

INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA – Por tener vínculos o parentesco con funcionarios que ejercen autoridad civil o política / INHABILIDAD DE CONGRESISTA POR PARENTESCO – Requisitos para su configuración / TEMPORALIDAD DE LA INHABILIDAD – Se configura desde el momento de la inscripción de la candidatura / INHABILIDAD DE CONGRESISTA POR PARENTESCO – No se configura pues para la fecha de inscripción del candidato, su hermano ya había perdido la calidad de funcionario público / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Como bien lo señaló la agente del Ministerio Público en su concepto, en los términos de la providencia antes anotada, sobre el presupuesto temporal para efectos de configurarse esta inhabilidad, se afirmó que carecía de sentido permitir que el pariente del candidato en los grados señalados en la norma o la persona con quien tiene vínculos afectivos, permanezca en el ejercicio del cargo del cual se deriva el ejercicio de autoridad hasta el día anterior de la elección. En tales condiciones, el elemento temporal de la inhabilidad debe verificarse a partir del momento de la inscripción de la respectiva candidatura y hasta tanto se produce la elección. Esta postura, decantada por esta Sala de decisión, garantiza la finalidad por la cual fue consagrada la inhabilidad en comento. (...). En el caso bajo examen, el señor [E.A.V.R.], cuya elección se demanda, se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes por la circunscripción territorial del departamento de Caquetá, con aval del Centro Democrático, el 11 de diciembre de 2017, según se constata del formulario E-6 CT. De manera que, es a partir del 11 de diciembre de 2017 que debe establecerse si, el señor [J.E.V.R.], se encontraba detentando el cargo de Secretario de Despacho del municipio de Florencia, Caquetá. Como se indicó en líneas precedentes, la renuncia al cargo de Secretario de Obras Públicas de Florencia, Caquetá, fue presentada y aceptada el 7 de diciembre de 2017, mientras que la inscripción del representante demandado, se efectuó solo hasta el 11 de diciembre de 2017. Es decir, el elemento temporal necesario para configurar la causal de inhabilidad endilgada al demandado en este caso, no se acredita, pues para la fecha en que se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes el señor [E.A.V.R.], su hermano ya no ejercía autoridad civil o política. En ese orden de ideas, bajo el amparo de la presunción de legalidad del decreto mediante el cual se le aceptó la renuncia al hermano del demandado, es posible concluir válidamente, que la causal de nulidad electoral alegada en este caso, no se presenta.

FUNCIONARIO PÚBLICO – Tal calidad no se tiene por el hecho de rendir declaraciones ante medios de comunicación

Sobre las declaraciones que rindió el señor [J.E.V.R.] a medios locales de comunicación y en la que indebidamente se le identifica como Secretario de Obras Públicas con posterioridad a la fecha de inscripción de la candidatura del demandado, vale decir que, esta circunstancia por sí sola no tiene la virtualidad de configurar la causal de inhabilidad invocada por el demandante. (...). [T]ales declaraciones no le otorgan la calidad de funcionario que ostentaba cuando estuvo vinculado legamente con el municipio, pero, más importante aún, no se deriva de ello el ejercicio de autoridad, imprescindible para configurar la inhabilidad imputada.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 179 NUMERAL 5 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 189

NOTA DE RELATORÍA: Con respecto a la inhabilidad para ser elegido congresista por tener parentesco o vínculo con funcionario que ejerce autoridad

civil o política, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de unificación de 26 de marzo de 2015, radicación 11001-03-28-000-2014-00034-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro (E). En cuanto al concepto de autoridad civil, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 19 de febrero de 2015, radicación: 11001-03-28-000-2014-00045-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00025-00

Actor: JOSÉ JOAQUÍN VILLANUEVA ARÉVALO

Demandado: EDWIN ALBERTO VALDÉS RODRÍGUEZ REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR CAQUETÁ 2018-2022

Nulidad Electoral – Fallo – Reiteración de Jurisprudencia

Procede la Sala a resolver, en única instancia, la demanda de nulidad electoral que presentó el señor José Joaquín Villanueva Arévalo contra el acto de elección del señor Edwin Alberto Valdés Rodríguez como representante a la Cámara por la circunscripción de Caquetá para el periodo 2018-2022.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El ciudadano José Joaquín Villanueva Arévalo, por conducto de apoderado, demandó¹ en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la nulidad de la elección del señor Edwin Alberto Valdés Rodríguez como representante a la Cámara por el departamento de Caquetá para el periodo 2018-2022, contenida en el formulario E-26 CAM proferido por la Comisión Escrutadora General del Consejo Nacional Electoral, para lo cual elevó las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad electoral del acto de elección por voto

¹ La demanda se presentó el 18 de abril de 2018, visible a folios 1 a 10 del cuaderno 1 del expediente.

popular Formulario E-26 CAM Consejo Nacional Electoral, Escrutinio General, Elecciones de Cámara de fecha de generación 15 de marzo de 2018 a las 9:06 PM, por el cual se declara electo como Representante a la Cámara por el Departamento del Caquetá para el periodo 2018-2022 al candidato EDWIN ALBERTO VALDES RODRIGUES (sic), identificado con cédula de ciudadanía No. 79.690.549 y por ende la cancelación de la correspondiente credencial que lo acredita como tal, en razón de encontrarse incurso en la causal de inhabilidad establecida en el numeral 5, artículo 179 de la Constitución Política de Colombia numeral 5, artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEGUNDA: *Que como consecuencia de la anterior declaración, ordene al Presidente de la Cámara de Representantes a realizar el llamado de quien corresponda, conforme a lo establecido en el artículo 134 C.N y 278 de la Ley 5 de 1992.*

TERCERA: *Se compulsen copias a las autoridades correspondientes para que determinen las responsabilidades penales, disciplinarias y demás a que haya lugar por vulneración a los principios que rigen la Función Administrativa y Pública.”*

2. Hechos

Relató que el 11 de diciembre de 2017, el señor Edwin Alberto Valdés Rodríguez se inscribió como candidato a la Cámara de representantes por el departamento de Caquetá, avalado por el partido Centro Democrático, lista con voto preferente.

Comentó que el 11 de marzo de 2018, se llevó a cabo a nivel nacional el certamen electoral para la elección y conformación del nuevo Congreso de la República para el periodo 2018-2022.

Destacó que el 15 de marzo de 2018, se emitió por parte de la Comisión Nacional Electoral, Formulario E-26 CAM, donde se declaran electos como Representante a la Cámara del departamento de Caquetá para el mencionado periodo, a los candidatos Harry Giovanni González García y Edwin Alberto Valdés Rodríguez.

Anotó que el día 1 de agosto de 2017, el alcalde municipal de Florencia – Caquetá, nombró mediante decreto No. 173 de 2017 al arquitecto Jorge Enrique Valdés Rodríguez –hermano del hoy electo representante a la cámara por el departamento de Caquetá- como Secretario de Obras Públicas Municipal.

Indicó que el 7 de diciembre de 2017, aparentemente y omitiendo el proceso de gestión documental aplicable a las entidades públicas, se recibió en el despacho del alcalde, renuncia irrevocable del Secretario de Obras Públicas Municipal por parte de su titular Jorge Enrique Valdés Rodríguez. En la misma fecha es aceptada la renuncia mediante Decreto 280 de 2017, por parte del alcalde municipal de Florencia.

Sostuvo que el 7 de diciembre de 2017, mediante Resolución 1361, el alcalde municipal de Florencia, encargó al señor Víctor Hugo Preciado Buitrago, titular del cargo de Gerencia de Infraestructura y Movilidad, como Secretario de Obras Públicas Municipal.

Afirmó que el día 13 de diciembre de 2017, el ciudadano Jorge Enrique Valdés Rodríguez, dio declaraciones en calidad de secretario de Obras Públicas Municipal de Florencia, en el despacho de esa cartera, al medio de comunicación regional Canal TV Cinco Identidad Regional, programa Enfoque Regional, tal como quedó registrado en vídeo y del cual la empresa de comunicación da constancia de su autenticidad. Lo que evidencia que el ciudadano Jorge Valdés continuaba ejerciendo el cargo de Secretario de Obras Públicas Municipal para esa fecha.

Apuntó que el día 14 de marzo de 2018, el actor presentó derecho de petición a la Alcaldía Municipal de Florencia, radicado de ventanilla única No. 5767 para solicitar documentación relacionada con el objeto de la demanda de nulidad electoral.

Resaltó que, el 18 de abril de 2018 le respondieron la petición formulada, previo el trámite de una acción de tutela para el amparo del referido derecho.

Comentó que el 20 de marzo de 2018, solicitó a la Procuraduría Regional de Caquetá, realizar una visita administrativa a las instalaciones de la Alcaldía Municipal de Florencia en aras de evidenciar posibles vulneraciones al proceso de gestión documental que deben aplicar las entidades públicas y de encontrar documentos que permitan inferir razonablemente que el señor Jorge Enrique Valdés Rodríguez no renunció materialmente al cargo el día 07 de diciembre de 2017, sino que este se extendió más allá de la fecha indicada en el acto administrativo que le aceptó la renuncia, afectando con ello los principios que deben regir la función pública.

Precisó que el 10 de abril de 2018, solicitó a la Procuraduría Regional de Caquetá, informe si se realizó la visita administrativa y los resultados de ella.

Indicó que el 17 de abril de 2018, solicitó a la Procuraduría 71 Judicial I Administrativa de Florencia, Caquetá, copia de los documentos, correos electrónicos o similares, que estén en su poder y que correspondan a documentos que tienen relación directa con el objeto de la presente demanda.

Mencionó que el mismo día, solicitó a la Empresa de Servicios de Florencia S.A. E.S.P. SERVAF copia de los documentos, correos electrónicos o similares, que estén en su poder y que correspondan a cruces de misivas entre la Secretaría de Obras Públicas de Florencia y SERVAF S.A. E.S.P. originadas en el mes de diciembre de 2017.

3. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante afirmó que la expedición del acto acusado infringió los artículos 179 numeral 5 de la Constitución Política, 139 y 275, numeral 5 de la Ley 1437 de 2011 *“sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, radicado No. 11001-03-28-000-2014-00061-00, de fecha 09 de abril de 2015. Consejera ponente Dra. Susana Buitrago Valencia”*; a su vez, en el concepto de violación de la demanda elevó los siguientes cargos:

Indicó que de los hechos narrados es claro que en el demandado recae la inhabilidad para ser congresista, en tanto que tenía vínculo de parentesco con un funcionario que ejercía autoridad civil o política en la circunscripción en la que resultó elegido.

Destacó que, de esta forma, con fundamento en el numeral 5 del artículo 275 del CPACA, que establece las causales de anulación electoral, debe declararse la nulidad del acto demandado, por acreditarse la causal de inhabilidad antes anotada.

Refirió que en la sentencia de unificación del 9 de abril de 2015, expediente 11001-03-28-000-2014-00061-00 de la Sección Quinta de esta Corporación, se precisó el elemento temporal de la inhabilidad contenida en la disposición constitucional antes anotada, en el sentido de indicar que esta se estructura *“cuando el ejercicio de autoridad por parte de los parientes del candidato se efectúe dentro del término comprendido entre el día de la inscripción de la candidatura y el día de las elecciones”*.

Acotó que, es claro que el día 11 de diciembre de 2017, el demandado se

inscribió como candidato a la Cámara de Representantes por el departamento de Caquetá, avalado por el partido Centro Democrático, lista con voto preferente y que su hermano, Jorge Enrique Valdés Rodríguez en esa fecha y con posterioridad a ella ejercía el cargo de Secretario de Obras Públicas Municipal de Florencia, ejerciendo autoridad civil y política en la circunscripción electoral en la que se inscribió su hermano, lo que inhabilita al primero de ellos para ser congresista.

Aseguró que, respecto al cargo de Secretario de Obras Públicas Municipal de Florencia, sin entrar en mayores elucubraciones jurídicas, por naturaleza es un cargo que implica el ejercicio de autoridad civil o política, tal como reza el artículo 189 de la Ley 136 de 1994.

Alegó que respecto del Decreto 280 de 2017 en el que se aceptó la renuncia del hermano del demandado al referido cargo, advierte que el mismo contiene varios errores de forma y de fondo que permiten inferir razonablemente anomalías en su existencia.

Sostuvo que de la ligereza y afán desmesurado de la administración municipal al expedir el acto administrativo, en su parte resolutive finalmente no termina decretando absolutamente nada, pues tan solo menciona los generales de ley y el cargo de quien ostenta la titularidad de la cartera de Secretaría de Obras Públicas Municipal de Florencia.

Indicó que de acuerdo a las reglas de experiencia, no es común que un Secretario del Despacho presente carta de renuncia y en ese mismo día sea aceptada y se nombre su encargo.

Aseveró que, a pesar de sus errores, se presume la legalidad del acto administrativo, sin embargo no se puede presumir la veracidad del contenido del acto administrativo, pues teniendo en cuenta las pruebas aportadas, Jorge Enrique Valdés Rodríguez, no renunció el 7 de diciembre de 2017.

Afirmó que es de público conocimiento en la ciudad de Florencia, por parte de los funcionarios y contratistas de la administración municipal y en los medios de comunicación de la región, que el señor Jorge Enrique Valdés Rodríguez, después de la inscripción de su hermano el 11 de diciembre como candidato a la Cámara de representantes por el departamento de Caquetá, ejercía el cargo de Secretario de Obras Públicas del municipio de Florencia.

Señaló que, tanto es así, que el 13 de diciembre dio declaraciones a un medio de

comunicación local, Canal TV5 Identidad Regional, en calidad de secretario, en las instalaciones de la administración municipal. Declaraciones que fueron emitidas el día 15 de diciembre en el programa de análisis Enfoque Regional de ese canal, donde la presentadora hace un cuestionamiento de la validez de la inscripción de su hermano como candidato a la Cámara de Representantes, ya que Jorge Enrique Valdés Rodríguez ejerce autoridad política en su condición de secretario de Obras Públicas.

Sustentó que la renuncia de Jorge Enrique Valdés Rodríguez a su cargo de secretario de Obras Públicas Municipal, no ingresó por la Unidad de Correspondencia, como debía ser, sino que fue, supuestamente radicada en el despacho del alcalde de Florencia, el día 7 de diciembre de 2018. Es decir, que aún no ha renunciado.

Precisó que al preguntarle a la administración municipal en el derecho de petición del 14 de marzo de 2018 sobre el proceso de gestión documental sobre cuál es la forma de ingreso y trámite de un documento que contiene la renuncia de un funcionario, contestó: *“la presentación de la misma puede allegarse al despacho del señor alcalde o a la oficina de talento humano, como también ser radicada en ventanilla única, la cual de igual manera llega a las dependencias ya descritas”*.

Acusó que para que la renuncia en comento tuviera validez y se garantizaran los principios consagrados en la Ley General de Archivo y la Ley de Transparencia y del derecho al acceso a la información, en concordancia con el programa de Gestión Documental de la Administración Municipal de Florencia, debió ingresar por Ventanilla Única (Unidad de Correspondencia) y no por la oficina de talento humano o el despacho del alcalde, como lo asevera la entidad territorial.

4. Contestación de la demanda

4.1. Edwin Alberto Valdés Rodríguez

Por conducto de apoderado contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones en los siguientes términos:²

Planteó que, de cara a los cargos propuestos en la demanda, la defensa se limitaría a demostrar el desacierto en las razones que fundamentan la solicitud de nulidad electoral, para lo cual se expondría los siguiente: i) de la figura de la renuncia, ii) de la aceptación de la renuncia, iii) del deber de entregar el cargo, iv)

² Folios 427 a 445 del cuaderno 3 del expediente.

de la obligatoriedad de la entrega de un informe de gestión conforme lo dispone la Ley 951 de 2005, v) de la inhabilidad y vi) de la entrevista como medio de prueba.

Indicó que, sobre la renuncia como situación administrativa que es, la misma se encuentra establecida como causal de retiro del servicio conforme lo dispone la Ley 909 de 2004, artículo 41 literal d) por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

Comentó que, de igual forma el artículo 27 del Decreto Ley 2400 de 1968 dispone que todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación, puede renunciarlo libremente.

Sostuvo que asimismo el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de la Función Pública, dispuso que todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente y que la renuncia se produce cuando el empleado manifiesta por escrito de forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del servicio.

Refirió jurisprudencia de esta Corporación para precisar el alcance de la irrevocabilidad del acto por medio del cual se acepta la renuncia y para demostrar que el camino para determinar cómo, cuándo y en qué forma se debe dimitir del cargo.

Afirmó que el señor Jorge Enrique Valdés Rodríguez manifestó inequívocamente y sin injerencia alguna del nominador, su intención irrevocable de separarse del cargo de manera libre, por lo que la única formalidad que se espera para su perfeccionamiento era la aceptación que como se demuestra en el plenario, ocurrió el mismo día en que se presentó su renuncia.

Anotó que si bien las normas anteriormente mencionadas establecen que el empleado no podrá dejar de ejercer las funciones del empleo antes del plazo señalado en el acto administrativo mediante el cual acepta la renuncia, el cual no podrá ser superior a 30 días contados después de presentada la renuncia, no significa que ésta no pueda aceptarse de inmediato como sucedió en el presente caso, por lo que tal situación permitida por la norma está lejos de convertirse en un indicio de una renuncia formal y no material como lo pretende hacer ver el demandante o de una ligereza o afán desmesurado como mal intencionadamente lo rotula.

Explicó que, en relación a la fecha a partir de la cual se debe entender efectiva la

renuncia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, radicación 25000-23-31-000-1999-4766-01, sentencia del 6 de febrero de 2003, señaló que *“la administración no puede aceptar una renuncia con efectos a partir de una fecha diferente de la que señale el empleado en aquella, dado que el retiro del servicio se produce por la voluntad de éste y no por decisión unilateral de la administración”*.

Aclaro que se debe entender que desde el 7 de diciembre de 2017 el señor Jorge Enrique Valdés Rodríguez manifestó por escrito de manera inequívoca e irrevocable su intención de dirimir de su cargo sin que sea necesaria otra formalidad adicional a las acá descritas, como las que pone de manifiesto el demandante consistente en haber radicado dicha misiva por la oficina de correspondencia con el fin de cumplir, supuestamente, normas internas que regulan la gestión documental, que jamás podrán anteponerse a las disposiciones legales que sustentan los argumentos de defensa expuestos.

Indicó que una vez presentada la renuncia se entiende la intención del empleado en desistir de su cargo y frente a la obligación que tiene de entregar su cargo, la Ley 734 de 2002 consagra: *“Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor públicos: (...) 17. Permanecer en el desempeño de sus labores mientras no se haya hecho cargo de ellas quien deba reemplazarlo, salvo autorización legal, reglamentaria o de quien deba proveer el cargo”*.

Acotó que el empleado no puede dejar el servicio sin que la persona que deba reemplazarlo asuma las funciones del cargo, situación que se presentó en el caso objeto de estudio, cuando mediante la Resolución 1361 del 7 de diciembre de 2017, se encargó del empleo de Secretario de Despacho Código 020 grado 15, de la Secretaría de Obras Públicas al señor Víctor Hugo Preciado Buitrago, con ocasión de la aceptación de la renuncia al señor Jorge Enrique Valdés Rodríguez.

Alegó que el informe de gestión que añora el demandante en ningún caso hace extensivo o prorroga la permanencia en el cargo que ocupaba el señor Jorge Enrique Valdés Rodríguez, en la administración municipal de Florencia, pues como se vio dicho informe se efectúa luego de haber salido del cargo por lo que cualquier reproche que se tenga respecto de esta situación no enerva ni la legalidad de los actos que le aceptaron la renuncia ni mucho menos genera la inhabilidad que en esta demanda se predica.

Señaló que la parte actora estima que se configura la causal de anulación consagrada en el numeral 5 del artículo 275 del CPACA, por cuanto para la elección del demandado éste se encontraba inmerso dentro de la inhabilidad establecida en dicha disposición.

Resaltó que, comoquiera que la renuncia del señor Jorge Enrique Valdés Rodríguez se presentó dentro de las formalidades establecidas en la ley, que la misma fue aceptada por el nominador, que inmediatamente se nombró su reemplazo y que desde ese momento dejó de ser servidor público, es menester remitirse a lo que la jurisprudencia ha denominado el ejercicio de autoridad civil o política, para concluir sin ambigüedades que solo puede detentar dicha autoridad alguien dotado de la investidura de servidor público, condición que no ostentaba el hermano del demandado desde el 7 de diciembre de 2017.

Mencionó que la única prueba con la que se pretende demostrar el ejercicio del cargo de Secretario de Obras Públicas por parte del señor Jorge Enrique Valdés Rodríguez, hermano del demandado, es a través de una entrevista que presuntamente concedió al medio de comunicación local Canal TV5 Identidad Regional, donde se le presenta como Secretario de Obras Públicas para el 13 de diciembre de 2017.

Argumentó que dicha prueba no puede ser tenida como válida o como plena prueba de lo que pretende demostrar el demandante. Lo anterior con fundamento en la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que fijó los parámetros a tener en cuenta para la valoración de estos medios de prueba, en la sentencia del 28 de agosto de 2013, radicación 05001-23-31-000-1996-00659-01, en la que se precisa que no es posible dar pleno valor probatorio a la información difundida en medios de comunicación, pues la entrevista no genera, por sí sola, certeza sobre la ocurrencia y las condiciones de tiempo, modo y lugar de los sucesos referidos.

4.2. Registraduría Nacional del Estado Civil

Por conducto de apoderado propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva toda vez que dicha autoridad no expidió el acto acusado y tan solo está facultada para verificar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos para la inscripción de los candidatos, razón por la cual solicitó ser desvinculada del proceso.³

2.3. Consejo Nacional Electoral

Mediante apoderado, la entidad contestó⁴ la demanda en los siguientes términos:

³ Folios 72 a 84 del cuaderno número 1 del expediente.

⁴ Folios 113 a 117 del cuaderno número 1 del expediente

Precisó que respecto de la inhabilidad que se le endilga al demandado en este caso, de acuerdo con la normatividad y jurisprudencia relacionada con la misma, se encuentra que son elementos que configuran dicha inhabilidad, los siguientes: i) elección de una persona como congresista, ii) vínculo de parentesco con un funcionario, iii) que ese funcionario ejerza autoridad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 189 de la Ley 136 de 1994 y teniendo en cuenta la jurisprudencia del máximo órgano de lo contencioso administrativo, ha denominado un criterio orgánico, los secretarios de despacho, entre ellos, un Secretario de Obras Públicas, como el hermano del demandado, con independencia de las funciones que tenga asignadas, ejerce autoridad política, iv) que tal ejercicio de autoridad se de en la respectiva circunscripción, al ser Florencia un municipio que hacer parte del departamento de Caquetá, en este caso, por el cual fue elegido el demandado y v) que el elemento temporal se verifique, en el sentido de que el funcionario con quien el elegido tiene vínculo de parentesco, haya ejercido autoridad civil o política, el día en que se realiza la inscripción hasta la fecha en que efectivamente se declare la elección del candidato, según la construcción jurisprudencial sobre la materia.

Sostuvo que en el caso concreto, se afirma que el demandado se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes por el departamento del Caquetá el 11 de diciembre de 2017, mientras que el funcionario que se dice es hermano del elegido, se desempeñó como Secretario de Obras Públicas del municipio de Florencia, Caquetá, hasta el 7 de diciembre del mismo año.

Comentó que, de lo expuesto por el demandante, se encuentra que no se cumplen los parámetros exigidos por la norma constitucional y por la jurisprudencia vigente para que se configure la causal de inhabilidad, por lo que desde esta perspectiva deberán negarse las pretensiones de la demanda.

3. Actuación procesal

Mediante auto de 4 de mayo de 2018⁵ el Despacho Ponente, admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones de rigor.

Mediante auto del 18 de julio siguiente, se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 283 de la Ley 1437 de 2011⁶.

El 30 de julio del presente año se llevó a cabo la audiencia inicial, en la que se desarrollaron las actividades propias de esta etapa procesal, entre ellas el saneamiento, pronunciamiento acerca de las excepciones, la fijación del litigio y el decreto de pruebas.

⁵ Folio 54 del cuaderno 1 del expediente.

⁶ Folio 454 del cuaderno 3 del expediente.

Se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta la Registraduría Nacional del Estado Civil, al considerarse que en dicha Corporación no reposa la facultad de estudiar la legalidad de la inscripción de una candidatura por inhabilidad y, menos aún, revocarla en caso de que se compruebe la materialización de la irregularidad.

El litigio fue fijado en los siguientes términos:

“(…) De manera concreta en es este caso habrá de determinarse si desde el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular hasta la fecha en la que efectivamente se declaró la elección del candidato como representante a la Cámara por el departamento de Caquetá, el señor Jorge Enrique Valdés Rodríguez ocupó el cargo de secretario de Obras Públicas del municipio de Florencia y si desempeñó funciones de autoridad civil o política, de acuerdo con lo establecido en la sentencia de unificación proferida por esta Corporación el 6 de marzo de 2015 dentro del expediente 11001-03-28-000-2014-00026-00 acumulado. Para lo anterior, deberá resolverse si el demandado presentó renuncia a dicho cargo antes del periodo mencionado, si tal renuncia fue debidamente presentada y si para el 13 de diciembre de 2017, fecha en la que, se dice, otorgó una entrevista en el canal TV5, seguía en ejercicio de esas funciones. En este estado de la diligencia el magistrado pregunta a las partes si se encuentran conformes con la fijación del litigio a lo que el señor apoderado de la parte actora, precisó que la causal invocada se presenta al momento de inscripción de la candidatura y no durante todo el periodo hasta la elección, las demás intervinientes no hicieron manifestación alguna. El magistrado ordenó tener en cuenta la precisión que hace el apoderado de la parte actora”.

El día 21 de agosto de 2018, se llevó a cabo la audiencia de pruebas, prevista en el artículo 285 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

4. Alegatos de conclusión

Parte demandante

Sostuvo que en el proceso quedó demostrado que existen dos cartas de renuncia al cargo de Secretario de Obras Públicas del municipio de Florencia, con el mismo

contenido literal. Una carta de renuncia recaudada por la Procuraduría Regional de Caquetá en su visita administrativa a la Alcaldía Municipal de Florencia, recibido manualmente por el asesor de despacho de fecha 7 de diciembre de 2017 a las 3:00 p.m., y otra carta de renuncia, entregada al peticionario por parte de la Alcaldía Municipal de Florencia, recibido manualmente por el asesor de despacho de fecha 7 de diciembre de 2017 sin la hora.

Indicó que estas dos cartas de renuncia, no solo las diferencia el año en que fueron recibidas sino también la hora, pues una tiene esa constancia y la otra no, una tiene sello de recibido que es fotocopia auténtica de la que reposa en el archivo de ese despacho y la otra no. Las firmas de Jorge Enrique Valdés Rodríguez y la de Carlos Andrés Ramírez, en una y otra carta, no corresponden al tamaño, su ubicación dentro del texto y en la distancia entre los textos.

Aseveró que una carta, al ser recaudada por la Procuraduría Regional de Caquetá, dentro de una visita especial a las dependencias de la Alcaldía Municipal de Florencia, y la otra, al ser entregada al Dr. Hener Carreño, por parte de la alcaldía municipal, producto de un derecho de petición, evidenció que la Alcaldía de Florencia manipuló documentos públicos a su conveniencia, para darle un toque de legalidad a la renuncia de Jorge Enrique Valdés Rodríguez, después de haberse percatado que el ejercicio del cargo de este, después del 11 de diciembre en la Secretaría de Obras Públicas, inhabilitaba a su hermano Edwin Alberto Valdés Rodríguez para ser elegido como congresista.

Alegó que, si bien es cierto que existe el Decreto 280 del 7 de diciembre de 2017 mediante el cual se acepta la renuncia del señor Jorge Enrique Valdés Rodríguez, no puede dejarse de lado las irregularidades que rodean la renuncia de este.

Agregó que los 47 correos electrónicos institucionales, desde el 11 hasta el 20 de diciembre de 2017, se constituyen en verdaderos documentos públicos, recaudados por la Procuraduría Regional de Caquetá, en su visita especial realizada a la dependencia de la Secretaría de Obras Públicas, que en su contenido tienen en la parte final los datos de Jorge Enrique Valdés Rodríguez como Secretario de Obras Públicas.

Sustentó que, aun cuando se entendiera que la renuncia presentada surtió efectos a partir del 7 de diciembre de 2017, lo cierto es que, el señor Jorge Enrique Valdés ejerció el cargo de Secretario de Obras Públicas de Florencia, después del 7 de diciembre de 2017, extendiéndose más allá del 11 de diciembre del mismo año.

Parte demandada:

Edwin Alberto Valdés Rodríguez

Mediante escrito presentado el 4 de septiembre de 2018⁷, reiteró los argumentos de defensa que expuso en su intervención y advirtió que en el proceso se encuentra demostrado con suficiencia, que la renuncia presentada por el hermano del demandado fue radicada y aceptada el mismo 7 de diciembre de 2017 con las formalidades y ritualidades que exige la ley, por lo que para el 13 de diciembre de 2017, ya el señor Jorge Enrique Valdés no ostentaba el cargo y por tanto ninguna autoridad podría estar ejerciendo.

Reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda, para precisar cómo, cuándo y en qué forma se debe dimitir del cargo.

Enfatizó que el señor Jorge Enrique Valdés Rodríguez, hermano del demandado, manifestó inequívocamente y sin injerencia alguna del nominador, su intención irrevocable de separarse del cargo de libre nombramiento y remoción que había aceptado, por lo que la única formalidad que se espera para su perfeccionamiento era la aceptación, que como se demuestra en el plenario ocurrió el mismo día de presentada su renuncia.

Alegó que la entrevista que dio el hermano del demandado, la otorgó sin ostentar la investidura de servidor público, luego tal actuación, ingenua, imprudente o analizada fuera de contexto por la parte demandante, no genera inhabilidad alguna respecto de prohijado, pues se repite, la misma se dio sin ostentar la investidura de funcionario.

Indicó que, en lo que atañe a los correos electrónicos que aduce la parte actora, era preciso aclarar que, en cualquier institución pública, es común que se mantenga las cuentas de correos electrónicos de exfuncionarios pues el retiro del sistema de los mismos, muchas veces no se hace de un día para otro, sin que ello afecte la intención irrevocable de renuncia del funcionario saliente, ni condiciona la aceptación de la misma por parte del nominador ni mucho menos impide que este último pueda nombrar el reemplazo.

Consejo Nacional Electoral

⁷ Folios 443 a 506 del cuaderno 3 del expediente.

En los alegatos de conclusión remitidos el 4 de septiembre de 2018 vía electrónica, ratificó las manifestaciones que presentó en la contestación de la demanda⁸.

5. Concepto del Ministerio Público

La procuradora séptima delegada ante esta Corporación, el 4 de septiembre del año en curso rindió concepto en los siguientes términos:⁹

Sostuvo que en relación con el concepto de autoridad civil acogido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, tanto en su Sala Plena Contenciosa Administrativa, como la Consulta y la Sección Quinta, hace referencia al ejercicio del poder que ostenta un funcionario para adoptar o tomar decisiones que pueden ser implementadas tanto interna como externamente. Es decir, la potestad para producir actos de poder y mando, que se expresan y se hacen cumplir sobre los ciudadanos y la comunidad en general, con posibilidad incluso de compulsión o de coerción por la fuerza.

Destacó que, así, se entiende por dicho concepto la capacidad de imponer mediante los recursos coercitivos de los que puede dotarlo la administración, sancionatorio, disciplinario etc., las decisiones que a él le corresponden.

Indicó que la autoridad civil, entonces, se encamina a la definición de la orientación de una organización pública y de sus objetivos y tareas, la cual ejerce un servidor público o un particular que cumple función pública, poder que se expresa tanto sobre los ciudadanos y la comunidad en general –expresión exógena de la autoridad civil- como al interior de la organización estatal –expresión endógena de la autoridad civil-.

Expuso que, a partir de un criterio funcional, se entiende que un servidor público ejerce autoridad política si las funciones que ejerce corresponden al poder de dictar medidas de política y hacerlas cumplir, incluso con el auxilio de la fuerza pública, por manera que en este aspecto se hace imperativo considerar en cada caso en particular las funciones que la ley o los reglamentos le han asignado al cargo de quien se predica la autoridad política.

Resaltó que en los términos de la providencia que unificó el extremo temporal para esta inhabilidad, se afirmó que carecía de sentido permitir que el pariente del candidato en los grados señalados en la norma o la persona con la cual el

⁸ Folios 518 a 521 del cuaderno 3 del expediente.

⁹ Folios 507 a 516 del cuaderno 3 del expediente.

candidato tiene vínculos de matrimonio o unión permanente permanezca en ejercicio del cargo del cual se deriva el ejercicio de autoridad hasta el día anterior de la elección.

Precisó sobre el caso concreto que, una vez revisados los elementos que configuran la inhabilidad endilgada, era posible advertir que, examinada la fecha de inscripción de la candidatura de Edwin Alberto Valdés Rodríguez con la de la aceptación de la renuncia de su hermano Jorge Enrique, al cargo de Secretario de Obras Públicas del municipio de Florencia, esto es, el 7 de diciembre de 2017, aquel se retiró del ejercicio de la función con anterioridad a la inscripción de la candidatura del electo representante, por lo que se debe concluir que el presupuesto relacionado con el elemento temporal de la causal, en los términos de la jurisprudencia unificada de la Sección Quinta, no se configura y en consecuencia la pretensión de nulidad debe ser denegada.

Consideró que, no obstante que el presupuesto referido al elemento temporal de la inhabilidad, analizado anteriormente, no se configura en el caso de la referencia, sí resulta preciso señalar si la renuncia presentada por el hermano del electo representante a la Cámara, la aceptación de la misma, así como las declaraciones que realizó ante un medio de comunicación en forma posterior a la inscripción de la candidatura, puede dar origen a la configuración de la inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 constitucional.

Comentó que para esa delegada el acto de aceptación de la renuncia de Jorge Enrique Valdés Rodríguez como Secretario de Despacho de la alcaldía del municipio de Florencia, Caquetá, se presume válido, se encuentra amparado por la presunción de legalidad y por esa razón, mientras no se declare su nulidad o suspensión, se debe entender ajustado al ordenamiento legal.

Estableció que, en relación con las declaraciones que hizo el hermano del representante electo al medio de comunicación, resulta claro que las mismas, por sí solas, no le dan a aquel la calidad de servidor público con autoridad política, requisito esencial para que se configure la inhabilidad en examen.

Enfatizó que la aceptación de la renuncia al cargo de Secretario de Despacho, acto del que se presume su legalidad, hizo que aquel dejara de tener una relación de carácter legal y reglamentario con la entidad y, por ende, la posibilidad de ejercer las competencias, en específico, la autoridad que se deriva de él.

Sustentó que, si aceptada la renuncia, el ex servidor se presenta como si aún estuviera vinculado al cargo, ese hecho, por sí solo, no puede dar origen a la inhabilidad, en tanto, como lo ha indicado la Sección Quinta, se requiere detentar

la autoridad efectivamente.

Surtidos los trámites legales pertinentes, el proceso se adelantó con la observancia de las ritualidades previstas en la ley procesal y sin que obre causal de nulidad que afecte la actuación, procede la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa, a resolver previas las siguientes

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el numeral 3º del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 13-4 del Acuerdo No. 58 de 1999, la Sección es competente para conocer este proceso, en única instancia.

2. Problema jurídico

La Sala, con fundamento en la fijación del litigio, resolverá el siguiente problema jurídico:

Determinar si para el momento de la inscripción de la candidatura del señor Edwin Alberto Valdés Rodríguez al cargo de representante a la Cámara por el departamento de Caquetá, el señor Jorge Enrique Valdés Rodríguez, hermano del demandado, ocupaba el cargo de secretario de Obras Públicas del municipio de Florencia y si desempeñó funciones de autoridad civil o política, de acuerdo con lo establecido en la sentencia de unificación proferida por esta Corporación el 6 de marzo de 2015 dentro del expediente 11001-03-28-000-2014-00026-00 acumulado.

Para ello habrá de establecerse si el demandado presentó renuncia a dicho cargo antes de la inscripción, si tal renuncia fue debidamente presentada y si para el 13 de diciembre de 2017, fecha en la que, se dice, otorgó una entrevista en el canal regional TV5, seguía en ejercicio de esas funciones.

3. Caso concreto

Como viene de explicarse, en el asunto que compete resolver a la Sección en esta

oportunidad, le corresponde zanjar la controversia en torno a la inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política que le fue endilgada al demandado, al momento de su inscripción como candidato a la Cámara de Representantes por el departamento de Caquetá.

La referida disposición constitucional consagra sobre el particular, lo siguiente:

“Artículo 179. No podrán ser congresistas:

(...)

5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.”

Frente a esta inhabilidad la Sección Quinta unificó su postura en la providencia de 6 de marzo de 2015 dentro del expediente 11001-03-28-000-2014-00026-00 acumulado, con ponencia del Dr. Alberto Yepes Barreiro, bajo los siguientes derroteros:

“En busca de prevención del fenómeno del nepotismo, de la creación de dinastías familiares en materia electoral, con la finalidad de evitar que el candidato se valiera de las prerrogativas de algún pariente con un cargo público, así como para salvaguardar el principio de imparcialidad y de igualdad en el acceso a los cargos públicos ⁽¹⁹⁾, el Constituyente previó ciertas limitaciones al derecho a ser elegido. Para el efecto consagró:

“ART. 179. No podrán ser congresistas

(...)

5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política”.

Del artículo en cita se desprende que tienen vedado el acceso a los cargos de elección popular, específicamente al de Senador y Representante a la Cámara aquellas personas que:

1. Tengan vínculo de matrimonio o de unión permanente o tengan parentesco en los grados previstos en la norma con un funcionario público.

2. Cuando el referido funcionario haya ejercido autoridad civil o política.

En efecto, se ha sostenido que “para que se estructure [la inhabilidad por familiares funcionarios públicos que hayan ejercido autoridad] no es suficiente que un candidato esté emparentado con cualquier servidor

público. Se necesita, además, que el parentesco o vínculo exista en los grados y modalidades que dice la ley, que el familiar tenga la calidad de funcionario público, que desde su cargo ejerza autoridad en las modalidades que indique la ley para cada caso, que lo haga en la misma circunscripción donde se llevará a cabo la elección (...)" (20)

*Teniendo en cuenta lo expuesto, es evidente que quien pretenda solicitar la nulidad de un acto de elección con base en esta causal de inhabilidad, **tendrá la carga probatoria de demostrar al menos cuatro elementos:** i) el vínculo o el parentesco entre la persona elegida y el funcionario; ii) la calidad de funcionario público del pariente, cónyuge o compañero permanente del ciudadano electo; iii) que las funciones del cargo conlleven el ejercicio de autoridad civil o política por parte del familiar de la persona elegida y iv) que tales funciones que implican el ejercicio de autoridad hayan sido ostentadas dentro del límite temporal establecido por el ordenamiento jurídico al efecto".*

Como se lee, quien pretenda la nulidad del acto de elección de un congresista con fundamento en la inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 constitucional, deberá acreditar cuatro elementos:

1. El vínculo o el parentesco entre la persona elegida y el funcionario.
2. La calidad de funcionario público del pariente, cónyuge o compañero permanente del ciudadano electo.
3. Que las funciones del cargo conlleven el ejercicio de autoridad civil o política por parte del familiar de la persona elegida y,
4. Que tales funciones que comportan el ejercicio de autoridad civil o política, hayan sido ostentadas dentro del límite temporal establecido.

Como bien lo señaló la agente del Ministerio Público en su concepto, en los términos de la providencia antes anotada, sobre el presupuesto temporal para efectos de configurarse esta inhabilidad, se afirmó que carecía de sentido permitir que el pariente del candidato en los grados señalados en la norma o la persona con quien tiene vínculos afectivos, permanezca en el ejercicio del cargo del cual se deriva el ejercicio de autoridad hasta el día anterior de la elección.

En tales condiciones, el elemento temporal de la inhabilidad debe verificarse a partir del momento de la inscripción de la respectiva candidatura y hasta tanto se produce la elección.

Esta postura, decantada por esta Sala de decisión, garantiza la finalidad por la cual fue consagrada la inhabilidad en comento.

Con esta claridad, en el asunto bajo estudio se tiene que, entre el señor Edwin Alberto y Jorge Enrique Valdés Rodríguez, existe un vínculo de consanguinidad de segundo grado –cómo se ha aceptado por el demandado a lo largo del proceso-, con lo que se acredita el primer presupuesto.

Igualmente, el señor Jorge Enrique Valdés Rodríguez, fue Secretario de Obras Públicas del municipio de Florencia, Caquetá, misma circunscripción territorial por la que su hermano fue electo como representante a la Cámara, cargo que, en los términos del artículo 189 de la Ley 136 de 1994, implica el ejercicio de la autoridad política.

Con todo, del material probatorio allegado al expediente, se advierte que, el señor Jorge Enrique Valdés fue designado en dicho cargo mediante Decreto 173 del 1 de agosto de 2017 y permaneció en el mismo hasta el 7 de diciembre de la misma anualidad, comoquiera que en esa misma fecha le fue aceptada la renuncia irrevocable presentada por el mentado funcionario.

Ahora bien, el periodo de inscripción de candidatos para las elecciones al Congreso de la República, inició el 11 de noviembre de 2017 y venció el 11 de diciembre de 2017.

En el caso bajo examen, el señor Edwin Alberto Valdés Rodríguez, cuya elección se demanda, se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes por la circunscripción territorial del departamento de Caquetá, con aval del Centro Democrático, el 11 de diciembre de 2017, según se constata del formulario E-6 CT.

De manera que, es a partir del 11 de diciembre de 2017 que debe establecerse si, el señor Jorge Enrique Valdés, se encontraba detentando el cargo de Secretario de Despacho del municipio de Florencia, Caquetá.

Como se indicó en líneas precedentes, la renuncia al cargo de Secretario de Obras Públicas de Florencia, Caquetá, fue presentada y aceptada el 7 de diciembre de 2017, mientras que la inscripción del representante demandado, se efectuó solo hasta el 11 de diciembre de 2017.

Es decir, el elemento temporal necesario para configurar la causal de inhabilidad endilgada al demandado en este caso, no se acredita, pues para la fecha en que se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes el señor Edwin Alberto Valdés Rodríguez, su hermano ya no ejercía autoridad civil o política.

En ese orden de ideas, bajo el amparo de la presunción de legalidad del decreto mediante el cual se le aceptó la renuncia al hermano del demandado, es posible concluir válidamente, que la causal de nulidad electoral alegada en este caso, no se presenta, pues es claro que dicho acto administrativo que aceptó la renuncia surtió efectos a partir del 7 de diciembre de 2017.

Sobre las declaraciones que rindió el señor Jorge Enrique a medios locales de comunicación y en la que indebidamente se le identifica como Secretario de Obras Públicas con posterioridad a la fecha de inscripción de la candidatura del demandado, vale decir que, esta circunstancia por sí sola no tiene la virtualidad de configurar la causal de inhabilidad invocada por el demandante.

Ello es así por cuanto que, de cara a la sentencia de unificación citada en párrafos precedentes, tales declaraciones no le otorgan la calidad de funcionario que ostentaba cuando estuvo vinculado legamente con el municipio, pero, más importante aún, no se deriva de ello el ejercicio de autoridad, imprescindible para configurar la inhabilidad imputada.

Se recuerda que el concepto de autoridad civil *“implica la posibilidad de tomar decisiones en materia policiva administrativa, materializadas en actos administrativos, y de hacerlas cumplir incluso en contra de la voluntad de los destinatarios”*¹⁰.

No se advierte entonces que, de las declaraciones otorgadas en medios televisivos por el hermano del demandado, pueda predicarse el ejercicio de autoridad civil, ni mucho menos política en tanto que, como bien lo señaló la procuradora delegada en su concepto, la aceptación de la renuncia del señor Jorge Enrique Valdés Rodríguez al cargo de Secretario de Despacho –acto que se presume legal- produjo que aquel dejara de tener una relación de carácter legal y reglamentaria con la entidad y, en consecuencia *“la posibilidad de ejercer las competencias de aquel, en específico, la autoridad que se deriva de él”*.

Igual análisis merecen los correos electrónicos señalados por la parte demandante, de los cuales no se tiene noticia en este proceso ni hacen parte integral éste, pues el demandante tan solo señaló que los mismos fueron

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 19 de febrero de 2015, Radicación: 11001-03-28-000-2014-00045-00. Demandado: óscar de Jesús Hurtado Pérez. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

recaudados en la visita especial a la dependencia de la Secretaría de Obras Públicas, por parte de la Procuraduría Regional de Caquetá. Sin embargo, se desconoce su contenido, pues en el expediente tan solo obran las solicitudes de copias de los mismos a la Procuraduría Regional y a SERVAF S.A. E.S.P. y el acta de visita especial efectuada por dicha procuraduría, sin que se adviertan los referidos correos electrónicos.

Además, este aspecto puntualmente, no hizo parte de la fijación del litigio y en la audiencia inicial se denegaron las pruebas consistentes en oficiar a SERVAF S.A. E.S.P. y a la Secretaría de Obras Públicas para que allegaran los correos electrónicos, reflejando la trazabilidad de los mismos entre esas dos entidades en el mes de diciembre de 2017.

En todo caso, del informe de gestión del hermano del demandado allegado al expediente, se advierte que su fecha de retiro fue efectivamente el 7 de diciembre de 2017 (ff. 477 a 483).

Así las cosas, la presunción de legalidad de que goza el acto demandado no fue desvirtuada, por lo que la totalidad de las pretensiones de la demanda habrán de ser denegadas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Deniéganse las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: En firme esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

INHABILIDAD POR PARENTESCO - Elemento temporal de las inhabilidades

Si bien comparto la decisión de negar las pretensiones de la demanda pues el hermano del demandado no ejercía autoridad civil o política al momento en el que el señor Edwin Alberto Valdés Rodríguez se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes, considero necesario reiterar mi posición del 28 de abril de 2015, respecto al elemento temporal de las inhabilidades (...). Para un mejor entendimiento de las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada en la Sala del 21 de abril de 2015, me permito plantear los siguientes temas, cuyo orden se presenta conforme fueron abordados en el fallo cuestionado: *i)* el Constituyente de 1991; *ii)* la Corte Constitucional; *iii)* la jurisprudencia de la Sección y de la Sala Plena y; *iv)* la debida inteligencia de la causal consagrada en el numeral 5º del artículo 179 de la C.P. (...). En este orden de ideas, es claro que la inhabilidad prevista en el numeral 5º del artículo 179 Constitucional, en lo que al tiempo de su aplicación atañe, únicamente se configura si se acredita que el pariente del congresista, ejerció autoridad civil o política el día de las elecciones (...). Así, las inhabilidades dependerán de su configuración normativa, dándoles efectos generales, es decir, que operan para toda clase de empleados del sector público; o específicos, para una determinada entidad o rama del poder; limitadas en el tiempo, permanentes, absolutas, relativas, etc. Es decir sus características y operatividad están determinadas por el propio ordenamiento que las consagra, en atención a su carácter limitador y restrictivo en la actuación de los individuos. (...). En razón a lo anterior, la discusión solamente podría generarse, tal como está redactada la norma, alrededor del momento en el que el candidato se convierte

efectivamente en Congresista, esto es (i) el día de las elecciones porque ES ELEGIDO POR EL PUEBLO, (ii) el día de la declaratoria de la elección por la Organización Electoral, porque es el momento en que la autoridad competente declara efectivamente la elección o, (iii) el día de la posesión, cuando el servidor inicia el ejercicio del cargo, en esta última posibilidad, deja de ser inhabilidad para convertirse en incompatibilidad. (...). De ahí que la interpretación de las causales de inhabilidad, como la contenida en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política, se encuentre blindada por un principio de univocidad entre el juicio sancionatorio que adelanta la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – frente a los congresistas– y el de legalidad objetiva que decide la Sección Quinta, que indefectiblemente conduce a que la comprensión de sus elementos típicos dentro uno de tales procesos obligue al otro.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 179

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO DE LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00025-00

Actor: JOSÉ JOAQUÍN VILLANUEVA ARÉVALO

Demandado: EDWIN ALBERTO VALDÉS RODRÍGUEZ, REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR EL DEPARTAMENTO DE CAQUETÁ

Con el acostumbrado respeto, manifiesto la razón por la cual aclaro mi voto en la decisión de la Sala del 19 de septiembre de 2018, en la cual se denegó las pretensiones de la demanda.

La mencionada providencia reitera la posición asumida por la Sección en el fallo del 6 de mayo de 2015, dentro del expediente 11001-03-28-000-2014-00026-00, en la que salvé mi voto, reiterando que el elemento temporal de la inhabilidad debe verificarse a partir del momento de la inscripción de la respectiva candidatura y hasta tanto se produce la elección.

Concluyendo que, el elemento temporal necesario para configurar la causal de inhabilidad endilgada al demandado en este caso, no se acredita, pues para la fecha en que se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes el señor Edwin Alberto Valdés Rodríguez, su hermano ya no ejercía autoridad civil o

política puesto que presentó y le aceptaron la renuncia al cargo de Secretario de Obras Públicas de Florencia, Caquetá, el 7 de diciembre de 2017.

Si bien comparto la decisión de negar las pretensiones de la demanda pues el hermano del demandado no ejercía autoridad civil o política al momento en el que el señor Edwin Alberto Valdés Rodríguez se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes, considero necesario reiterar mi posición del 28 de abril de 2015¹¹, respecto al elemento temporal de las inhabilidades, en la que señalé:

“En su decisión, la Sala mayoritaria indicó que, resulta necesario dar un viraje sobre el sentido de la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 5º del artículo 179 Constitucional respecto a su tipificación solamente cuando el ejercicio de autoridad se realiza el día de las elecciones, por cuanto esto le resta eficacia a la disposición superior, desconoce postulados básicos en materia electoral y va en detrimento del fin perseguido de salvaguardar la igualdad y evitar el nepotismo.

Para un mejor entendimiento de las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada en la Sala del 21 de abril de 2015, me permito plantear los siguientes temas, cuyo orden se presenta conforme fueron abordados en el fallo cuestionado: *i)* el Constituyente de 1991; *ii)* la Corte Constitucional; *iii)* la jurisprudencia de la Sección y de la Sala Plena y; *iv)* la debida inteligencia de la causal consagrada en el numeral 5º del artículo 179 de la C.P.

1. El Constituyente de 1991

La causal que la Sala mayoritaria pretende reinterpretar es la consagrada en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política que dispone:

“Artículo 179. No podrán ser congresistas.

(...)

5º. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

¹¹ Salvamento de voto, 28 de abril de 2015, dentro del Radicación: Acumulados 11001-03-28-000-2014-00034-00 y 11001-03-28-000-2014-00026-00 Actores: Guillermo Palacio Vega y Martín Cardona Mendoza Demandado: LEÓN DARÍO RAMÍREZ VALENCIA - Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia.

(...)

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. (...)"

En las reuniones de la Asamblea Nacional Constituyente se debatió con ahínco la propuesta de las causales de inhabilidad para los Congresistas elaborada por el Delegatario Luís Guillermo Nieto Roa, en la cual no se especificaba el grado de consanguinidad o afinidad del familiar que generaba la inhabilidad, sino simplemente se enunciaba la palabra parentesco, con lo cual se expresó en la sesión de 29 de abril de la Comisión Tercera: "(...) *en este caso sí parece excesivo, comunicarle una incapacidad a parientes que no están muy estrechamente vinculados. (...) Esta nueva figura de inhabilidad debe ser establecida con la mayor prudencia; desde luego hay siempre un margen de arbitrariedad, en considerar hasta donde deben llegar ese tipo de instituciones; pero el criterio debe ser más bien, el de ser muy continente y temperado en su establecimiento. (...) En lo que sí creo, es que debe ser mirado con mucho rigor, el caso de la concentración familiar del poder y por eso me atrevo a proponer (...) un artículo tercero que diga tampoco podrán ser elegidos en una misma circunscripción (...) personas vinculadas entre sí por matrimonio o parentesco dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, el segundo de afinidad o primero civil; pero con la advertencia (...) de que esta inhabilidad debe cobijar a los miembros de una misma familia a lo largo del periodo constitucional correspondiente (...) yo propongo una simultaneidad jurídica, entendiendo que está vedada la elección de parientes, cuando existiendo, estando en curso el periodo de uno de ellos, se produce una elección para otro cargo o para una función pública, en la que intentaría obtener la investidura un pariente de quien ya está elegido."¹² (subrayas y negrillas fuera de texto)*

Como se observa, el propósito de la disposición hoy en comento, era establecer una prohibición de elegibilidad como Congresista, de quien tuviera parientes ejerciendo un cargo y así evitar que desarrollaran actividades simultáneamente, soslayando así el impedimento de concentrar y acumular poder en un solo grupo de familiares. El anterior entendimiento se completa advirtiendo que, evidentemente al no ejercer los familiares al mismo tiempo funciones públicas, no hay lugar a la inhabilidad, situación que se presenta cuando el familiar del que se predica la inhabilidad renuncia antes de la elección del Congresista, pero lo que allí se consagró - atendiendo el elemento histórico- para evitar el desempeño coetáneo, es al momento de la adquisición de la condición de congresista: el día de la elección.

2. La Corte Constitucional

¹² Antecedentes Artículo 179 de la Constitución Política, Biblioteca Consejo de Estado, pags. 11 y 12.

Si bien el alto Tribunal no ha tenido un pronunciamiento directo sobre el precepto consagrado en el numeral 5º del artículo 179 de la C.P., tampoco en otras decisiones ha desvirtuado el contenido o núcleo duro de tal disposición. Por ejemplo, en la sentencia C-415 de 1994, al conocer sobre la constitucionalidad de algunas inhabilidades contempladas en el estatuto de contratación – Ley 80 de 1993- afirmó:

“(…), es común a las prohibiciones que se fundan en los nexos familiares, implicar materialmente, para algunos miembros de una misma familia, la imposibilidad de gozar de un derecho o posibilidad de acción que, en otras condiciones, podían ejercer. Así, por ejemplo, en las hipótesis de los numerales 5 y 6 del art. 179 de la C.P., se elimina la posibilidad de ser congresista para la persona perteneciente a un grupo familiar en el cual uno de sus miembros ejerza autoridad civil o política. **También se podría aducir que el miembro del grupo familiar que primero accede al servicio público, impide que los restantes posteriormente puedan hacerlo.** No obstante, **ésta no es la prohibición sino su consecuencia**, y la misma se justifica a la luz del precepto prohibitivo y de su finalidad, que no es otra **que la de evitar que el poder político se acumule en una misma familia**. No es posible perseguir este fin sin que ese efecto se produzca. El Constituyente simplemente consideró que la promoción del interés general justificaba con creces el sacrificio individual que llegare a presentarse.”

A su vez, merece la pena recordar los razonamientos que realizó la Corte Constitucional en su sentencia C-093 de 1994, aunque referidos a la inhabilidad del numeral 8º del artículo 179 de la C.P., se debe insistir en que la causal impone la prohibición de ser Congresista, calidad que conforme a la reiterada jurisprudencia tanto del Máximo Órgano Constitucional como del Contencioso Administrativo, sólo se adquiere el día en que se es elegido y aunado a que, como se dijo, el propósito de tal impedimento es que se acumulen funciones o poderes estatales en un mismo núcleo parental, resulta obvio que al dejar de desempeñar el familiar que genera la inhabilidad tal función, no existirá ya conjunción o acumulación de cargos o dignidades en la función pública. La Corte dijo: “... *cabe distinguir, para los fines de la inhabilidad, entre quien ha sido elegido y desempeña el cargo o destino público correspondiente y quien, pese haber sido elegido, no ha ejercido el empleo o interrumpió el respectivo período. Si lo primero, se configura la inhabilidad, lo cual no ocurre en el segundo evento, (...)*”.

Lo anterior también significa que si el familiar que ejerce autoridad civil o política que está generando la inhabilidad cesa en su desempeño cuando el Congresista entra a ejercer su función, cesa también la prohibición que pende en cabeza del elegido legislador para iniciar el ejercicio de su cargo.

Por otra parte razonó la Corte que el ejercicio del cargo se da, “(...) *cuando en realidad un individuo específicamente desarrolla, dentro del tiempo respectivo, las actividades propias de la función. Vale decir al respecto, que los períodos no tienen entidad jurídica propia y autónoma, sino que dependen del acto condición en cuya virtud alguien entra en ejercicio de funciones. Se convierten entonces en límites temporales de éstas.*” Así, en punto al desempeño simultáneo de funciones públicas por parte de dos parientes, para que se configure la inhabilidad se requiere el ejercicio efectivo del cargo por parte de quien genera la inhabilidad para que se prohíba el acceso al cargo de Congresista y así darle la verdadera entidad y sentido a la causal cual es evitar la acumulación de dignidades y poderes en un solo núcleo familiar.

Si uno de los extremos implicados en el supuesto normativo del numeral 5º del artículo 179 de la C.P. deja de desplegar autoridad civil o política antes de que el elegido ejerza como Congresista obviamente no habrá acumulación de poderes o funciones en una misma familia.

En palabras de la Corte, una persona puede haber iniciado su período, y se agrega en este caso haber ejercido autoridad civil o política y haberla interrumpido mediante su renuncia formalmente aceptada, cesando el desarrollo concreto y real del cargo o destino público correspondiente, ocasionando con la mencionada dimisión la desactivación de la prohibición frente a quien pretenda desempeñarse como Congresista.

Ya esta Corporación ha admitido que la renuncia aceptada constituye vacancia absoluta y por consiguiente, una vez configurada frente a quien ejercía autoridad civil o política, bien puede posesionarse como Congresista el elegido, y NO puede predicarse en esa eventualidad que dos familiares concentren entonces poderes o funciones públicas, imposibilitando el encuadre fáctico y normativo en el numeral 5º del artículo 179 de la C.P.

3. La jurisprudencia de la Sección Quinta y de la Sala Plena del Consejo de Estado

De tiempo atrás, la Sala Electoral ha adoptado un criterio uniforme y consolidado hasta el día de hoy, sobre la temporalidad de la prohibición de ejercer la clase de autoridad inhabilitante consagrada en el numeral 5º del artículo 179 de la C.P. En efecto, en la sentencia de 24 de noviembre de 1999 dentro de los expedientes 1891, 1892, 1894, 1895, 1897, 1909, 1911, 1912 y 1914, la Sección estableció que para configurar la causal se requería especialmente el “*ejercicio de autoridad por parte del pariente en el momento de la elección*”. Posteriormente, en providencia de 22 de marzo de 2007 (Rad. 4001-4005) se afirmó que “*la prohibición inmersa en la causal estudiada (...) se desarrolla única y exclusivamente el día de las elecciones (...)*”. Posición reiterada en fallos de 8 de mayo de 2008 (Exp. 4060), de 6 de julio de 2009 (Exp. 4056) y 31 de julio de 2009 (Exp. 0240).

A su turno, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 20 de febrero de 2012, en virtud de un asunto llevado por importancia jurídica dentro del

expediente 11001-03-28-000-2010-00063-00(IJ)¹³, también había reiterado y acogido el criterio desarrollado por la Sala Electoral. Allí se explicó que las inhabilidades consagradas en los numerales 2º, 3º y 6º del artículo 179 de la Constitución, se caracterizan porque las distintas circunstancias incapacitantes tienen aplicación en un tiempo o término específico. En otros casos, como la condena penal, la pérdida de la investidura o la doble nacionalidad, la prohibición se aplica en forma intemporal, pero en cuanto a la causal de inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 Constitucional, se presenta una situación particular, por cuanto expresamente no se fija un término dentro del cual opera la prohibición allí contenida y la estructura gramatical del numeral conlleva el entendimiento de que el hecho invalidante que se predica del familiar de quien aspira a ser elegido se presente en el momento justo de la elección.

En efecto, el verbo “ejercer” que rige la conducta referida a la autoridad civil o política, está conjugado en presente, en armonía con el encabezado del artículo 179, según el cual “No **podrán** ser congresistas: (...)”, lo cual permite concluir que el ejercicio de autoridad que inhabilita para ser elegido Congresista, es aquel que se concreta el día de las elecciones.

Y, en el 2011 ya había dicho:

“La causal quinta de inhabilidad del art. 179 CP. ofrece un problema adicional, que no tienen otras causales del mismo artículo. **No señala el tiempo desde cuándo o hasta cuándo opera la inhabilidad**, lo que puede dar lugar a múltiples respuestas.

Otras causales de inhabilidad, en cambio, señalan, con precisión y rigor, aspectos como estos: que dentro de los doce meses anteriores a la fecha de elección no podrán ser congresistas determinadas personas, o que no podrán serlo quienes hubiesen sido condenados penalmente en cualquier época, o quienes hubieren intervenido en ciertos negocios, durante los 6 meses anteriores a la fecha de la elección, entre otros eventos; en cuyos casos la fecha a partir de la cual se empieza a contar la inhabilidad y el día en el cual cesa son claros y determinados por la misma norma.

(...) Así, por ejemplo, la Corporación ha manifestado que el régimen de inhabilidades, en esta causal, opera antes de la elección correspondiente y no con posterioridad a ella, porque se trata de condiciones de inelegibilidad para un cargo, según lo establece la Ley 5 de 1992, al prescribir que las inhabilidades tienen como propósito evitar que sea elegido congresista quien se encuentre incurso en ellas.

(...) Por lo anterior y, en primer lugar, hay que definir el momento, a partir del cual, la cónyuge del hoy congresista debió estar desvinculada del cargo.

Teniendo en cuenta que la norma constitucional establece que ‘... no podrá ser congresista’ quien tenga la relación de parentesco por ella prevista, entonces entiende la Sala que la señora Robayo debió desvincularse del cargo, a más tardar para el día de la elección, es decir, el 12 de marzo de 2006.

¹³ Magistrada Ponente Doctora Susana Buitrago Valencia.

Esta idea se refuerza por lo previsto en el artículo 280 de la Ley 5 de 1992 –ley orgánica que contiene el reglamento del Congreso-, según el cual ‘No podrán ser elegidos Congresistas’ quienes se encuentren incurso en las causales de inhabilidad previstas en la Constitución.

Este artículo clarifica que la inhabilidad constituye un impedimento para ‘ser elegido’, circunstancia que, en términos de esta causal, se presenta el día en que se realizan las elecciones, al margen de la posterior formalización de los resultados, mediante actos administrativos, que corresponden a la Organización Nacional Electoral.

En síntesis, a más tardar, para la fecha de la elección de Congreso, cosa que se efectuó el 12 de marzo de 2006, la cónyuge del demandado debía estar desvinculada del cargo, circunstancia que se cumplió, pues, incluso, renunció al mismo a partir del primero de febrero de 2006, días antes de la inscripción de su esposo como candidato al Congreso."¹⁴

Y, con anterioridad en el año 2007 la Sala Plena argumentó:

“Justamente, cuando cualquiera de las formas de autoridad ha estado directamente en manos del congresista la inhabilidad se extiende a los doce meses anteriores la fecha de la elección, de seguro porque el lapso del tiempo ayudará a desvanecer la plusvalía que en términos electorales significa para el ex funcionario haber contado con el ejercicio de autoridad y a través de ello de factores de poder derivados del Estado y que le brindan a su titular una atracción electoral que vulnera el derecho a la igualdad de todos los aspirantes a llegar por las vías democráticas al poder político. Cuando el ejercicio de esa autoridad no ha estado en cabeza del Congresista sino en manos de su cónyuge o compañero (a) permanente o en cualquiera de sus parientes en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, el constituyente opta por reducir notablemente el término de la inhabilidad, tal como acontece en la causal de inhabilidad del numeral 5, llevándolo únicamente al día de las elecciones, lo cual se infiere del tiempo en que se conjuga el verbo ejercer.

Ciertamente, al decir la causal 5ª en su parte respectiva que la relación conyugal, de compañero (a) permanente o de parentesco debe darse con funcionarios que ejercen autoridad civil o política, está revelando que la conjugación del verbo ejercer está en presente y que ese tiempo coincide con el de las elecciones puesto que se armoniza con el encabezado del artículo 179 Constitucional que expresa: No podrán ser congresistas, de tal manera que la prohibición inmersa en la causal estudiada se desarrolla única y exclusivamente el día de las elecciones, ya que se es Congresista en ese día, porque es al cabo de la jornada electoral cuando se configura el evento constitutivo del derecho así el acto que declara la elección sobrevenga días después, pues se trata de un acto meramente declarativo de una decisión popular asumida el día de las elecciones.”¹⁵

E igualmente había razonado así:

¹⁴ Sentencia Sala Plena de 15 de febrero de 2011, Exp. 2010-01055 PI, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁵ Sentencia del 22 de marzo de 2007. Expedientes acumulados: 110010328000200600067, 20000071, 200600072, 200600073, 200600075 y 200600076-00 (4001, 4005, 4006, 4007, 4009 y 4010). Actor: Luis Oscar Rodríguez Ortiz y otros. Demandados: Representantes a la Cámara por Cundinamarca.

“Finalmente, en cuanto a la cuarta condición, prevista en el artículo 179.5 CP., relativa al tiempo, anterior o posterior, durante el cual opera la inhabilidad, resulta que la norma no es explícita sobre el tema, como sí lo es frente a otras causales, de similar estructura (...)

En cambio, la causal 5, objeto de análisis, no tiene previsto un plazo, anterior o posterior, durante el cual deba aplicarse, y sólo se limita a decir que no podrá ser congresista quien se encuentre dentro de los grados de relación o parentesco que allí se mencionan con quien ejerce alguno de los tipos de autoridad allí señalados.

Por lo anterior y, en primer lugar, hay que definir el momento, a partir del cual, la cónyuge del hoy congresista debió estar desvinculada del cargo.

Teniendo en cuenta que la norma constitucional establece que ‘no podrá ser congresista’ quien tenga la relación de parentesco por ella prevista, entonces entiende la Sala que la señora Robayo debió desvincularse del cargo, a más tardar para el día de la elección, es decir, el 12 de marzo de 2006.

Esta idea se refuerza por lo previsto en el artículo 280 de la ley 5 de 1992 –ley orgánica que contiene el reglamento del Congreso-, según el cual ‘... No podrán **ser elegidos** Congresistas...’ (negrillas fuera de texto) quienes se encuentren incurso en las causales de inhabilidad previstas en la Constitución.

Este artículo clarifica que la inhabilidad constituye un impedimento para ‘ser elegido’, circunstancia que, en términos de esta causal, se presenta el día en que se realizan las elecciones, al margen de la posterior formalización de los resultados, mediante actos administrativos, que corresponden a la Organización Nacional Electoral.

En síntesis, a más tardar, para la fecha de la elección de Congreso, cosa que se efectuó el 12 de marzo de 2006, la cónyuge del demandado debía estar desvinculada del cargo, circunstancia que se cumplió, pues, incluso, renunció al mismo a partir del primero de febrero de 2006, días antes de la inscripción de su esposo como candidato al Congreso.”¹⁶

En este orden de ideas, es claro que la inhabilidad prevista en el numeral 5º del artículo 179 Constitucional, en lo que al tiempo de su aplicación atañe, únicamente se configura si se acredita que el pariente del congresista, ejerció autoridad civil o política **el día de las elecciones.**¹⁷

Para que pudiera prosperar la tesis de la mayoría de la Sala, sería necesaria una modificación constitucional que determine concretamente un término, que podría variar entre los doce meses establecidos en la misma norma para las otras causales inhabilitantes, o las consagradas para los miembros de corporaciones públicas de elección popular territorial (Concejales y

¹⁶ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 23 de enero de 2007. Exp. 706-01.

¹⁷ Ver entre muchas, Sentencia de 17 de julio de 2012. Exp. (acumulados) 11001-03-15-000-2011-00438-00(PI) y 11001- 03-15-000-2011-00357-00(PI). M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Acción de Pérdida de Inversión.

Diputados) o desde el momento de la inscripción como candidatos, o cualquier otra fecha a juicio del constituyente.

4. La debida inteligencia de la causal consagrada en el numeral 5º del artículo 179 de la C.P.

El concepto de inhabilidad, cuyo origen puede ser Constitucional o legal, como de manera reiterada lo han admitido jurisprudencia y doctrina, implica: incapacidad, ineptitud o impedimento para el desempeño de un empleo, e imposibilita el ejercicio de las funciones. Las causas que la producen son de diferente orden y especie, obedeciendo generalmente a razones de tipo natural, jurídico o moral (indignidad, condena penal, responsabilidad disciplinaria, fallo judicial de repetición, parentesco, relaciones legales, etc) entre otras, la incursión en ellas constituye, en el caso particular del numeral 5º del artículo 179 C.P. para los Congresistas la imposibilidad de ser elegido, y la consecuencia, que de serlo, se anule su elección, se le quite la investidura, o se le sancione penal o disciplinariamente.

En el ordenamiento jurídico colombiano las inhabilidades son prohibiciones que restringen el acceso a la función pública; son condiciones que establecieron el Constituyente y el legislador para acceder a los cargos públicos con la finalidad de salvaguardar los principios y los intereses de la administración pública, poniendo exigencias que garanticen el acceso a la administración pública de ciudadanos con comportamiento ejemplar, que poseen ciertas cualidades y condiciones que aseguren la gestión de los intereses comunitarios con criterios de moralidad, imparcialidad, eficiencia e igualdad, y que antepongan los intereses personales a los generales.

Así, en la normatividad existen causales inhabilitantes de rango Constitucional y legal, que resultan aplicables a cualquier servidor público, y otras específicas para acceder a ciertos cargos, todas ellas generadoras de dos necesarias consecuencias: **i)** la nulidad del nombramiento o elección¹⁸ y **ii)** la sanción disciplinaria¹⁹, pero, además, en algunos eventos con otras consecuencias como la de pérdida de investidura –para miembros de Corporaciones Públicas-, la incursión en un delito sancionable penalmente²⁰, y la imposibilidad de acceder a cualquier cargo público o contrato con entidad estatal²¹.

Entre las inhabilidades de rango Constitucional se encuentran las establecidas para los congresistas (Artículo 179); para los aspirantes a contralores departamentales, distritales y municipales, en cuanto no podrán serlo quienes hayan sido miembros de las corporaciones o entidades

¹⁸ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, artículo 275.5.

¹⁹ Artículo 48.17 del Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002

²⁰ Artículo 408 el Código Penal, Ley 599 de 2000

²¹ Artículo 122 de la Constitución Política

territoriales del respectivo departamento, distrito o municipio, o contralores en esos mismos entes territoriales dentro del año inmediatamente anterior a su elección, extendiéndose esta inhabilidad para estos servidores por un año más allá de la dejación del cargo (artículo 270); para los miembros de las corporaciones públicas territoriales quienes no pueden aceptar cargo alguno en la administración pública (artículo 291); y, la prevista para todos los ciudadanos en el inciso final del artículo 122 de la Carta.

En cuanto a las inhabilidades de carácter legal existen múltiples disposiciones que las consagran de manera general algunas y específicas otras; entre las primeras, a manera de ejemplo, las contempladas en los artículos 36 a 38 de la Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único; las del artículo 150 de la Ley 270 de 1996 aplicables a quienes aspiren a ejercer cargos en la rama judicial.

La Corte Suprema de Justicia la definió como "aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otros"²².

Tal prohibición, (inhabilidad), supone circunstancias consagradas por el ordenamiento jurídico que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, cuya finalidad y objetivo primordial es lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos. Es decir es una medida de asepsia y purificación de los individuos que acceden al órgano legislativo y en general a los cargos o funciones públicas, de carácter personal y subjetiva.

Así, las inhabilidades dependerán de su configuración normativa, dándoles efectos generales, es decir, que operan para toda clase de empleados del sector público; o específicos, para una determinada entidad o rama del poder; limitadas en el tiempo, permanentes, absolutas, relativas, etc. Es decir sus características y operatividad están determinadas por el propio ordenamiento que las consagra, en atención a su carácter limitador y restrictivo en la actuación de los individuos.

Las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, pero con mayor razón aquellas por ser limitantes, deben estar consagradas en forma previa, expresa y clara, y pueden hacer parte del

²² Sentencia de 9 de junio de 1988, M.P. Fabio Morón Díaz.

estatuto general que rige la función pública, o de manera específica, para el ingreso o desempeño a cada servicio público. Como lo ha manifestado la Corte Constitucional en torno a la individualización de las calidades, *“es natural y consecuente con los principios enunciados, que se exija a quienes aspiren a ingresar al servicio público (...), el cumplimiento de requisitos tanto genéricos como específicos que garanticen la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de las altas responsabilidades estatales. Se pretende pues, que en los servidores públicos concurren los elementos que están a la altura de la naturaleza de la investidura que ostenta al ejercerla, para que su desempeño se oriente a la consecución de los fines del Estado.”*²³

La finalidad de las inhabilidades es, en últimas, garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de cargos o funciones públicas; y una salvaguarda de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función.

Por tanto, al revisar el dispositivo constitucional inhabilitante la Corporación ha observado tradicionalmente que no contiene determinación alguna sobre su aplicación temporal en cuanto al ejercicio de autoridad por parte del familiar que genera la inhabilidad consagrada en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política, por lo que en mi parecer mal puede la Sección Quinta en este caso completar la disposición señalando término alguno.

En efecto, con el mayor comedimiento considero que la Sala en este punto, desbordó sus facultades legales y constitucionales por cuanto su papel de juez, si bien le permite moverse en márgenes más o menos amplios de interpretación no presenta *per se* una inconsistencia que amerite el ejercicio de un poder creador del juez en términos “Hartianos”²⁴ y mucho menos que lo obligue a realizar elucubraciones muy finas acudiendo a todo el expediente argumentativo sobre los diferentes tipos de interpretación para intentar darle un sentido a la norma que a simple vista y bajo un razonamiento sencillo no tiene, y con el agravante de que la inteligencia de la disposición ya ha sido fijada con autoridad por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en ejercicio de su labor unificadora, en la sentencia de 20 de febrero de 2012, dentro del proceso de nulidad electoral 2010-00063-00, y si bien, en mi opinión, tal concepto no sería aplicable a la nulidad electoral por cuanto en tratándose de acciones de pérdida de investidura, el razonamiento gira en torno a una determinación subjetiva de la conducta, mientras que en la acción electoral sería puramente objetiva por referirse a la defensa de la legalidad superior, la postura mayoritaria del Consejo de Estado – (que no comparto) supone que el análisis es el mismo en las dos acciones a efectos de estructurar y calificar la actuación irregular y de allí derivar la

²³ C-509 de 1995.

²⁴ Sobre este punto ver “El debate Hart – Dworkin”, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá 2000, pg. 19.

consecuencia jurídica respecto al cargo ejercido, cual es la anulación de la elección o la pérdida de la investidura.

5. Conclusiones

1. Según la posición mayoritaria del Consejo de Estado, la causal establecida en el numeral quinto del artículo 179 de la Carta Política no consagra un término a partir del cual se deba aplicar la inhabilidad, y de su simple lectura, sin necesidad de elucubración alguna, solo a partir de la semántica de la proposición y del tiempo en que está redactada – la conjugación en tiempo presente de los verbos rectores de la misma- , no hay lugar a dudas de que la prohibición recae sobre la coincidencia del momento en que el candidato se convierte en Congresista por un lado y el pariente, quien genera la inhabilidad, ejerce la autoridad civil y política, por el otro.
2. En razón a lo anterior, la discusión solamente podría generarse, tal como está redactada la norma, alrededor del momento en el que el candidato se convierte efectivamente en Congresista, esto es (i) el día de las elecciones porque ES ELEGIDO POR EL PUEBLO, (ii) el día de la declaratoria de la elección por la Organización Electoral, porque es el momento en que la autoridad competente declara efectivamente la elección o, (iii) el día de la posesión, cuando el servidor inicia el ejercicio del cargo, en esta última posibilidad, deja de ser inhabilidad para convertirse en incompatibilidad.

En cualquiera de esos tres eventos enunciados se parte de la base que la prohibición se aplica al Congresista, no al candidato o al candidato inscrito.

3. En un Estado Social de Derecho, fundamentado en el positivismo, “sometido a la Constitución Política y a la Ley”, conforme se dispone en los artículos 4º, 6º y 230 de la Constitución Política, las limitaciones deben atender al estricto respeto a la “legalidad” o “constitucionalidad”, y teniendo en cuenta que se trata de prohibiciones y limitaciones al ejercicio del poder político, estas normas deben ser interpretadas restrictivamente, so pena de socavar derechos fundamentales de los ciudadanos como son los derechos políticos.
4. En el fallo del que me aparto se impone un término arbitrario, que en la norma es inexistente, y es más gravoso que la interpretación de la semántica de la norma, y de la posición mayoritaria y actual del Consejo de Estado.”

Aclaración que desde que se plasmó (2015) a hoy (2018) debe ser adicionada con algunos ajustes, a saber:

1. Posterior a las decisiones de la Sección Quinta del Consejo de Estado, proferidas el 26 de marzo de 2015²⁵ y 9 de abril de 2015²⁶ en donde se estableció

²⁵ C. P. Alberto Yepes Barreiro (E), rad. 11001-03-28-000-2014-00034-00, actor: GUILLERMO PALACIO VEGA Y OTRO, demandado: León Darío Ramírez Valencia como Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia, período 2014-2018.

que dicha inhabilidad se configura “... desde el día de **inscripción de la candidatura al cargo de elección popular hasta el día en el que se lleve a cabo la votación para la elección respectiva...**”, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de pérdida de investidura de 3 de mayo de 2017²⁷, ratificó el criterio que venía expresando en la materia, al indicar que tal circunstancia de inelegibilidad tiene como punto de referencia la fecha misma de la **elección**.

En términos concretos, en dicha providencia expresó el pleno de la Corporación tal y como sigue:

“En tratándose de establecer si un Congresista se encuentra incurso o no en la causal de pérdida de investidura a que se refiere el numeral 5º artículo 179 C.P., la Sala Plena del Consejo de Estado ha puesto de presente que deben reunirse los siguientes supuestos: Que el candidato al Congreso tenga vínculo de matrimonio, unión permanente, o parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil con un funcionario que ejerza autoridad civil o política en la correspondiente circunscripción territorial, **“el día en que se llevan a cabo las elecciones.”**⁴ [Reiterados en Sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 21 de agosto de 2012. Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00254-00(PI) Consejero Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón].

Según lo estima el solicitante, el tiempo durante el cual opera la inhabilidad por él invocada es de un año previo a la fecha de la elección y a ese respecto se refiere al “año inhabilitante”. No obstante lo anterior, **la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo mantiene la tesis de que “para incurrir en la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución”, el pariente del congresista elegido debería estar ejerciendo autoridad el día en el que se celebraron las elecciones:**

Cuarto requisito: el tiempo durante el cual opera la inhabilidad

Finalmente, en relación con el cuarto y último requisito para que se estructure la causal consagrada en el numeral 5º del artículo 179 Constitucional, esto es, el tiempo durante el cual opera la inhabilidad, la Jurisprudencia de la Sala ha sido conteste en señalar que si bien la norma constitucional no fija el término dentro del cual opera la prohibición contenida en la causal de inhabilidad en mención, de acuerdo con la composición gramatical **debe entenderse que la misma se configura si se acredita que el pariente del Congresista demandado ejerció autoridad civil o política el día de las elecciones (...)**⁵.”

²⁶ C. P. Susana Buitrago Valencia, rad. 11001-03-28-000-2014-00061-00, actor: Juan Luis Pérez Escobar, demandado: Inti Raúl Asprilla Reyes como Representante a la Cámara por el Distrito Capital de Bogotá, período 2014-2018.

²⁷ C. P. Gabriel Valbuena Hernández, rad. 11001-03-15-000-2016-02058-00, actor: YORQUIN DUARTE MANCILLA, demandado: Marcos Yohan Díaz Barrera.

Evidencia esta Consejera que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo cuenta con una postura unificada, reiterada y pacífica en torno a la forma en la que debe computarse el factor temporal de la causal de inhabilidad por parentesco establecida en el numeral 5º del artículo 179 de la Carta Política, y es la que se decanta en el fallo de pérdida de investidura de 3 de mayo de 2017²⁸, citado líneas atrás; providencia que, como se pudo ver, fue dictada, además, con posterioridad a las sentencias de unificación de nulidad electoral proferidas por la Sección Quinta el 26 de marzo de 2015²⁹ y el 9 de abril de 2015³⁰.

2. Asimismo la entrada en vigencia de la Ley 1881 de 2018 tiene una influencia directa en esta discusión, puesto que con las elecciones legislativas con las que se integró el Congreso de la República dentro del período 2018-2022, vienen un sinnúmero de contiendas judiciales que se encausaran por diferentes vías – algunas por la de la nulidad electoral, y otras por la de la pérdida de investidura–, con el riesgo de que los resultados obtenidos sean diferentes en cada caso, a pesar de tratarse de demandados en los que convergen situaciones con identidad de supuestos de hecho y de derecho; posibilidad que se encuentra, por demás, proscrita por el parágrafo del artículo 1º de la Ley 1881 de 2018³¹, que impone:

“Parágrafo. Se garantizará el non bis in ídem. Cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una de pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados, excepto en relación con la culpabilidad de! congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura. En todo caso, **la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal.**”

De ahí que la interpretación de las causales de inhabilidad, como la contenida en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política, se encuentre blindada por un principio de univocidad entre el juicio sancionatorio que adelanta la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo –frente a los congresistas– y el de legalidad objetiva que decide la Sección Quinta, que indefectiblemente conduce a que la comprensión de sus elementos típicos dentro uno de tales procesos obligue al otro.

²⁸ C. P. Gabriel Valbuena Hernández, rad. 11001-03-15-000-2016-02058-00, actor: YORGUIN DUARTE MANCILLA, demandado: Marcos Yohan Díaz Barrera.

²⁹ C. P. Alberto Yepes Barreiro (E), rad. 11001-03-28-000-2014-00034-00, actor: GUILLERMO PALACIO VEGA Y OTRO, demandado: León Darío Ramírez Valencia como Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia, período 2014-2018.

³⁰ C. P. Susana Buitrago Valencia, rad. 11001-03-28-000-2014-00061-00, actor: Juan Luis Pérez Escobar, demandado: Inti Raúl Asprilla Reyes como Representante a la Cámara por el Distrito Capital de Bogotá, período 2014-2018.

³¹ Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones.

Los anteriores motivos soportan mi aclaración frente a la providencia adoptada por la Sección Quinta, el 19 de septiembre de 2018.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera de Estado

