está instituida en defensa del orden jurídico, como quiera que a través de ella el ordenamiento reacciona para reprimir los contratos ilegales, prohibidos o inmorales, en los términos descritos. Es, pues, la respuesta del ordenamiento a conductas dispositivas irregulares y que se contraponen a él, pues hace desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada, o la cláusula pactada cuando el vicio recae únicamente sobre alguna de las estipulaciones del contrato, es decir, aniquila, suprime y borra sus efectos jurídicos, con el fin de que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato.

En suma, la ineficacia del negocio jurídico comporta que éste no produce efectos, o que por el motivo que fuere deja de producir los efectos que le son propios, distinguiéndose, varias figuras dentro de esta noción con significación diversa, tal y como se explica en el siguiente pasaje doctrinal:

“[L]a ineficacia tiene varios significados: uno amplio, equivalente a la falta de efectos; comprensivo de distintas eventualidades: inexistencia, invalidez (nulidades, anulabilidad) e ineficacia en sentido estricto, y uno restringido: supresión o atenuación de sus efectos finales, que presupone un comportamiento relevante, y, además, válido”.  
(...)



529

“[F]l negocio jurídico es inexistente como tal cuando no recorrió a plenitud su definición legal o social y, por lo tanto, queda reducida al plano puramente social, desprovisto de juridicidad o, en otros términos, la conducta dispositiva de intereses es irrelevante cuando en la práctica el supuesto de hecho es incompleto o resulta contradictorio y esa falta de plenitud o antinomia no puede conducir más que a la nada en el campo negocial...”

(...)

Por ello, en principio no hay una acción declarativa de la inexistencia, aun cuando en un momento dado sea menester un pronunciamiento de accertamiento (constatación) que elimine toda duda al respecto y se requiera el ejercicio de las acciones pertinentes para eliminar las alteraciones ocurridas en el entretanto (vuelta las cosas al *status quo ante*, artículo 1746 del Código Civil).

La invalidez significa un juicio de desvalor; comparado el comportamiento realizado con los intereses y valores señalados en el sistema y tutelados por él, se encuentra en una contraposición, que impone un juicio negativo. La invalidez, comprensiva de las nulidades absoluta y relativa (ésta, *rectius*, anulabilidad), obedece a una ausencia o defectuosidad de ciertos requisitos considerados por la ley, éstos como fundamentales y aquélla como merecedora de tanta reacción, lo cual exige tener en cuenta, a la vez, la previsión normativa en materia de requisitos (...) y de sanciones (...). La invalidez presupone relevancia (...) [Y] es una reacción sancionatoria del ordenamiento ante quebrantos graves a sus dictados o desatenciones, similarmente graves de su orientación ético política.”

La nulidad es la privación al negocio de todos los efectos que está llamado a producir, mirando tanto el futuro como el pasado...”<sup>11</sup> (subraya la Sala).

La noción de inexistencia es una de aquellas que ha dado lugar a profundos debates en la doctrina<sup>12</sup>; se dice que ella se identifica con la ausencia de un elemento esencial del negocio jurídico, que implica desde el inicio su negación y que está por fuera de cualquier calificación jurídica, de manera que se constituye por una circunstancia que le resta efectos, sin necesidad de que medie una acción judicial declarativa para que se presente; mientras que, tratándose de la invalidez y dentro de ésta la denominada nulidad, se

<sup>11</sup> Hinestrosa, Fernando, Derecho Comercial Colombiano, Eficacia e Ineficacia del Negocio Jurídico, Págs. 191 a 212.

<sup>12</sup> Scongnamiglio, Renato, Teoría General del Contrato, Universidad Externado de Colombia, 1982, Págs. 299 y ss. 305, 307 y ss.

526

requiere de una valoración normativa del negocio para determinar la disconformidad de éste con el ordenamiento jurídico, lo cual significa que si se presenta el vicio establecido en el ordenamiento, se niega la relevancia ordinaria del contrato por ser contrario a alguna norma que lo disciplina, constituyéndose en una sanción, que debe ser declarada judicialmente.

Colígese de lo dicho que la inexistencia es diferente de la invalidez o nulidad del negocio jurídico. La nulidad o invalidez se predica de un negocio existente, que reunió los elementos establecidos en la ley para su relevancia, pero que el ordenamiento jurídico repudia por adolecer de un vicio que conlleva una drástica sanción, cual es, su destrucción. El negocio inexistente de entrada no cuenta con efecto alguno; en cambio, el negocio inválido alcanza a existir y surte efectos, pero ellos son susceptibles de ser aniquilados por los motivos previamente establecidos en el ordenamiento jurídico.

A manera de conclusión, a propósito de la producción de los efectos del negocio jurídico, se desprenden las posibilidades a saber: i) el negocio puede ser inexistente, lo que ocurre cuando no reúne los elementos esenciales o de existencia o las formalidades *ad substantiam actus*, ii) las normas legales tanto del derecho público como del régimen privado pueden expresar que un determinado acto o negocio jurídico no produce efecto alguno o que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial; y iii) el negocio es nulo o anulable, o sea, que reuniendo los elementos esenciales de existencia, esto es, nacido a la vida jurídica, le falta uno o varios requisitos o

627

presupuestos para su validez. En los dos primeros casos, se priva totalmente y *ab initio* los efectos del negocio; en el último, produce efectos hasta tanto sean destruidos con ocasión de una sentencia judicial que declare la nulidad absoluta o relativa del contrato o parte de él.

#### **4. El régimen de derecho de los contratos de arrendamiento celebrados por las partes**

Muestra el acervo probatorio recaudado y valorado por la Sala que el Ministro de Obras Públicas y Transporte, obrando en nombre y representación del extinto Fondo de Inmuebles Nacionales, establecimiento público<sup>13</sup>, suscribió dos contratos de arrendamiento de bien inmueble (n.º 469 de 29 de noviembre de 1985 y n.º 0427 de 24 de agosto de 1989), sobre un lote de terreno ubicado en la intersección de la avenida 63 con transversal 48 de la ciudad de Bogotá, con el señor Felipe Antonio Parra Alvarado, fechas para las cuales se encontraba vigente el Decreto – Ley 222 de 1983 y por lo tanto, este estatuto les es aplicable a los mismos (art. 1), pues la ley del contrato es aquella que rige al momento de su celebración, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

Así las cosas, en vigencia del Decreto ley 222 de 1983, el contrato de arrendamiento celebrado por unas de las entidades públicas sujetas a su

---

<sup>13</sup> El Fondo de Inmuebles Nacionales, era un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, creado por la Ley 47 de 1971, modificado por la Ley 51 de 1982 y reglamentado por los Decretos 369 de 1972 y 879 de 1979, cuya supresión y liquidación fue ordenada mediante Decreto 2171 de 30 de diciembre de 1992, por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte, liquidación que fue reglamentada mediante el Decreto 1166 de 1993.

528

ámbito de aplicación -entre ellas los establecimientos públicos, según el artículo 1 *ibídem*- resultaba ser un contrato de derecho privado de la administración, por oposición a los de derecho administrativo, en el entendido de que no estaba enlistado en el artículo 16 de dicha normativa.

En efecto, ha sostenido de antiguo esta Sala que la clasificación de administrativos correspondía a aquellos que taxativamente se relacionaron en el citado artículo 16 y por ende, los que no figuraran en ese listado, entre ellos el de arrendamiento, eran considerados como contratos de derecho privado de la administración, en los cuales podía pactarse la cláusula de caducidad (artículos 17 y 60), excepto cuando se trataba de contratos de compraventa de bienes muebles y de empréstito.

Precisó también la jurisprudencia que la inclusión de la cláusula de caducidad en los contratos celebrados por la administración, diferentes a los enlistados en el artículo 16 del Decreto Ley 222 de 1983, no cambiaba la naturaleza jurídica del contrato, seguían siendo de derecho privado y les eran aplicables las normas de derecho civil, comercial o laboral, según el caso; las únicas consecuencias de incluir la cláusula de caducidad, eran el juzgamiento, por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de las controversias que de él surgieran (parágrafo del artículo 17) y la obligación de incluir la facultad de la Administración de terminar, modificar e interpretar unilateralmente el contrato<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 12 de septiembre de 1996, exp. 10494, C.P. Daniel Suárez Hernández.

529

Ahora bien, en sentencia de 10 de noviembre de 2005 (exp. 13.920)<sup>15</sup>, a propósito del contrato de arrendamiento celebrado por la Administración en los tiempos en que rigió el Decreto 222 de 1983, la Sala precisó:

a) Se trata de un contrato de derecho privado de la administración, pues, por no haber sido calificado por la propia ley como contrato administrativo, se enmarca en la regla general dispuesta por el inciso 2, del artículo 16 del Decreto Ley 222 de 1983.

b) Admite el pacto de la cláusula exorbitante de caducidad, lo cual se deduce del párrafo del art. 17 y del art. 60 *ibídem*.

c) En cuanto al régimen jurídico del contrato de arrendamiento, es necesario integrar varias normas. De una parte, el inciso 2 del artículo 16 *ejusdem* dispone que los contratos de derecho privado de la administración “...en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad.” De otra, según el artículo 80 del mismo estatuto, los contratos que él regula -incluye el arrendamiento- se rigen por ese estatuto; mientras que los demás se rigen por las normas generales o especiales vigentes para los mismos. Y, por último, el artículo 156 *ibídem* dispone que “[p]ara todos los efectos legales la

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 21 de julio de 2005, exp. 13920, Alir E. Hernández Enríquez.

253  
530

*celebración del contrato de arrendamiento por entidades públicas, no constituye acto de comercio.”*

Por consiguiente, en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, el contrato de arrendamiento tenía un régimen especial, diferenciado de la materia comercial, dado que sus artículos 80 y 156 son normas especiales que exceptúan el régimen general de este contrato. Es decir, que en materia de arrendamiento de bienes inmuebles, el Código de Comercio no se aplicaba, por expresa previsión del estatuto de contratación vigente hasta el año de 1993.

d) En cuanto al plazo de los contratos de arrendamiento, disponía el artículo 157 del Decreto Ley 222 de 1983, norma especial que prevalece frente a las normas del derecho privado, que no podrá exceder de cinco (5) años, tratándose de bienes inmuebles<sup>16</sup>, plazo al final del cual, los contratos se deben dar por terminados, en virtud de esta causal legal.

En el caso concreto, el Fondo de Inmuebles Nacionales, establecimiento público adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte y un particular celebraron un contrato de arrendamiento con cláusula de caducidad, en vigencia del Decreto ley 222 de 1983, razón por la cual quedó sometido: i) a las disposiciones de este estatuto, particularmente, en lo que

---

<sup>16</sup> Prescribe a este respecto el artículo 157 que “[e]l término del contrato se pactará expresamente. Cuando se den bienes en arrendamiento dicho término no podrá exceder de dos (2) años para muebles y de cinco (5) para inmuebles, sin que haya lugar a prórrogas...”

254  
531

respecta a los efectos del contrato, las responsabilidades y la caducidad del mismo; y ii) a las normas del derecho privado que regulan el contrato de arrendamiento, con las restricciones ya señaladas.

Conocido el régimen de derecho del contrato del *sub lite*, de acuerdo con el mismo pasará la Sala a estudiar si éste nació a la vida jurídica o, por el contrario resulta inexistente, en el sentido expuesto por el actor por el hecho de que no fue prorrogado al 24 de noviembre de 1994, fecha en la cual según afirmó se terminó.

#### **5. La existencia del contrato de arrendamiento número 0427 de 1989**

En las voces del artículo 1973 del Código Civil “[el] arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa [arrendador], o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado [arrendatario]”.

De esta definición legal, la jurisprudencia ha señalado los siguientes elementos esenciales y características del contrato de arrendamiento:

“-. La concesión del goce o uso de un bien -. El precio que se paga por el uso o goce del bien.-El consentimiento de las partes.[<sup>17</sup>] Del contrato de arrendamiento surge para el arrendador la obligación de entregar el bien y permitir el uso y goce del mismo al arrendatario; para éste surge la obligación de pagar el precio correspondiente al canon por la tenencia del bien, conservarlo conforme al destino del mismo y restituirlo en la oportunidad

---

<sup>17</sup> Se trata más bien de un requisito general, predicable de todo contrato, según el art. 1502 del C.C.

532

convenida. Son características del contrato de arrendamiento ser un negocio jurídico bilateral, porque se celebra entre dos sujetos de derecho; oneroso, porque el precio es uno de sus elementos esenciales en cuya ausencia el contrato se torna en comodato; conmutativo, porque es fuente de obligaciones a cargo los dos sujetos contractuales, y de tracto sucesivo, porque es de ejecución periódica, continuada, distribuida en el tiempo 'en el cual las fases individuales de las prestaciones se pueden realizar con vencimiento fijo'...<sup>18</sup>

Para la doctrina "...el arrendamiento es el contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a proporcionarle a la otra el uso y goce de una cosa, durante cierto tiempo, y ésta a pagar, como contraprestación, un precio determinado..."<sup>19</sup>-Subraya la Sala-, figura en la cual se tipifican, sin duda, los contratos que se analizan, según se desprende del clausulado relacionado con el objeto y las obligaciones que fueron arriba expuestas.

De ahí que es obligación del arrendador entregar el bien al arrendatario, mantenerlo en estado de servir para el fin a que ha sido arrendado y librarlo de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada (art. 1982 del C.C.); y dentro de las obligaciones que emanan del contrato para el arrendatario, se encuentran las de usar la cosa según los términos o el espíritu del contrato (art. 1996 del C.C.); velar por la conservación de la cosa arrendada (art. art. 1997 *ibídem*); realizar las reparaciones locativas (art. 1998

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de marzo de 2001, exp. 13352. En sentido similar, sentencia de febrero 16 de 2001, exp. 16596. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de abril 30 de 1970.

<sup>19</sup> Bonivento Fernández, José Alejandro, Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, Ediciones el Profesional, décima sexta edición, 2004, pág.421.



533

*ejusdem*); pagar el precio o renta convenido (arts. 2000 y ss. *idem*); y restituir la cosa a la terminación del contrato (art. 2005 y ss. C.C.).

Por manera que la noción de arrendamiento comprende el acuerdo por cuya virtud dos partes se obligan recíprocamente, una de ellas a conceder el goce de una cosa –arrendador- y la otra –arrendatario- a pagar por dicho goce un precio determinado, siendo, por supuesto, susceptibles de arrendamiento todas las cosas, corporales o incorpóreas, que puedan usarse sin consumirse, excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar -artículo 1974 C.C.-.

En síntesis, los elementos que permiten identificar el tipo contractual del arrendamiento son los siguientes: (i) la entrega que de un bien efectúa el arrendador al arrendatario, para el goce o uso exclusivo por parte de éste, con la consecuente obligación para aquél de asegurar dicho uso o goce en cabeza del arrendatario, manteniendo la cosa en estado de servir a su destinación natural y libre de perturbaciones originadas en el arrendador mismo o en terceros, de un lado y, de otro, (ii) el pago de un precio por el uso o goce del bien arrendado.

Por consiguiente, conforme a la tipología que en el Decreto ley 222 de 1983 se estableció y a las normas aplicables del régimen civil respecto de los elementos esenciales que permiten identificar la naturaleza jurídica del contrato (uso o goce del bien por determinado tiempo y el precio que se paga como contraprestación, elevado a escrito cumpliendo el requisito *ad*

232



*substantiam actus* de acuerdo con el artículo 156 del Decreto ley 222 de 1983), es menester concluir que el negocio jurídico de arrendamiento del *sub lite* alcanzó a nacer<sup>20</sup>, como contrato de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad, que encontraba su regulación especial en los artículos 80 y 156 a 162 de aquel Estatuto y en las normas civiles anotadas.

En este orden de ideas, en relación con la pretensión del actor según la cual se debe declarar la inexistencia del contrato de arrendamiento n.º 0427 de 1989, tal y como lo anotó el juez *a quo* resulta improcedente porque si en gracia de discusión fuera posible formular en sede judicial tal pretensión en los términos del artículo 87 del C.C.A. -que no lo es-, la realidad probatoria es incontrastable al indicar que el contrato existió conforme fue la voluntad de las partes, dado que se celebró y reunió los requisitos y elementos esenciales necesarios para su nacimiento, de manera que produjo los efectos jurídicos deseados durante el término de duración del mismo.

Ahora, el vencimiento del plazo, no significa inexistencia del contrato, como parece entenderlo el demandante; al contrario, la existencia del contrato no se puede remitir a duda y, de ella, hay prueba contundente en el proceso con el instrumento que lo contiene, tal y como se analizó. Lo que sí ocurre,

---

<sup>20</sup> Los anteriores elementos permiten excluir que el contrato sea de concesión, por cuanto no median los elementos esenciales de este contrato, verbigracia carece de la reversión de los bienes del particular al Estado, que, por lo demás, aparece expresamente excluida, como quiera que el arrendatario se obligó a devolver el inmueble en el mismo estado en que lo recibía (cláusula sexta, letra h). Sobre la reversión, como elemento esencial del contrato de concesión ver sentencia C-250 de 1996 de la Corte Constitucional.

conforme a lo ha dicho la jurisprudencia, es que expirado su plazo<sup>21</sup>, surge para el arrendatario la obligación de restituir el inmueble arrendado, tal como se pactó en las cláusulas décima primera y décima tercera y lo prescribe el artículo 2005 del Código Civil, y la del arrendador de recibirlo, con el correlativo cese de las obligaciones a cargo de éste de permitir el goce del inmueble dado en arrendamiento y librarlo de toda turbación o embarazo en la tenencia de la cosa arrendada, estando de todos modos aquél en el deber de pagar la renta no solo durante la vigencia del contrato, sino durante todo el tiempo en que mantenga la cosa en su poder y la ocupe<sup>22</sup> y hasta la efectiva restitución al arrendador. En otros términos, las obligaciones finales derivadas del contrato de arrendamiento solo se extinguen cuando el arrendatario cumple la prestación debida, hecho que se presenta, en lo que respecta a la obligación del restituir el inmueble, cuando se produce efectivamente la devolución del inmueble arrendado<sup>23</sup>.

Pero en este último evento, esto es, por el hecho de que se mantenga la tenencia del bien por el arrendatario o porque éste continúe cancelando los correspondientes cánones de arrendamiento con posterioridad a la terminación del plazo contractual, no puede entenderse prorrogado o

---

<sup>21</sup> "Artículo 2008. El arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos y, especialmente: "(...) 2º) Por la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo";

<sup>22</sup> Premisa que resulta congruente con lo previsto en el numeral 5 del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, según el cual en el proceso de restitución de inmueble arrendado, el arrendatario no será oído sino consigna a órdenes del juzgado, en la cuenta de depósitos judiciales los cánones que se causen durante el proceso, en ambas instancias.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 9 de julio de 1998, exp. 14614, de 15 de marzo de 2001, exp. 13.352 y de 4 de septiembre de 2003, exp. 17.100.

renovado el contrato, por cuanto, como se dijo, en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 no se aplican las prórrogas automáticas (art. 58 y 157 *ibídem*) ni las normas del Código de Comercio (arts. 518 y ss. C. Co.) ni procede la figura de la tácita reconducción del Código Civil (art. 2014 C.C.)<sup>24</sup>.

Por lo expuesto, advierte la Sala que en este evento en particular la pretensión de inexistencia del contrato de arrendamiento n.º 0427 de 1989 no estaba adecuada ni técnicamente formulada o planteada, toda vez que, como arriba se explicó, a la luz de la teoría del negocio jurídico y con respaldo en las normas legales, es impropio solicitar al juez la declaratoria de inexistencia del mismo por motivos como los esgrimidos por el actor para derivar de ahí una indemnización de perjuicios, en el entendido de que es a partir de un contrato con plenos efectos de donde surge la fuente de obligaciones (art. 1494 C.C.), esto es, el título o el amparo del derecho de crédito que permite reclamar en sede de controversias contractuales una indemnización de perjuicios.

A este respecto, recuerda la Sala que el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1, numeral 34 del Decreto 2282 de 1989, aplicable por disposición del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, dispone que el demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos:

---

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Subsección B), sentencia de 28 de febrero de 2011, exp. 28.281.

537

“1. Que el juez sea competente para conocer de todas; sin embargo, podrán acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía.

2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

En la demanda sobre prestaciones periódicas, podrá pedirse que se condene al demandado a las que se llegaren a causar entre la presentación de aquella y la sentencia de cada una de las instancias.

También podrán formularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre que aquellas provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia, o deban servirse específicamente de unas mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros.

En las demandas ejecutivas podrán acumularse las pretensiones de varias personas que persigan, total o parcialmente, unos mismos bienes del demandado, con la limitación del numeral 1º del artículo 157.

Cuando se presente una indebida acumulación que no cumpla con los requisitos previstos en los dos incisos anteriores, pero sí con los tres numerales del inciso primero, se considerará subsanado el defecto cuando no se ponga oportunamente la respectiva excepción previa.”

Como puede apreciarse, es posible que un demandante acumule más de una pretensión contra un mismo demandado (acumulación objetiva), o que se acumulen en una misma demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados (acumulación subjetiva).

Para que sea viable la acumulación objetiva de pretensiones se requiere que el funcionario sea competente para conocer de todas, que éstas no se excluyan entre sí y que puedan tramitarse por el mismo procedimiento. Y

para que proceda la acumulación subjetiva de pretensiones es necesario que cuando éstas se formulan por varios demandantes o contra varios demandados, versen sobre la misma causa o el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse específicamente de las mismas pruebas.

En el caso *sub lite*, la presentación simultánea de las pretensiones (todas principales y concurrentes), por un lado, la que pide declarar la inexistencia del contrato de arrendamiento n.º 0427 de 1989 (pretensión primera) y, por otro lado, como consecuencia de la anterior declaración, condenar a la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. al pago de los perjuicios ocasionados por aplazar la legalización solemne del nuevo contrato, manteniendo en interinidad e incertidumbre al arrendatario fundada en el los artículos 1982 numeral 3 y 1987<sup>25</sup> del Código Civil, relacionados con la obligación del arrendador de no perturbar la tenencia y el uso de la cosa arrendada, y al pago de las mejoras realizadas en el inmueble arrendado (pretensiones segunda, tercera y cuarta), suponen una acumulación indebida por cuanto las mismas se excluyen entre sí y son incongruentes, de suerte que un pronunciamiento de las mismas devendría en una decisión contradictoria; aún más, la falta de claridad y lógica del *petitum*, por cuya inteligencia se solicita declarar la inexistencia del contrato, esto es, que la conducta dispositiva de intereses entre las partes fue irrelevante para el derecho, se

---

<sup>25</sup> "ARTICULO 1987. <INDEMNIZACION POR PERTURBACION>. Si fuera de los casos previstos en el artículo precedente, el arrendatario es turbado en su goce por el arrendador o por cualquiera persona a quien éste pueda vedarlo, tendrá derecho a indemnización de perjuicios."

529

opone a la solicitud de perjuicios derivados de la relación contractual y esa antinomia impide un pronunciamiento simultáneo de las mismas.

Es decir, las pretensiones así planteadas son incompatibles en la medida en que la eventual declaración o prosperidad de la primera aniquila o veda las restantes, por lo que resultan oscuras, confusas, excluyentes u opuestas, pues, se itera, la inexistencia del contrato niega la obligación y al no existir ésta no pueden derivarse efectos jurídicos como los créditos o derechos que reclama el demandante en las otras súplicas.

Así las cosas, la Sub Sección considera que las pretensiones propuestas en la demanda, son excluyentes y si bien tienen autonomía propia no podían acumularse en la demanda, razón por la cual *prima facie* la demanda devendría en inepta y por lo tanto, en principio, sería menester inhibirse para emitir un pronunciamiento de fondo.

Sin embargo, a juicio de la Sala aún si se presentara la indebida acumulación de pretensiones, no es posible soslayar el mandato constitucional del artículo 228, de conformidad con el cual se debe garantizar el derecho de acceso a la justicia y evitar las decisiones inhibitorias, debiéndose, por el contrario, hacer prevalecer el derecho sustancial. Este principio ha permitido que jurisprudencialmente se tenga señalado por el Consejo de Estado que si en el momento de dictar sentencia se advierte la indebida acumulación de pretensiones, el juez debe fallar de fondo respecto de las

540

pretensiones sobre las cuales tenga competencia e inhibirse en relación con aquellas en las que no la tenga<sup>3</sup>.

De acuerdo con el criterio anterior, la Sala entrará a estudiar las pretensiones restantes, para lo cual analizará, previamente, la relación sustancial que existe entre el demandante y la demandada y la validez del vínculo contractual materia de este proceso, por cuanto sobre esto último es menester puntualizar que se encuentran liminarmente sujetas a su validez, como quiera que *“...es presupuesto indispensable para abordar el juicio de valor que tienda a configurar el acto de cumplimiento, de incumplimiento o de no cumplimiento y, sin dicho presupuesto de eficacia, inútil predicar el juicio de incumplimiento, toda vez que, ante la existencia de la causal de invalidez, no podría sostenerse consistente y fundadamente que el deudor se ha separado del contenido prestacional del negocio, pues precisamente, dicho contenido -total o parcialmente- al estar afectado de un vicio congénito de invalidez, produce la ineficacia entre las partes y resultaría un contrasentido, según lo dicho, sostener que una [sic] de los contratantes se separó del débito prestacional, pues este no desplegaría efectos vinculantes y finales, se repite, por la existencia de la patología de ineficacia...”*<sup>26</sup>

Además, en las controversias contractuales es obligación del juez velar por la legalidad del contrato fuente del conflicto que se somete a su

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, entre otras providencias, sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación de fechas 24 de agosto de 1990, expediente número 5582; 7 de octubre de 1999, expediente 4936, y auto del 28 de septiembre de 1999, expediente S-846. Sección Segunda, sentencia de 15 de julio de 1983, expediente 3024; sentencias de la Sección Quinta del 10 de agosto de 1995, expediente 4628; 4 de septiembre de 1995, expediente 4248; 6 de julio de 2003, expediente C-6729.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de junio de 1999, exp. 12085, C.P. Daniel Suárez Hernández.



541

consideración, toda vez que la exigibilidad de los derechos y obligaciones que se pretenden desprender de él, supone que sea ajustado a derecho, válido, es decir, que el contrato esté exento, por lo menos, de vicios de nulidad absoluta (declarables de oficio). En esta tarea el juez, como guardián de la legalidad y autoridad ante quien se ventila la respectiva acción, debe realizar las valoraciones correspondientes que le permitan concluir de manera antelada a la verificación de las obligaciones que se acusan omitidas o incumplidas, al reconocimiento de los derechos que se reclaman por infracción al acuerdo y a la imposición de las condenas que se pretendan, que el contrato se ajusta a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, mediante un estudio jurídico comprensivo de los requisitos o condiciones de validez del negocio jurídico.

## 5. La cesión del contrato de arrendamiento número 0427 de 1989

La cesión o asunción de contrato es el ingreso sustitutivo de un tercero a una relación contractual de prestaciones correlativas. Sobre este negocio jurídico, la doctrina ha señalado:

“[C]uando lo que se cede (o asume) es un contrato, el punto de partida es la presencia de uno o varios créditos y otras tantas obligaciones, entrelazadas en términos de correlatividad y consideradas, tratadas y dispuestas como una unidad, o sea: el objeto de la operación es el traspaso simultáneo de unos créditos y de las obligaciones recíprocas, surgidos a una de un mismo contrato, por parte de uno de los contratantes a un tercero, esto es, en últimas, la transferencia de una posición o relación contractual, cuyo resultado es la sustitución de una de las partes (acreedora – deudora). O dicho más escuetamente, la cesión o asunción de contrato es el ingreso sustitutivo de un tercero a una relación contractual de prestaciones correlativas. Con una

542

precisión importante: que no es lo mismo indicar que en virtud de ella el cesionario adquiere las pretensiones crediticias, a la vez que asume las obligaciones del cedente, que agregar a ello que el cedente sale de la relación y queda liberado de obligaciones y responsabilidad para con el contratante cedido.”<sup>27</sup>

Ni el Decreto Ley 222 de 1983 (como tampoco lo hizo Ley 80 de 1993 que solo hizo mención para autorizarla en el art. 41), ni el Código Civil, regularon la cesión del contrato -en este último lo que se consagra es la cesión de créditos o derechos (arts. 1959 y ss.)-. En cambio, los artículos 887 a 896 del Código de Comercio definen la cesión del contrato.

De conformidad con lo anterior, en los contratos de ejecución periódica o sucesiva o de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, cualquiera de los contratantes podrá hacerse sustituir por un tercero en la relación derivada del contrato, quien en adelante ocupará su posición jurídica (art. 887 C. Co.).

La cesión puede ser total o parcial; en la primera el cesionario asume la calidad de parte que correspondía al cedente, y en la segunda, se agrega una nueva parte a la relación circunscrita al aspecto o porción cedida, conservando el cedente su calidad de parte sobre lo no cedido.

La sustitución podrá hacerse por escrito o verbalmente, según que el contrato conste o no por escrito -como ocurrió en el sub lite- y en este último caso dando cumplimiento a las formalidades legales exigidas para el

---

<sup>27</sup> Hineostroza, Fernando, *Tratado de las obligaciones*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Tomo I, 2002, pág. 522.

543

contrato cedido (art. 894 C. Co.). La cesión de un contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde el momento en que aquella se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, sólo produce efectos desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto para documentos escritos con cláusula “a la orden” u otra equivalente, en el que sólo bastará el endoso del documento (art. 894 e inc. 3 art. 888 C. Co.).

Por lo demás, la cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato, es decir, los derechos y obligaciones que emanan del contrato cedido; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes (art. 895 C. Co.).

El contratante cedido, podrá oponer al cesionario todas las excepciones que se deriven del contrato, y aquellas que se funden sobre otras relaciones con el cedente, respecto de las cuales haya hecho expresa reserva al momento de aceptar la cesión, de acuerdo con el artículo 896 del C.Co.

El Estatuto mercantil consagra la responsabilidad del cedente y cesionario, que permite estipulación expresa en contrario, y la eventual reserva que puede hacer el contratante cedido de no liberar al cedente al autorizar la cesión, y exigir al mismo el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla, previo requerimiento al cedente, de acuerdo con el artículo 893 del C.Co.

167  
SM

De lo expuesto, importa resaltar que en virtud de la cesión el tercero cesionario toma el contrato y la relación jurídica en el estado en que se encuentra al instante de la cesión, convirtiéndose a partir de ésta, en parte, titular de los derechos y sujeto pasivo de las obligaciones en la misma situación existente entonces, sin producirse su alteración, modificación o extinción; por eso, como señala la jurisprudencia *“los derechos ejercidos y las prestaciones ya cumplidas no podrán ejercerse ni exigirse nuevamente, los pendientes se regularán por la ley y el contrato cedido y, las consecuencias nocivas de los incumplimientos tanto respecto del contratante cedente cuanto del contratante cedido proyectan plenos efectos frente al tercero cesionario, quien según el caso, podrá ejercer los derechos, acciones y pretensiones que correspondían al cedente frente al incumplimiento del contratante cedido y queda expuesto a las acciones de éste en el caso de incumplimiento del cedente, todo sin perjuicio, de lo que expresamente acuerden al momento de la cesión, de las reservas pertinentes al de la notificación o aceptación y de la conducta negocial asumida por las partes, incluso, concluyente...”*<sup>28</sup>

Trayendo las anteriores reflexiones al *sub exámine*, es menester señalar que quedó demostrado que el contrato de arrendamiento número 0427 de 1989 fue cedido totalmente por la Nación Ministerio de Obras Públicas y Transporte y el Fondo de Inmuebles Nacionales en Liquidación al Distrito Capital de Bogotá D.C. el 19 de octubre de 1993, junto con el predio materia del mismo, mediante actas suscrita en esa fecha entre el Ministro de Obras Públicas y Transporte, el Alcalde Mayor de Bogotá D.C. y la

---

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de octubre de 2011, Referencia: 11001-3103-032-2001-00847-01, M.P. William Namén Vargas.

265  
545

Procuradora de Bienes del Distrito Capital, negocio jurídico que fue aceptado expresamente por el demandante según consta en documento del 10 de diciembre del mismo año.

Es de observar que esta cesión se hizo en cumplimiento del Decreto Ley 2171 de 1992 y su decreto reglamentario 1166 de 1993<sup>29</sup>, en cuyo artículo 129 se ordenó la liquidación del Fondo de Inmuebles Nacionales, establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, creado por la ley 47 de 1971, modificado por la ley 51 de 1982 y los artículos 131 y 134 del mismo decreto que ordenaron ceder los contratos y los parques bajo su administración a los municipios o distritos en los cuales se encontraran ubicados.

De manera que es válido concluir que en virtud de la cesión dispuesta por la ley, la entidad territorial recibió la titularidad de los terrenos para la construcción del Parque Simón Bolívar y asumió la posición jurídica de parte del contrato de arrendamiento n.º 427 de 1989 y, por ende, en su calidad de cesionario podía ejercer frente al contratante cedido los derechos, acciones y pretensiones correspondientes al contratante cedente, quien podía a su vez oponer las mismas excepciones y ejercer los mismos derechos, acciones y pretensiones que tenía frente a éste último, salvo las

---

<sup>29</sup> "ARTÍCULO 4o. El Liquidador del Fondo de Inmuebles Nacionales ejercerá las siguientes funciones: (...) 5. Transferir por medio de acta suscrita por las partes, todos los bienes y derechos existentes al momento de terminar el proceso de liquidación, al Instituto Nacional de Vías, conforme a lo ordenado por el Decreto 2171 de 1992. (...) ARTÍCULO 7o. El Fondo de Inmuebles Nacionales en liquidación, entregará los parques que estén bajo su administración, junto con los inmuebles por destinación dedicados a su mantenimiento, al Distrito Capital o a los municipios donde se encuentren ubicados, según el caso, en cumplimiento a lo ordenado por el artículo 134 del Decreto 2171 de 1992".

546

inherentes a la calidad o estado personal de las partes o a causas ajenas al contrato.

De esta suerte, el Distrito Capital de Bogotá al contar con las prerrogativas, derechos y obligaciones que emanaban de dicho contrato de arrendamiento, en el estado en que se encontraran al momento de la cesión, podía reclamar la restitución del inmueble arrendado al término de su vencimiento, o de manera anticipada de acuerdo con la facultad prevista en la cláusula décima tercera -con por lo menos quince días-, una vez se iniciara en el sector las obras de construcción del parque Simón Bolívar.

## **6. La validez del contrato de arrendamiento número 0427 de 1989**

Como se señaló, previo al estudio de las pretensiones indemnizatorias, la Sala analizará la validez del contrato en consideración a la naturaleza del bien arrendado y a los requisitos legales que debía cumplir en su formación.

### **6.1. Los bienes de dominio público y sus características**

Como quiera que el contrato de arrendamiento objeto del *sub lite* tiene por objeto la disposición de un bien inmueble del que primeramente fue titular la Nación y luego por cesión el Distrito Capital de Bogotá, importa conocer dentro del marco de los bienes públicos<sup>30</sup> y su clasificación en cuál de ellos

---

<sup>30</sup> En la Constitución Política y en la legislación civil, se pueden distinguir dos tipos de bienes sujetos a regímenes jurídicos diferentes: i) los colectivos o públicos y ii.) los individuales o particulares que son del dominio privado. La

547

se ubica a fin de determinar su regulación jurídica y la libertad o restricciones que esta imponga o no en relación con su uso y los actos de disposición sobre los mismos.

---

Corte Constitucional, en Sentencia T-566 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero, realizó las siguientes consideraciones respecto de estas clases de bienes y su titularidad:

1. Propiedad Privada: que bien puede ser Individual (art.58) o Colectiva (arts.329, 58 inciso 3º, 55 y 64).

2. Propiedad Estatal (art. 332) Son del Estado: i) el subsuelo y los recursos naturales no renovables de conformidad con el artículo 332 de la Constitución Política; ii) el mar territorial, iii) la zona contigua, iv) la plataforma continental, v) la zona económica exclusiva; vi) el espacio aéreo, vii) el segmento de la órbita geoestacionaria, viii) el espectro electromagnético (CP art. 102); ix) así como los bienes que posee como propiedad privada, en iguales condiciones que los particulares (CP art. 58).

3. Dominio Público (arts. 63, 82, 102): Se distingue no por su titularidad sino por su afectación al dominio público, por motivos de interés general (CP art. 1º), relacionadas con: a) la riqueza cultural nacional, b) el uso público y c) el espacio público. Los bienes que deben comprenderse en el dominio público se determinan por las leyes que califican una cosa o un bien como de dominio público y por la concurrencia del elemento del destino o de la afectación del bien a una finalidad pública. La teoría de la afectación de los bienes de dominio público fue introducida por el legislador colombiano en el artículo 148 del Decreto 222 de 1983. (i) Bienes afectados al fomento de la riqueza nacional. Esta clase de bienes de dominio público está formada por los bienes que están afectos al fomento de la riqueza nacional. Por ejemplo: el patrimonio cultural, arqueológico e histórico. En este grupo se ubican los bienes de dominio privado o estatal destinados al uso público, como el caso de las fachadas de los inmuebles que poseen un valor histórico o arquitectónico, en los que el dominio es exclusivo de una persona, pero no pueden ser alterados por el valor que representan para la sociedad (artículo 9º de la Ley 9a de 1989). (ii) Bienes afectados al uso público. Esta categoría la integran en primer lugar, los bienes de dominio público por naturaleza, definidos en la ley como aquellos que reúnen determinadas condiciones físicas, como los ríos, torrentes, playas marítimas y fluviales, radas, entre otros y también los que siendo obra del hombre, están afectados al uso público en forma directa como los caminos, canales, puertos, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y cuidado sean de competencia de las autoridades locales. La enumeración que antecede no debe entenderse cerrada, sino ejemplificativa y abierta, dado que en la Ley 9 de 1989 y en el Código Civil se refieren a otros bienes análogos de aprovechamiento y utilización generales. Los bienes de uso público del Estado, tienen como característica ser inalienables, imprescriptibles e inembargables (artículo 63 de la Constitución Política). (iii) Bienes afectados al espacio público. La definición de los bienes del Estado destinados al uso público se encuentra en el artículo 9º de la Ley 9a de 1.989 que determina que los bienes de uso público hacen parte del concepto general de espacio público. Pero este concepto no es exclusivo de estos bienes, sino que abarca además bienes particulares que por su naturaleza, su uso o afectación están destinados a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes. Luego el espacio público es el género y el uso público, la especie. Aquél concepto subsume a éste. Este artículo reitera el concepto que ya se encontraba contenido en el artículo 166 del Decreto Ley 2324 de 1984, que dice que las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y las disposiciones del presente decreto, que no confieren título alguno sobre el suelo ni el subsuelo". Así pues, tanto la playa como la franja de bajamar son bienes de uso público y, por lo tanto forman, parte del espacio público.

224



Siguiendo la jurisprudencia de la Sala<sup>31</sup>, es menester señalar que los bienes de dominio público de los cuales toda la comunidad debe servirse según sus necesidades<sup>32</sup>, constituyen el conjunto de bienes destinados al desarrollo o cumplimiento de las funciones públicas del Estado o están afectados al uso común, tal como se desprende de los artículos 63, 82, 102 y 332 de la Constitución Política. Los define así el Código Civil:

“Artículo 674.- Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la república.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales.”

De acuerdo con este artículo 674 del Código Civil, los bienes de dominio público se clasifican en bienes fiscales o patrimoniales y en bienes de uso público, distinción que permite establecer sus diferencias en punto a su destinación, utilización y la regulación jurídica que le es propia a cada uno, aún cuando gozan de similar naturaleza en tanto se encuentran en cabeza o a cargo del Estado.

---

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 16 de febrero de 2001, 16.596, y de 6 de julio de 2005, exp. 12249 C.P. Alir E. Hernández Enríquez; sentencia de 18 de marzo de 2004, exp. AP 52001233100020021750-01, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. En la primera sentencia la Sala confirmó la declaratoria de nulidad absoluta de un contrato de arrendamiento celebrado entre el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte y la Sociedad Hagamos Deportes y Eventos Ltda. sobre el inmueble denominado Parque Olaya Herrera.

<sup>32</sup> Naranjo Mesa, Vladimiro. “Teoría Constitucional e Instituciones Políticas”. Séptima Edición. Editorial Temis. 1997. Bogotá D.C. Pág. 144.



549

Los bienes fiscales o patrimoniales, son aquellos que pertenecen a sujetos de derecho público de cualquier naturaleza u orden y que, por lo general, están destinados al cumplimiento de las funciones públicas o servicios públicos, tales como los terrenos, edificios, fincas, granjas, equipos, enseres, acciones, rentas y bienes del presupuesto, etc., es decir, afectos al desarrollo de su misión y utilizados para sus actividades, o pueden constituir una reserva patrimonial para fines de utilidad común. Su dominio corresponde a la República, pero su uso no pertenece generalmente a los habitantes, de manera que el Estado los posee y los administra en forma similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad. Los mismos a su vez se pueden subdividir en bienes fiscales propiamente dichos y bienes fiscales adjudicables o baldíos<sup>33</sup>; estos últimos corresponden a los predios de la Nación que pueden ser adjudicados a las personas que reúnan las condiciones y requisitos establecidos en la legislación.

Dentro de las características de los bienes fiscales se encuentran:

a) Alienables: es decir, son enajenables y susceptibles de disposición en virtud de actos jurídicos (vender, donar, arrendar, hipotecar etc.) en conformidad con las normas fiscales y de contratación pública aplicables.

---

<sup>33</sup> Un bien baldío es aquel terreno urbano o rural sin edificar o cultivar que forma parte de los bienes del Estado, porque se encuentra dentro de los límites territoriales y carece de otro dueño. Corte Constitucional, Sentencia T-566 de 1992.

580

b) Embargables: por regla general pueden constituir prenda general de los acreedores, con excepción de los casos previstos en la ley, como por ejemplo: i) los previstos en los numerales 2, 3, y 4 del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, según los cuales los bienes destinados a un servicio público sólo podrán embargarse en una tercera parte; o solo es susceptible de esta medida respecto de las dos terceras partes de las rentas bruta anual de las entidades territoriales; o respecto de aquellas sumas que constituyan anticipo de obras públicas por ejecutar, salvo cuando los créditos sean laborales y a favor de los trabajadores de la misma; ii) las rentas incorporadas al presupuesto general de la Nación y demás entidades territoriales por virtud del artículo 18 del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto, o iii) las transferencias recibidas de la Nación por parte de las entidades territoriales de acuerdo con el artículo 64 del Decreto 1221 de 1986.

c) Imprescriptibles: el Código de Procedimiento Civil en el artículo 407, numeral 4º, modificado por el artículo 1º, numeral 210 del decreto -ley 2282 de 1989, sustrae la posibilidad de adquirir por prescripción los bienes de propiedad de las entidades públicas, cuando indica: *“La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público”*.

Por su parte, los bienes de uso público son aquellos bienes destinados al uso, goce y disfrute de la colectividad y, por lo tanto, están al servicio de todos los habitantes en forma permanente, con las limitaciones que

551

establece el ordenamiento jurídico y la autoridad competente que regula su utilización, como calles, plazas, parques, puentes, caminos, carreteras, ejidos, etc.; de ahí que, respecto de ellos el Estado cumple simplemente una función de protección, administración, mantenimiento y apoyo financiero. Es decir, frente a estos bienes ninguna entidad pública tiene un dominio similar al de un particular respecto de un bien de su propiedad, sino derechos de administración y policía en interés general para proteger su uso y goce común.

En relación con las características de los bienes públicos la Sala precisó en la jurisprudencia vigente en la materia<sup>34</sup> que el titular del derecho de dominio de acuerdo con la Constitución Política es el Estado (*"Artículo 102. El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación."*), y se distinguen por su afectación a una finalidad pública, por cuanto su uso y goce pertenecen a la comunidad por motivos de interés general, determinados por la misma Constitución o la ley, razón por la que se encuentran sujetos a un régimen jurídico en virtud del cual gozan de privilegios como la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, que los ubica fuera del comercio.

La Corte Constitucional, se pronunció a propósito del significado de las anteriores características, así:

---

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 16 de febrero de 2001, exp. 16.596, C.P. Alir E. Hernández Enríquez.

“a) Inalienables: significa que no se pueden negociar, esto es, vender, donar, permutar, etc.

“b) Inembargables: esta característica se desprende de la anterior, pues los bienes de las entidades administrativas no pueden ser objeto de gravámenes hipotecarios, embargos o apremios.

“c) Imprescriptibles: la defensa de la integridad del dominio público frente a usurpaciones de los particulares, que, aplicándoles el régimen común, terminarían por imponerse por el transcurso del tiempo, se ha intentado encontrar, en todas las épocas, con la formulación del dogma de la imprescriptibilidad de tales bienes<sup>35</sup>. Es contrario a la lógica que bienes que están destinados al uso público de los habitantes puedan ser asiento de derechos privados, es decir, que al lado del uso público pueda prosperar la propiedad particular de alguno o algunos de los asociados.”<sup>36</sup>

En efecto, las regulaciones civil y constitucional son armónicas en prever un régimen singular para los bienes de uso público, en razón de su titularidad colectiva, pues lo que los distingue fundamentalmente es que pertenecen a todos los habitantes del territorio nacional y, por ende, deben estar a su permanente disposición. De modo que la especialidad de este régimen jurídico deriva de su afectación a una utilidad pública al estar vinculados a un fin de interés público.<sup>37</sup> Y esa destinación al uso común, por la que debe velar el Estado, encuentra en el carácter inalienable, imprescriptible e inembargable que los caracteriza, y que de paso los coloca fuera del comercio, garantía de su utilización a la destinación colectiva, en tanto bienes usados por la comunidad, tal como así dispone el artículo 63 de la Constitución Política:

---

<sup>35</sup> Cfr. Garrido Falla, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II. Novena edición. Editorial Tecnos. Madrid. 1989, pág. 405 y ss.

<sup>36</sup> Corte Constitucional, sentencia T-566 de octubre 23 de 1992, M.P: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>37</sup> Cfr. Parejo Alfonso, Luciano et al. Manual de Derecho Administrativo, Volumen 2, Ariel Derecho, Barcelona, 5ª edición, 1998, p. 39.

553

"Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables" (Subraya la Sala).

En consonancia con este mandato constitucional, dentro de esos bienes de uso público, el espacio público goza, a su vez, de especial protección, que se revela en particular en el artículo 82 superior que subraya su naturaleza afectada al interés general (art. 1 C.P.), así:

"Artículo 82. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular." (Se destaca)

En este mismo sentido el artículo 5 de la Ley 9ª de 1989, por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones, define el espacio público en los siguientes términos:

"Artículo 5º. Entiéndese por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

"Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal, como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, naturales, religiosos, recreativos y artísticos como para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas

554

existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo” (Subraya la Sala).<sup>38</sup>

Nótese que tanto en el nivel constitucional como en el legal, el elemento distintivo del espacio público, como bien de uso público, es su destinación colectiva, o lo que es igual, al uso por todos los miembros de la comunidad.

Además, ese carácter inalienable, imprescriptible<sup>39</sup> e inembargable del espacio público, implica que su destinación está regulada por fuera de los cauces normativos propios del derecho privado y se ubica en los predios del derecho público. Inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que se constituyen en los medios jurídicos a través de los cuales se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes de uso público, a efectos de que ellos cumplan el ‘fin’ que motiva su afectación como figura medular o pieza clave del dominio público, tal y como enseñan Marienhoff<sup>40</sup>, De Laubadère<sup>41</sup> y Garrido Falla<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> El concepto de espacio público tiene actualmente un carácter amplio, en tanto no se limita exclusivamente al ámbito del suelo físicamente considerado, sino que, también se refiere al espacio aéreo y a la superficie del mar territorial. Sentencia de 18 de marzo de 2004, Exp. AP 52001233100020021750-01, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>39</sup> El carácter imprescriptible también lo establece en el artículo 2519 del Código Civil. Sobre el tema ver García De Enterría, Eduardo, Sobre la imprescriptibilidad del dominio público, en Revista de Administración Pública, Año V, No. 13, enero-abril 1954, Instituto de estudios políticos, Madrid, p. 11 y ss.

<sup>40</sup> Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo V “Dominio Público”, Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 1988, p. 38 y ss

<sup>41</sup> “El dominio público es inalienable y en consecuencia es imprescriptible. “Para algunos, esta regla exorbitante es la que hace inadmisibile la idea de propiedad; pero se ha alegado que la inalienabilidad confirma, por el contrario, la propiedad, puesto que constituye una interdicción de vender, que sería inútil promulgar frente a un no propietario (BONNARD, Précis de droit administratif, 4e éd., p. 549). “La finalidad de la inalienabilidad del dominio público consiste en proteger la afectación del bien y en garantizar que se utilizará conforme a su destino; no existe entonces sino en la medida en que ella es necesaria para garantizar la afectación (Citado por

Por manera que cuando la Constitución y la ley le imponen al Estado el deber de velar por la integridad de los bienes de uso público y el espacio público y su afectación a una finalidad pública, comoquiera que su uso y goce pertenecen a la comunidad, por motivos de interés general, no sólo limita su disposición en términos de enajenabilidad, sino que al mismo tiempo impide la presencia de discriminaciones negativas en su acceso y goce común (exclusión en el acceso) o discriminaciones positivas a favor de determinados particulares (privilegios), en tanto lo que está en juego es el interés general (arts. 1 y 82 C.P.) anejo a su destinación al uso común general<sup>43</sup>.

De ahí que los concejos como autoridades que reglamentan los usos del suelo deben respetar y asegurar el acceso de todos los administrados al uso común de dichos bienes.

---

GUSTAVO PENAGOS, en *Los bienes de uso público*. Santafé de Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1998, p. 21.)

<sup>42</sup> Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Décima edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 409 y ss. En el mismo sentido: Parejo, Luciano, *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, RAP, núms. 110-112, 1983; García De Enterría, Eduardo, *Sobre la...* op. Cit.; Bermejo Ver, José, *Derecho Administrativo parte especial*, Ed. Civitas, Madrid, Cuarta edición, 1999, p. 343.

<sup>43</sup> "La utilización colectiva, o uso común, es la que tiene lugar por el público en general y, por tanto, indiscriminadamente, en forma anónima, sin necesidad de título alguno. Este es el tipo de utilización que corresponde a las vías públicas terrestres (carreteras, calles, plazas, paseos) (...) Normalmente, la utilización de los particulares se traducirá en una actividad de circulación o en una situación de breve estacionamiento, pudiendo, en ocasiones, llegar a aprovecharse de los frutos o productos de la dependencia demanial (pesca, caza).

El uso común general, o régimen normal de las utilizaciones colectivas, se rige por los principios de libertad, igualdad y gratuidad, principios que deben respetar los actos administrativos o disposiciones que se dicten sobre la utilización de estos bienes" Parada, Ramón, *Derecho Administrativo*, III, Bienes públicos-derecho urbanístico, Marcial Pons, Madrid, 2002, novena edición, p. 76.

556

Ahora, si bien es cierto existe alguna similitud entre los bienes de uso público y los fiscales o patrimoniales, dado que hacen parte de los bienes públicos y su afectación propende por el desarrollo de los principios y fines del Estado, es claro, que se diferencian fundamentalmente por los derechos que se detentan sobre los mismos y por la posición de la comunidad frente a ellos, tal y como lo explica la jurisprudencia así:

“Respecto de lo primero, o sea de los derechos que comprenden, debe tenerse en cuenta que los bienes de uso público son de propiedad del Estado, quien los administra, protege y reglamenta su uso, sin que puedan ser objeto de actos o negocios jurídicos que impliquen la limitación de su uso y disfrute por los ciudadanos. En tanto que, por este aspecto, los bienes fiscales se caracterizan porque el Estado es titular del derecho de dominio similar al que se ostenta respecto de los bienes particulares, que implican su uso, goce y disposición.

En cuanto a la situación de la comunidad frente a los bienes públicos, los de uso público están destinados principalmente al disfrute de todas las personas, sin perjuicio de los límites que su naturaleza imponga; en tanto que los bienes fiscales tendrán un uso restringido, puesto que están destinados, fundamentalmente, al funcionamiento del Estado y a la prestación de los servicios públicos a su cargo.”<sup>44</sup>

En consecuencia, los bienes de uso público y su expresión del espacio público, al tener las características de inalienables, imprescriptibles e inembargables, no pueden entregarse por lo mismo a ningún título a los particulares si con ello se vulnera la destinación al uso común que a ellas corresponde por mandato superior; de modo que, sólo excepcionalmente las autoridades administrativas están habilitadas para la celebración de

---

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 2005, exp. 12.249, C.P. Alier E. Hernández, Actor: Nicolás Eduardo Trejos Ossa, Demandado: Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, en esta sentencia se declaró la nulidad de un contrato de arriendo sobre predios que hacían parte del parque “El Lago” en Bogotá.



algunos contratos cuando quiera que con ellos justamente se esté garantizando la destinación de dichos bienes al uso común.

Así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional cuando ha permitido ciertas afectaciones al dominio público que tienden justamente a hacer realidad esa destinación al uso común, así, por ejemplo, la Corte Constitucional ha encontrado que la destinación de troncales para el uso exclusivo de sistemas de transporte masivo de pasajeros no solamente no atenta contra la Constitución, sino que desarrolla el mandato<sup>45</sup>. Por su parte el Consejo de Estado encontró ajustado a la Constitución el cobro del espacio público para la realización de actos culturales, deportivos o recreacionales siempre y cuando se le permita a la comunidad en general, la realización o la participación en las actividades mencionadas, sin establecer discriminación alguna, de modo que antes que atentar contra el interés general, se encaminan hacia él,<sup>46</sup> lo mismo que no advirtió ilegalidad en la reglamentación del parqueo en zonas azules,<sup>47</sup> ni en la contratación con agentes privados para la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de las vías (arts. 82 C.P. y 7 Ley 9 de 1989) en especial para el cobro por aparcamiento en las vías públicas, toda vez que no impiden el uso del espacio público ni atentan contra los bienes de uso público ni impiden u

---

<sup>45</sup>corte constitucional, sentencia C 568 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de agosto de 1995, exp. 3237, C.P. Nubia González Cerón.

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de julio de 1998, Radicación número: 3940, Actor: Personero de Santa Fe de Bogotá, Demandado: Secretario de Tránsito y Transporte de Santa fe de Bogotá, C. P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

23



obstaculizan su utilización, sino que, por el contrario, a la vez que implican la racionalización en el uso de las vías públicas, permiten al municipio la obtención de unos recursos adicionales<sup>48</sup>.

También la Sala ha considerado que “...el cobro por el uso del espacio público cuando quiera que configura una barrera de acceso al destino común por parte de la comunidad configura una violación del régimen constitucional y legal antes señalado, en tanto atenta contra la naturaleza, integridad y finalidad del mismo, por cuanto el objeto de esta medida no es la realización de los fines constitucional y legalmente asignados a esta categoría de bienes sino que, por el contrario, impide el uso y disfrute que sin discriminación alguna corresponde a la comunidad...”<sup>49</sup>.

## **6.2. La naturaleza jurídica del inmueble objeto del contrato de arrendamiento 0427 de 1989**

Como puede apreciarse, dependiendo de la naturaleza jurídica del inmueble objeto del contrato materia de este proceso, se predica respecto del mismo unas características que inciden en la posibilidad de negociación o entrega a cualquier título en el tráfico jurídico; si es un bien de uso público, no es jurídicamente viable que sea entregado para el uso y goce exclusivo de un particular, so pena de transgredir el orden jurídico imperativo al transferir u

---

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de enero de 2001, Radicación número: AP-162, Actor: Jorge Alfonso Quiroz Arango, Demandado: Municipio de Medellín, C. P. Germán Rodríguez Villamizar; en el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “A”, sentencia de 14 de febrero de 2002, Radicación número: 23001-23-31-000-1999-1668-01(AP-320), Actor: Edgardo Hiram de Santis Caballero, C. P. Ana Margarita Olaya Forero.

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, AP- 08001-23-31-000-2002-02214-01, sentencia de 6 de octubre de 2005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

559

otorgar derechos con esa proyección y connotación sobre un bien de disfrute colectivo; en cambio, si su naturaleza es fiscal es posible sobre el mismo un acto de disposición jurídica con el aludido alcance (vender, arrendar, permutar, etc.), siempre y cuando se cumplan las normas legales que regulan esa actividad.

La Sala concluye que el inmueble que constituye el objeto del arrendamiento, en el caso concreto, es un bien de uso público, toda vez que, por tratarse de una porción de terreno afectado a un parque público, esto el Simón Bolívar, está definido como tal en la normatividad vigente; su uso y goce, por consiguiente, pertenecen a la comunidad en general y está sometido a reglas constitucionales, legales y reglamentarias para su uso y administración.

En efecto:

.- La Ley 31 de 1979 (art. 5), ordenó la construcción de un parque popular en terrenos o zona de “El Salitre” en Bogotá, para conmemorar el bicentenario del Natalicio del Libertador Simón Bolívar, por conducto del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y con la colaboración del Distrito Especial de Bogotá.

.- Mediante el Acuerdo 7 de 1979 del Concejo Distrital, *“Por el cual se define el Plan General de Desarrollo integrado y se adoptan políticas y normas sobre el uso de la tierra en el Distrito Especial de Bogotá”*, declaró Zona Verde Metropolitana parte

560

de los terrenos sin desarrollar de la antigua Hacienda El Salitre con el objeto de conformar un parque central a escala metropolitana en la Ciudad de Bogotá (norma vigente en esta materia al momento de la celebración del contrato que se encuentra en el origen de la controversia que mediante el presente pronunciamiento se dirime)<sup>50</sup>.

.- El Gobierno Nacional mediante los Decretos 3207 de 26 de diciembre de 1979 y 248 de febrero 8 de 1980, creó el comité para impulsar la realización de la obra, conjuntamente con el Distrito Capital, y uno de los miembros era el Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Luego mediante Decreto Ley 2229 del 30 de diciembre de 1982, se integró dicho comité.

.- Mediante Decreto 1656 de 1982, el Alcalde Mayor de Bogotá adoptó el Plan Maestro del Parque Simón Bolívar (luego modificado por los Decretos Distritales 616 de 1993, 1022 de 1998, 727 de 1999, 300 de 2003, 254 de 1994, 360 de 2010, entre otros), delimitado así:

“Por el Norte: Costado Sur de la Calle 64, entre la Avenida Ciudad de Quito, y la Avenida Carrera 68; costado Sur de la Avenida 63 entre la Avenida Carrera 68 y la Avenida de La Constitución.

Por el Sur: Por el costado Norte de la Avenida 63, entre la avenida Ciudad de Quito y la Carrera 60; por el costado Norte de la Avenida Eldorado, entre el costado Occidental de la Carrera 60 y la Carrera 55; por la Calle 53 (trazado actual) entre la Carrera 55 y la intersección Sur-Occidental de nuevo trazado de la Calle 53 con la Avenida Carrera 68; lindero Sur del predio de propiedad del Distrito, localizado al Sur de la futura intersección y el eje peatonal del Parque Simón

---

<sup>50</sup> Este acuerdo fue derogado en el Distrito Capital por el Acuerdo No. 6 de 1990, “[P]or medio del cual se adopta el Estatuto para el Ordenamiento Físico del Distrito Especial de Bogotá, y se dictan otras disposiciones”. Igualmente, las actividades de recreación activa y pasiva están hoy definidas en el Decreto Distrital número 619 de 2000, mediante el cual se adoptó el Plan de Ordenamiento Territorial de la capital de la República.

661

Bolívar - Terminal de Transporte y costado Sur de los predios del Jardín Botánico entre la prolongación del eje peatonal antes citado y la Avenida de La Constitución.

Por el Oriente: Costado Occidental de la Avenida Ciudad de Quito entre la Calle 64 y la Avenida 63; costado Occidental de la Carrera 60 (nuevo trazado), entre la Avenida 63 y la Avenida Eldorado.

Por el Occidente: Costado Oriental de la Avenida Carrera 68 entre la Calle 64 y la Avenida 63; costado Oriental de la Avenida de la Constitución entre la Avenida 63 y el costado Sur del predio el Jardín Botánico y lindero Sur del predio de propiedad del Distrito al Sur de la Calle 53; Carrera 55 entre la Calle 53 y la Avenida Eldorado, excluyendo los predios del costado Oriental de la Carrera 55, pertenecientes a la Urbanización El Salitre, 1 Sector."

Parágrafo.- Se excluyen los terrenos con Tratamiento de Redesarrollo definidos por el Acuerdo 7 de 1979, correspondiente al sector de El Rosario, los cuales serían motivo de concertación para su desarrollo futuro."<sup>51</sup>

En este sentido, al comparar los linderos del bien inmueble arrendado (2.781,57 M2 en la intersección de la avenida 63 con transversal 48 de la ciudad de Bogotá establecidos en la cláusula primera) y la afectación realizada en la Ley 31 de 1979, el Acuerdo 7 de 1979 del Concejo Distrital que declaró Zona Verde Metropolitana parte de los terrenos sin desarrollar de la antigua Hacienda El Salitre con el objeto de conformar un parque central a escala metropolitana en la Ciudad de Bogotá y el Plan Maestro del

---

<sup>51</sup> Según el Artículo 2º El área a que se refiere ese Decreto, está conformada: "por terrenos sin desarrollar del sector de El Salitre y los desarrollados con uso Recreativo o Institucional, los cuales son de propiedad de diversas entidades públicas y privadas, tal como indica en el Plano 1, "Plano de Propiedades y Canjes", que es parte integrante de esta reglamentación, así: a. Ministerio de Obras Públicas y Transportes propietario de la mayor parte de los terrenos, dos de ellos administrados por terceros: "El Lago" por el Instituto Distrital de Recreación y Deporte y el Club de empleados Oficiales por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, (Lotes 1, 2, 3 y 4). b. Ferrocarriles Nacionales de una franja de 3.2 Has., aproximadamente en terrenos del Parque, (Lote 5). c. Beneficencia de Cundinamarca, tiene una extensión de 26.53 Han., que han sido declaradas Zona Verde Metropolitana por el Honorable Concejo Distrital según el Acuerdo 7 de 1979, (Lotes 6A y 6B). d. Curia Metropolitana del área del Templo Eucarístico y del área anexa, (Lote 7). e. Distrito Especial de Bogotá del terreno restante, incluyendo la parte deportiva que es administrada por Coldeportes, (Lotes 8, 9, 10 y 11). f. Cualquier otro predio incluido dentro del área del proyecto, tales como el predio 12 de propiedad privada, quedan ratificados en su uso de Zona Verde Metropolitana tal como ordenó el Acuerdo 7 de 1979."

562

Parque Simón Bolívar adoptado en el Decreto distrital 1656 de 1982<sup>52</sup> (surcado por las avenidas Transversal 48, Carrera 68 de oriente a occidente y las calles 63 y 53), y en vista de lo consagrado en el artículo 5 de la Ley 9 de 1989, se observa la calidad que tiene de bien de uso público.

Esta afectación al uso público y calidad del bien inmueble arrendado eran conocidas desde el inicio por las partes contratantes, como claramente se puede colegir de la cláusula décima tercera, numeral 4 del contrato, en la que pactaron su devolución o restitución anticipada mediante requerimiento que el arrendador le hiciera al arrendatario dado con quince días de anticipación, “una vez se iniciaran en el sector las obras de construcción del parque Simón Bolívar”.

Se precisa que la sola circunstancia de que dicho inmueble hubiese sido cedido por la Nación al Distrito Capital de Bogotá no cambia su naturaleza de bien de uso público a bien fiscal ni lo incorpora en el comercio de los bienes y por el contrario ratifica su naturaleza, como quiera que dicha operación realizada al ser liquidado el Fondo de Inmuebles Nacionales se

---

<sup>52</sup> Si bien no se allegó al expediente copia auténtica de los actos administrativos generales de alcance distrital a los cuales se acaba de hacer alusión, en los términos previstos en los artículos 188 del C. de P.C. y 141 del C.C.A., los referidos conjuntos normativos pueden ser consultados libremente en la página web de la Alcaldía Mayor de Bogotá en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/norma>, razón por la cual deben ser tenidos en consideración por el Juez al momento de fallar, comoquiera que los avances de las nuevas Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones ponen a disposición del operador jurídico diversos elementos y herramientas de publicidad que permiten verificar el contenido de tales normas de carácter territorial, con alcance de autenticidad y para todos los efectos legales, según se expuso en Sentencia de 15 de agosto de 2007, Exp: AP-19001-23-31-000-2005-00993-01, Actor: Luis Alejandro Burbano Idrobo, Demandado: Departamento Del Cauca y Otro, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, con fundamento en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 962 de 2005, interpretados armónica y sistemáticamente con los artículos 95 de la Ley 270 de 1996, 6 y 10 de la Ley 527 de 1999.

hizo con la finalidad exclusiva de cumplir con la destinación para la cual fue afectado, esto es para el Parque Simón Bolívar, como tampoco muta ese carácter porque hubiese sido objeto de un negocio jurídico<sup>53</sup>.

### **6.3. La improcedencia del arrendamiento de un bien de uso público**

De acuerdo con las normas relativas a los elementos esenciales del contrato de arrendamiento, se desprende la improcedencia del arrendamiento de un bien de uso público, como así lo ha señalado reiteradamente esta Corporación<sup>54</sup>. En efecto, dado que una de las características fundamentales de los bienes de uso público, es la de que su goce y disfrute sea de toda la comunidad, resulta ilegal el arrendamiento de un bien de uso público, toda vez que este tipo contractual, como atrás se anotó, confiere la utilización exclusiva del bien al arrendatario.

Con esta perspectiva, la Sala no ha dudado en decretar la nulidad absoluta por objeto ilícito de un contrato de arrendamiento de bienes de uso público, en tanto esta modalidad contractual afecta su destinación al uso común:

“Estas premisas sirven de fundamento a la Sala para concluir que los bienes de uso público no son susceptibles de ser arrendados por las razones siguientes:

---

<sup>53</sup> Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 2005, exp. 12.249, C.P. Alir E. Hernández.

<sup>54</sup> Entre muchas otras sentencias las proferidas el 22 de abril de 2004, expediente 16245, el 16 de febrero de 2001, expediente 16596, el 24 de mayo de 2001, expediente 12247 y el 22 de noviembre de 2001, expediente 12859.

564

“Por disposición constitucional dichos bienes son inembargables, imprescriptibles e inalienables, vale decir, se encuentran fuera del comercio<sup>55</sup>, y se caracterizan por su afectación a una finalidad pública, esto es, están destinados a ser usados y disfrutados por la comunidad, sin ninguna discriminación, en forma directa, libre, impersonal, individual o colectivamente y, en general, gratuita<sup>56</sup>.

“Si bien el contrato de arrendamiento conlleva actos de administración y no de disposición, por cuanto quien arrienda no transfiere el dominio del bien, dicho acuerdo se caracteriza porque confiere al arrendatario el derecho de uso y goce exclusivo, el cual se encuentra amparado por la ley frente a cualquier clase de perturbación o impedimento, de conformidad con los arts. 1988, 1989 y 1990 del Código Civil. De manera que no es posible conferir a una persona el uso y goce exclusivo de un bien de uso público, porque es contrario a su propia naturaleza y finalidad, toda vez que por disposiciones constitucionales y legales, los derechos a su uso y goce pertenecen a toda la comunidad. (...)”

“En consecuencia, el denominado “contrato de arrendamiento” por la Corte Constitucional, debe garantizar en forma efectiva el cumplimiento de las finalidades públicas a las cuales está destinado un bien de uso público, esto es su incorporación al uso y goce de la comunidad, finalidades que, sin duda, resultan contrariadas al entregar el bien en arrendamiento, puesto que es de la esencia de dicho contrato la entrega de la cosa para el uso y goce del arrendatario durante el tiempo que dure el convenio, sin ninguna perturbación o interferencia; de allí que algunos doctrinantes sostienen que el contrato de arrendamiento “no es a la postre nada distinto a la venta temporal del uso de un bien”.<sup>57</sup>

“La posibilidad de garantizar la destinación del bien a su uso común, podría realizarse a través de acuerdos celebrados entre el Estado y los particulares (como por el ejemplo el contrato de mandato o representación y administración), siempre y cuando no atenten contra la naturaleza e integridad de los bienes de uso público, sino que por el

<sup>55</sup> Según el profesor José J. Gómez “los bienes de uso público se caracterizan por hallarse fuera del comercio, lo que quiere decir que no puede celebrarse sobre ellos acto jurídico alguno.” Cf. Bienes. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 98.

<sup>56</sup> Quedan a salvo las facultades legales de cobro de derechos de uso, tal como precisó la Sección Primera en la sentencia de agosto 18 de 1995, Exp. 3237, antes reforida.

<sup>57</sup> Gómez Estrada, Cesar. De los principales contratos civiles. Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1996, pág. 183.



h69

contrario su objeto sea la realización de los fines constitucional y legalmente asignados a dichos bienes.”<sup>58</sup>

También reitera la Sala que lo expuesto no implica el desconocimiento de la potestad que tienen las entidades para convenir la administración o aprovechamiento de los bienes de uso público con los particulares, mediante la utilización de figuras regladas, sino que insiste en que tales finalidades no pueden lograrse por medio del contrato de arrendamiento por las razones ampliamente explicadas en la citada sentencia<sup>59</sup>.

#### **6.4. La transgresión a la prohibición establecida en el artículo 157 del Decreto Ley 222 de 1983**

Como se dijo, el artículo 157 del Decreto Ley 222 de 1983, señaló que *“cuando se den bienes en arrendamiento dicho término no podrá exceder de dos (2) años para muebles y de cinco (5) para inmuebles, sin que haya lugar a prórrogas...”*

---

<sup>58</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de febrero 16 de 2001, Radicación número: 16596, Actor: Personería de Santafé de Bogotá, D.C., C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de noviembre 11 de 1999, Exp. 5286, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero, en esta providencia se deja en claro que los bienes que pueden ser susceptibles de arrendamiento son únicamente los bienes fiscales.

<sup>59</sup> En la sentencia citada, con apoyó en Marienhoff, la Corporación aclara: “...luego de señalar que la inalienabilidad de los bienes del dominio público no traduce en que ‘estén absoluta y totalmente sustraídos del comercio jurídico’, porque ‘en principio sólo es incompatible el comercio jurídico de derecho privado, pero en modo alguno el de derecho público, pues éste, también en principio, no menoscaba la afectación de los bienes...la inalienabilidad, pues, no constituye un principio absoluto, cerrado, de aplicación mecánica’. Preciso que tales bienes no pueden ser objeto del contrato de arrendamiento: ‘[j]uzgo que esa forma de conferir el uso de los bienes públicos, de locación o arrendamiento, solo tiene el nombre. En realidad, en todos los supuestos, se trata de verdaderos permisos o concesiones de uso según los casos, que son las formas propias de conferir el uso de esos bienes (...) De modo que, por más que la ‘inalienabilidad’ no sea un dogma inmutable, ni un principio absoluto, la locación o el arrendamiento – figuras típicas del derecho privado – no son formas jurídicas adecuadas para atribuir y regular el uso de las dependencias del dominio público.”

566

Es decir limitó la duración de los contratos de arrendamiento que celebraran las entidades sujetas a dicho estatuto. Significa lo anterior que los contratantes están impedidos para convenir un plazo superior al consagrado en la ley y a prorrogarlo o renovarlo si se ha llegado a ese límite, pues otra interpretación conduciría a permitir que la administración diera bienes en arrendamiento por un término superior al plazo anotado, incurriendo en una prohibición y por ende en violación al artículo 157 del Decreto Ley 222 de 1983 que la establece, dando lugar a una nulidad absoluta del contrato (artículo 78 letras b. y c. del Decreto Ley 222 de 1983)<sup>60</sup>.

Por eso, llama la atención el hecho de que entre las mismas partes y sobre el mismo bien inmueble se hubiesen celebrado dos contratos de arrendamiento en forma consecutiva: primero, el contrato de arrendamiento n.º 469 de 1985 con un plazo de 36 meses, esto es, por 3 años; y segundo, el contrato de arrendamiento n.º 0427 de 1989, que aceptan las partes de este proceso que lo reemplazó, también por un plazo de 36 meses, que sumados, arrojan un total de 6 años continuos, término que excede el límite temporal de 5 años previsto en el artículo 157 del Decreto Ley 222 de 1983 para dar en arriendo un inmueble, norma ésta imperativa y de orden público que indiscutiblemente hace parte del derecho público de la Nación, no siendo

---

<sup>60</sup> Ver entre otras providencias, Sección Tercera, Auto de 12 de julio de 2001, C.P. María Elena Giraldo, Exp. 19870; Sentencia de 24 de mayo de 2001, Exp. 12247, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; Sentencia de 15 de marzo de 2001, 13352, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

susceptible de disposición, inaplicación o derogación de sus efectos en virtud de la autonomía negocial de las partes (art. 16 C.C.)<sup>61</sup>.

En consecuencia, además del vicio de ilegalidad en que recayó el contrato 0427 de 1989 al tener por objeto el arrendamiento de un bien de uso público, la Sala encuentra también que con este segundo negocio jurídico sobre el mismo predio se soslayó, eludió y burló la norma del artículo 157 del Decreto –Ley 222 de 1983.

#### **7. La causal de nulidad que afecta el contrato de arrendamiento 0427 de 1989 y su declaratoria de oficio**

El artículo 78 del Decreto ley 222 de 1983, norma aplicable por ser la que regía al tiempo de la celebración del contrato del *sub indice*, establecía que además de los casos previstos en las disposiciones vigentes, los contratos a que se refería dicho estatuto, son absolutamente nulos y sin posibilidad de sanearlos por ratificación de las partes, cuando “*b. Cuando contravengan normas de derecho público*” y “*c. Cuando se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal*”.

El Código Civil, por su parte, en los artículos 1502, 1740 y 1741, estructura, entre otras, la nulidad absoluta del contrato producida por objeto ilícito y en particular enseña en el artículo 1519 que “[*h*]ay objeto ilícito en todo lo que

---

<sup>61</sup> C.C.: “ARTICULO 16. No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.”

*contraviene al derecho público de la nación...” y en el artículo 1523 del mismo código establece que “Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.”*

Entonces, al unísono los artículos 78 letras b. y c. del Decreto 222 de 1983 y 1519 del Código Civil establecen que está viciado de nulidad absoluta el contrato que se celebre cuando contravenga normas de derecho público, o se celebre *contra expresa prohibición constitucional o legal*, infracción que constituye un objeto ilícito, vicio este que afecta, precisamente, el contrato del caso concreto.

En efecto, está viciado de objeto ilícito el contrato que se celebra contraviniendo el derecho público, como sucede cuando se celebra un contrato de arrendamiento de un bien de uso público mediante el cual se obliga a entregarlo a un particular para su uso y goce exclusivo, con desconocimiento del derecho constitucional y legal que le asiste a toda la comunidad, de conformidad con lo previsto en los artículos 63 de la Constitución Política, 674 del Código Civil y 5 de la ley 9 de 1989.

Por consiguiente, para la Sala es evidente que el contrato de arrendamiento 0427 de 1989, se suscribió con violación de normas imperativas relativas al régimen de los bienes de uso público, lo que configura la causal de nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, prevista en los referidos artículos 78 letra b. del Decreto ley 222 de 1983 y 1521 del C. C.

569

Igualmente, es palmario que dicho contrato fue pactado infringiendo el artículo 157 del Decreto –Ley 222 de 1983, que, como se señaló, prohibía el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles por más de cinco años y por lo tanto se configura también la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito de que trata los artículos 78 del Decreto Ley 222 de 1983 letra c. y 1523 del C.C.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala decretará de oficio la nulidad absoluta del contrato de arrendamiento 0427 de 1989, aún cuando no existe petición expresa de parte, pues el juez no sólo tiene la facultad sino el deber de declarar la nulidad absoluta de un contrato o parte de él, según el caso, de conformidad con el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936, que así lo establece en los siguientes términos:

“Artículo 1742.- Subrogado. L. 50/36, art. 2º. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.”

Así mismo, la declaración oficiosa de la nulidad absoluta, es un mandato establecido en el parágrafo del artículo 78 del Decreto ley 222 de 1983, a cuyo tenor: *“Las causales aquí previstas pueden alegarse por el Ministerio Público en interés del orden jurídico o ser declaradas oficiosamente, cuando estén plenamente comprobadas. No se sanean por ratificación de las partes.”*

570

En concordancia con las normas anteriores, de conformidad con el inciso 3º del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo<sup>62</sup>, el Juez Administrativo se encuentra facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en el mismo intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

La jurisprudencia de la Sala ha puntualizado que esta facultad puede ejercerla al dictar el fallo *“en cualquiera de las dos instancias, y así la controversia judicial no haya girado en torno a dicha nulidad, mientras en el proceso intervengan las partes contratantes, porque de lo contrario se violaría la garantía constitucional del debido proceso”*<sup>63</sup>.

En el caso concreto son partes en este proceso, en calidad de demandante y demandado, las personas que, a su vez, ostentan la calidad de partes contratantes en el contrato de arrendamiento 0427 de 1989 fuente de los derechos y obligaciones que se discuten en el presente proceso, esto es, el arrendatario Felipe Antonio Parra Alvarado y el arrendador Distrito Capital de Bogotá<sup>64</sup>, y los vicios que ameritan declarar oficiosamente la nulidad

---

<sup>62</sup> En su versión del artículo 17 del Decreto 2304 de 1989, pues luego modificada por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

<sup>63</sup> Sobre el tema pueden consultarse las sentencias de 7 de octubre de 1999, exp. 12387, de 1º de agosto de 2002, exp. 21.041 y de 6 de julio de 2005, exp. 12249. Ver: Betancur Jaramillo, Carlos Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, sexta edición, 2002, pág. 563

<sup>64</sup> Cabe anotar que si bien el contrato en este evento fue celebrado por el Fondo de Inmuebles Nacionales, lo cierto es que en virtud de la cesión total que en cumplimiento de la ley se le hizo al Distrito Capital de Bogotá, ésta asumió la calidad de parte y tomó la relación jurídica en el estado en que se encontraba al momento, convirtiéndose a partir de ésta, en parte del contrato, esto es, titular de los derechos y sujeto pasivo de las

571

absoluta se encuentran demostrados y determinados, según se analizó en precedencia, motivos por los cuales resulta procedente la citada declaratoria de nulidad, tal y como así lo dispondrá la Sala en la parte resolutive de esta providencia<sup>65</sup>.

Con fundamento en todo lo anterior la Sala declarará oficiosamente la nulidad absoluta del contrato y definirá las restituciones mutuas a que haya lugar.

---

obligaciones que emanan del mismo; además los motivos que dan lugar a la nulidad absoluta del contrato son de carácter objetivo, es decir, no atañen a circunstancias personales de los contrayentes y además el mencionado fondo desapareció de la vida jurídica pues fue liquidado de manera que tampoco podría haber sido traído al proceso, sino que compareció al mismo, como debía ser, su causahabiente –Distrito Capital de Bogotá– en este negocio jurídico en particular por virtud de la cesión aceptada por el contratista.

<sup>65</sup> Es importante señalar, como lo ha dicho la jurisprudencia, que "...esa facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, no está sometida al término de caducidad de la acción, porque el ejercicio de una potestad difiere sustancialmente del ejercicio del derecho de acción, por virtud del cual se acude a la jurisdicción para pedir la declaración judicial en el sentido que propone el actor. No obstante, tal poder está limitado en los términos del referido artículo 1742 del C.C., que prevé el saneamiento de la nulidad por prescripción extraordinaria de 20 años, aún cuando la misma se haya generado por objeto o causa ilícitos; norma esta que resulta aplicable si se tiene en cuenta que el decreto ley 222 de 1983 nada dijo al respecto y que el Código Contencioso Administrativo se limitó a regular lo relativo a la imprescriptibilidad e inenajenabilidad de los bienes del Estado. Cabe tener en cuenta también, conforme lo ha advertido esta Corporación, que tal saneamiento de la nulidad absoluta no opera cuando el vicio de invalidez se produce en consideración a la características de los bienes de uso público, bajo el entendido de que tales eventos están amparados por la imprescriptibilidad, según lo dispuesto en el artículo 63 de la Constitución y en el parágrafo 1 del artículo 136 del C.C.A, modificado por el art. 44 de la ley 446 de 1998. Lo anterior ha conducido a considerar que no opera la caducidad de la acción ejercitada con el objeto de que se anule un contrato que recayó sobre un bien de uso público, conforme lo indicó la Sala en sentencia proferida el 16 de febrero de 2001, expediente 16.596, actor: Personería Distrital de Bogotá. En esta oportunidad reiteró lo afirmado por la Sala Plena de la Corporación en la sentencia que resolvió la demanda de nulidad de los actos administrativos que autorizaron la transferencia del dominio de la propiedad del subsuelo de los terrenos conocidos con el nombre de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana [Sentencia de septiembre 13 de 1999, Exp. 6976. El legislador acogió esta tesis jurisprudencial en el art. 44 de la ley 446 de 1998, que modificó el art. 136 del C.C.A, que prescribe: "Parágrafo 1°. Cuando el objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables la acción no caducará"]. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1 de julio de 2005, exp. 12.249, C.P. Alirio E. Hernández.

572

En las anteriores circunstancias, como la ejecución de las prestaciones que se discuten encuentran su causa justificativa en las cláusulas y estipulaciones que se declararán nulas, se tiene que las pretensiones no pueden prosperar, en la medida en que, como se advirtió, la invalidez del negocio jurídico o de la cláusula fuente de una reclamación impide el análisis sobre la responsabilidad por el incumplimiento del mismo, por cuanto el carácter vinculante y obligatorio del contrato o de la estipulación, según el caso, es presupuesto para realizarlo.

#### **8. Las restituciones mutuas**

En cuanto a las consecuencias de las decisiones enunciadas, cabe precisar que la declaratoria de nulidad de un acto o contrato o de una de sus cláusulas implica su aniquilamiento, esto es, desaparece del mundo jurídico como si nunca hubiera existido y, por lo mismo, entendiendo que no ha producido efectos entre las partes y retrotrayendo las cosas al estado en que se hallaban con antelación al momento de la expedición del acto o la celebración del contrato, según se trate; es decir, vuelve la situación al estado en que se encontraba antes del otorgamiento del contrato o la estipulación contractual nula, o sea, que tiene efectos retroactivos o *ex tunc*, sin perjuicio de lo establecido para objeto y causa ilícitas.

Es así como, el artículo 1746 del Código Civil establece que, por regla general, la declaración judicial de la nulidad, tiene fuerza de cosa juzgada y da a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se



573

hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo<sup>66</sup>; es decir, la respectiva sentencia que contenga tal declaración produce efectos retroactivos, conforme a los cuales, en el caso de los contratos, a cada parte surge el deber de restituir o repetir a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato anulado, excepto cuando éstas han tenido por fuente un objeto o causa ilícitos a sabiendas, en conformidad con lo dispuesto por el inciso primero de aquél y el artículo 1525 *ibidem*, en cuya virtud en este caso no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado<sup>67</sup>.

En relación con esta expresión, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

“5. Por mandato legal y como principio de orden general, la nulidad cualquiera que sea su especie -absoluta o relativa-, una vez declarada, consagra en pro de las partes contratantes el derecho de ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto o contrato nulo, cumpliéndose este objetivo a través de las restituciones mutuas. Sin embargo se registran algunos casos en que no hay lugar a tales prestaciones, como ocurre cuando la nulidad se ha originado en objeto o causa ilícita, habiendo actuado las partes o una de ellas a sabiendas de la ilicitud (art. 1525 C.C.).

“6. Esta excepción es de un gran contenido ético, pues tiene por fuente el clásico principio *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*.

“Es perfectamente explicable que si una persona a plena conciencia interviene en un acto contrario al ordenamiento jurídico, se le niegue toda acción y derecho, porque la

---

<sup>66</sup> Artículo 1746.- La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían sino hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.”

<sup>67</sup> Artículo 1525.- No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”. Aunque no aplique en el presente asunto por ser una norma posterior, cabe observar que el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, a propósito de los efectos de la declaración de nulidad de los contratos estatales de ejecución sucesiva determina que no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria; y agrega que habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido, entendiéndose que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.

574

ley no puede utilizarse para obtener ventajas que tienen como soporte la ilicitud. Sin embargo, como la sanción es grave en cuanto impide la restitución de lo entregado en razón del contrato nulo, el legislador sólo reprime al contratante que actúa 'a sabiendas' de la ilicitud.

"Ahora, ¿qué se entiende por 'a sabiendas'? Cuando no se trata de palabras técnicas referentes a una ciencia o arte o palabras definidas por la ley, estas han de entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas, enseña una regla de interpretación (arts. 28 y 29 del C.C.). Sentido natural y obvio es el que a las palabras da el diccionario de la Academia Española.

"En ese orden de ideas, el adverbio 'a sabiendas', según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa 'de modo cierto', 'a ciencia segura', o, con otras palabras, a plena conciencia, a pleno conocimiento, con conocimiento inequívoco. Esto indica que se requiere un conocimiento objetivo o conocimiento-realidad frente a determinado hecho. Y, a esta categoría de conocimiento se refiere el artículo 1525 del Código Civil cuando utiliza la locución 'a sabiendas', expresión ésta empleada en otros artículos del Código Civil (477, 737, 955, 1029, 1480, 1675 No.1, 1870, 1992 y 2017)"<sup>68</sup>

Sin embargo, existen situaciones en las cuales en forma excepcional y teniendo en cuenta que la invalidez del negocio no ha impedido que las partes hayan ejecutado prestaciones recíprocas y útiles para las mismas, se reconoce la existencia efímera de las mismas, en aras de la protección de intereses por la realización de hechos consumados que imposibilitan volver al estado inicial; se refiere la Sala, por ejemplo, a aquellos contratos de ejecución sucesiva en los cuales no es posible retrotraer íntegra y totalmente el estado anterior, lo que genera que ciertos efectos pese a la declaración permanezcan y que la ineficacia rija hacia el futuro (*ex nunc*).

Sobre este tema se ha ocupado la jurisprudencia de la Sección Tercera<sup>69</sup> en los siguientes términos:

---

68 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de enero de 1971, En G.J. Nos. 2340 a 2345, págs. 42 a 52.

778  
975

“Y en cuanto a la posibilidad de volver las cosas al estado en que se hallaban antes del acto o contrato declarado nulo, se observa que ello se produce a través de la restituciones que surgen a partir de la declaratoria de nulidad, y que resultan admisibles sin ningún cuestionamiento en aquellos eventos en los que las obligaciones fueron de ejecución instantánea, como las de dar, en contratos de compraventa, permuta, etc., puesto que podrán restituirse las cosas recibidas, por un lado, y los dineros pagados, por el otro, sin perjuicio de lo que corresponda por concepto de frutos, mejoras, corrección monetaria, etc., según el caso; **pero es evidente que existen eventos en los cuales ello no es posible, no se pueden volver las cosas al estado anterior, como sucede por ejemplo, cuando no se puede deshacer lo ejecutado por una de las partes, que es el caso de los contratos de tracto sucesivo**, tales como los de suministro de bienes de consumo, prestación de servicios, obra pública, **concesión**, etc. etc., en los cuales las prestaciones se han cumplido y no pueden restituirse(...)” (Resaltado por fuera del texto original).

No obstante, el principio de equidad debe privilegiarse en este análisis, de manera que los hechos consumados por los contratantes y de imposible restitución no generen un desequilibrio o detrimento patrimonial para uno de los contratantes. De ahí que, resulta una pieza importante en esta labor, lo dispuesto en el inciso segundo del citado artículo 1746, según el cual en las restituciones mutuas que deban realizarse los contratantes por la declaratoria de la nulidad, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles y voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes, todo ello según las reglas generales de estas situaciones.

En otras oportunidades, esta Sala ha precisado que:

---

<sup>69</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 13414 (R-7186), M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

576

“...ante el vacío de la ley sobre el particular, y en aras de consultar la realidad jurídica y social que impone el comportamiento antijurídico derivado de un contrato nulo, [opta por] que se analicen y confronten, de manera distinta, los efectos cuando versa la relación negocial en un contrato de ejecución instantánea, que como tal, permite volver las cosas al estado en que se encontraba antes de su formación, a los que giran alrededor de un contrato de tracto sucesivo, en los que no siempre se podrán imponer esos alcances, puesto que las prestaciones causadas, las más de las veces, impedirán el restablecimiento al estado anterior al aniquilamiento del negocio, por los factores fácticos que se pueden apreciar. Así, por ejemplo, las prestaciones efectuadas y no restituidas, el disfrute y uso de las cosas, los servicios prestados han de remunerarse. Se debe entender, pues, que ante la realidad de hechos consumados, se ha de reconocer la existencia pasajera o efímera del contrato de ejecución periódica, para, de ese modo, hacerle producir efectos cuando fuere posible, en esa etapa, con las obvias consecuencias económicas o de valoración, de tal manera que para determinada situación, han de consultarse las realidades fácticas con las previsiones normativas, para encontrar, en cada caso, la solución en equidad, de tal suerte que no se alteren las condiciones naturales de las partes...”<sup>70</sup>

Siguiendo la orientación jurídica expuesta, a propósito de las restituciones mutuas que deban hacerse en virtud del pronunciamiento de nulidad, la Sala advierte que no está demostrado que las partes hayan celebrado el acuerdo que se anulará, con pleno conocimiento y conciencia de que se infringía la ley, lo cual impide concluir que hubieran actuado conjuntamente a ciencia cierta, con conocimiento real o de mala fe, es decir, “a sabiendas” de la ilicitud.

Sin embargo, aunque teóricamente es procedente disponer lo necesario para que la situación quede igual a como estaba antes de la asunción de las obligaciones previstas en las estipulaciones inválidas, en este caso concreto no habrá lugar a decretar restitución alguna entre las partes, pues la Sala advierte que, por una parte, la entidad pública demandada ya logró la

---

<sup>70</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 21 de junio de 1984, exp. 3071, C.P. José Alejandro Bonivento Fernández.

577

restitución del bien inmueble objeto del contrato demandado y, por otra parte, el demandante pagó los cánones de arrendamiento por el derecho al disfrute y tenencia del bien mientras duró el contrato, prestación esta última que resulta un imposible físico devolver *in natura* a aquélla para volver las cosas al estado primigenio y, por ende, dichos valores habrán de entenderse como el equivalente a esta prestación ejecutada.

En otras palabras, aun cuando el contrato n°. 427 de 1989 se encuentre afectado de nulidad absoluta, en manera alguna proceden las restituciones mutuas, pues materialmente no se puede retrotraer el contrato a tal punto que el contratista pueda deshacer o devolver el uso y disfrute del bien, para que, a su vez, la entidad estatal restituyera los valores recibidos por cánones de arrendamiento.

De otra parte, como quedó establecido en el dictamen pericial y en su aclaración, las mejoras que se construyeron fueron exclusivamente para el uso del asadero y las partes cubiertas fueron retiradas sin ninguna dificultad para ser trasladadas a la nueva sede del establecimiento de comercio en donde continuó su funcionamiento, quedando sólo la zona de parqueo construida para el funcionamiento del asadero (servicio al que estaba destinado) y no como mejora necesaria del terreno; es decir, el parqueadero no es una mejora necesaria, esto es, una obra realizada para la conservación y mantenimiento del terreno en las condiciones y estado en que lo recibió el contratista (art. 1993 C.C.), ni tampoco podía ser considerada una mejora útil cuyo valor fuere reembolsable (art. 1996 C.C.) puesto que no está

demostrada en el proceso el aumento del valor venal del terreno por la misma ni alguna autorización o consentimiento expreso de la entidad demandada (o de la cedente) para su construcción (art. 1541 C.C.). Por tales motivos no procede una restitución por este concepto.

En síntesis, la Sala bajo el prisma de la equidad que debe gobernar la actuación judicial en estas circunstancias (artículo 238 C.P.), y por tratarse de un contrato de ejecución sucesiva en el que existen hechos o situaciones consumadas y de imposible restitución, determina que no hay lugar a ordenar restituciones mutuas<sup>71</sup>.

De conformidad con lo anterior, la Sala declarará oficialmente la nulidad absoluta del contrato, no ordenará restituciones mutuas y negará las pretensiones de la demanda.

## 9. Costas

Teniendo en cuenta que el artículo 55 de la Ley 446 de 2008 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

---

<sup>71</sup> Vid. Decisiones similares Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en las sentencias de 7 de junio de 2007, exp. 16.020, C.P. Ruth Sierra Correa Palacio y sentencia de 8 de julio de 2009, exp. 15.004, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

579

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

**FALLA**

**MODÍFICASE** la sentencia apelada, esto es, aquella proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 14 de agosto de 2001, cuya parte resolutive quedará así:

**PRIMERO: DECLÁRASE** de oficio la nulidad absoluta del contrato de arrendamiento n° 0427 de 24 de agosto de 1989, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN LUGAR** a restituciones mutuas entre las partes contratantes, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

**CUARTO: ABSTIÉNENESE** de condenar costas.

**QUINTO: DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta providencia.



CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH  
Presidente de la Sala

SECRETARÍA CONTADORÍA DÍAZ DEL CASTILLO

RUTH STELLA CORREA ALACI