



RECURSO DE APELACIÓN – Contra auto que declaró no probada la excepción cosa juzgada e inepta demanda / INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA – Eventos en que se configura / INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA – Excepción no probada / RECURSO DE APELACIÓN – Se confirma decisión

De acuerdo con el artículo 100 del CGP, esta excepción tiene dos manifestaciones principales: (i) la indebida acumulación de pretensiones y (ii) la presentación de la demanda sin el cumplimiento de los requisitos legales. El primer evento se materializa por el incumplimiento de las exigencias previstas en el artículo 165 del CPACA, relacionadas con la conexidad de las pretensiones, la competencia común del juez, que estas no se excluyan entre sí, que no haya operado la caducidad y que puedan tramitarse por el mismo proceso. (...). El segundo presupuesto, en los casos de la nulidad electoral, corresponde al cumplimiento de los requisitos del proceso contencioso administrativo y que son aplicables en virtud del principio de integración normativa, los cuales se encuentran consagrados en el artículo 162 de la Ley 1437 de 2011. (...). En este punto es claro que, el demandante debe invocar la norma que considera quebrantada y cuando se pretenda desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo o del acto electoral, se requiere de la debida sustentación, con el objeto de otorgarle al juzgador los elementos que le permitan abordar el análisis del asunto y adoptar una decisión que se enmarque en los supuestos advertidos por el actor en su solicitud. (...). Lo anterior, sin dejar de lado que el medio de control consagrado en el artículo 139 del CPACA es una acción pública, que puede ser ejercida por cualquier persona, en defensa del interés general y con el fin de hacer prevalecer la legalidad en abstracto respecto de los actos de elección, nombramiento o llamamiento. Bajo tales consideraciones, en el examen del cumplimiento de los requisitos formales de la demanda, entre ellos, la indicación de los hechos, las normas vulneradas y su concepto de violación, se debe garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, dando primacía a lo sustancial sobre lo formal, de modo que la exigencia de rigorismos excesivos frente a la solicitud no derive en un obstáculo para el ejercicio de prerrogativas constitucionalmente amparadas. (...). En virtud de lo expuesto, resulta diáfano que la prosperidad del medio exceptivo se circunscribe a la carencia absoluta de invocación normativa o a la existencia de argumentaciones ininteligibles al punto que, no sea viable determinar el objeto del litigio y, a su turno, garantizar el derecho a la defensa del demandado, sin perjuicio de que, el juez como conductor del proceso permita su subsanación o su reforma. Ahora bien, conviene precisar que esta interpretación no se traduce en la lesión de los derechos de la contraparte, porque no puede entenderse como una flexibilización de los requisitos previstos por el legislador, sino que su objetivo es incluir un razonamiento que viabilice el ejercicio de este medio de control teniendo en cuenta que no se requiere acreditar la calidad de abogado para su ejercicio y, por lo tanto, cualquier persona puede acudir a él. De ahí que, cuando el juez identifique con certeza el acto sometido a examen y los cuestionamientos que se le endilgan, se entenderá que se cumple con la carga de abordar el concepto de violación. En contraste con lo anterior, puede ocurrir que, a pesar de los esfuerzos intelectivos del juez, no sean palmarios los linderos de la demanda, circunstancia en la que no sería factible para el operador judicial abordar su estudio, ni el ejercicio apropiado del derecho a la defensa del extremo demandado. Frente a este escenario, lo procedente es acudir a los medios exceptivos contemplados en el ordenamiento jurídico con el objetivo de evitar un desgaste innecesario de los sujetos procesales y de la Rama Judicial, lo que no ocurrió en el caso concreto, por lo que se confirmará lo decidido frente a este aspecto.





COSA JUZGADA – Concepto / EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA – Eventos en que se configura / EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA – Es factible su estudio en el momento procesal en que decide las excepciones previas

La cosa juzgada es una institución procesal conforme con la cual los asuntos respecto de los cuales exista una decisión ejecutoriada no podrán volver a ser ventilados ante la jurisdicción. El ordenamiento jurídico le ha otorgado un tratamiento especial a este tipo de excepción, que se ha denominado como mixta. Las excepciones mixtas se conciben para desvirtuar la relación jurídico sustancial, sin embargo, el legislador dispuso que las mismas puedan ser resueltas de manera anticipada en la audiencia inicial en virtud del principio de economía procesal. (...). Ahora bien, la cosa juzgada se estructura a partir de dos premisas: una objetiva relacionada con el objeto y la causa de la controversia, y otra subjetiva relativa a los sujetos que intervienen en un proceso. En cuanto al límite subjetivo, los efectos de la cosa juzgada son por regla general interpartes, con excepción de las decisiones que producen efectos erga omnes, caso en el cual los mismos son oponibles de manera general. (...). En primer lugar, cabe precisar que la Sala comparte las conclusiones a las que llegó el Tribunal a quo frente a la negativa de declarar la excepción previa de ineptitud de la demanda por no formularse adecuadamente el concepto de la violación, en tanto que, contrario a lo señalado por el recurrente, el actor en la demanda sostuvo que se desconocieron los artículos 6, 95 y 299 de la Constitución Política, 139 y 275 numeral 5 de la Ley 1437 de 2011 con la debida sustentación. Igualmente, se observa que la parte actora adujo que el demandado no cumple con la exigencia de residencia en el departamento, por lo que se tipificaba la prohibición constitucional que genera la nulidad de la elección por falta de las calidades para ser diputado, con fundamento en el artículo 299 de la Constitución Política. De otro lado, sustentó que el demandado siempre ha residido en la ciudad de Bogotá, donde nació y ha desarrollado toda su vida, desde sus estudios de primaria y bachillerato hasta la universidad para obtener su título de abogado. (...). De manera que, es clara la sustentación del concepto de la violación en la demanda que, junto con la lectura armónica de los hechos expuestos, puede apreciarse el reparo que encuentra el demandante frente al acto de elección del demandado y las razones por las cuales se desconocen las normas que fueron invocadas como trasgredidas. En segundo lugar, en lo que corresponde a la cosa juzgada constitucional, (...), la Sala encuentra que no le asiste razón al demandado al sostener que el Tribunal no podía resolver ese argumento de defensa en esta etapa procesal como un medio exceptivo pues, en efecto, el artículo 180 del CAPCA establece que el juez o magistrado ponente de oficio o a petición de parte, resolverá -en la audiencia inicial- sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. Ahora, (...), no desconoce la Sala que a pesar de que dicha figura [cosa juzgada] es propia de los fallos proferidos por la Corte Constitucional (Art. 243 CP), finalmente lo que se está enervando a través de ella es la competencia que tiene esta jurisdicción para conocer del asunto en cuanto se aduce que ya fue objeto de pronunciamiento, por lo que es perfectamente viable estudiar dicho mecanismo exceptivo bajo el amparo de la excepción previa de cosa juzgada de que trata el artículo 180 del CPACA. (...). [L]o cierto es que, nada impedía al magistrado resolver esta excepción junto con las demás excepciones previas, en tanto que el momento procesal para zanjar esa discusión está dado por la ley junto con los medios exceptivos de naturaleza anterior o preliminar, precisamente con la finalidad de sanear el proceso. De cualquier manera, la cosa juzgada tiene tratamiento de excepción mixta en tanto que puede decretarse o resolverse en una etapa anterior o en la misma sentencia cuando se advierta su acaecimiento de manera posterior; sin embargo, esto no implica que el juez no pueda estudiarla,





como lo hizo en este caso, en el momento procesal en que decide las excepciones previas. Así las cosas, no le asiste razón al recurrente en tanto que: i) el concepto de la violación está debidamente expuesto en la demanda presentada, por lo que será el juez en la sentencia el que resuelva si le asiste razón o no al actor en sus argumentos y, ii) no se desconoció el debido proceso del demandado al resolver la excepción de cosa juzgada constitucional junto con las demás excepciones previas, pues este momento procesal es el indicado para evacuar dicha excepción, sin que se advierta un reparo adicional por parte del demandado contra la decisión de negarla. En consecuencia, la providencia objeto de apelación será confirmada en su integridad.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a los requisitos formales de la demanda y que en ello se debe garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de sala del 21 de julio de 2016, M.P. Rocío Araujo Oñate, expediente 11001-03-28-000-2015-0001900. De la primacía de lo sustancial sobre lo formal, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 12 de marzo de 2020, M.P. Rocío Araújo Oñate, expediente 2020-00003-01. En cuanto a que defectos como un concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad, consultar: Corte Constitucional sentencia C-197 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Acerca de que la prosperidad del medio exceptivo de inepta demanda se circunscribe a la carencia absoluta de invocación normativa, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 18 de diciembre de 2019, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, expediente 11001-03-28-000-2019-00024-00 (2019-00034-00); Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 7 de marzo de 2019, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, expediente 11001-03-28-000-2018-00091-00 (acumulado 11001-03-28-000-2018-00601-00). De la resolución de las excepciones mixtas de manera anticipada en audiencia inicial, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de agosto de 2018, MP Ramiro Pazos, Radicación 41001-23-33-000-2015-00926-01(58225). En cuanto a que los efectos de la cosa juzgada son por regla general interpartes, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia del 7 de diciembre de 2017, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, expediente 05001-23-33-000-2015-02253-01.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 299 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 100 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 137 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 139 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 162 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 165 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 180 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 275 NUMERAL 5 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 281

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 08001-23-33-000-2020-00022-01





Actor: MANUEL J. SÁNCHEZ F.

Demandado: NICOLÁS FERNANDO PETRO BURGOS - DIPUTADO DE LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL ATLÁNTICO, PERIODO 2020-2023

Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Excepciones de cosa juzgada constitucional e ineptitud de la demanda por falta del requisito del concepto de violación de las normas violadas

AUTO – RESUELVE RECURSO DE APELACIÓN

Corresponde a la Sala pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado contra la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, Sección C, a través de la cual declaró no probadas las excepciones formuladas por la parte pasiva relativas a la “cosa juzgada constitucional e ineptitud de la demanda por falta del requisito del concepto de violación de las normas violadas y por falta de norma expresa de requisitos para gobernador o de antecedente jurisprudencial para el caso”¹.

ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor Manuel J. Sánchez F., actuando en nombre propio y en ejercicio del medio de control de nulidad electoral previsto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Atlántico con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones²:

“1.-Que se declare la nulidad de la elección como diputado a la Asamblea del Departamento del Atlántico del señor Nicolás Fernando Petro Burgos identificado con la cédula No. 1004004438, contenido en el acta E-26 -ASA expedida el día 14 de noviembre de 2019 por la Comisión Escrutadora del Departamento del Atlántico por falta de las calidades o requisitos legales y constitucionales para ser elegido diputado de la asamblea del Atlántico.

2.- Se declare la nulidad o se deje sin efecto el acto o petición de manifestación de aceptación de la curul como Diputado (sic) a la Asamblea del Departamento del Atlántico, presentada a la Comisión Escrutadora Departamental del Atlántico, por el señor Nicolás Fernando Petro Burgos, por violar el artículo 299 de la CP., ya que la manifestación de aceptación se realizó con abuso del derecho en forma fabulosa (sic) o apócrifa, falsedad que conllevó a que se restara una curul del cómputo general de votos a la Asamblea del Atlántico.

¹ Debe precisarse que el recurso de apelación solo se refiere a las excepciones relativas a la cosa juzgada constitucional e ineptitud de la demanda por falta de requisito del concepto de violación.

² Folio 1 del cuaderno principal del expediente.





3.- Que se ordene realizar la corrección o modificación del formulario electoral E-26 ASA, ASAMBLEA DEL Atlántico, periodo 2020-2023 y se realice el cómputo de votos basados en las 14 curules, como está señalado en el acta E-26-AS, anulándose la curul asignada al señor Nicolás Fernando Petro Burgos, por ser la petición de aceptación nula, como se declara por decisión judicial.

4.- Que se le asigne la curul 14 al movimiento político “coalición Unidos Podemos”, como está señalado en el acta E-26 ASA, por habersele restado su derecho de la última curul a que tiene derecho de acuerdo al cómputo general de votos de acuerdo a la regla general del artículo 263 de la CP y se le expida credencial al señor Santander Aguilar Villa, identificado con la cédula de ciudadanía No. 72.191.762 del movimiento político Coalición Unidos Podemos.

5.- Como consecuencia se declare la cancelación de la credencial al demandado Nicolás Fernando Petro Burgos, como diputado a la Asamblea del Departamento del Atlántico, periodo 2020-2023”.

2. Hechos

Precisó que el señor Nicolás Fernando Petro Burgos, fue candidato a la Gobernación del Atlántico, periodo 2020-2023, quien quedó en segundo lugar en las votaciones, como consta en el formulario E-26 GOB que se anexa.

Destacó que la Ley 1909 de 2018 en el artículo 25 señala que los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos en los cargos de gobernador de departamento, alcalde distrital y alcalde municipal, tendrán derecho personal a ocupar, en su orden, una curul en las asambleas departamentales, concejos distritales y municipales respectivos, durante el periodo de estas corporaciones, con la organización política a la que pertenezcan.

Señaló que el artículo 299 de la Constitución Política exige que, para ser diputado, en este caso el señor Nicolás Fernando Petro Burgos, se debe residir dentro del departamento respectivo, como mínimo un año antes de la elección, es decir, para el caso concreto, debió estar domiciliado y residir en dicho departamento en la época comprendida entre el 26 de octubre de 2018 al 27 de octubre de 2019.

Destacó que el demandado, a sabiendas de no cumplir con las calidades y requisitos para ser diputado del Atlántico, pues no residía en el referido departamento para el periodo que exige la norma constitucional, manifestó su aceptación a la curul ante la Comisión Escrutadora Departamental del Atlántico.

Resaltó que con fundamento en la aceptación “ilegal” de la curul, al demandado se le declaró electo como diputado de la Asamblea Departamental del Atlántico, para el periodo 2020-2023, pese a que el señor Nicolás Fernando Petro Burgos no ha residido en ningún municipio del departamento durante el año anterior ni nació en alguno de ellos

Sostuvo que la Comisión Escrutadora Departamental, con fundamento en la aceptación por parte del demandado, descontó la curul número 14 que por





derecho le correspondía a la coalición “Unidos Podemos”; es decir, de no haber aceptado “ilegalmente” dicha curul, la repartición habría sido conforme al artículo 263 de la Constitución Política, correspondiéndole un escaño a esa coalición que es lo que se pretende finalmente con la declaratoria de nulidad deprecada.

3. Normas violadas y concepto de la violación

En criterio del demandante, con el acto acusado se desconocieron los artículos 6, 95 y 299 de la Constitución Política, 139 y 275 numeral 5 de la Ley 1437 de 2011.

Anotó que, en consideración a que el demandado no cumple con la exigencia de residencia en el departamento, se tipifica la prohibición constitucional que genera la nulidad de la elección por falta de las calidades para ser diputado, con fundamento en el artículo 299 de la Constitución Política.

Aseguró que el demandado siempre ha residido en la ciudad de Bogotá, donde nació y ha desarrollado toda su vida, desde sus estudios de primaria y bachillerato hasta la Universidad para obtener su título de abogado.

Manifestó que el señor Nicolás Petro Burgos ha ejercido su profesión en la ciudad de Bogotá como consta en la certificación del Adres, sistema nacional de salud. En consecuencia, el incumplimiento del requisito constitucional conlleva inexorablemente a la declaratoria de nulidad de su elección como diputado, con fundamento en el artículo 275 numeral 5 del CPACA, que prevé que será nula la elección de quienes no reúnan las calidades o requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incurso en causales de inhabilidad.

Anotó que la residencia es una condición exigida a los ciudadanos que aspiren ser elegidos en un cargo de elección popular de carácter territorial o municipal; esta exigencia atiende a la necesidad de que las personas que aspiren ser elegidas en una corporación pública hayan tenido asiento en el departamento o ente territorial en un término razonable, de manera que les hubiera permitido crear vínculos y sentido de pertenencia con su región, conocer de manera clara y directa sus problemas, sensibilizarse con la realidad y de esta manera impulsar políticas públicas eficaces.

4. Trámite en primera instancia

4.1 La oposición y la contestación a la demanda

Durante el término de traslado de la demanda, tanto el apoderado del señor Nicolás Fernando Petro Burgos como la Registraduría Nacional del Estado Civil contestaron la demanda. En lo que concierne al demandado formuló las siguientes excepciones:

Como principal, solicitó que se declarara la excepción previa de ineptitud de la demanda por incumplimiento del requisito previsto en el numeral 4 del artículo 162





de la Ley 1437 de 2011, comoquiera que el demandante hace una transcripción de las normas violadas, pero no explica el concepto de la violación.

Como excepción subsidiaria, requirió que se declarara la ineptitud sustantiva de la demanda por “*falta de norma expresa de requisitos para gobernador o de antecedente jurisprudencial para el caso*”; explicó que el demandado cumple con los requisitos para ser gobernador del Atlántico, que por remisión legal son los mismos para ser presidente de la República, sin embargo, las exigencias para ser diputado pueden variar y no por eso debe desconocerse el derecho que legalmente le ha sido otorgado.

Alegó que su condición de diputado electo es el resultado de su inscripción como candidato a la gobernación del Atlántico en la que obtuvo el segundo lugar de votación, cargo que no tenía como requisito el domicilio o residencia en el departamento por 12 meses anteriores a la elección, por lo que se presenta un vacío legal que no puede ser resuelto en perjuicio de las garantías y derechos que tiene el demandado.

Alegó que el Acto Legislativo 2 de 2015 y la Ley Estatutaria 1909 de 2018 fueron objeto de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, corporación que mediante sentencias C -018 y C- 029 de 2019, declaró la exequibilidad de tales normas por lo que es improcedente hacer un nuevo examen de constitucionalidad sobre lo mismo.

Por su parte, la Registraduría propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

5. La decisión recurrida

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante providencia del 10 de septiembre de 2020, resolvió las excepciones propuestas por el apoderado del demandado y la Registraduría Nacional del Estado Civil, con fundamento en el artículo 12 del Decreto 806 de 2020 dictado en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, decretado por el gobierno nacional.

Frente a las excepciones, el *a quo* consideró lo siguiente:

Precisó que el problema jurídico se contraía a determinar si hay lugar a declarar probadas las excepciones de “*cosa juzgada constitucional e ineptitud de la demanda por falta del requisito del concepto de violación de las normas violadas y por falta de norma expresa de requisitos para gobernador o de antecedente jurisprudencial para el caso*” propuestas por el demandado y la de “*falta de legitimación en la causa por pasiva*” formulada por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

En lo que atañe a la excepción por la carencia o planteamiento indebido del concepto de violación, el Tribunal sostuvo que, para cumplir con ese requisito





formal, el demandante debe esgrimir las razones por las que el acto acusado infringe el ordenamiento jurídico.

Destacó que el concepto de la violación de la demanda no está sometido a un modelo estricto de técnica jurídica; solo en caso de ausencia total del mismo o cuando de verdad adolezca de la exposición normativa sin su respectiva sustentación, se podrá entender que la demanda es defectuosa por carencia de dicho presupuesto, que en todo caso será necesaria su subsanación en las etapas previstas para el efecto.

Comentó que al revisar la demanda se observa que, como normas violadas el demandante invocó los artículos 6, 95 y 299 de la Constitución Política los cuales hacen alusión al principio de legalidad, los deberes y obligaciones de las personas, los ciudadanos y la corporación político - administrativa que debe existir en cada departamento, así como las calidades que se deben ostentar para ser diputado. Por su parte, como norma de orden legal, se invocaron los artículos 139 y 275 del CPACA que regulan el medio de control de nulidad electoral y las causales de anulación de los actos electorales.

Señaló que, de conformidad con los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda, y los argumentos expuestos en la contestación, el juez verificará la legalidad o ilegalidad del acto demandado y es allí donde se determinará si el aludido concepto de violación es suficiente y pertinente para declarar la nulidad deprecada.

Afirmó que la vocación de prosperidad o no de las pretensiones no debe limitar el debido proceso pues, sin importar la precariedad del planteamiento, mientras en la demanda se expliquen las razones de la violación de las normas invocadas, no podrá enervarse la competencia del juez para asumir el estudio.

Precisó que lo que persigue el demandado con el medio exceptivo es tratar de argumentar su posición frente a las pretensiones de la demanda y para ello ataca el fondo del asunto a definir, lo cual desborda el propósito de la excepción, en tanto que constituyen argumentos de defensa para resolver de forma definitiva el caso concreto.

Indicó que, de otro lado, el demandado alega que el Acto Legislativo 2 de 2015 y la Ley Estatutaria 1909 de 2018 fueron objeto de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, corporación que mediante sentencias C-018 y C-029 de 2019, declaró la exequibilidad de tales normas por lo que es improcedente hacer un nuevo examen de constitucionalidad sobre lo mismo.

Expuso que en este asunto se pretende la nulidad de la elección del señor Nicolás Fernando Petro Burgos como diputado de la Asamblea Departamental del Atlántico, pretensión que dista sustancialmente de aquellas que se estudiaron en el control de constitucionalidad en las que se analizaba la inexequibilidad de las normas referidas.





Precisó que del escrito introductorio no puede advertirse que el demandante pretenda que se declare la inconstitucionalidad de las normas que fueron objeto de control por parte de la Corte Constitucional, de manera que no es posible entender que se predica en este asunto la cosa juzgada constitucional.

Finalmente, encontró no probada la excepción de la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Registraduría Nacional del Estado Civil, en tanto que su vinculación al proceso no fue en calidad de parte demandada sino como la autoridad que intervino en la expedición del acto que declaró la elección del demandado como diputado de la Asamblea Departamental del Atlántico.

6. La impugnación

Inconforme con la decisión de negar las excepciones de *“cosa juzgada constitucional e ineptitud de la demanda por falta del requisito del concepto de violación de las normas violadas y por falta de norma expresa de requisitos para gobernador o de antecedente jurisprudencial para el caso”*, el apoderado del señor Nicolás Fernando Petro Burgos, diputado elegido para la Asamblea Departamental del Atlántico, periodo 2020-2023, interpuso recurso de apelación. Como fundamento del recurso expresó lo siguiente:

Afirmó que el Tribunal de primera instancia resolvió una excepción que no fue formulada en la contestación de la demanda, esto es, la de cosa juzgada constitucional, pues en el escrito presentado se advierten como excepciones: *“excepción previa principal ineptitud sustancial de la demanda por falta de requisito del concepto de violación de las normas violadas”* y subsidiariamente la *“excepción previa de ineptitud sustancial de la demanda por falta de norma expresa de requisitos para gobernador o de antecedente jurisprudencial para el caso”*.

Aclaró que solo en los descargos presentados como fundamentación jurídica de defensa, se expuso la cosa juzgada constitucional sin que se haya propuesto como una excepción, resolviéndose este argumento de manera anticipada con lo cual se desconoce el debido proceso de la parte demandada, en tanto que las consideraciones sobre el particular debieron resolverse en el fallo.

Explicó que, en lo que atañe a la excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales, puntualmente por no formularse en debida forma el concepto de la violación, no es posible advertir el cumplimiento de los parámetros que prevé el ordenamiento jurídico colombiano como requisitos que debe cumplir toda demanda, los cuales pueden ser subsanados en ciertas etapas que en este caso ya precluyeron, pues no se advirtió ese yerro antes de la admisión y el demandante tampoco se pronunció sobre el particular en el término de traslado de la excepción.

Destacó que la falta de explicación del concepto de violación de las normas invocadas en la demanda al limitarse a transcribir las disposiciones que





supuestamente han sido transgredidas, sin argumentar las razones por las cuales se desconocen, conlleva a la ineptitud formal de la demanda la cual debe ser declarada; en consecuencia, solicita que la decisión apelada sea revocada en ese sentido.

7. Concesión del recurso

Mediante correo electrónico del 11 de septiembre de 2020 se notificó la decisión que resolvió sobre las excepciones mixtas formuladas y mediante memorial del 15 de septiembre siguiente se presentó el recurso de apelación, razón por la que, el magistrado ponente del Tribunal Administrativo del Atlántico concedió el medio impugnativo formulado por el apoderado del señor Nicolás Francisco Petro Burgos.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sección Quinta es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto del 10 de septiembre de 2020, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Atlántico declaró no probadas las excepciones de “cosa juzgada constitucional” e ineptitud sustantiva y formal de la demanda, el cual es procedente en virtud de la norma especial contenida en el inciso último del artículo 12 del Decreto 806 de 2020³.

Asimismo, se trata de una decisión adoptada por uno de los Tribunales Administrativos, dentro de un asunto de primera instancia, el cual se tramita de acuerdo con el procedimiento del medio de control de nulidad electoral; conforme con el numeral 8º del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, los Tribunales conocen, en primera instancia, de la nulidad del acto de elección de los diputados de las Asambleas Departamentales, por lo que al Consejo de Estado le corresponde competencia *ad quem* en virtud del artículo 150 *ejusdem*.

Cabe precisar que el estudio que se realiza en segunda instancia se limita a los argumentos de apelación, es decir, la Sala únicamente se pronunciará sobre la excepción previa de ineptitud formal de la demanda por ausencia del requisito de formular en debida forma el concepto de la violación y del reparo que encuentra el recurrente respecto al análisis que hizo el *a quo* frente a la cosa juzgada constitucional.

2. Oportunidad

³ “La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. **Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado.** Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable”. (Subraya fuera de texto).



El artículo 244 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aplicable por remisión del artículo 296⁴ de la misma codificación, regula para el caso en concreto el trámite del recurso de apelación contra autos en los siguientes términos:

“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:

(...)

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 (...).”

En el caso concreto, la decisión recurrida se dictó el 10 de septiembre de 2020, fue notificada el 11 de septiembre siguiente y el recurso fue presentado el 15 de septiembre de 2020, es decir pasados dos días desde su notificación, por lo que es claro que fue presentado en forma oportuna; por ende, hay lugar a pronunciarse sobre el mismo.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, con base en los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación, si en este caso hay lugar a confirmar, revocar o modificar la decisión de negar la excepción previa formulada por el apoderado del señor Nicolás Fernando Petro Burgos, diputado de la Asamblea Departamental del Atlántico, relativa a la inepta demanda por indebida formulación del concepto de violación. Igualmente, se precisará si la cosa juzgada constitucional constituye una excepción que debía resolverse en esta etapa procesal o si, por el contrario, debía zanjarse en la sentencia en tanto que la parte pasiva no la propuso como un medio exceptivo.

4. La excepción de inepta demanda

De acuerdo con el artículo 100 del CGP⁵, esta excepción tiene dos manifestaciones principales: **(i)** la indebida acumulación de pretensiones y **(ii)** la presentación de la demanda sin el cumplimiento de los requisitos legales.

⁴ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. **Artículo 296. Aspectos no regulados.** En lo no regulado en este título se aplicarán las disposiciones del proceso ordinario en tanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral.

⁵ “**Artículo 100. Excepciones previas.** Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

1. Falta de jurisdicción o de competencia.
2. Compromiso o cláusula compromisoria.
3. Inexistencia del demandante o del demandado.





El primer evento se materializa por el incumplimiento de las exigencias previstas en el artículo 165 del CPACA, relacionadas con la conexidad de las pretensiones, la competencia común del juez, que estas no se excluyan entre sí, que no haya operado la caducidad y que puedan tramitarse por el mismo proceso. En materia electoral para las elecciones por voto popular, según el artículo 281 *ibídem* para los elegidos popularmente se requiere que no se presente la solicitud de anulación invocando causales de naturaleza objetivas y subjetivas.

El segundo presupuesto, en los casos de la nulidad electoral, corresponde al cumplimiento de los requisitos del proceso contencioso administrativo y que son aplicables en virtud del principio de integración normativa⁶, los cuales se encuentran consagrados en el artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, estos son:

- La designación de las partes y de sus representantes.
- Las pretensiones expresadas con precisión y claridad.
- Los hechos debidamente determinados, clasificados y numerados.
- **Los fundamentos de derecho de las pretensiones.**
- **Si la demanda es contra acto administrativo, las normas violadas y el concepto de violación.**
- Las pruebas y la petición de aquellas que pretenda hacer valer.
- El lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán notificaciones personales.

En este punto es claro que, el demandante debe invocar la norma que considera quebrantada y cuando se pretenda desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo o del acto electoral, se requiere de la debida sustentación, con el objeto de otorgarle al juzgador los elementos que le permitan abordar el análisis del asunto y adoptar una decisión que se enmarque en los supuestos advertidos por el actor en su solicitud. Adicionalmente, téngase en cuenta que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es de estirpe rogada, sobre todo cuanto se trata de desvirtuar la presunción de legalidad del acto, motivo por el cual los cargos deben estar plenamente establecidos y formulados en la demanda.

4. Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado.

5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

6. No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge o compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar.

7. Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.

8. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.

9. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.

10. No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar.

11. Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada” (Negrillas propias).

⁶ “Art. 296. Aspectos no regulados. En lo no regulado en este título se aplicarán las disposiciones del proceso ordinario en tanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral”.





Lo anterior, sin dejar de lado que el medio de control consagrado en el artículo 139 del CPACA⁷ es una acción pública, que puede ser ejercida por cualquier persona, en defensa del interés general y con el fin de hacer prevalecer la legalidad⁸ en abstracto respecto de los actos de elección, nombramiento o llamamiento.

Bajo tales consideraciones, en el examen del cumplimiento de los requisitos formales de la demanda, entre ellos, la indicación de los hechos, las normas vulneradas y su concepto de violación, se debe garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia⁹, dando primacía a lo sustancial sobre lo formal¹⁰, de modo que la exigencia de rigorismos excesivos frente a la solicitud no derive en un obstáculo para el ejercicio de prerrogativas constitucionalmente amparadas. Este argumento tiene como soporte la sentencia C-197 de 1999 en la que se estudió una demanda de constitucionalidad contra el numeral 4º del artículo 137 del derogado CCA, que exigía determinar la norma lesionada y el concepto de violación, al respecto el máximo tribunal constitucional señaló que:

“[E]n virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial, no se debe extremar la aplicación de la norma acusada, al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que atente contra dicho principio. En tal virtud, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el juez, **o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible**, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad”¹¹. (Subraya fuera de texto).

En virtud de lo expuesto, resulta diáfano que la prosperidad del medio exceptivo se circunscribe a la carencia absoluta de invocación normativa¹² o a la existencia de argumentaciones ininteligibles al punto que, no sea viable determinar el objeto del litigio y, a su turno, garantizar el derecho a la defensa del demandado, sin perjuicio de que, el juez como conductor del proceso permita su subsanación o su reforma.

Ahora bien, conviene precisar que esta interpretación no se traduce en la lesión de los derechos de la contraparte, porque no puede entenderse como una flexibilización de los requisitos previstos por el legislador, sino que su objetivo es incluir un razonamiento que viabilice el ejercicio de este medio de control teniendo en cuenta que no se requiere acreditar la calidad de abogado para su ejercicio y,

⁷ “Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas”.

⁸ Entendida en sentido amplio como la avenencia con el ordenamiento jurídico en general.

⁹ Artículo 229 de la Constitución Política. Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta. Auto de sala del 21 de julio de 2016, exp. 11001-03-28-000-2015-0001900, M.P. Rocío Araujo Oñate.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta. Auto del 12 de marzo de 2020, exp. 2020-00003-01, M.P. Rocío Araujo Oñate

¹¹ Corte Constitucional sentencia C-197 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹² Consejo de Estado, Sección Quinta. Auto de 18 de diciembre de 2019, exp. 11001-03-28-000-2019-00024-00 (2019-00034-00), M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Consejo de Estado, Sección Quinta. Auto de 7 de marzo de 2019, exp. 11001-03-28-000-2018-00091-00 (ACUMULADO 11001-03-28-000-2018-00601-00), M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.





por lo tanto, cualquier persona puede acudir a él. De ahí que, cuando el juez identifique con certeza el acto sometido a examen y los cuestionamientos que se le endilgan, se entenderá que se cumple con la carga de abordar el concepto de violación.

En contraste con lo anterior, puede ocurrir que, a pesar de los esfuerzos intelectivos del juez, no sean palmarios los linderos de la demanda, circunstancia en la que no sería factible para el operador judicial abordar su estudio, ni el ejercicio apropiado del derecho a la defensa del extremo demandado. Frente a este escenario, lo procedente es acudir a los medios exceptivos contemplados en el ordenamiento jurídico con el objetivo de evitar un desgaste innecesario de los sujetos procesales y de la Rama Judicial, lo que no ocurrió en el caso concreto, por lo que se confirmará lo decidido frente a este aspecto.

5. La excepción mixta de cosa juzgada

La cosa juzgada es una institución procesal conforme con la cual los asuntos respecto de los cuales exista una decisión ejecutoriada no podrán volver a ser ventilados ante la jurisdicción. El ordenamiento jurídico le ha otorgado un tratamiento especial a este tipo de excepción, que se ha denominado como mixta.

Las excepciones mixtas se conciben para desvirtuar la relación jurídico sustancial, sin embargo, el legislador dispuso que las mismas puedan ser resueltas de manera anticipada en la audiencia inicial en virtud del principio de economía procesal¹³. Estas excepciones se encuentran contempladas de manera taxativa en el numeral 6º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 y por expresa disposición legal deben ser resueltas en la etapa inicial; dichos medios exceptivos son los siguientes: “*cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa*”.

Ahora bien, la cosa juzgada se estructura a partir de dos premisas: una objetiva relacionada con el objeto y la causa de la controversia, y otra subjetiva relativa a los sujetos que intervienen en un proceso. En cuanto al límite subjetivo, los efectos de la cosa juzgada son por regla general interpartes, con excepción de las decisiones que producen efectos erga omnes, caso en el cual los mismos son oponibles de manera general¹⁴.

6. Caso concreto

Según se tiene, la Sección C del Tribunal Administrativo del Atlántico negó las excepciones propuestas por el apoderado del diputado Nicolás Fernando Petro Burgos. En lo que atañe al objeto del recurso de apelación, la parte recurrente alega su inconformidad en tanto que, en su criterio, no se cumple con el requisito de enunciar o formular adecuadamente el concepto de la violación, pues según

¹³ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de agosto de 2018, MP Ramiro Pazos, Rad. 41001-23-33-000-2015-00926-01(58225)

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia del 7 de diciembre de 2017, expediente 05001-23-33-000-2015-02253-01. M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.





afirma, el actor se limitó a transcribir las normas violadas sin exponer las razones por las cuales éstas fueron trasgredidas.

De otro lado, el recurrente sostiene que el *a quo* resolvió como excepción previa de cosa juzgada constitucional que fue planteada en la contestación de la demanda como un argumento de defensa, mas no como un medio exceptivo, con lo cual se desconoce el debido proceso de la parte demandada, en tanto que las consideraciones sobre el particular debieron resolverse en el fallo y no de manera anticipada como lo hizo el Tribunal Administrativo del Atlántico.

En primer lugar, cabe precisar que la Sala comparte las conclusiones a las que llegó el Tribunal *a quo* frente a la negativa de declarar la excepción previa de ineptitud de la demanda por no formularse adecuadamente el concepto de la violación, en tanto que, contrario a lo señalado por el recurrente, el actor en la demanda sostuvo que se desconocieron los artículos 6, 95 y 299 de la Constitución Política, 139 y 275 numeral 5 de la Ley 1437 de 2011 con la debida sustentación.

Igualmente, se observa que la parte actora adujo que el demandado no cumple con la exigencia de residencia en el departamento, por lo que se tipificaba la prohibición constitucional que genera la nulidad de la elección por falta de las calidades para ser diputado, con fundamento en el artículo 299 de la Constitución Política. De otro lado, sustentó que el demandado siempre ha residido en la ciudad de Bogotá, donde nació y ha desarrollado toda su vida, desde sus estudios de primaria y bachillerato hasta la universidad para obtener su título de abogado.

También arguyó que el señor Nicolás Petro Burgos ha ejercido su profesión en la ciudad de Bogotá como consta en la certificación del Adres -sistema nacional de salud- y que, en tales condiciones, el incumplimiento del requisito constitucional conlleva inexorablemente a la declaratoria de nulidad de su elección como diputado, con fundamento en el artículo 275 numeral 5 del CPACA, que prevé que será nula la elección de quienes no reúnan las calidades o requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incurso en causales de inhabilidad.

Sustentó igualmente que la residencia es una condición exigida a los ciudadanos que aspiren ser elegidos en un cargo de elección popular de carácter territorial o municipal; esta exigencia, afirma el actor, atiende a la necesidad de que las personas que aspiren ser elegidas en una corporación pública hayan tenido asiento en el departamento o ente territorial en un término razonable, de manera que les hubiera permitido crear vínculos y sentido de pertenencia con su región, conocer de manera clara y directa sus problemas, sensibilizarse con la realidad y de esta manera impulsar políticas públicas eficaces.

De manera que, es clara la sustentación del concepto de la violación en la demanda que, junto con la lectura armónica de los hechos expuestos, puede apreciarse el reparo que encuentra el demandante frente al acto de elección del





demandado y las razones por las cuales se desconocen las normas que fueron invocadas como trasgredidas.

En segundo lugar, en lo que corresponde a la cosa juzgada constitucional, que el *a quo* igualmente resolvió en la providencia apelada, la Sala encuentra que no le asiste razón al demandado al sostener que el Tribunal no podía resolver ese argumento de defensa en esta etapa procesal como un medio exceptivo pues, en efecto, el artículo 180 del CAPCA establece que el juez o magistrado ponente de oficio o a petición de parte, resolverá -en la audiencia inicial- sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

Ahora, si bien el actor precisa que no podía darse el tratamiento de excepción previa a aquella denominada "*cosa juzgada constitucional*", no desconoce la Sala que a pesar de que dicha figura es propia de los fallos proferidos por la Corte Constitucional (Art. 243 CP), finalmente lo que se está enervando a través de ella es la competencia que tiene esta jurisdicción para conocer del asunto en cuanto se aduce que ya fue objeto de pronunciamiento, por lo que es perfectamente viable estudiar dicho mecanismo exceptivo bajo el amparo de la excepción previa de cosa juzgada de que trata el artículo 180 del CPACA

Como en este asunto el demandado propuso la cosa juzgada constitucional en la contestación de la demanda, aun cuando no la incluyó en el acápite de excepciones previas, lo cierto es que, nada impedía al magistrado resolver esta excepción junto con las demás excepciones previas, en tanto que el momento procesal para zanjar esa discusión está dado por la ley junto con los medios exceptivos de naturaleza anterior o preliminar, precisamente con la finalidad de sanear el proceso.

De cualquier manera, la cosa juzgada tiene tratamiento de excepción mixta en tanto que puede decretarse o resolverse en una etapa anterior o en la misma sentencia cuando se advierta su acaecimiento de manera posterior; sin embargo, esto no implica que el juez no pueda estudiarla, como lo hizo en este caso, en el momento procesal en que decide las excepciones previas.

Así las cosas, no le asiste razón al recurrente en tanto que: i) el concepto de la violación está debidamente expuesto en la demanda presentada, por lo que será el juez en la sentencia el que resuelva si le asiste razón o no al actor en sus argumentos y, ii) no se desconoció el debido proceso del demandado al resolver la excepción de cosa juzgada constitucional junto con las demás excepciones previas, pues este momento procesal es el indicado para evacuar dicha excepción, sin que se advierta un reparo adicional por parte del demandado contra la decisión de negarla.

En consecuencia, la providencia objeto de apelación será confirmada en su integridad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso





Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE

PRIMERO: Confírmase la decisión proferida por la Sección C del Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual, entre otras cosas, denegó las excepciones de cosa juzgada constitucional e ineptitud formal de la demanda formulada por el apoderado del diputado Nicolás Fernando Petro Burgos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

