

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Se modifican los efectos de la nulidad de la elección de la Concejal del Municipio de Cartago, Valle del Cauca para el periodo 2016- 2019

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en la audiencia inicial realizada el 10 de mayo de 2016, que declaró nula la elección de la señora Mónica María Orozco Vélez como Concejal del municipio de Cartago, para el período 2016-2019 (...) La Sala determina si, conforme al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada contra el fallo de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca erró al acceder a las pretensiones de la demanda de nulidad electoral instaurada contra el acto que declaró la elección de la señora Mónica María Orozco como Concejal de Cartago, por configurarse la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

COMPETENCIA DE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO – En primera instancia de la nulidad del acto de elección de municipios con más de 70000 habitantes / REQUISITOS DE LA DEMANDA DE NULIDAD ELECTORAL – No es requisito allegar certificación del DANE sobre la población del municipio donde se efectuó la elección

Según el artículo 152.8 Ibídem los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de la nulidad del acto de elección “(...) de los miembros de corporaciones públicas de los municipios y distritos (...) con setenta mil (70.000) o más habitantes (...)” y que según la información oficial del DANE en el 2015 la población del municipio de Cartago, Valle del Cauca, era de 132.249 habitantes. En el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada se cuestiona que en el trámite del proceso 2015-1487 la demandante no allegó la certificación expedida por el DANE sobre la población del municipio de Cartago, lo que impedía al Tribunal determinar su competencia para conocer del proceso y, consecuentemente, admitir la demanda y ordenar su posterior acumulación. En relación con este reproche, la Sala destaca que éste no es uno de los requisitos para la presentación de la demanda señalados en los artículos 162 y siguientes del C.P.A.C.A. y que dicha información puede ser consultada directamente en la página web del DANE, razón por la cual la ausencia del mencionado certificado no impedía al Tribunal determinar su competencia para conocer del proceso.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 162

INHABILIDAD DE CONCEJAL - Por parentesco en segundo grado de consanguinidad con funcionario que dentro de los doce meses anteriores a la elección ejerció autoridad administrativa en el respectivo municipio / INHABILIDAD DE CONCEJAL – Elementos

Los elementos que conforman la inhabilidad para ser elegido como Concejal son:
Elemento de parentesco o vínculo: que exista vínculo por matrimonio, o unión

permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con un funcionario; elemento temporal: que el referido funcionario haya ejercido autoridad dentro de los 12 meses anteriores a la elección; Elemento espacial o territorial: que la autoridad se haya ejercido en el respectivo municipio o distrito; Elemento objetivo o de autoridad: que haya un ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar en las condiciones anteriores. Para resolver el problema jurídico la Sala estudia cada uno de los elementos mencionados de la inhabilidad contenida en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000 (...) La inhabilidad de ejercicio de autoridad por parte de pariente es una de esas causales que se encuentra vigente como prohibición para el acceso a casi todos los cargos de elección popular. En tal escenario, y aun cuando no se trate de la elección de la persona que detenta y ejerce la autoridad civil, política, administrativa o militar, su propósito es el de evitar que el candidato se valga de las prerrogativas de su pariente so pena de comprometer la igualdad en la contienda electoral frente a sus contendores. NOTA DE RELATORIA: Sobre la finalidad de la inhabilidad de ejercicio de autoridad por parte de pariente ver Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 22 de octubre de 2009, número interno 2008-00014 y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 4 de junio de 2009, número interno 2007-00376.

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 43 NUMERAL 4 MODIFICADO POR LEY 617 DE 2000 – ARTICULO 40

INHABILIDAD DE CONCEJAL – Elemento de parentesco o vínculo con funcionario / INHABILIDAD DE CONCEJAL – Elemento temporal / INHABILIDAD DE CONCEJAL – Elemento territorial o espacial / INHABILIDAD DE CONCEJAL – Elemento objetivo o de autoridad

La doctrina especializada ha considerado sobre el vínculo como elemento configurativo de la inhabilidad objeto de estudio que “para que se estructure 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 o en el respectivo departamento, municipio o distrito –según lo que le diga la norma de cada cargo- donde se llevará a cabo la elección y dentro del plazo que indique el régimen correspondiente” (...) para efectos de la configuración de la causal de inhabilidad, es necesario que la persona con la cual se tenga el vínculo al que nos hemos referido en el numeral anterior, haya ejercido autoridad dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha en la que tuvo lugar la elección. Pues bien, como en el presente caso las elecciones territoriales en las que se eligieron a gobernadores, alcaldes, diputados y concejales se realizaron el pasado 25 de octubre de 2015, ha de concluirse que el periodo inhabilitante terminó ese día y empezó el 25 de octubre de 2014. Este elemento también se encuentra configurado en el sub judice, toda vez que el apoderado de la demandada aceptó como hecho que la señora Alejandra Orozco Vélez se posesionó el 1º de julio de 2015, es decir dentro del período inhabilitante,

como Secretaria de Salud del municipio de Cartago, lo cual se puede corroborar a partir de la respectiva acta de posesión (...) sobre el elemento territorial consagrado en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, se encuentra que sólo es necesario que la autoridad se “ejerza” en el respectivo municipio o distrito. Por lo tanto, en el presente caso, para que se configure el elemento espacial en el caso objeto de estudio, es preciso que la autoridad se ejerza al interior del municipio correspondiente a la corporación para la cual fue elegida la demandada. Este elemento también se configura en el sub judice, toda vez que la señora Alejandra Orozco Vélez fue nombrada, en encargo, como Secretaria de Salud del municipio de Cartago, misma entidad territorial para la cual la demandada fue elegida como Concejal. Sobre el elemento objetivo o de autoridad, de acuerdo con el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, para que se configure esta inhabilidad se requiere demostrar que el pariente del demandado “haya ejercido” autoridad civil, política, administrativa o militar.

INHABILIDAD DE CONCEJAL – Tratamiento de la jurisprudencia a la inhabilidad configurada en una situación administrativa de encargo / INHABILIDAD DE CONCEJAL – Línea jurisprudencial que establece que a cualquier título, se configura la inhabilidad no solo cuando se ejerce en propiedad sino también mediante cualquier forma de provisión

Para efectos de la configuración de la causal resulta irrelevante el título jurídico con el que se detenta la función o el cargo, de forma que, “a cualquier título, se configura la inhabilidad, vale decir, no solo cuando se ejerce en propiedad sino también mediante otra forma de provisión, como por ejemplo, en provisionalidad, en comisión o por encargo, porque la norma hace referencia al ejercicio y no a la titularidad del cargo. Sobre el punto, la siguiente es la línea jurisprudencial: A cualquier título, se configura la inhabilidad, no solo cuando se ejerce en propiedad sino también mediante cualquier forma de provisión, como por ejemplo, en provisionalidad, en comisión o por encargo (...)De acuerdo con este precedente, en el presente caso no le asiste razón al recurrente cuando afirma que la hermana de la demandada no ejerció autoridad administrativa en virtud de su nombramiento en encargo como Secretaria de Salud de Cartago, por considerar que durante dicha situación administrativa la señora Alejandra Orozco Vélez no se desprendió de las funciones propias del cargo que venía ejerciendo antes de tal designación provisional. En efecto, como se desprende del precedente citado, la situación administrativa del encargo trae implícito el desempeño de las funciones constitucionales y legales asignadas al titular del cargo, razón por la cual en el sub judice debe entenderse que las funciones propias del cargo de Secretario de Salud pasaron a ser ejercidas por la señora Alejandra Orozco Vélez en virtud del encargo realizado. Por lo tanto, la Sala entrará a analizar si el ejercicio del cargo de Secretario de Salud conlleva el ejercicio de autoridad administrativa. NOTA DE RELATORIA: La línea jurisprudencial sobre si es necesario que el cargo se ejerza en propiedad para configurar la inhabilidad incluye las siguientes providencias: Auto de 13 de enero de 1994, Rad. 1090, M.P. Amado Gutiérrez Velásquez; Sentencia de 5 de octubre de 2001, 2001-00003 (2463), M.P. Roberto Medina

López, Sentencia de 17 de febrero de 2005, 2003-000764 (3441), M.P. María Nohemí Hernández; Sentencia de 14 de julio de 2005 Rad. 2003-01538-01 (3681) M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá; Sentencia de 13 de octubre de 2005, 2004-02812-01 (3816), M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá y Sentencia de 29 de enero de 2009, 2007-01606, M.P. Mauricio Torres Cuervo

INHABILIDAD DE CONCEJAL – Línea jurisprudencial sobre la interpretación de la expresión hayan ejercido a que se refiere la causal de inhabilidad

Corresponde al juez determinar en cada caso concreto si un servidor público ejerce o no autoridad administrativa, en consideración con el análisis de dos elementos fácticos. De una parte, debe estudiarse el carácter funcional del cargo; o dicho de otro modo, debe averiguar qué tipo de funciones tiene asignadas y, de otro lado, debe analizar el grado de autonomía en la toma de decisiones, esto es, la estructura orgánica del empleo. De tal manera que si las funciones y el diseño jerárquico del cargo le otorgan a su titular potestad de mando, de dirección y autonomía decisoria, se podría concluir que el servidor público ejerce autoridad administrativa”. Las anteriores citas nos obligan a concluir que la interpretación de la expresión “hayan ejercido” a que se refiere la causal de inhabilidad objeto de estudio, no implica ni conlleva la realización de actuaciones específicas y concretas que evidencien, por parte del funcionario pariente, el ejercicio material de las funciones a él atribuidas. En suma, para la Sala Electoral, la autoridad se tiene como ejercida con el solo requisito de demostrar que las funciones atribuidas al cargo la implican, de forma que, la misma, se ejerce por el solo hecho de detentarla. Sobre el punto, la siguiente es la línea jurisprudencial: La autoridad se tiene como ejercida con el solo requisito de demostrar que las funciones atribuidas al cargo la implican, de forma que, la misma, se ejerce por el solo hecho de detentarla (...).De conformidad con este precedente, se concluye que en el sub judice se encuentra acreditado el elemento de autoridad previsto en la inhabilidad consagrada en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, toda vez que no se requería demostrar que la pariente de la demandada hubiera ejercido materialmente autoridad administrativa durante el período en el cual ejerció el cargo de Secretaria de Salud Encargada del municipio de Cartago, sino que el ejercicio de la autoridad se desprende de la naturaleza de las funciones propias del cargo. En resumen, se concluye sin ambages que en el presente caso se encuentra demostrado en el proceso que la señora Alejandra Orozco Vélez ejercía autoridad administrativa porque: (i) al haber sido nombrada en encargo como Secretaria de Salud del municipio de Cartago, dicha situación administrativa trajo implícito el desempeño de las funciones constitucionales y legales asignadas al titular del cargo; (ii) de acuerdo con el artículo 190 de la ley 136 de 1994 y la naturaleza de las funciones del cargo de Secretario de Salud del municipio de Cartago, se desprende que este cargo conlleva el ejercicio de autoridad administrativa; y, (iii) para que se predique el ejercicio de la autoridad administrativa, no se requería demostrar que la hermana de la demandada hubiera ejercido materialmente o efectivamente las funciones asignadas al cargo. NOTA DE RELATORIA: La línea jurisprudencial sobre la interpretación de la expresión hayan ejercido a la que se refiere la causal de inhabilidad la componen las siguientes providencias: Sentencia de 5 de junio de

2003, Rad. 2000-03653 (3090), M.P. Darío Quiñones Pinilla; Sentencia de 17 de marzo de 2005, Rad. 2004-00014-01(3505) M.P. Filemón Jiménez Ochoa; Sentencia de 14 de julio de 2005, 2003-01538 (3681) M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá; Sentencia de 6 de octubre de 2005, Rad. 2003-01333 (3727) M.P. Darío Quiñones Pinilla; Sentencia de 28 de febrero de 2008, Rad. 2006-00062 (3996-3998) M.P. Mauricio Torres Cuervo y Sentencia de 11 de junio de 2009, Rad. 2002-00225, M.P. Mauricio Torres Cuervo

PRINCIPIO PRO HOMINE – Alcance / PRINCIPIO PRO HOMINE – Reiteración de sentencia de unificación jurisprudencial

Recientemente la Sala tuvo la oportunidad de realizar las siguientes precisiones en sentencia de unificación jurisprudencial sobre el alcance del principio pro homine en materia electoral: (...) no puede perderse de vista que, el acto electoral antes que el derecho del elegido, es el derecho del elector y que, por ende, en esta materia el principio pro homine opera a favor del segundo y no del primero, lo que se traduce en pro hominum (humanidad), pro electoratem (electorado) o pro sufragium (electores).” Consecuentemente, no es de recibo el argumento expuesto por el recurrente según el cual la causal de inhabilidad objeto de discusión en el presente caso deba ser interpretada en favor de la demandada, puesto que en materia electoral deben primar los derechos de los electores y el fortalecimiento de la democracia sobre los derechos de los elegidos.

EFFECTOS ANULATORIOS - corresponde al juez electoral, ante la ausencia de norma que los establezca, fijar los efectos de sus decisiones anulatorias / CAUSALES DE NULIDAD ELECTORAL – Causales 5 y 8 son de naturaleza subjetiva / CAUSALES DE NULIDAD ELECTORAL - La regla general sobre los efectos de la declaratoria de nulidades subjetivas es que aquellos serán hacia el futuro o ex nunc / CAUSALES DE NULIDAD ELECTORAL- La regla podrá ser variada, caso a caso dependiendo del vicio que afecte la elección y en atención a las consecuencias de la decisión

El artículo 288 del CPACA, norma especial electoral, se ocupa de las consecuencias de la sentencia de anulación electoral, y en lo que respecta a la anulación de elecciones por vicios subjetivos, como la que nos ocupa, dispone: “Las sentencias que disponen la nulidad del acto de elección tendrán las siguientes consecuencias: (...) en los casos previstos en los numerales 5 y 8 del artículo 275 de este Código, la nulidad del acto de elección por voto popular implica la cancelación de la respectiva credencial que se hará efectiva a la ejecutoria de la sentencia”. Sin embargo, nada dice el artículo en comento en relación con los efectos de la anulación, pues no dispone si aquellos serán hacia el futuro -desde ahora o ex nunc- o hacia el pasado -desde siempre o ex tunc-, por ello, corresponde al juez electoral, ante la ausencia de norma que los establezca, fijar los efectos de sus decisiones anulatorias, como ya lo anticipó esta Sección en reciente Sentencia de Unificación, pero para los eventos de expedición irregular. Para la Sala, en tratándose de nulidades electorales por vicios subjetivos -causales 5 y 8 del artículo 275 del CPACA-, los efectos anulatorios retroactivos no son compatibles con el ordenamiento jurídico, de forma que aceptar una ficción

jurídica según la cual se genera inexistencia del acto con ocasión de su nulidad, crea una ruptura con la realidad material y jurídica, que resulta en contra del sistema democrático mismo. De conformidad con lo anterior, en atención al precedente expuesto por la Sala en Sentencia del 26 de mayo de 2016 y a que en la sentencia recurrida no se fijaron los efectos de la nulidad declarada y puso fin al proceso, corresponde a la Sala fijar los efectos de dicha providencia. Ahora, habrá de entenderse que, al menos en materia electoral, la regla general sobre los efectos de la declaratoria de nulidades subjetivas, es que aquellos serán hacia el futuro -ex nunc- en consideración a la teoría del acto jurídico que distingue entre la existencia, validez y eficacia, como escenarios distintos del acto -administrativo o electoral-; y en respeto a la “verdad material y cierta”, por encima de la mera ficción jurídica. Dicha regla podrá ser variada, caso a caso, por el juez electoral, dependiendo del vicio que afecte la elección y en atención a las consecuencias de la decisión en eventos en los que aquellas puedan afectar las instituciones y estabilidad democrática. En este contexto, por tratarse de la sentencia que puso fin al proceso, debe aclararse que los efectos anulatorios de la sentencia recurrida serán hacia el futuro o ex nunc. De conformidad con lo anterior, y para todos los efectos legales, se tiene que la demandada ostentó la calidad de Concejal de Cartago, desde su posesión en tal dignidad, y la mantendrá, hasta la ejecutoria de esta sentencia. Por esta razón, se modificará el numeral primero de la parte resolutive de la decisión recurrida, con el fin de que se señale que los efectos de la declaratoria de nulidad allí ordenada serán ex nunc, es decir hacia futuro. **NOTA DE RELATORIA:** La sentencia de unificación que fija el precedente sobre los efectos de las sentencias de anulación es la sentencia de 26 de mayo de 2016. Demandado: Secretario de la Comisión Sexta del Senado de la República. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Exp. 2015-00029.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 288 / LEY 1437 DE 2011 ARTICULO 275 NUMERAL 5 Y 8

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, siete (7) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 76001-23-33-000-2015-01487-01

Actor: MARY JULIETH CORTES ANDRADE Y OTRO

Demandado: CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE CARTAGO

Nulidad Electoral – Fallo de segunda instancia

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en la audiencia inicial realizada el 10 de mayo de 2016, que declaró nula la elección de la señora Mónica María Orozco Vélez como Concejal del municipio de Cartago, para el período 2016-2019.

1. ANTECEDENTES

1.1. Proceso 2015-1496

1.1.1. Demanda

Mediante escrito presentado el 1 de diciembre de 2015, el señor Johann Wolfgang Patiño Cárdenas interpuso demanda de nulidad electoral contra el acto que declaró la elección de la señora Mónica María Orozco Vélez como Concejal de Cartago, para el período 2016-2019, por violación de la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, según la cual no podrá ser inscrito como candidato ni elegido Concejal *“[q]uien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito (...)”*

En síntesis, el actor manifestó que en atención a lo dispuesto en esta norma la demandada no podía ser elegida como Concejal de Cartago porque su hermana, la señora Alejandra Orozco Vélez, dentro de los doce meses anteriores a la elección fue nombrada en encargo como Secretaria de Salud del municipio de Cartago.¹

1.1.2. Admisión de la demanda

¹ En la planta de personal de la administración de Cartago, este cargo corresponde al de Secretario del Despacho, Código 020, Grado 05, de la Secretaría de Salud de este ente territorial.

Mediante auto de 9 de diciembre de 2015 el Tribunal admitió la demanda, ordenó las correspondientes notificaciones y negó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado.²

1.1.3. Contestaciones de la demanda

1.1.3.1. La demandada

A través de apoderado judicial, la demandada presentó escrito de contestación el 09 de febrero de 2016,³ en el cual, en síntesis, solicitó se negaran las pretensiones de la demanda por los siguientes motivos:

Si bien reconoció que la hermana de la demandada fue nombrada en encargo como Secretaria de Salud de Cartago dentro de los doce meses anteriores a la elección de la señora Mónica María Orozco Vélez como Concejal de dicho municipio, adujo que durante dicho tiempo la señora Alejandra Orozco Vélez no ejerció materialmente autoridad administrativa.

En ese sentido sostuvo que para la configuración de la inhabilidad consagrada en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, no es suficiente que exista un parentesco con una persona que tenga autoridad sino que se debe demostrar que dicha autoridad efectivamente se haya ejercido.

Adicionalmente, manifestó que si bien la señora Alejandra Orozco Vélez fungió como Secretaria de Salud Encargada del municipio de Cartago, las funciones establecidas para ese cargo en los manuales correspondientes no implican ejercicio de autoridad administrativa en esta entidad territorial, puesto que ella no podía impartir órdenes, dictar instrucciones o adoptar medidas coercitivas para los habitantes del referido municipio.

Al respecto indicó que la hermana de la demandada *“no tenía competencia durante los días que duró su encargo de ordenar gasto alguno, conceder vacaciones, licencias, traslados verticales u horizontales, comisiones, autorizar el pago de horas extras, vincular personal supernumerario, ni suscribir contratos o*

² Ver folios 136 a 130 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1496.

³ Ver folios 179 a 190 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1496.

convención alguna en calidad de representante legal, actuaciones que demuestran que su paso por esa Secretaría (sic) durante las fechas electorales no evidencian su influencia o ayuda para la elección de su consanguínea, hechos que además no fueron probados por el demandante.”

Así mismo, por estar en juego los derechos fundamentales de la demandada a ser elegida, solicitó al Tribunal interpretar la causal de inhabilidad invocada bajo el principio *pro homine*, dado que no se encuentra demostrado en el proceso que la señora Alejandra Orozco Vélez efectivamente haya ejercido autoridad administrativa.

Por último formuló la excepción de inepta demanda debido a que el demandante no aportó las pruebas idóneas para sustentar que la hermana de la demandada hubiese ejercido autoridad administrativa durante el período que estuvo encargada como Secretaria de Salud de Cartago.

1.1.3.2. La Registraduría Nacional del Estado Civil

En el escrito de contestación de la demanda presentado el 25 de enero de 2016,⁴ la apoderada de la Registraduría Nacional del Estado Civil formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y de imposibilidad de cumplimiento de un eventual fallo de nulidad, por las cuales solicitó la desvinculación de esta entidad del proceso, por no poder “(...) *emit[ir] acto administrativo alguno ni operación que determine cuando un candidato está inhabilitado o impedido (...)*”.

1.1.4. Trámite del proceso

El Tribunal ordenó la vinculación al proceso del Consejo Nacional Electoral mediante auto de 1º de marzo de 2016.⁵

1.2. Proceso 2015-1487

1.2.1. Demanda

⁴ Ver folios 145 a 161 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1496.

⁵ Ver folios 239 a 240 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1496.

La señora Mary Julieth Cortés Andrade, obrando en nombre propio, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral solicitó la anulación del acto que declaró la elección de la señora Mónica María Orozco Vélez como Concejala del municipio de Cartago, para el período 2016-2019. En el concepto de violación de esta demanda se reiteraron los mismos argumentos expuestos en el proceso 2015-1496.

1.2.2. Admisión de la demanda

El Tribunal admitió la demanda y ordenó las correspondientes notificaciones mediante auto de 04 de diciembre de 2015.⁶

1.2.3. Contestaciones de la demanda

1.2.3.1. La demandada

A través de apoderado judicial, la demandada presentó escrito de contestación el 01 de febrero de 2016,⁷ en el cual se solicitó negar las pretensiones de la demanda por los mismos motivos expuestos en el proceso 2015-1496, razón por la cual la Sala prescindirá de realizar su resumen.

1.2.3.2. La Registraduría Nacional del Estado Civil

En el escrito de contestación de la demanda presentado el 19 de enero de 2016,⁸ la apoderada de la Registraduría Nacional del Estado también formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y de imposibilidad de cumplimiento de un eventual fallo de nulidad, por las cuales solicitó la desvinculación de esta entidad del proceso.

1.2.4. Trámite del proceso

El Tribunal decretó la acumulación de los procesos 2015-1487 y 2015-1496 mediante auto de 10 de marzo de 2016.⁹

⁶ Ver folios 33 y 34 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1487.

⁷ Ver folios 89 a 99 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1487.

⁸ Ver folios 56 a 71 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1487.

⁹ Ver folios 175 a 177 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1487.

En audiencia realizada el 18 de marzo de 2016 se realizó el sorteo para seleccionar al Magistrado Ponente, con ocasión del cual le correspondió al Magistrado Fernando Augusto García Muñoz continuar con el trámite de los procesos acumulados.¹⁰

A través de auto de 3 de mayo de 2016 se fijó la fecha para la celebración de la audiencia inicial.¹¹

En la audiencia inicial realizada el 10 de mayo de 2016 el *a quo* adoptó las siguientes decisiones: (i) negó la solicitud de nulidad formulada por el apoderado de la demandada por una supuesta indebida notificación del auto admisorio de la demanda; (ii) declaró saneado el proceso; (iii) declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Registraduría Nacional del Estado Civil y negó las demás excepciones propuestas; (iv) realizó la fijación del litigio; y, (v) se pronunció sobre las pruebas solicitadas.

Por no considerar necesario el decreto ni la práctica de pruebas adicionales, el *a quo* prescindió de la audiencia de pruebas y corrió a las partes traslado para que alegaran de conclusión.

1.3. La decisión recurrida

Mediante sentencia adoptada en la audiencia del 10 de mayo de 2016, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca resolvió:

“PRIMERO.- DECLARESE nula la elección de la señora MONICA MARIA OROZCO VELEZ, como concejal del municipio de Cartago – Valle del Cauca, para el período comprendido entre el 1º de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2019.

SEGUNDO.- CANCELESE la credencial que la Comisión Escrutadora del Municipio de Cartago – Valle del Cauca, entregó a la señora MONICA MARIA OROZCO VELEZ como Concejal electa del Municipio de Cartago (V) (sic), para el período 2016 – 2019,

TERCERO.- DECLARASE la elección del señor CAMILO ANDRES CASTILLO GUTIERREZ, candidato 004 del partido de la U, como Concejal electo del Municipio de Cartago, período constitucional 2016 – 2019.

¹⁰ Ver folios 189 a 191 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1487.

¹¹ Ver folios 203 a 205 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1487.

CUARTO.- EXPIDASE y ENTREGUESE a CAMILO ANDRES CASTILLO GUTIERREZ, una vez en firme este fallo, la CREDENCIAL como Concejal del Municipio de Cartago, período constitucional 2016-2019.

QUINTO.- COMUNIQUESE la presente decisión al Consejo Nacional Electoral y al Concejo Municipal de Cartago, para lo de su cargo.

SEXTO.- Las partes y el Ministerio Público, quedan notificados por estrados.”

El *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda porque encontró configurada en el caso concreto la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, según la cual no podrá ser inscrito como candidato ni elegido Concejal “[q]uien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito (...)”, por los siguientes motivos:

En primer lugar, destacó que a partir de los registros civiles nacimiento allegados al proceso, se demostró el vínculo de consanguinidad en segundo grado, entre las señoras Mónica María Orozco Vélez y Alejandra Orozco Vélez.

En segundo lugar, constató que la señora Alejandra Orozco Vélez, al haber sido encargada de desempeñar temporalmente las funciones de Secretaria de Despacho, Código 020, Grado 05, de la Secretaría de Salud de la Planta Global de la Administración Central de Cartago – Valle, mediante las Resoluciones No. 310 de 1 de julio de 2015 y 396 de 1 de octubre de 2015, ejerció autoridad administrativa durante los doce meses anteriores a la elección de la demandada.

Al respecto se señaló en la providencia recurrida:

“(...) la mencionada funcionaria, mientras fungió como Secretaria de Salud encargada del municipio de Cartago, le correspondía desplegar funciones de dirección, coordinación, gestión, formulación de planes, programas de salud, de recaudo y ejecución de los recursos de destinación específica del sector salud y de apreciar, el desempeño de los funcionarios a su cargo. Además, de celebrar contratos, para el aseguramiento en el Régimen Subsidiado de la Población pobre (sic). Es decir, conforme a dichas

funciones, es claro que el ejercicio de la misma, implicaba, capacidad de mando, decisorio y de imposición. (...)

Resulta entonces patente, que la señora Alejandra Orozco Vélez, detentó temporalmente el cargo de Secretaria de Salud del municipio de Cartago, y que éste, lleva intrínseco el ejercicio de autoridad administrativa, la cual desarrolló en el mismo municipio en que se realizó la elección que conllevó a que su hermana Mónica María Orozco Vélez, saliera elegida concejal de dicha localidad, y, por tanto, emerge palpable, la configuración del requisito espacial. (...)

(...) la expresión <<haya ejercido>>, empleada por el legislador, en el numeral 4 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, no se traduce en que para la configuración de dicha causal, el empleado público, haya ejercido materialmente dichas funciones, es decir, no se requiere que exista prueba de actos positivos que indiquen la ejecución de las mismas, pues por medio de la abstención, también se crean expectativas respecto a sus subalternos o del conglomerado social, para movilizar la voluntad de los interesados, que conocer del poder que ostenta, sin que medie el ejercicio material de aquellas funciones.

Se concluye así, que la expresión precitada, no involucra, ni comprende la ejecución de actuaciones específicas y concretas que patenten, el ejercicio material de las funciones atribuidas al funcionario pariente del elegido.

Así las cosas y en vista, de que si bien los contratos allegados, no demuestran el ejercicio material de las funciones a cargo de la señora Alejandra Orozco Vélez, como Secretaria del Salud del Municipio de Cartago, dado que en los mismos, la mencionada solo obró en calidad de interventora, lo cierto es, que no se requiere de la exteriorización material de dichas funciones, por cuanto como quedó expuesto en precedencia por la cita jurisprudencial traída a colación, no es condición necesaria que se ejerza materialmente las funciones que tiene asignadas al funcionario, pues aquel, sin hacer uso de esas facultades, puede influir sobre sus subalternos y los allegados de estos, a través de la abstención. (...)"

Al encontrar configurada la causal de inhabilidad invocada por los demandantes, el Tribunal declaró la nulidad de la elección de la señora Mónica María Orozco Vélez como Concejal de Cartago y, en atención a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 288 del C.P.A.C.A., declaró la elección del señor Carlos Andrés Castillo Gutiérrez, al haber obtenido dicho ciudadano la siguiente mayor votación en los respectivos comicios.

1.4. Recurso de apelación

Luego de que se notificara en estrados la sentencia de primera instancia, en la audiencia el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación, el cual fue posteriormente sustentado por escrito.¹²

En la sustentación del recurso se formularon los siguientes reproches de carácter procesal y de fondo contra la decisión recurrida:

1.4.1. El apoderado de la demandada alegó la existencia de una indebida notificación del auto admisorio a su poderdante, dado que el oficio contentivo de la citación que la requería para notificarse personalmente de la demanda en el proceso 2015-1487 fue dirigida a una dirección equívoca. Sin embargo, reconoció que la demandada se enteró de la existencia del proceso mediante la publicación del aviso realizada en los periódicos, la cual le permitió presentar oportunamente el escrito de contestación de la demanda.

1.4.2. Cuestionó que en el proceso 2015-1487 la demandante no allegara la certificación expedida por el DANE sobre la población del municipio de Cartago, para que con fundamento en esta información el *a quo* pudiera determinar la competencia para conocer del proceso. Según el apoderado de la demandada, este yerro materializó una violación al debido proceso que impedía al Tribunal admitir la demanda y decretar la posterior acumulación de procesos.

1.4.3. Reprochó que en la parte resolutive de la sentencia recurrida se declarara la nulidad de la elección de la demandada y la cancelación de su credencial, pero no se hubiera declarado parcialmente la nulidad del formulario E-26 CON proferido el 30 de octubre de 2015 por la Comisión Escrutadora Municipal de Cartago, acto que se demandó en el *sub judice*.

1.4.4. Censuró que en la parte resolutive de la sentencia recurrida el Tribunal ordenó declarar la elección del señor Camilo Andrés Castillo y la expedición de la respectiva credencial, dado que órdenes de esta naturaleza solamente pueden ser impartidas en procesos de nulidad electoral por causales objetivas.

En ese sentido, aseveró que en el presente caso, por tratarse de un contencioso electoral subjetivo, solamente se podía ordenar la nulidad del acto que declaró la

¹² Ver folios 255 a 260 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1487.

elección de la demandada y comunicar dicha decisión al Concejo de Cartago, para que sea el Presidente de esta corporación quien supla la falta absoluta generada con ocasión de la sentencia.

1.4.5. El apoderado de la demandada reconoció que si bien es cierto que según lo dispuesto en los artículos 189 y 190 de la Ley 136 de 1994 los Secretarios de Despacho de las Alcaldías ejercen autoridad administrativa, esta “(...) *presunción legal (...) se desvirtuó en este proceso con las pruebas aportadas, porque durante los tres o cuatro meses que duró el encargo de ALEJANDRA OROZCO VELEZ como Secretaria de Salud, primeramente no se desprendió de sus funciones como Profesional Universitario y durante su encargo no ejerció actos de autoridad administrativa y no porque quisiera o no ejercerlos, sino porque como así consta en la certificación que expidió el Secretario de Desarrollo Humano de Cartago Valle, tanto las funciones de contratar y el manejo del personal de los funcionario de planta de la Alcaldía hoy en día se encuentran en cabeza del alcalde (...)*”.

En ese sentido, pidió tener en cuenta que actualmente los Secretarios de Despacho de las Alcaldías no ejercen autoridad administrativa, dado que “(...) *son los alcaldes quienes han tomado las funciones de contratar todo lo que tenga que ver con el municipio, al igual que manejo de todo lo que tenga que ver con los funcionarios adscritos a la administración municipal, etc., quedando solamente los Secretarios de Despacho con unas funciones plasmadas en la ley, porque realmente y materialmente no las pueden desarrollar y solamente quedan organizando, planeando, ejecutando, etc., políticas trazadas por su superior (...)*”.

1.4.6. Por último, solicitó la aplicación del principio *pro homine*, dado que el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder público, específicamente el de elegir y ser elegido que consagran los artículos 40 de la Constitución Política y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, obliga a los operadores jurídicos a que toda interpretación que se haga referente al ejercicio de este derecho signifique la menor restricción al mismo.

1.5. Admisión del recurso de apelación

El Despacho conductor del proceso admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia dictada por el *a quo* en la audiencia inicial mediante auto de 1º de junio de 2016, en el cual ordenó

poner a disposición de las partes el escrito de sustentación del recurso para que pudieran presentar sus alegatos de conclusión.¹³

1.6. Alegatos de conclusión de segunda instancia

1.6.1. Los demandantes

Únicamente el demandante Johann Wolfgang Patiño Cárdenas presentó alegatos de conclusión mediante escrito radicado el 9 de junio de 2016,¹⁴ en el cual solicitó confirmar la sentencia recurrida por las siguientes razones:

1.6.1.1. El apoderado de la demandada contestó oportunamente las demandas interpuestas en los procesos acumulados, razón por la cual se concluye que hubo una notificación por conducta concluyente del auto admisorio de la demanda.

1.6.1.2. De acuerdo con el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, el artículo 16 del Decreto 785 de 2005 expedido por el Gobierno Nacional, y los artículos 40 y 41 del Decreto 135 de 2012 expedido por el Alcalde de Cartago, las funciones del cargo de Secretario de Despacho implican el ejercicio de autoridad administrativa.

1.6.1.3. Indicó que la Sección Quinta del Consejo de Estado, en las providencias de 24 de mayo de 2002, expediente 2000-4358-01, demandado: Concejal de Magangué; de 31 de julio de 2009, expediente 2007-0785-01; de 20 de febrero de 2009, expediente 2007-00800, demandado: Concejal de Cartagena; de 17 de mayo de 2002, expediente 2000-2867, demandado: Concejal de Tunja; y de 17 de marzo de 2015, expediente 2003-02963, demandado: Concejal de Tunja, versaron sobre hechos y pretensiones similares a los actuales, por lo que debe confirmarse la decisión recurrida. Sin embargo, el demandante no profundizó su argumentación respecto de estas providencias, dado que se limitó únicamente a señalar las fechas y número de radicación de estas providencias, sin explicar su contenido ni las similitudes de lo allí resuelto con el *sub judice*.

1.6.2. La demandada

¹³ Ver folios 265 y 266 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1487.

¹⁴ Ver folios 278 a 281 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1487.

El 14 de junio de 2016 el apoderado de la demandada presentó sus alegatos de conclusión, escrito en el que insistió en los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.¹⁵

1.7. Concepto del Agente del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó confirmar la sentencia recurrida por considerar que en el *sub judice* se encuentran configurados los elementos de la inhabilidad consagrada en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

En este concepto el Agente del Ministerio Público destacó que el *a quo* acertó al desestimar el argumento del apoderado de la demandada cuando afirma que en el presente caso la señora Alejandra Orozco Vélez no ejerció materialmente autoridad administrativa, “(...) *pues ese ejercicio no se requiere para efectos de la configuración de la causal de inhabilidad.*”

Finalmente concluyó que “(...) *correspondiendo el cargo de Secretario de Salud a uno de los que enlista el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, por virtud del criterio orgánico se concluye que el desempeño de éste, como ya se dijo, inhabilita a la electa concejal pues de éste se infiere el ejercicio de autoridad administrativa, por tal razón se ha de confirmar la sentencia objeto del presente recurso de apelación.*”

2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

En los términos de los artículos 125, 150, 152.8 y 247 del C.P.A.C.A. corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en la audiencia inicial realizada el 10 de mayo de 2016, que declaró nula la elección de la señora Mónica María Orozco Vélez como Concejal del municipio de Cartago, para el período 2016-2019.

¹⁵ Ver folios 283 y 285 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1487.

Lo anterior teniendo en cuenta que según el artículo 152.8 *Ibidem* los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de la nulidad del acto de elección “(...) de los miembros de corporaciones públicas de los municipios y distritos (...) con setenta mil (70.000) o más habitantes (...)” y que según la información oficial del DANE en el 2015 la población del municipio de Cartago, Valle del Cauca, era de 132.249 habitantes.¹⁶

En el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada se cuestiona que en el trámite del proceso 2015-1487 la demandante no allegó la certificación expedida por el DANE sobre la población del municipio de Cartago, lo que impedía al Tribunal determinar su competencia para conocer del proceso y, consecuentemente, admitir la demanda y ordenar su posterior acumulación.

En relación con este reproche, la Sala destaca que éste no es uno de los requisitos para la presentación de la demanda señalados en los artículos 162 y siguientes del C.P.A.C.A. y que dicha información puede ser consultada directamente en la página web del DANE, razón por la cual la ausencia del mencionado certificado no impedía al Tribunal determinar su competencia para conocer del proceso.

2.2. Acto demandado

Corresponde al acto que declaró la elección de la señora Mónica María Orozco Vélez como Concejal de Cartago, contenido en el formulario E-26CON expedido el 30 de octubre de 2015.

2.3. Problema jurídico

La Sala determinará si, conforme al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada contra el fallo de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca erró al acceder a las pretensiones de la demanda de nulidad electoral instaurada contra el acto que declaró la elección de la señora Mónica María Orozco como Concejal de Cartago, por configurarse la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

¹⁶ La información sobre el número de habitantes del municipio de Barrancabermeja fue consultada en la página web oficial del DANE, en http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/proyepobla06_20/Municipal_area_1985-2020.xls.

2.4. La inhabilidad invocada

El numeral 4° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, prohíbe:

“Artículo 43. Inhabilidades. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital: (...) 4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito (...)”

Según esta disposición, los elementos que conforman la inhabilidad para ser elegido como Concejal son:

- Elemento de parentesco o vínculo: que exista vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con un funcionario.
- Elemento temporal: que el referido funcionario haya ejercido autoridad dentro de los 12 meses anteriores a la elección.
- Elemento espacial o territorial: que la autoridad se haya ejercido en el respectivo municipio o distrito.
- Elemento objetivo o de autoridad: que haya un ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar en las condiciones anteriores.

2.5. Caso concreto

Para resolver el problema jurídico anteriormente formulado, la Sala estudiará cada uno de los elementos mencionados de la inhabilidad contenida en el numeral 4° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

2.5.1. Hechos aceptados por las partes

En la contestación de la demanda presentada en el proceso 2015-1496, el apoderado de la señora Mónica María Orozco Vélez aceptó que su poderdante es hermana de la señora Alejandra Orozco Vélez y que esta última persona se posesionó, en encargo, como Secretaria de Despacho, Código 020, Grado 05 de la Secretaría de Salud de la Planta Global de la Administración del Municipio de Cartago, Valle del Cauca, a partir del 1º de julio de 2015.¹⁷

2.5.2. Finalidad de la inhabilidad

La inhabilidad de ejercicio de autoridad por parte de pariente es una de esas causales que se encuentra vigente como prohibición para el acceso a casi todos los cargos de elección popular. En tal escenario, y aun cuando no se trate de la elección de la persona que detenta y ejerce la autoridad civil, política, administrativa o militar, su propósito es el de evitar que el candidato se valga de las prerrogativas de su pariente so pena de comprometer la igualdad en la contienda electoral frente a sus contendores.

Sobre la finalidad de esta causal ha concluido la Sección:

“ese apoyo mutuo que se podían brindar los parientes generaba un desbalance en el contexto político electoral colombiano, que si bien tenía como justificación ejercer el derecho fundamental de acceso al poder político (art. 40 ib), se hacía con un inmenso sacrificio (sic) del derecho a la igualdad y por supuesto del principio de transparencia, ya que no era claro que el éxito que eventualmente se ignora en los (sic) urnas fuera el fruto de un capital electoral propio sino más bien ajeno, endosado para esos únicos fines y no para consolidar un proyecto ideológico o político. Sin dejar de lado, por supuesto, que con el nepotismo se pone en serio riesgo el pulcro ejercicio de la función administrativa, en particular su imparcialidad (art. 209 ib), en la medida que por esa relación de parentesco o familiaridad del servidor público puede actuar o dejar de hacerlo inspirado por motivos que no atienden el interés general”¹⁸.

En el mismo sentido:

¹⁷ Al respecto se manifestó en la contestación de la demanda (folio 180 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1496):

AL PRIMER HECHO: Es cierto que MONICA MARÍA OROZCO VÉLEZ fue registrada en la notaria primera de Cartago y que es hija de William Orozco Cardona y Aleyda Vélez Orrego.

AL SEGUNDO HECHO: Es cierto que ALEJANDRA OROZCO VÉLEZ fue registrada en la notaria primera de Cartago y que es hija de William Orozco Cardona y Aleyda Vélez Orrego. (...)

AL SÉPTIMO HECHO: Es cierto que Alejandra Orozco Vélez, el 1 de julio de 2015 tomo (sic) posesión como Secretaria de Salud en calidad de “Encargada” por 3 meses.”

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 22 de octubre de 2009, número interno 2008-00014.

“Las causales previstas en los artículos 179-5 de la Constitución Política y 33-5 de la Ley 617 de 2000, que son las que ocupan la atención de la Sala, fueron consagradas con la finalidad de depurar la democracia colombiana, evitando el nepotismo y per se que los servidores investidos de autoridad lo utilizaran para favorecer intereses de personas de su núcleo familiar, con quienes tienen lazos de parentesco en los grados allí señalados, conducta que de no ser prevenida rompería con el principio de imparcialidad, empeñaría el proceso político electoral y comprometería de manera grave el derecho a la igualdad de oportunidades de los candidatos para acceder al ejercicio de funciones y cargos públicos, inclinando la balanza a favor de sus allegados, facilitando así la propagación de dinastías electorales familiares”¹⁹.

2.5.3. Elemento de parentesco o vínculo con funcionario

La doctrina especializada ha considerado sobre el vínculo como elemento configurativo de la inhabilidad objeto de estudio que *“para que se estructure 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 o en el respectivo departamento, municipio o distrito –según lo que le diga la norma de cada cargo- donde se llevará a cabo la elección y dentro del plazo que indique el régimen correspondiente”²⁰.*

Debido a que el apoderado de la parte demandada aceptó como hechos que las señoras Mónica María Orozco Vélez y Alejandra Orozco Vélez son hermanas, es decir que tienen un parentesco de consanguinidad en segundo grado, y que ésta última es una funcionaria pública debido a que se posesionó en el cargo de Secretaria de Salud del municipio de Cartago, lo que se puede corroborar a partir de los registros civiles de nacimiento²¹ y el acta de posesión²² obrantes en el expediente, este elemento se encuentra configurado.

2.5.4. Elemento temporal

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 4 de junio de 2009, número interno 2007-00376.

²⁰ OSORIO CALDERÍN, Ana Carolina, Manual de Inhabilidades Electorales. Editorial Ibañez, 2012. Bogotá D.C., pp. 111 y 112.

²¹ Ver folios 11 y 12 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1496; y 17 y 18 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1487.

²² Ver folios 25 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1496; y 19 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1487.

Frente a este punto, el numeral 4° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, es claro en su redacción y establece que, para efectos de la configuración de la causal de inhabilidad, es necesario que la persona con la cual se tenga el vínculo al que nos hemos referido en el numeral anterior, haya ejercido autoridad dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha en la que tuvo lugar la elección.

Pues bien, como en el presente caso las elecciones territoriales en las que se eligieron a gobernadores, alcaldes, diputados y concejales se realizaron el pasado 25 de octubre de 2015, ha de concluirse que el periodo inhabilitante terminó ese día y empezó el 25 de octubre de 2014.

Este elemento también se encuentra configurado en el *sub judice*, toda vez que el apoderado de la demandada aceptó como hecho que la señora Alejandra Orozco Vélez se posesionó el 1° de julio de 2015, es decir dentro del período inhabilitante, como Secretaria de Salud del municipio de Cartago, lo cual se puede corroborar a partir de la respectiva acta de posesión obrante en el expediente.²³

2.5.5. Elemento territorial o espacial

Ahora bien, sobre el elemento territorial consagrado en el numeral 4° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, se encuentra que sólo es necesario que la autoridad se “ejerza” en el respectivo municipio o distrito.

Por lo tanto, en el presente caso, para que se configure el elemento espacial en el caso objeto de estudio, es preciso que la autoridad se ejerza al interior del municipio correspondiente a la corporación para la cual fue elegida la demandada.

Este elemento también se configura en el *sub judice*, toda vez que la señora Alejandra Orozco Vélez fue nombrada, en encargo, como Secretaria de Salud del municipio de Cartago, misma entidad territorial para la cual la demandada fue elegida como Concejal.

2.5.6. Elemento objetivo o de autoridad

²³ Ver *Ibidem*.

De acuerdo con el numeral 4° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, para que se configure esta inhabilidad se requiere demostrar que el pariente del demandado “*haya ejercido*” autoridad civil, política, administrativa o militar.

En relación con este elemento de la inhabilidad, la Sección ha reconocido que se puede materializar aún en aquellos casos en los cuales la autoridad es ejercida en una situación administrativa de encargo.

Así se sostuvo en la sentencia de 06 de mayo de 2013, caso análogo al que ocupa actualmente la Sala, en la cual se confirmó la providencia que había declarado la nulidad de la elección del Gobernador de Caldas por violación de la inhabilidad prevista en el numeral 5° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, cuyos términos son similares a la inhabilidad objeto de discusión en el *sub judice*.

En dicho caso, se concluyó que la citada inhabilidad se había configurado porque se demostró que la esposa del demandado había sido nombrada en encargo, dentro del período inhabilitante, como Secretaria de Hacienda de un municipio comprendido en el departamento para el cual el demandado había sido elegido como Gobernador.

En relación con el ejercicio de autoridad en situaciones administrativas de encargo en el referido precedente la Sala manifestó lo siguiente:

“4.5. Tratamiento de la jurisprudencia a la inhabilidad configurada en una situación administrativa de encargo

A diferencia de los demás elementos configurativos de la causal, éste, ha sido objeto de particular interpretación por la parte demandada. Primero, porque a manera de comentario general consideran que se trata de una situación precaria que no conlleva ni traslada al funcionario encargado, la totalidad de las atribuciones y responsabilidades derivadas de las funciones ahora a su cargo. (...)

La situación del encargo está consagrada en el artículo 25 de la Ley 909 de 2004. Pues bien, según lo dicho por esta Sección, se concluye que dicha situación administrativa sí puede configurar la causal de inhabilidad alegada.

Esta Sala sobre el particular concluyó:

“En contraposición a la anterior tesis, esta Sala sostiene que con el ejercicio del cargo, **a cualquier título, se configura la inhabilidad**, vale decir, no solo cuando se ejerce en propiedad sino también **mediante otra forma de provisión**, como por ejemplo, en provisionalidad, en comisión o por encargo, porque la norma hace referencia al ejercicio y no a la titularidad del cargo.

[...]

El concepto de encargo trae implícito el desempeño de funciones constitucionales y legales asignadas al titular, como lo ha afirmado esta Corporación en forma reiterada²⁴. Así se pronunció al respecto:

“El encargo implica de por sí para quien lo asuma, el desempeño de las funciones propias del empleo para el cual se ha producido el encargo, en forma parcial o total de las mencionadas funciones, según lo señale el acto administrativo que lo confiere sin que se requiera por dicha razón, de una delegación de funciones. **Ha de entenderse, asimismo, que si el acto que confiere el encargo no establece expresamente qué clase de funciones puede ejercer la persona en el empleo para el cual ha sido encargada, ella está en capacidad de cumplir todas aquellas funciones propias o inherentes del cargo que se va a desempeñar temporalmente^{25,26}.**

De esta manera, si bien la situación en la que se encontraba la señora Jaramillo Hurtado, especialmente por la categoría del cargo que ocupaba con antelación a su encargo, pudiera no coincidir exactamente con la de la situación fáctica de la sentencia citada atrás, lo relevante de las conclusiones a las que en su oportunidad llegó la Sección es que para efectos de la configuración de la causal resulta irrelevante el título jurídico con el que se detenta la función o el cargo, de forma que, **“a cualquier título, se configura la inhabilidad**, vale decir, no solo cuando se ejerce en propiedad sino también **mediante otra forma de provisión**, como por ejemplo, en provisionalidad, en comisión o por encargo, **porque la norma hace referencia al ejercicio y no a la titularidad del cargo²⁷.**

Sobre el punto, la siguiente es la línea jurisprudencial:

	<i>¿Es necesario para configurar la inhabilidad que el cargo cuyas funciones implican autoridad se ejerza en propiedad?</i>	
<i>A cualquier título,</i>		<i>Solamente se</i>

²⁴ Ver sentencias del 21 de abril de 1992, 9 de septiembre del mismo año y del 2 de noviembre de 1995, de la Sección Segunda, Expedientes 4134, 3526 y 5672, respectivamente. Magistrados ponentes Alvaro Lecompte Luna y Dolly Pedraza de Arenas.

²⁵ Primera sentencia antes citada.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejero Ponente Dr. Roberto Medina López, sentencia de 5 de octubre de 2001, número de radicación 11001-03-28-000-2001-0003-01(2463).

²⁷ *Ibidem*.

<i>se configura la inhabilidad, no solo cuando se ejerce en propiedad sino también mediante cualquier forma de provisión, como por ejemplo, en provisionalidad, en comisión o por encargo.</i>	<i>X Auto de 13 de enero de 1994 Rad. 1090 C.P. Amado Gutiérrez Velásquez</i>	<i>configura la inhabilidad cuando la persona que ejerció autoridad lo hizo en un cargo ocupado en propiedad.</i>
	<i>X Sentencia de 5 de octubre de 2001 11001-03-28-000-2001-00003-01 (2463) C.P. Roberto Medina López</i>	
	<i>X Sentencia de 17 de febrero de 2005 2700123-31-000-2003-000764-02 (3441) C.P. María Nohemí Hernández</i>	
	<i>X Sentencia de 14 de julio de 2005 17001-23-31-000-2003-01538-01 (3681) C.P. Reinaldo Chavarro Buriticá</i>	
	<i>X Sentencia de 13 de octubre de 2005 68001-23-15-000-2004-02812-01 (3816) C.P. Reinaldo Chavarro Buriticá</i>	
<i>X Sentencia de 29 de enero de 2009 76001-23-31-000-2007-01606-01 C.P. Mauricio Torres Cuervo</i>		

(...)²⁸

De acuerdo con este precedente, en el presente caso no le asiste razón al recurrente cuando afirma que la hermana de la demandada no ejerció autoridad

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 17001-23-31-000-2011-00637-01(Acumulado). Sentencia de 06 de mayo de 2013. Demandado: Guido Echeverry Piedrahíta.

administrativa en virtud de su nombramiento en encargo como Secretaria de Salud de Cartago, por considerar que durante dicha situación administrativa la señora Alejandra Orozco Vélez no se desprendió de las funciones propias del cargo que venía ejerciendo antes de tal designación provisional.²⁹

En efecto, como se desprende del precedente citado, la situación administrativa del encargo trae implícito el desempeño de las funciones constitucionales y legales asignadas al titular del cargo, razón por la cual en el *sub judice* debe entenderse que las funciones propias del cargo de Secretario de Salud pasaron a ser ejercidas por la señora Alejandra Orozco Vélez en virtud del encargo realizado.

Por lo tanto, la Sala entrará a analizar si el ejercicio del cargo de Secretario de Salud conlleva el ejercicio de autoridad administrativa.

De acuerdo con el criterio orgánico establecido en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, entre los funcionarios que pueden ejercer dirección administrativa se encuentran los secretarios de la alcaldía:

“ARTICULO 190. DIRECCION ADMINISTRATIVA. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales. (...).”
(Subrayado y resaltado en negrilla por fuera del texto original)

Así mismo, del análisis de las funciones del cargo de Secretario de Salud del municipio de Cartago contenidas en el Decreto 010 de 10 de marzo de 2015, expedido por el Alcalde de esta entidad territorial,³⁰ se destacan las siguientes que implican el ejercicio de autoridad administrativa:

“1. Formular el Plan de Salud Territorial, y el plan operativo anual, de acuerdo con los lineamientos establecidos en el Plan Nacional de Salud (...)

2. Formular, ejecutar y evaluar el Plan de salud pública municipal y el Programa Ampliado de Inmunizaciones (...)

3. Dirigir, coordinar y controlar las direcciones a su cargo.

²⁹ De acuerdo con las contestaciones de la demandas, la señora Alejandra Orozco Vélez, antes de ser nombrada en encargo como Secretaria de Salud de Cartago, ejercía el cargo de Profesional Universitaria.

³⁰ Ver folios 105 a 111 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1487.

4. Aplicar los procedimientos de vigilancia y control a los organismos del Sistema de Salud Pública y Seguridad Social en Salud del Municipio de Cartago, relación con la prestación de los servicios de promoción de la salud y prevención de la enfermedad. (...)

7. Orientar y supervisar el funcionamiento del Hospital Local de Cartago – Empresa Social del Estado y demás instituciones que presten servicios de Salud en el Municipio. (...)

9. Gestionar la celebración de los contratos de aseguramiento de la población pobre subsidiada del Municipio y realizar los procesos de interventoría de acuerdo con la normatividad vigente, los convenios y contratos suscritos con los diferentes sectores (sic) del SGSSS. (...)

11. Planear, orientar, coordinar, ejecutar, evaluar y controlar los planes de desarrollo de las comunidades, especialmente en los sectores vulnerables, en materia de seguridad alimentaria y nutrición de los niños vinculados al Sistema Educativo Municipal, según la normatividad, político y directriz del Ministerio de Salud y Protección Social. (...)

14. Conocer, divulgar, vigilar y controlar el cumplimiento de las políticas, programas y normas técnicas, científicas y administrativas que expida el Ministerio de Salud y Protección Social, para garantizar el logro de las metas del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las de inspección, vigilancia y control de salud pública y sanitaria en el municipio. (...)

18. Gestionar el recaudo, flujo y ejecución de los recursos con destinación específica para salud del municipio, y administrar el Fondo Local de Salud.

19. Evaluar el desempeño laboral de los funcionarios de carrera administrativa y en período de prueba a su cargo de acuerdo a las disposiciones legales vigentes y las directrices de la Comisión Nacional de Servicio Civil. (...)”

Consecuentemente la Sala concluye que al traer la situación administrativa de encargo implícitas las anteriores funciones, la señora Alejandra Orozco Vélez, en su calidad de Secretaria de Salud Encargada del municipio de Cartago, ejercía autoridad administrativa.

Ahora bien, en el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada contra la sentencia de primera instancia se insiste en que la señora Alejandra Orozco Vélez no ejerció autoridad administrativa porque según una certificación expedida por el Secretario de Desarrollo Humano de Cartago las

funciones de contratación y del manejo de personal de los funcionarios de planta de la Alcaldía se encuentran en cabeza del Alcalde.

Para la Sala este argumento resulta infundado, pues como se evidenció previamente, tanto desde el punto de vista orgánico, según lo dispuesto en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, como a partir de la naturaleza de las funciones propias del cargo señaladas en el Decreto 010 de 10 de marzo de 2015, las cuales no se circunscriben a la celebración de contratos o manejo de personal, sino que se extienden a aspectos tales como la inspección, vigilancia y control de las de las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud en el municipio, se puede concluir que el ejercicio del cargo de Secretaria de Salud de Cartago lleva implícito el ejercicio de autoridad administrativa.

Realizadas las anteriores precisiones, la Sala estudiará si para la configuración de la inhabilidad objeto de discusión, como lo sostiene el recurrente, se requiere que la pariente de la demandada haya ejercido materialmente la autoridad durante el período en el cual fue nombrada en dicho cargo.

En el precedente anteriormente citado de 06 de mayo de 2013, la Sección concluyó que para la configuración de la inhabilidad originada en el ejercicio de autoridad por parientes, no se requiere el ejercicio material de las funciones propias del cargo para que se pueda predicar la existencia de la autoridad, sino que este requisito se debe tener como demostrado si las solas funciones atribuidas al cargo implican el ejercicio de autoridad.

Al respecto señaló la Sección en el referido precedente, el cual se citará en extenso debido a su relevancia para el caso concreto:

“Sobre el punto, la parte demandada ha propuesto a la Sala ir más allá de la revisión en abstracto de las funciones de un cargo, para en su lugar, revisar el detalle del ejercicio material de autoridad por parte de la señora Jaramillo Hurtado. La anterior petición la encuentran justificada bajo el argumento de que el derecho a elegir y ser elegido se erige como uno de tipo fundamental y por lo tanto, debe tenerse como referente, en todos los casos que lo involucren, una interpretación “pro homine”, en la que se privilegien los criterios garantistas o menos restrictivos, de forma que no prime la técnica jurídica frente a los valores y principios de la Carta, pues lo contrario, a su juicio, generaría un resultado abiertamente injusto.

Tradicionalmente, el elemento de autoridad ha sido interpretado por esta Corporación, de manera que pudiera catalogarse como objetiva. Veamos:

*“(...) si bien el criterio orgánico no permite configurar la causal de inhabilidad en estudio cuando se ha anulado el acto de designación o de elección del pariente o allegado del demandado, porque se ha borrado del mundo jurídico ese referente por virtud de la nulidad declarada, por parte del criterio funcional sí es posible hacerlo, ya que la causal de inhabilidad se basa en el ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento, **lo que bien puede darse por establecido con la mera titularidad de las funciones inherentes al cargo respectivo, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Sección, no es menester demostrar el ejercicio de tales competencias, sino que la persona las tuvo. En efecto, se ha dicho:***

*“El apelante adujo como motivo de inconformidad con el fallo, que no se había probado el ejercicio de la autoridad administrativa en el desempeño del cargo analizado, y que por el contrario la certificación expedida por el responsable de la liquidación del INCORA indicaba que el demandado no había ejecutado recursos de inversión de esa entidad en el municipio de Viterbo, ni celebró contrato alguno con el mismo. **Este argumento plantea la disyuntiva de si la inhabilidad examinada se configura cuando material y efectivamente el empleado público ha ejercido las funciones que denotan autoridad administrativa o si basta con que el empleo desempeñado las tenga asignadas.***

Es evidente que el sentido de la norma estudiada viene dada tanto por la finalidad que persigue como por su coherencia con el resto del ordenamiento, sobre todo en el nivel constitucional. En efecto, su “telos” es garantizar la igualdad de trato de los candidatos a ser elegidos alcaldes, así como los derechos políticos a elegir y ser elegidos sin interferencias no autorizadas por el ordenamiento, derechos todos de carácter fundamental. Tal garantía se consagra, en el caso que nos ocupa, frente a la posibilidad de que alguno de los candidatos, dentro de un periodo anterior a la elección, haya podido influir sobre los electores a través del desempeño de un empleo al que se haya asignado jurisdicción o determinadas formas de autoridad, lo que le otorgaría una ventaja frente a los demás.

Desde una perspectiva hermenéutica finalística y sistemática como la enunciada es evidente que para que un empleado influya a los potenciales electores con la autoridad de que dispone no es condición necesaria que ejerza materialmente las funciones que tiene asignadas; V.gr., un funcionario con competencias disciplinarias o con facultades de libre nombramiento y remoción, puede influir sobre sus subalternos y los allegados de éstos sin hacer nombramientos o declarar insubsistencias, es decir, sin hacer uso de esas facultades, pues la estabilidad de los empleados depende precisamente de que no las use. De igual modo, quien tiene la posibilidad de revocar un acto o de variar una decisión o una

*política influye sobre aquellos interesados en sostenerlas, precisamente mediante una abstención. **A lo anterior se suma que quien tiene autoridad legal para tomar determinadas decisiones, puede generar expectativas e incluso promesas que tienen la virtualidad de mover la voluntad de los interesados que conocen de su poder para concretarlas, aunque de hecho no lo haga. Obviamente la forma más visible de influencia es la que se produce mediante actos positivos, pero no necesariamente la más eficaz.***

La tesis anterior está implícita en muchas decisiones de ésta Sección en casos como el presente, al declarar la nulidad de actos de declaración de elecciones a partir de la ubicación jerárquica del cargo, el tipo de las funciones del mismo y el grado de autonomía funcional del empleado, deducidos del análisis de las normas que las regulan y no de las pruebas sobre el ejercicio material de tales funciones en el respectivo municipio.³¹

Evidentemente si solo se configura la inhabilidad con la prueba del ejercicio real de tales funciones resulta contrario a la garantía constitucional de la igualdad de trato que la ley debe a los ciudadanos que ejercen su derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, pues permitiría que algunas personas hagan uso de su autoridad a través de la abstención en el ejercicio de sus competencias, del otorgamiento de promesas, o la generación de expectativas, induciendo o imponiendo determinados comportamientos a los electores, influencia que los demás candidatos no tienen^{32,33}. (Negritas propias del texto original).

En idéntico sentido esta Sala ha concluido que:

En síntesis, frente al ejercicio de autoridad concluye la sentencia que:

“(…) para establecer si un funcionario se halla investido de autoridad civil o política, o si cuenta con dirección administrativa, es necesario acudir a dos criterios fundamentales. Uno de ellos corresponde al criterio orgánico, por virtud del cual el legislador entiende que determinados funcionarios de la administración, pertenecientes a niveles superiores de la misma, se hallan revestidos de esas prerrogativas, las que a nivel local están dadas a los alcaldes, los secretarios de despacho, jefes de departamento administrativo, gerentes de entidades descentralizadas y jefes de unidades administrativas especiales; llevando lo anterior al nivel seccional es claro que bajo ese criterio orgánico lo mismo se puede predicar de los gobernadores, sus secretarios de despacho y demás jefes o gerentes de las

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 5 de junio de 2003, expediente No. 3090.

³² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de Julio 14 de 2005. Expediente: 170012331000200301538-01 (3681). Actor: Procurador Regional de Caldas. Demandado: Alcalde de Viterbo.

³³ Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejera Ponente Dra. María Nohemí Hernández Pinzón, sentencia de 11 de junio de 2009, número de radicación 68001-23-15-000-2007-00677-02.

entidades precitadas, a quienes no les resulta extraño el ejercicio de la autoridad que se examinan.

De otra parte, lo que igualmente viene a determinar si un funcionario ejerce autoridad civil o política, o dirección administrativa, viene a ser el criterio funcional. Así, son las funciones que efectivamente desempeñe un servidor público las que pueden reconocerle el ejercicio de esas facultades, las que como lo dice el propio legislador corresponden al poder de dictar medidas de política y hacerlas cumplir incluso con el auxilio de la fuerza pública, ser ordenador de gasto, tener poder de nominación o poder disciplinar al personal bajo su mando.

Sobre esta doble característica que identifica a quienes detentan esos poderes ha dicho la jurisprudencia de la sección:

*“El ejercicio de autoridad administrativa como hecho que configura la inhabilidad prevista en el artículo 95, numeral 8º, de la Ley 136 de 1994, se refiere al desempeño de un cargo público que otorga a su titular poder de mando, facultad decisoria y dirección de asuntos propios de la función administrativa que se dirigen al funcionamiento del aparato administrativo. En tales circunstancias, corresponde al juez determinar en cada caso concreto si un servidor público ejerce o no autoridad administrativa, en consideración con el análisis de dos elementos fácticos. **De una parte, debe estudiarse el carácter funcional del cargo; o dicho de otro modo, debe averiguar qué tipo de funciones tiene asignadas y, de otro lado, debe analizar el grado de autonomía en la toma de decisiones, esto es, la estructura orgánica del empleo. De tal manera que si las funciones y el diseño jerárquico del cargo le otorgan a su titular potestad de mando, de dirección y autonomía decisoria, se podría concluir que el servidor público ejerce autoridad administrativa**^{34,35}.*

Las anteriores citas nos obligan a concluir que la interpretación de la expresión “hayan ejercido” a que se refiere la causal de inhabilidad objeto de estudio, no implica ni conlleva la realización de actuaciones específicas y concretas que evidencien, por parte del funcionario pariente, el ejercicio material de las funciones a él atribuidas.

En suma, para la Sala Electoral, la autoridad se tiene como ejercida con el solo requisito de demostrar que las funciones atribuidas al cargo la implican, de forma que, la misma, se ejerce por el solo hecho de detentarla.

Sobre el punto, la siguiente es la línea jurisprudencial:

	¿Cuál es la interpretación de la	
--	----------------------------------	--

³⁴ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia del 28 de febrero de 2002. Radicación: 27001-23-31-000-2000-0934-01 (2804). Actor: Clímaco Maturana Pino. Demandado: Alcalde del Municipio de Quibdó. C.P. Dr. Darío Quiñones Pinilla.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejera Ponente Dra. María Nohemí Hernández Pinzón, sentencia de 17 de febrero de 2005, número de radicación 27001-23-31-000-2003-00764-02(3441).

	<i>expresión “hayan ejercido” a que se refiere la causal de inhabilidad objeto de estudio?</i>	
<p><i>La autoridad se tiene como ejercida con el solo requisito de demostrar que las funciones atribuidas al cargo la implican, de forma que, la misma, se ejerce por el solo hecho de detentarla.</i></p>	<p>X <i>Sentencia de 5 de junio de 2003 73001-23-31-000-2000-03653-02(3090) C.P. Darío Quiñones Pinilla</i></p> <p>X <i>Sentencia de 17 de marzo de 2005 47001-23-31-000-2004-00014-01(3505) C.P. Filemón Jiménez Ochoa</i></p> <p>X <i>Sentencia de 14 de julio de 2005 17001-23-31-000-2003-01538-01 (3681) C.P. Reinaldo Chavarro Buriticá</i></p> <p>X <i>Sentencia de 6 de octubre de 2005 23001-23-31-000-2003-01333-02(3727) C.P. Darío Quiñones Pinilla</i></p> <p>X <i>Sentencia de 28 de febrero de 2008 11001-03-28-000-2006-00062-00 (3996-3998) C.P. Mauricio Torres Cuervo</i></p> <p>X <i>Sentencia de 11 de junio de 2009 20001-23-31000-2002-00225-02 C.P. Mauricio Torres Cuervo</i></p>	<p><i>Es necesario el ejercicio material de las funciones y corresponde al actor demostrarlo.</i></p>

(...)³⁶

De conformidad con este precedente, se concluye que en el *sub judice* se encuentra acreditado el elemento de autoridad previsto en la inhabilidad consagrada en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, toda vez que no se requería demostrar que la pariente de la demandada hubiera ejercido materialmente autoridad administrativa durante el período en el cual ejerció el cargo de Secretaria de Salud Encargada del municipio de Cartago, sino que el ejercicio de la autoridad se desprende de la naturaleza de las funciones propias del cargo.

En resumen, se concluye sin ambages que en el presente caso se encuentra demostrado en el proceso que la señora Alejandra Orozco Vélez ejercía autoridad administrativa porque: (i) al haber sido nombrada en encargo como Secretaria de Salud del municipio de Cartago, dicha situación administrativa trajo implícito el desempeño de las funciones constitucionales y legales asignadas al titular del cargo; (ii) de acuerdo con el artículo 190 de la ley 136 de 1994 y la naturaleza de las funciones del cargo de Secretario de Salud del municipio de Cartago, se desprende que este cargo conlleva el ejercicio de autoridad administrativa; y, (iii) para que se predique el ejercicio de la autoridad administrativa, no se requería demostrar que la hermana de la demandada hubiera ejercido materialmente o efectivamente las funciones asignadas al cargo.

2.5.7. Aplicación del principio *pro homine* en el caso concreto

En el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, el apoderado de la señora Mónica María Orozco Vélez solicitó la aplicación del principio *pro homine*, con el fin de que la inhabilidad consagrada en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, sea interpretada de tal manera que signifique la menor restricción de los derechos de la demandada.

Recientemente la Sala tuvo la oportunidad de realizar las siguientes precisiones en sentencia de unificación jurisprudencial sobre el alcance del principio *pro homine* en materia electoral:

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 17001-23-31-000-2011-00637-01(Acumulado). Sentencia de 06 de mayo de 2013. Demandado: Guido Echeverry Piedrahíta.

“Es importante señalar que el sistema democrático se funda, entre otros, en los principios de transparencia, igualdad y legitimidad institucional, que imponen desde la perspectiva de la función asignada al juez electoral su defensa.

En esa tarea, lo lógico es que este juez esté llamado a resolver las tensiones que se generan entre los valores y principios propios del sistema democrático y los derechos de quien, en ejercicio de las reglas que fija ese sistema, resulta como titular de cierta porción del poder estatal. Tensión que en el marco de las funciones asignadas a este juez, no puede ser resuelta bajo la lógica de la prevalencia de los derechos del elegido, en tanto ha de entenderse que, para que aquellos -los derechos del elegido- se materialicen, necesariamente primero ha de lograrse la pervivencia del sistema democrático pues, de no respetarse éste, la garantía y realización de aquellos se hace imposible.

Dentro de esta lógica, antes que la realización del derecho subjetivo a ser elegido, el juez de lo electoral está obligado, frente al ejercicio de la función electoral bien por parte del pueblo mediante el sufragio o de los diversos órganos estatales que tienen asignada dicha potestad, a hacer compatibles los principios en que se funda el Estado democrático con todo el sistema de principios y valores constitucionales, en donde su análisis no puede tener como fin último o único la prevalencia de los derechos del elegido, en los que, seguramente para lograr la pervivencia y eficacia del sistema democrático, estos pueden resultar limitados.

*En ese orden de ideas, para la efectiva realización de la democracia, se requiere que, con fundamento en los parámetros constitucionales, el Estado y los individuos cumplan y observen sus presupuestos -entendidos como esos requisitos formales y materiales para el acceso a un cargo o función pública que la norma fundamental ha fijado-, razón por la que no es posible subordinar sus fundamentos a la realización exclusiva de los derechos fundamentales del elegido, pues estos solo se pueden satisfacer cuando previamente se han observado los supuestos para la realización de la democracia, entendida esta como principio y valor fundante del Estado colombiano. **Por ello es que no puede perderse de vista que, el acto electoral antes que el derecho del elegido, es el derecho del elector y que, por ende, en esta materia el principio pro homine opera a favor del segundo y no del primero, lo que se traduce en pro hominum (humanidad), pro electoratem (electorado) o pro sufragium (electores).**”³⁷*

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta del Consejo de Estado. Expediente 11001-03-28-000-2015-00051-00. Sentencia de 07 de junio de 2016. Demandada: Oneida Rayeth Pinto Pérez.

Consecuentemente, no es de recibo el argumento expuesto por el recurrente según el cual la causal de inhabilidad objeto de discusión en el presente caso deba ser interpretada en favor de la demandada, puesto que en materia electoral deben primar los derechos de los electores y el fortalecimiento de la democracia sobre los derechos de los elegidos.

2.5.8. De los reproches contra la parte resolutive de la sentencia recurrida

De acuerdo con lo expuesto, al igual que el *a quo*, la Sala considera que se encuentran configurados los elementos de la inhabilidad consagrada en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Ahora bien, en la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, el apoderado de la demandada formuló dos reproches contra lo dispuesto en la parte resolutive de dicha providencia judicial: (i) en primer lugar, cuestionó que simplemente se hubiera declarado la nulidad de la elección de la demandada y no se hubiera ordenado expresamente la nulidad parcial del acto contentivo de dicha elección; y, (ii) en segundo lugar, que se hubiera ordenado la elección del siguiente candidato con el mayor número de votos y la expedición de la respectiva credencial, por no tratarse el *sub judice* de un proceso electoral de carácter objetivo.

En lo concerniente al primer reproche, la Sala considera que la orden impartida por el Tribunal, consistente en declarar nula la elección de la demandada como Concejal de Cartago, para el período 2016-2019, lleva implícita la nulidad parcial del acto contentivo de dicha elección, razón por la cual ésta fue impartida adecuadamente.

En relación con el segundo reproche, la Sala considera que deben revocarse los numerales tercero y cuarto de la parte resolutive de la decisión recurrida por los siguientes motivos:

Las consecuencias de la declaratoria de nulidad en el medio de control de nulidad electoral están reguladas en el artículo 288 del C.P.A.C.A., norma que dispone lo siguiente:

“ARTICULO 288. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DE ANULACION. Las sentencias que disponen la nulidad del acto de elección tendrán las siguientes consecuencias:

1. Cuando se declare la nulidad del acto de elección por la causal señalada en el numeral 1 del artículo 275 de este Código se ordenará repetir o realizar la elección en el puesto o puestos de votación afectados.

Si los actos de violencia afectaron el derecho de voto a más del veinticinco (25) por ciento de los ciudadanos inscritos en el censo de una circunscripción electoral, se ordenará repetir la elección en toda la circunscripción.

2. Cuando se anule la elección, la sentencia dispondrá la cancelación de las credenciales correspondientes, declarar la elección de quienes finalmente resulten elegidos y les expedirá su credencial, si a ello hubiere lugar. De ser necesario el juez de conocimiento practicará nuevos escrutinios.

3. **En los casos previstos en los numerales 5 y 8 del artículo 275 de este Código, la nulidad del acto de elección por voto popular implica la cancelación de la respectiva credencial que se hará efectiva a la ejecutoria de la sentencia.**

4. Cuando la nulidad del acto de elección sea declarada con fundamento en la causal 6 del artículo 275 de este Código, se anularán únicamente los votos del candidato o candidatos respecto de quienes se configure esta situación y no afectará a los demás candidatos.

Si como consecuencia de lo resuelto debiere practicarse por el juez, tribunal o por el Consejo de Estado un nuevo escrutinio, se señalará en la misma sentencia día y hora para ello. Este señalamiento no podrá hacerse para antes del segundo día hábil siguiente al de la ejecutoria del fallo ni para después del quinto, contado en la misma forma. Estos términos podrán ampliarse prudencialmente cuando para la práctica de la diligencia fuere necesario allegar documentos que se encuentren en otras dependencias. En tal caso se dispondrá solicitarlos a la autoridad, funcionario o corporación en cuyo poder se encuentren, a fin de que los envíen a la mayor brevedad posible, bajo pena de multa de quince (15) a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes por toda demora injustificada, sin perjuicio de que se envíen copias de las piezas pertinentes del expediente a las autoridades competentes con el fin de que se investiguen las posibles infracciones a la legislación penal.

Corresponderá al Consejo de Estado ejecutar las sentencias que ordenen la práctica de un nuevo escrutinio, cuando hubieren sido dictadas en procesos de que conoce esta entidad en única instancia. En los demás casos la ejecución corresponderá al juez o tribunal que hubiere dictado el fallo de

primera instancia. Estas reglas se aplicarán igualmente cuando se trate de la rectificación total o parcial de un escrutinio.

PARAGRAFO. *En los casos de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y de escrutinios, la autoridad judicial que haga el nuevo escrutinio expedirá el acto de elección y las respectivas credenciales a quienes resulten elegidos y, por el mismo hecho, quedarán sin valor ni efecto las expedidas a otras personas.” (Resaltado en negrilla y subrayado por fuera del texto original)*

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3º de esta norma, en las sentencias que dispongan la nulidad del acto de elección por causales subjetivas, el Juez debe ordenar la nulidad del acto y la cancelación de la respectiva credencial que se hará efectiva a la ejecutoria de la sentencia, sin que sea posible ordenar la elección de quienes resulten finalmente elegidos, consecuencia prevista en el numeral 2º para los procesos de nulidad electoral por causales objetivas.

Por tal razón, en atención a lo dispuesto en el artículo 288 del C.P.A.C.A. y a que la causal de nulidad electoral invocada en el *sub judice* es de carácter subjetivo, la Sala revocará los numerales de la parte resolutive de la sentencia recurrida en los que se dispuso ordenar la elección del señor Camilo Andrés Castillo Gutiérrez y la entrega de la correspondiente credencial.

2.5.9. Efectos de la declaratoria de nulidad del acto acusado

El artículo 288 del CPACA, norma especial electoral, se ocupa de las consecuencias de la sentencia de anulación electoral, y en lo que respecta a la anulación de elecciones por vicios subjetivos, como la que nos ocupa, dispone: *“Las sentencias que disponen la nulidad del acto de elección tendrán las siguientes consecuencias: (...) 3. En los casos previstos en los numerales 5 y 8 del artículo 275 de este Código, la nulidad del acto de elección por voto popular implica la cancelación de la respectiva credencial que se hará efectiva a la ejecutoria de la sentencia”.*

Sin embargo, nada dice el artículo en comento en relación con los efectos de la anulación, pues no dispone si aquellos serán hacia el futuro -desde ahora o *ex nunc*- o hacia el pasado -desde siempre o *ex tunc*-, por ello, corresponde al juez electoral, ante la ausencia de norma que los establezca, fijar los efectos de sus

decisiones anulatorias, como ya lo anticipó esta Sección en reciente Sentencia de Unificación, pero para los eventos de expedición irregular³⁸.

Para la Sala, en tratándose de nulidades electorales por vicios subjetivos -causales 5 y 8 del artículo 275 del CPACA-, los efectos anulatorios retroactivos no son compatibles con el ordenamiento jurídico³⁹, de forma que aceptar una ficción jurídica según la cual se genera inexistencia del acto con ocasión de su nulidad, crea una ruptura con la realidad material y jurídica, que resulta en contra del sistema democrático mismo.

De conformidad con lo anterior, en atención al precedente expuesto por la Sala en Sentencia del 26 de mayo de 2016 y a que en la sentencia recurrida no se fijaron los efectos de la nulidad declarada y puso fin al proceso, corresponde a la Sala fijar los efectos de dicha providencia.

Ahora, habrá de entenderse que, al menos en materia electoral, la regla general sobre los efectos de la declaratoria de nulidades subjetivas, es que **aquellos serán hacia el futuro -ex nunc- en consideración a la teoría del acto jurídico que distingue entre la existencia, validez y eficacia, como escenarios distintos del acto -administrativo o electoral-; y en respeto a la “verdad material y cierta”, por encima de la mera ficción jurídica.**⁴⁰

Dicha regla podrá ser variada, caso a caso, por el juez electoral, dependiendo del vicio que afecte la elección y en atención a las consecuencias de la decisión en eventos en los que aquellas puedan afectar las instituciones y estabilidad democrática⁴¹.

En este contexto, por tratarse de la sentencia que puso fin al proceso, debe aclararse que **los efectos anulatorios de la sentencia recurrida serán hacia el futuro o ex nunc.** De conformidad con lo anterior, y para todos los efectos legales, se tiene que la demandada ostentó la calidad de Concejal de Cartago,

³⁸ Cfr. Sentencia de 26 de mayo de 2016. Demandado: Secretario de la Comisión Sexta del Senado de la República. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Exp. 2015-00029.

³⁹ Cfr. Auto de 3 de marzo de 2016. Demandado: Gobernador de Caldas. Exp. 2016-00024. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁴⁰ En similar sentido, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta del Consejo de Estado. Expediente 11001-03-28-000-2015-00051-00. Sentencia de 07 de junio de 2016. Demandada: Oneida Rayeth Pinto Pérez.

⁴¹ Cfr. Fallo de 6 de octubre de 2011. Demandados: Magistrados del CNE. Exp. 2010-00120. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

desde su posesión en tal dignidad, y la mantendrá, hasta la ejecutoria de esta sentencia.

Por esta razón, se modificará el numeral primero de la parte resolutive de la decisión recurrida, con el fin de que se señale que los efectos de la declaratoria de nulidad allí ordenada serán ex nunc, es decir hacia futuro.

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

3. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en la audiencia inicial realizada el 10 de mayo de 2016, por las razones expuestas en esta providencia, así: ***“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de la elección de la señora Mónica María Orozco Vélez como Concejal del Municipio de Cartago, Valle del Cauca, para el período comprendido entre el 1º de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2019. Esta nulidad tendrá efectos ex nunc.”***

SEGUNDO: REVOCAR los numerales tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en la audiencia inicial realizada el 10 de mayo de 2016, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CUARTO: ADVERTIR que contra esta providencia no procede recurso alguno.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Presidenta
Aclaro voto

ROCIO ARAUJO OÑATE
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

ACLARACION DE VOTO

Consejera: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá D.C., veintisiete de julio de dos mil dieciséis.

ACLARACION DE VOTO - efectos ex nunc de la sentencia de nulidad electoral. Apoyo del fallo en antecedentes que no se pronunciaron en ese contexto.

Con el acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en la decisión de la Sala con la cual fue modificada el numeral 1º de la parte resolutive de la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, para modular los efectos del fallo al dejar expresa decisión que se entienden *ex nunc*.

Considero que en realidad el soporte argumentativo de la decisión, a partir de la cita de antecedentes proferidos por la Sala Electoral, no contiene el efecto que dice esta decisión y, así lo manifesté en el debate previo a la adopción de la decisión.

En efecto, el antecedente de 26 de mayo de 2016 (sentencia), con ponencia del Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicado 201500029, en el que se discutió la legalidad de la elección de uno de los Secretarios del Congreso, tan solo y por efectos de *praxis* administrativa, esbozó en la parte considerativa (*obiter dicta*) un

interesante manejo de las posibilidades a tener en cuenta, en los casos en los que la irregularidad se predique de las convocatorias que inciden y dan lugar finalmente a la nulidad del acto declaratorio de elección, todo a partir del conocimiento comprobado del momento preciso en el cual emerge el vicio que incide en el acto definitivo de elección; pero, en momento alguno, se asumió la competencia de modulación de los efectos de la sentencia. Y ello encuentra mayor soporte en el hecho de que la sentencia fue denegatoria de pretensiones, así que por sustracción temática, no puede decirse que se trató de un manejo del mecanismo modulativo, que es predicable o aplicable de las decisiones que retiran del ordenamiento jurídico el acto electoral o administrativo, según se trate del medio de control empleado, pero no del que lo mantiene incólume.

Por otra parte, observada la totalidad del contenido del auto de suspensión provisional de los efectos del acto declaratorio de elección del Gobernador de Caldas, adiado el 3 de marzo de 2016, con ponencia de la suscrita, radicado 2016-00024, lo cierto es que ni en su parte considerativa ni resolutive, se indicó, en decir de la providencia objeto de aclaración que: “*los efectos anulatorios retroactivos no son [sean] compatibles con el ordenamiento jurídico*” y, mientras ello no quede en el *corpus* de la decisión, como *obiter dicta* o *ratio decidendi*, es inviable que se invoque como apoyo lo que no quedó documentado y materializado. Menos aún, de ello no podría derivarse la inclinación a abogar por la aplicación de los efectos *ex nunc* de un fallo, en tanto, tradicionalmente, los jueces se comunican a través de sus providencias.

En los anteriores términos, dejo consignada mi aclaración de voto.

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ
Consejera de Estado