

ACCION ELECTORAL - Acumulación de pretensiones / INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES - No se pueden acumular en una misma demanda vicios fundados en causales subjetivas con objetivas / INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES POR ACUMULACION DE CAUSALES DE NULIDAD OBJETIVAS Y SUBJETIVAS - No opera en las demandas en que se impugne la legalidad de actos de nombramiento y de elección por cuerpos colegiados / INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES POR ACUMULACION DE CAUSALES DE NULIDAD OBJETIVAS Y SUBJETIVAS - Opera únicamente para las elecciones por voto popular / CAUSALES OBJETIVAS DE NULIDAD - Son irregularidades en el proceso de votación y escrutinio

El artículo 236A del Decreto 01 de 1984, modificado por el 104 de la Ley 1395 de 2010, aplicable al caso concreto (que reprodujo el 281 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) señala que “en una misma demanda no pueden acumularse causales de nulidad relativas a vicios en las calidades, requisitos e inhabilidades del elegido o nombrado, con las que se funden en irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio”. Con fundamento en dicha norma, tanto la parte demandada como el Ministerio Público (éste en segunda instancia) sostuvieron que no se pueden acumular causales que la jurisprudencia ha denominado subjetivas (calidades, requisitos e inhabilidades del elegido o nombrado) con las objetivas (vicios en el proceso de elección y escrutinio) pues deben fallarse en procesos separados. Pero la Sala pone de presente que la finalidad del legislador cuando introdujo la mencionada prohibición en la reforma contenida en la Ley 1395 de 2010, fue la adopción de medidas en materia de descongestión judicial, para evitar la dilación de la decisión en los procesos electorales en que se pretenda la nulidad de las elecciones populares, pues al admitir simultáneamente cargos de nulidad por causales subjetivas y objetivas, la resolución de las primeras quedaba sujeta a la de las objetivas, que por su complejidad requieren tiempos más largos para su decisión, dada la pluralidad de demandados, el tipo de irregularidades y la exigencia en el tema probatorio, que implican estudios más complejos. La norma, por demás, reprodujo el concepto de “irregularidades en el proceso de votación y escrutinio”, al que hizo referencia el Acto Legislativo 01 de 2009, artículo 8, para referirse al requisito de procedibilidad para las elecciones de carácter popular. Por tanto, cuando no se trate de la nulidad de elecciones que tengan su origen en el voto popular, resulta admisible la acumulación en una misma demanda de causales objetivas y subjetivas para ser resueltas en un mismo proceso. Esta interpretación impide tener como procedente la excepción de indebida acumulación de pretensiones que propuso el demandado, así como la nulidad del proceso que impetró el Agente del Ministerio Público, por cuanto si bien la demanda 2012-00066 se acumularon causales de carácter subjetivo y objetivo, la elección que se acusa no tuvo origen en el voto popular.

NOTA DE RELATORIA: Auto de 18 de abril de 2013, Rad. 2012-00052-00 y 2012-00057-00; M.P. Alberto Yepes Barreiro, Sección Quinta.

INHABILIDAD DE CONTRALOR - Parentesco con diputado / INHABILIDAD DE CONTRALOR POR PARENTESCO - Prohibición de designar parientes en la respectiva entidad territorial / CONTRALOR DE CARTAGENA - No estaba inhabilitado por el hecho que su hermano fuese diputado de la Asamblea de Bolívar / ENTIDAD Y CIRCUNSCRIPCION TERRITORIAL - Diferencias / INHABILIDAD - Su interpretación es de carácter restrictivo

Se señaló en las demandas que de conformidad con el inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 el demandado no podía ser elegido Contralor del Distrito

de Cartagena de Indias para el período 2012-2015, porque un hermano suyo, el señor Carlos Enrique Félix Monsalve, era Diputado del Departamento de Bolívar. El inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, norma en la cual se fundamentaron las demandas de nulidad, dispone lo siguiente: “Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas” Este segundo inciso de la disposición prohíbe la designación de los parientes de esos servidores (diputados y concejales) como funcionarios de la correspondiente entidad territorial. El concepto entidad territorial no puede confundirse con el de circunscripción territorial, contenido en otras normas y al que ha recurrido el Consejo de Estado para resolver demandas contra la elección de congresistas, que se hacen por voto popular. La norma trascrita, al señalar que determinados parientes de diputados y concejales no puedan ser designados como funcionarios de la respectiva entidad territorial, impone una prohibición que se constituye en inhabilidad. Su razón de ser se funda en la necesidad de procurar la igualdad, moralidad y transparencia en el acceso al ejercicio de la función pública, garantizando que la designación no obedezca a beneficiar al pariente o, esto es, impedir que la investidura de los diputados y concejales se utilice para favorecer los intereses de su núcleo familiar en el ámbito territorial donde tiene jurisdicción, respectivamente, esto es, en el Departamento o en el Municipio, situación que podría acarrear que se incurriera en nepotismo, lo cual está proscrito. Entonces, en este orden de ideas se tiene que un pariente del gobernador no puede ser elegido en el respectivo Departamento. Un pariente de un diputado tampoco puede ser elegido en el respectivo Departamento. Un pariente del alcalde distrital o de un concejal del distrito no puede ser elegido en el respectivo Distrito. Un pariente de un alcalde municipal o concejal municipal no puede ser elegido en el respectivo municipio. O de sus entidades descentralizadas. A contrario sensu, un pariente del gobernador o del diputado sí puede ser designado o elegido en un empleo o cargo que pertenezca al municipio capital de departamento o a otro, o en entidad descentralizada de esos niveles. Pretender darle a la norma un alcance extensivo de que la prohibición se refiere a la circunscripción departamental o distrital implicaría variarle su sentido y hacerla más restrictiva, situación que no es de recibo tratándose de una limitante al derecho fundamental de participar en la conformación del poder político manifestado en el acceso al desempeño de cargos públicos. Además, y por la misma razón las inhabilidades son de carácter restrictivo. En esta perspectiva la Sala coincide con el análisis que en el sub examine hizo el Tribunal a-quo en la sentencia apelada y con el concepto del agente del Ministerio Público en segunda instancia, en el sentido que la inhabilidad del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificado por las Leyes 821 de 2003 y 1148 de 2007, está referida al sector central y descentralizado del departamento, entendimiento que está precedido de la lógica en tanto es en esos ámbitos donde podría tener injerencia el diputado. Extenderla a los municipios o distritos que territorialmente comprenden el departamento sería contrariar el querer del legislador que de manera expresa la circunscribió, para el caso de los Diputados que es el tema en estudio, al respectivo departamento. Igualmente y como ya se señaló, constituiría un limitante ilegítimo al ejercicio del derecho fundamental de participar en la conformación del poder político. En consecuencia, el Contralor de Cartagena, ternado por el Tribunal Administrativo de Bolívar y elegido por el Concejo del Distrito, no estaba inhabilitado por el hecho de que su hermano fuese Diputado de la Asamblea de Bolívar, pues no fue elegido en “el respectivo departamento” donde su hermano se desempeñaba como Diputado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 13001-23-31-002-2012-00069-00

Actor: LUIS JAVIER SANTANA CARABALLO Y OTRO

Demandado: CONTRALOR DEL DISTRITO DE CARTAGENA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación que interpusieron el demandado y el demandante José María Caballero Salgado contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar de 1 de octubre de 2012, mediante la cual se declararon no probadas las excepciones y se negaron las pretensiones de las demandas.

I. ANTECEDENTES

1.- Demandas

Se presentaron dos demandas contra la elección del Contralor Distrital de Cartagena de Indias, que dieron origen a los procesos 2012-00066 y 2012-00069, que el Tribunal Administrativo de Bolívar acumuló el 26 de julio de 2012.

Ante la gran similitud (casi identidad) de las pretensiones de ambas demandas, se transcriben las del proceso 2012-00066¹, así:

“PRIMERA: Que es **NULO** el acto del **CONCEJO DEL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS**, expedido en su sesión del día 10 de enero de 2012 y que consta en el acta de sesión **número 008** de la misma fecha, de esa corporación administrativa, a través del cual se eligió como **CONTRALOR** de la referida entidad territorial la Doctor **MARIO ANDRES DE JESUS FELIZ MONSALVE**, identificado con cédula de

¹ Que corresponde a la demanda del demandante que apeló.

ciudadanía número 8.853.594, para el periodo Constitucional y legal 2012-2015/2016.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, el Honorable Tribunal deje sin efecto la elección y posesión del señor **MARIO FELIZ MONSALVE** y **ordene una nueva elección** de Contralor del Distrito de Cartagena de Indias, para el periodo constitucional y legal 2012-2015/2016, y se disponga la reconfirmación de la terna designada para llevar a cabo la elección inicial del titular del cargo de control fiscal en referencia, con el fin de dar cumplimiento al artículo **272 inciso 4 de la Constitución Política**, para lo cual se oficiará al honorable Tribunal Administrativo de Bolívar a efectos de que elija y postule un nuevo candidato.

TERCERA: Que se notifique y/o comunique al honorable Concejo del Distrito de Cartagena de Indias la decisión de declaratoria de nulidad del acto de elección del Doctor **MARIO ANDRES DE JESUS FELIZ MONSALVE**, emitido por esa corporación administrativa, como Contralor de la señalada entidad territorial, para el periodo Constitucional y legal **2012-2015/2016**, con el fin de que dicha Corporación proceda a realizar una nueva elección, previo reemplazo del antes mencionado, en la terna conformada para llevar a cabo la elección inicial del titular del cargo de control fiscal de la referencia”

Los fundamentos de **hecho de las demandas** se sintetizan así:

El Tribunal Administrativo de Bolívar escogió al doctor Mario Andrés de Jesús Félix Monsalve como integrante de la terna para Contralor del Distrito de Cartagena de Indias para el período 2012-2015.

El señor Milciades Garcés Argel el 29 de diciembre de 2011 solicitó al Concejo del Distrito de Cartagena abstenerse de elegir al señor Mario Andrés Félix Monsalve, por considerar que se encontraba inhabilitado para ser Contralor Distrital, en razón al vínculo de parentesco en segundo grado de consanguinidad que tiene con el diputado de la Asamblea Departamental de Bolívar, Carlos Enrique Félix Monsalve. Por su parte, el señor José Rafael Beltrán Moreno radicó el día 4 de enero de 2012 ante el Concejo del Distrito de Cartagena de Indias, copia de la solicitud de control previo que elevó ante el Procurador General de la Nación en relación con la elección de Contralor Distrital de Cartagena, por la misma circunstancia.

Que no obstante las advertencias sobre la citada prohibición legal, el 10 de enero de 2012 los concejales eligieron al señor Mario Andrés de Jesús Félix Monsalve Contralor Distrital de Cartagena.

Además, en la demanda de José María Caballero Salgado se señaló que en la sesión en la que se eligió al Contralor, se presentaron dos escritos de recusación contra algunos concejales, de los cuales solo se tramitó uno, ignorándose el otro por una supuesta extemporaneidad sustentada en que fue recibido a las 10:20 a.m. por el secretario del Concejo Distrital, sin haberse refrendado con algún sello. Pero que para esa hora no se había realizado la elección, por lo que tal recusación era válida, y no existe norma que indique que un documento recibido por una Corporación deba tener la firma de un determinado funcionario y un sello para ser tramitado.

Que de haberse aceptado las recusaciones, 2 concejales estarían impedidos para votar, afectando el quórum deliberatorio y decisorio.

Normas violadas y concepto de violación

*En la demanda **2012-00069** se sostuvo que la elección del demandado como Contralor del Distrito de Cartagena de Indias contravino el inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 (modificado por los artículos 1 de la Ley 821 de 2003, 1 de la Ley 1148 de 2007 y 1 de la Ley 1296 de 2009) y el condicionamiento que hizo la Corte en sentencias C-331 de 2004 y C-903 de 2009, por ser hermano del diputado de la Asamblea Departamental de Bolívar Carlos Enrique Félix Monsalve. Que éste ejercía sus competencias en el Departamento de Bolívar del que hace parte el Distrito de Cartagena de Indias, por lo que se configura la prohibición prevista en el inciso 2 del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, en armonía con la parte resolutive de las sentencias C-311 de 2004 y C-903 de 2009.*

Que el ámbito territorial dentro del cual los diputados ejercen funciones corresponde al área de los municipios y distritos que conforman el respectivo departamento, en este caso en el Distrito de Cartagena para el que el doctor Mario Andrés Félix Monsalve fue electo Contralor, hecho que demuestra la ilegalidad de esta elección.

En la demanda 2012-00066 el señor José María Caballero Salgado propuso igualmente el cargo anterior y afirmó además que el acto de elección del demandado como Contralor Distrital de Cartagena debe ser declarado nulo por violación del debido proceso y haber sido expedido de forma irregular, por cuanto una vez se presentaron las recusaciones en la sesión del Concejo del 10 de enero de 2012 debió suspenderse para darles trámite y resolverlas de fondo, como lo indica el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, uno de los escritos se ignoró de manera ilegal e irresponsable, pues la recusación fue recibida en el Concejo Distrital y estaba en manos del Secretario antes de considerar el punto relativo a la elección del Contralor, lo que descarta la extemporaneidad alegada por el órgano administrativo.

2.- Contestación de las demandas

El señor Mario Andrés Félix Monsalve a través de apoderado judicial dio respuesta a las demandas y se opuso a las pretensiones, así:

a.- Sobre la inhabilidad. Esta no existe, pues los concejales de municipios o distritos y/o los diputados tienen inhabilidades respecto de sus parientes, pero el grado de consanguinidad que señala la norma superior es distinto de consagrado en la ley, en tanto que en la Constitución Política se fija hasta el segundo grado y en la Ley 617 de 2000 se extiende hasta el cuarto. Que la inhabilidad es respecto del departamento, distrito o municipio, es decir, la inhabilidad se refiere a los diputados sobre toda la entidad territorial de su competencia, tanto en el orden central, como en el descentralizado, y no se puede extender al ámbito distrital para el caso de Cartagena.

Sostuvo que: i) ni la Constitución ni la Ley contemplan la inhabilidad para el Contralor Distrital; ii) el distrito de Cartagena de Indias y el departamento de Bolívar son entidades territoriales diferentes, iii) el distrito de Cartagena de Indias hace parte del departamento de Bolívar pero no depende administrativa, presupuestal ni financieramente de éste; iv) los diputados del departamento de Bolívar no tienen incidencia sobre los concejales del distrito de Cartagena; v) los diputados no intervienen en el nombramiento del Contralor Distrital de Cartagena.

Que el Tribunal Administrativo de Bolívar realizó un estudio completo de las calidades, aptitudes e inhabilidades de los ternados para Contralor Distrital de Cartagena, sin encontrar razón válida para abstenerse de nominar a quien fue electo. Que por solicitud de la Procuraduría General de la Nación, el Departamento Administrativo de la Función Pública conceptuó que el señor Mario Andrés Félix Monsalve no se encontraba inhabilitado para ser elegido Contralor Distrital de Cartagena de Indias.

b. Sobre la violación al debido proceso y la expedición irregular del acto. Sostuvo que no existió la supuesta omisión en el trámite de la recusación, porque el escrito del ciudadano Jorge Quintana Sosa no se allegó conforme al manual de archivo y correspondencia del Concejo Distrital de Cartagena, que rige la forma de radicar y recibir los documentos, para garantizar transparencia y seguridad. Ello quedó acreditado con el acta de la sesión del 10 de enero de 2012 en la cual se eligió al Contralor, en la que consta que cuando inició la sesión había un documento formalmente recibido y otro que no lo estaba, los cuales correspondían, en su orden, a una recusación protocolariamente entregada a la Unidad de Archivo y Correspondencia del Concejo Distrital y otra que no agotó el conducto regular, razón por la que los Concejales, de manera unánime, decidieron que no se diera lectura a la recusación que no reunía los requisitos de ingreso. Pero que de todas maneras, ese documento no constituía una recusación.

Que el único legitimado para alegar una posible irregularidad en el trámite de la recusación era la persona que la presentó, ciudadano Jorge Quinta Sosa, quien no es el demandante.

También propuso como excepción la de indebida acumulación de pretensiones, al considerar que conforme al artículo 236 del C. C. A., no se pueden acumular en una misma demanda, causales objetivas y subjetivas de nulidad de los actos administrativos de elección, como lo hizo el demandante al acumular pretensiones referentes a vicios en las calidades, requisitos e inhabilidades del aspirante a contralor, con supuestas irregularidades en el proceso de votación y elección.

3.- Sentencia recurrida

Aceptados los impedimentos de dos Magistrados del Tribunal -fls 131 y 133-, para conocer del proceso de nulidad de la elección del Contralor Distrital por haber

participado en su nominación, la Sala en sentencia de 1 de octubre de 2012 negó las pretensiones de las demandas acumuladas.

a.- En relación con el primer cargo consistente en la violación del régimen de prohibiciones previsto en el inciso 2 del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, por parentesco entre el Contralor Distrital electo y un diputado de la Asamblea Departamental de Bolívar, concluyó que no se configuraba la causal de inhabilidad.

Que si bien el artículo 49 de la Ley 617 de 2000 fija una prohibición hasta el segundo grado de consanguinidad “para la designación como funcionarios de algunos parientes de diputados y concejales cuando estos no actúan como nominadores o han intervenido en la designación de quien actúa como nominador”, en el caso no se configuraron los presupuestos de la prohibición alegada porque el orden territorial dentro del cual el diputado Carlos Enrique Félix Monsalve ejerce funciones es departamental, en tanto que la elección y designación del señor Mario Andrés Félix Monsalve fue del orden distrital.

Que por tanto, la condición de diputado del señor Carlos Enrique Félix Monsalve no puede inhabilitar a su hermano para que ejerza un cargo en el nivel distrital. En ese sentido se compartió lo expuesto por el Ministerio Público quien señaló que las restricciones a las que hace alusión el inciso 2 del artículo 49 la Ley 617 de 2000 se deben entender respecto de la misma entidad territorial: municipio, distrito o departamento en donde el diputado o concejal, alcalde o gobernador, miembro de la junta local municipal o distrital tenga injerencia, tal como lo conceptuó la Dirección Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública, en virtud de la solicitud hecha por el Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales².

Por otra parte, señaló que en la elección del Contralor Distrital de Cartagena, los diputados no actúan como nominadores y tampoco intervienen en la designación de los magistrados de los Tribunales Superiores o del Contencioso Administrativo quienes integran la terna de donde el Concejo Distrital eligió contralor.

² Radicación No. 2012-206-000153.

Que no obstante el parentesco de consanguinidad entre el diputado de la Asamblea Departamental de Bolívar y el contralor de Cartagena, no se configuró la inhabilidad alegada por tratarse de entidades territoriales distintas.

b.- En relación con el cargo por violación del debido proceso y expedición irregular del acto acusado (artículo 29 de la Constitución Política y 84 del C.C.A.), por presunta omisión en el trámite de una recusación contra dos concejales, se indicó que en el Acta 008 de la sesión del martes 10 de enero de 2012 del Concejo Distrital de Cartagena de Indias, consta que se dio trámite y se resolvió de fondo la recusación que se presentó oportunamente.

Pero que el escrito que presentó el señor Jorge Quintana en el que dijo recusar a dos concejales, no contaba con el sello de recibido de la corporación y fue allegado cuando ya se había iniciado la sesión. Aún así se puso en conocimiento del pleno de la Corporación, que decidió no leer el documento toda vez que el manual de correspondencia y archivo de la misma dispone que las comunicaciones oficiales dirigidas a ésta y que son de su competencia “Deberían ingresar obligatoriamente a través de la unidad de correspondencia” con el propósito de oficializar su trámite.

Conforme con lo anterior, el a-quo consideró que el Concejo Distrital de Cartagena en la sesión citada no incurrió en irregularidad al no resolver sobre lo planteado por el señor Jorge Quintana, al ser extemporáneo y no haberse recibido por los canales formales.

4.- Recursos de apelación

En su escrito de apelación el demandante José María Caballero Salgado reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

También apeló la decisión el apoderado del demandado Mario Andrés Félix Monsalve, por considerar que la excepción de indebida acumulación de pretensiones no se resolvió en debida forma, pues el fallo no se pronunció sobre el particular. En consecuencia, solicitó que se declare probada dicha excepción y se mantenga la decisión de denegar las pretensiones de la demanda.

5.- Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

Afirmó que la prohibición consagrada en el inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 hace referencia a situaciones en las cuales los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales tengan injerencia, según sus competencias legales. Por tanto, la prohibición a que hace referencia el numeral 2 del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, en el caso concreto, se circunscribe a situaciones relacionadas con la correspondiente entidad territorial donde el diputado Carlos Enrique Félix Monsalve tenga injerencia, es decir, el departamento -referido a la Gobernación- y demás entidades departamentales, pero no en el distrito.

Por otra parte consideró que se presentó indebida acumulación de pretensiones en la demanda 2012-00066-00, pues se alegaron causales de nulidad electoral subjetiva y objetiva, lo cual viola lo dispuesto en el artículo 236 literal A del C.C.A., razón por la que se debe declarar la nulidad de todo lo actuado en dicho proceso (folio 229 c. 2).

En su criterio el demandante carecía de legitimación por activa, pues no fue quien agotó la vía gubernativa a través de la recusación que presentó ante el Concejo Distrital.

Finalmente señaló debe tenerse por inexistente la alegada recusación que presentó el señor Jorge Quintana, por cuanto el documento que la contiene no se allegó conforme al procedimiento establecido en el Manual de Archivo y Correspondencia del Concejo Distrital de Cartagena, que regula el trámite referente a la entrega de la documentación, razón por la cual, el documento de recusación no puede tenerse como legal y válidamente ingresado ni puede producir efectos jurídicos (fl. 233-234 c. 2).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

La competencia de la Sección para conocer de esta acción electoral en segunda instancia está fijada por lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso

Administrativo (Decreto 01 de 1984), modificado por la Ley 446 de 1998, artículo 37; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

2.- Sobre las excepciones

a.- Indebida acumulación de causales de nulidad electoral

El artículo 236A del Decreto 01 de 1984, modificado por el 104 de la Ley 1395 de 2010, aplicable al caso concreto (que reprodujo el 281 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) señala que “en una misma demanda no pueden acumularse causales de nulidad relativas a vicios en las calidades, requisitos e inhabilidades del elegido o nombrado, con las que se funden en irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio”.

Con fundamento en dicha norma, tanto la parte demandada como el Ministerio Público (éste en segunda instancia) sostuvieron que no se pueden acumular causales que la jurisprudencia ha denominado subjetivas (calidades, requisitos e inhabilidades del elegido o nombrado) con las objetivas (vicios en el proceso de elección y escrutinio) pues deben fallarse en procesos separados.

Pero la Sala pone de presente que la finalidad del legislador cuando introdujo la mencionada prohibición en la reforma contenida en la Ley 1395 de 2010, fue la adopción de medidas en materia de descongestión judicial, para evitar la dilación de la decisión en los procesos electorales en que se pretenda la nulidad de las elecciones populares, pues al admitir simultáneamente cargos de nulidad por causales subjetivas y objetivas, la resolución de las primeras quedaba sujeta a la de las objetivas, que por su complejidad requieren tiempos más largos para su decisión, dada la pluralidad de demandados, el tipo de irregularidades y la exigencia en el tema probatorio, que implican estudios más complejos.

La norma, por demás, reprodujo el concepto de “irregularidades en el proceso de votación y escrutinio”, al que hizo referencia el Acto Legislativo 01 de 2009, artículo 8, para referirse al requisito de procedibilidad para las elecciones de carácter popular.

Por tanto, cuando no se trate de la nulidad de elecciones que tengan su origen en el voto popular, resulta admisible la acumulación en una misma demanda de causales objetivas y subjetivas para ser resueltas en un mismo proceso³.

Esta interpretación impide tener como procedente la excepción de indebida acumulación de pretensiones que propuso el demandado, así como la nulidad del proceso que impetró el Agente del Ministerio Público, por cuanto si bien la demanda 2012-00066 se acumularon causales de carácter subjetivo y objetivo, la elección que se acusa no tuvo origen en el voto popular.

b.- Falta de legitimación en la causa por activa

En criterio del agente del Ministerio Público de segunda instancia, existe falta de legitimación por activa para instaurar una de las demandas electorales, pues la persona que “agotó la vía gubernativa” a través de la recusación que presentó ante el concejo distrital no es la misma que demandó en la acción electoral.

La Sala señala que el único requisito de procedibilidad que existe en materia electoral es el que contempla el parágrafo del artículo 237 de la Constitución Política, referido a las elecciones de carácter popular y cuyo conocimiento corresponde al Consejo Nacional Electoral, requisito que, por cierto, nada tiene que ver con la legitimación en la causa, pues, como tuvo oportunidad de indicarlo esta Sección⁴, quien agota dicha exigencia no tiene que ser la misma persona llamada a instaurar la demanda electoral.

Resueltas estas cuestiones previas, entra la Sala a resolver los problemas jurídicos que plantean las demandas de la referencia.

3.- Análisis de los cargos

a. Primer cargo: Inhabilidad del demandado por parentesco con Diputado de Bolívar

³ Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 18 de abril de 2013, exp. 201200052-00 y 201200057-00; M.P. Alberto Yepes Barreiro.

⁴ Entre otras, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 11001032800020100004500 y 11001032800020100004600 (Acumulados), C.P. Susana Buitrago Valencia (E) y sentencia de 10 de mayo de 2013, exp. 11001032800020100006500 (Acumulados), C.P. Alberto Yepes Barreiro.

Se señaló en las demandas que de conformidad con el inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 el demandado no podía ser elegido Contralor del Distrito de Cartagena de Indias para el período 2012-2015, porque un hermano suyo, el señor Carlos Enrique Félix Monsalve, era Diputado del Departamento de Bolívar.

La relación de parentesco entre el demandado, señor Mario Andrés Félix Monsalve, y el señor Carlos Enrique Félix Monsalve quedó demostrada con las copias de los registros civiles de nacimiento de cada uno de ellos, que dan cuenta que son hijos de la señora Luz Dary Monsalve Escobar y del señor Enrique Félix Pérez (fls. 12 y 13).

Y la condición de Diputado de Bolívar del señor Carlos Enrique Félix Monsalve se acreditó con el formulario E-26AS que declaró la elección de los miembros de la Asamblea de Bolívar para el período 2012-2015 (fls. 50 y 51).

El inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000⁵, norma en la cual se fundamentaron las demandas de nulidad, dispone lo siguiente:

*“Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad⁶, primero de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios **del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas**”*

Este segundo inciso de la disposición prohíbe la designación de los parientes de esos servidores (diputados y concejales) como funcionarios de la correspondiente entidad territorial. El concepto entidad territorial no puede confundirse con el de circunscripción territorial, contenido en otras normas y al que ha recurrido el Consejo de Estado para resolver demandas contra la elección de congresistas, que se hacen por voto popular.

⁵ [Modificado por el artículo 1 de la Ley 821 de 2003, el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007 y el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009.](#)

⁶ La norma original señalaba “cuarto grado de consanguinidad”, expresión que fue declarada exequible en forma condicionada en sentencias C-311 de 2004 y C-903 de 2008, en el sentido de que debe entenderse respecto del segundo grado de consanguinidad, como lo establece el inciso segundo del artículo 292 de la Constitución Política.

La norma trascrita, al señalar que determinados parientes de diputados y concejales no puedan ser designados como funcionarios de la respectiva entidad territorial, impone una prohibición que se constituye en inhabilidad.

Su razón de ser se funda en la necesidad de procurar la igualdad, moralidad y transparencia en el acceso al ejercicio de la función pública, garantizando que la designación no obedezca a beneficiar al pariente o, esto es, impedir que la investidura de los diputados y concejales se utilice para favorecer los intereses de su núcleo familiar en el ámbito territorial donde tiene jurisdicción, respectivamente, esto es, en el Departamento o en el Municipio, situación que podría acarrear que se incurriera en nepotismo, lo cual está proscrito.

*La Corte Constitucional en la sentencia C-903 de 2008 al estudiar la Constitucionalidad del artículo 1º (parcial) de la Ley 1148 de 2007 “Por medio de la cual se modifican las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 y se dictan otras disposiciones”, indicó los alcances de esta inhabilidad y señaló que debe interpretarse de manera que su aplicación no resulte en un sacrificio irracional para el acceso de los ciudadanos al ejercicio de los cargos públicos, en atención a que la disposición legal de manera expresa alude al **respectivo** departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, como ámbito de operatividad de la prohibición.*

*Entonces, en este orden de ideas se tiene que un pariente del gobernador no puede ser elegido en el respectivo Departamento. **Un pariente de un diputado tampoco puede ser elegido en el respectivo Departamento.** Un pariente del alcalde distrital o de un concejal del distrito no puede ser elegido en el respectivo Distrito. Un pariente de un alcalde municipal o concejal municipal no puede ser elegido en el respectivo municipio. O de sus entidades descentralizadas. A contrario sensu, un pariente del gobernador o del diputado sí puede ser designado o elegido en un empleo o cargo que pertenezca al municipio capital de departamento o a otro, o en entidad descentralizada de esos niveles.*

Pretender darle a la norma un alcance extensivo de que la prohibición se refiere a la circunscripción departamental o distrital implicaría variarle su sentido y hacerla más restrictiva, situación que no es de recibo tratándose de una limitante al derecho fundamental de participar en la conformación del poder político

manifestado en el acceso al desempeño de cargos públicos. Además, y por la misma razón las inhabilidades son de carácter restrictivo.

En esta perspectiva la Sala coincide con el análisis que en el sub examine hizo el Tribunal a-quo en la sentencia apelada y con el concepto del agente del Ministerio Público en segunda instancia, en el sentido que la inhabilidad del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificado por las Leyes 821 de 2003 y 1148 de 2007, está referida al sector central y descentralizado del departamento, entendimiento que está precedido de la lógica en tanto es en esos ámbitos donde podría tener injerencia el diputado.

Extenderla a los municipios o distritos que territorialmente comprenden el departamento sería contrariar el querer del legislador que de manera expresa la circunscribió, para el caso de los Diputados que es el tema en estudio, al respectivo departamento.

Igualmente y como ya se señaló, constituiría un limitante ilegítimo al ejercicio del derecho fundamental de participar en la conformación del poder político.

*En consecuencia, el Contralor de Cartagena, ternado por el Tribunal Administrativo de Bolívar y elegido por el Concejo del Distrito, **no estaba inhabilitado** por el hecho de que su hermano fuese Diputado de la Asamblea de Bolívar, pues no fue elegido en “el respectivo departamento” donde su hermano se desempeñaba como Diputado.*

b. Segundo cargo: Vulneración del debido proceso y expedición irregular del acto acusado

La demanda del señor José María Caballero Salgado también acusa de ilegal el acto de elección del Contralor Distrital de Cartagena alegando que en el proceso de elección no se dio trámite a las recusaciones presentadas contra dos concejales, conforme quedó registrado en el Acta 008 del 10 de enero de 2012.

Que ese escrito no fue sometido a estudio ni decisión para lo cual se sostuvo que era extemporáneo pues fue recibido a las 10:20 a.m. cuando ya había iniciado la sesión, y que no había sido presentado ante el Secretario del Concejo, como lo señala el reglamento de esa Corporación. Manifiesta el apelante que, sin

embargo, ninguna norma establece tal exigencia respecto del escrito de recusación, razón por la cual la que presentó el señor Jorge Quintana debió ser tramitada y resuelta, y que si se hubiere decidido favorablemente, los 2 concejales no podían votar, situación que afectaba el quórum para deliberar y decidir.

Con base en esos argumentos, el demandante citó como vulnerados el artículo 29 de la Constitución Política, los artículos 184 y 140 del Código de Procedimiento Civil, y el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. Adujo que cuando en cualquier proceso o decisión en curso se presenta una recusación, debe ser suspendido a fin de darle trámite, y que en el evento de omitir tal procedimiento, la decisión queda viciada de nulidad (fls. 10 y 11 c. 2).

Revisado el expediente la Sala aprecia que no obra el escrito al cual se refiere el demandante, que haga posible abordar el análisis de las censuras que atribuye el demandante.

El Tribunal en la sentencia apelada advirtió esta circunstancia. Puso de presente que si bien no era posible examinar y hacer pronunciamiento sobre los reproches del demandante debido a que en el material probatorio del expediente “no obra siquiera en copia simple el escrito de recusación firmado por el señor Jorge Quintana Sosa y que se alega omitió dar trámite el Concejo, en ese sentido, de las pruebas allegadas al expediente no puede esta Corporación determinar si el escrito de recusación fue allegado respetando el procedimiento de recepción de correspondencia establecido por la Corporación, ni mucho (menos) deducir cuál era la finalidad de la recusación, sus destinatarios, o a qué proceso de elección donde intervenían sus destinatarios se dirigía - recuérdese que en la sesión del 10 de enero de 2012 se definía la elección de los cargos de Contralor Distrital, Personero Distrital y Secretario General del Concejo Distrital de Cartagena”, en el Acta 008 del 10 de enero de 2012 del Concejo Municipal de Cartagena, en la que se llevó a cabo la elección demandada se registra que “(...) fue allegado un escrito de recusación suscrito por el señor JORGE QUINTANA, el cual según advirtió el Secretario Ad-hoc de la sesión no contaba con el sello de recibido de la corporación, siendo allegado a las 10.20 a.m., más sin embargo, dicho documento fue puesto en conocimiento de la corporación y sometido a votación de la misma para determinar si se le daba lectura o no (...) ante lo cual el Concejo Distrital de Cartagena con una mayoría de nueve (9) votos decidió no leer el documento (...)”. Que entonces, como dicho escrito no se presentó conforme al procedimiento

interno del Concejo Distrital de Cartagena, la decisión mayoritaria de no darle trámite fue acertada.

En el recurso de apelación el demandante, señor José María Caballero Salgado insistió en que dicha recusación se presentó en forma oportuna y alega que de este da cuenta el Acta 008 del 10 de enero de 2012.

El artículo 177 del Código de Procedimiento Civil es claro en señalar que a las partes incumbe “probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Probar el cargo que planteó contra la legalidad del acto de elección derivado de la no resolución de fondo de un escrito de recusación era carga que a él le competía.

En relación con este tema esta Sala ha sostenido:

“(…)

la noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba -verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida-”⁷.

*En dicho precedente jurisprudencial se agrega que la carga de la prueba “**es un principio de autorresponsabilidad para las partes**”, derivado de la actividad probatoria que despliegan en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician o la contraprueba de aquellos que pueden perjudicarlas, “las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo”.*

En el presente caso ocurrió que con la demanda el demandante no aportó el escrito de recusación en que se fundó el cargo de violación al debido proceso del acto de elección del demandado como Contralor Distrital de Cartagena de Indias.

⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 26 de noviembre de 2012, Rad. 2010-0096 y otros, M.P. Susana Buitrago Valencia.

El Tribunal no la decretó en esos términos pues estimó que otros documentos obrantes en el expediente acumulado permitirían esclarecer el punto que se pretendía probar con la copia del escrito de recusación.

Este auto fue notificado este auto por estado el 30 de julio de 2012 y respecto de tal decisión el demandante no lo recurrió manifestando inconformidad respecto a la negativa de decretar tal prueba. Tampoco se opuso al auto en cuanto cerró el período probatorio y corrió traslado para alegar. Por esta inactividad no puede ahora vía apelación enmendar su inercia probatoria.

Para esta Sala a fin de abordar el reproche sobre la presunta irregularidad que el demandante (ahora apelante) atribuye al acto de elección, fundado en que el escrito de recusación que presentó el señor Quintana contra dos concejales no tuvo el trámite de ley que le correspondía, no basta la alusión al tema que contiene el Acta N° 08 de 10 de enero de 2012 sobre la recusación, pues ese solo registro no permite determinar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que fue presentada y el trámite previo que se le dio a la solicitud.

Y el oficio que en copia simple aportó el accionante con el recurso de apelación no puede ser valorado por la Sala en esta instancia, que consiste en revisar lo decidido por el a-quo bajo las circunstancias y las pruebas que obraron en la primera instancia.

En este orden de ideas y conforme a lo expuesto se confirmará la sentencia apelada.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1º de octubre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. PUBLIQUESE.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Presidente

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Consejera

Con salvamento de voto

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero

Con salvamento de voto

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Conjuez

GABRIEL DE VEGA PINZON

Conjuez