

## **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION - Valoración del requisito en acciones públicas y especialmente en la electoral / DEMANDA ELECTORAL - Valoración del requisito de normas violadas y concepto de la violación / INTERPRETACION DE LA DEMANDA - Valoración del requisito de normas violadas y concepto de la violación en acciones públicas**

Es cierto que el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., consagra como uno de los requisitos formales de la demanda “indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación”, pero ese deber de fundamentación de la acusación debe valorarse en el contexto de las acciones públicas, más cuando este escenario corresponde a una acción electoral que claramente atañe a una de las proyecciones del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político previsto en el artículo 40 Superior, en especial lo referido a la “Interpo[sición de] acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”. Así, por tratarse de una acción pública que va detrás de la protección del orden jurídico, que puede ser instaurada por cualquier persona, resulta razonable que la Sala prohíje la tesis de que la estrictez en la apreciación de su configuración formal no sea lo predominante. Aquí cobra todo su vigor el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial (art. 228), ya que el operador jurídico debe hacer todo lo posible para que las demandas sean sustancialmente despachadas y no para que sea a través de un fallo meramente formal que se le de una respuesta judicial a un problema jurídico con trascendencia social, sin que ello implique la sustitución de la demanda, pues hasta allá no se puede llevar la facultad interpretativa del juez.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 137 NUMERAL 4

## **NEPOTISMO - Concepto y alcance de la prohibición / INHABILIDADES POR PARENTESCO - Finalidad**

Para el constituyente de 1991 fue imperativo controlar el fenómeno del nepotismo, consistente en la “Desmedida preferencia que algunos dan a sus parientes para las concesiones o empleos públicos”, y que a nivel interno se vio reflejado en el empleo que al poder derivado del Estado le daban algunos para favorecer las aspiraciones políticas y el acceso al ejercicio de las funciones públicas de sus familiares, afectándose con ello desde los fines esenciales del Estado –“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación” (art. 2 C.P.)-, el principio de igualdad (art. 13 ib) y por supuesto el derecho fundamental que tiene todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, con el cual bien puede postularse a los cargos de elección popular o acceder al desempeño de cargos y funciones públicas (art. 40 num. 1 y 7). 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 del derecho a la igualdad y por supuesto del principio de transparencia, ya que no era claro que el éxito que eventualmente se lograra en los 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 el servidor público puede actuar o dejar de hacerlo inspirado por motivos que no atienden al interés general.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el nepotismo o inhabilidades por parentesco, Corte Constitucional, sentencias C-373 de 1995 y C-142 de 2001.

**NOMBRAMIENTOS - Prohibición de hacerlos respecto de parientes en entidades del nivel territorial y desconcentradas / NEPOTISMO - Prohibición se aplica respecto de nombramientos en entidades del nivel territorial y desconcentradas**

Como se podrá advertir, la generalidad de los servidores públicos, esto es los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores al servicio del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, tienen constitucionalmente prohibido hacer nombramientos o designaciones sobre personas con las que estén ligados por matrimonio o unión permanente o con quienes tengan parentesco en los grados arriba señalados, cobijándose un rango importante de miembros de su entorno familiar; además, esa prohibición se extiende igualmente respecto de aquellos que deban intervenir en tales designaciones, con lo que sin duda se quiere cerrar el paso al nepotismo por interpuesta persona. Como era de esperarse, las personas que acceden a la función pública por sus propios méritos, luego de superar un proceso de selección, no son afectadas con esta prohibición, dado que su nombramiento no obedece al ejercicio discrecional de una competencia sino al cumplimiento de un deber legal. (...) Como se podrá notar, la lucha contra el nepotismo ha rebasado el terreno de los funcionarios al servicio de las entidades pertenecientes a las entidades del nivel territorial, para ubicarse en la de aquellos funcionarios que laboran en esa comprensión territorial sin consideración a esa relación de sujeción, pues incluso puede tratarse de quienes presten sus servicios de manera desconcentrada, para entidades del orden nacional.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 126 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 292 / LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 49 / LEY 821 DE 2003 - ARTICULO 1 / LEY 1148 DE 2007 - ARTICULO 1

**INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - Representación legal la tiene su Presidente y sólo la pueden ejercer los gerentes seccionales por delegación / GERENTE ISS SECCIONAL MAGDALENA - Se niega nulidad de su nombramiento por falta de prueba del ejercicio de representación legal de la entidad**

El anterior recorrido normativo demuestra que la representación legal del Instituto de Seguros Social la tiene su Presidente y que los gerentes seccionales solamente pueden ejercer competencias inherentes a esa representación, en lo referente a la respectiva seccional, únicamente por delegación que al efecto les haga el Presidente del Instituto de Seguros Sociales. Por lo mismo, dado que la carga de la prueba recae en la parte demandante, a ella le correspondía probar dentro del plenario que el Gerente Seccional del Magdalena había recibido, por escrito, delegación para ejercer la representación legal de esa seccional. (...) Pues bien, aunque se probó en el expediente el parentesco en segundo grado de consanguinidad (hermanos) entre Margarita Vives Lacouture y Nelson Eduardo Vives Lacouture, y que Margarita Vives Lacouture se desempeñó como Diputada por el departamento del Magdalena por el período comprendido entre el 1º de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2007, no puede tenerse por demostrada la ilegalidad de los actos acusados por la supuesta violación del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, en los términos en que fue modificado por las Leyes 821 de 2003 y 1148 de 2007, dado que no se probó que el Gerente Seccional del Instituto de Seguros Sociales en dicho departamento llevara la representación legal de esa entidad, pues como se vio tal representación la ostenta el Presidente de la entidad

y solamente ante de delegación escrita –que no se aportó- se podría acreditar tal circunstancia. Por otra parte, como la violación de las demás normas invocadas con la demanda, tales como el artículo 292 de la Constitución y los artículos 34 numerales 1, 2 y 15, 35 numeral 1, 36 y 41 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, se sujetaba al mismo argumento, debe considerarse que su improsperidad se deriva igualmente de lo dicho en precedencia. Además, tampoco podría estructurarse un cargo solamente con el contenido normativo del artículo 292 Superior, pues como se demostró, la prohibición del nepotismo allí prevista opera solamente para los empleos o cargos “de la correspondiente entidad territorial”, que como se vio no es lo debatido en este asunto, donde la prohibición de nepotismo aludía a la designación de un funcionario perteneciente a una entidad del orden nacional, desconcentrada en el departamento del Magdalena, más exactamente por los encargos que el Presidente del Instituto de Seguros Sociales hizo en el señor Nelson Eduardo Vives Lacouture, al designarlo en la Gerencia Seccional de esa entidad en dicha entidad territorial, mediante las Resoluciones Nos. 5690 del 25 de octubre de 2007, 3456 del 6 de julio de 2007, 2070 del 30 de abril de 2007, 0321 del 30 de enero de 2007 y 4954 del 27 de octubre de 2006.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN QUINTA**

**Consejera ponente: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN**

**Bogotá D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009)**

**Radicación numero: 11001-03-28-000-2008-00014-00**

**Actor: MARGARITA VIVES LACOUTURE**

**Demandado: GERENTE ISS SECCIONAL MAGDALENA**

Agotados los trámites correspondientes y como quiera que la ponencia elaborada por la Consejera Dra. SUSANA BUITRAGO VALENCIA no obtuvo la mayoría de votos requerida, profiere la Sala sentencia de única instancia en el proceso de la referencia.

### **I.- LA DEMANDA**

#### **1.- Las Pretensiones**

Con la demanda se solicitan los siguientes pronunciamientos:

**“PRIMERO:** Que es nula Resolución No. 5690 de 25 de octubre del año 2007, en virtud de la cual se encarga como gerente de la Seccional Magdalena (P) y (GS) al señor NELSON VIVES LACOUTURE por el término de tres (3) meses, por ser Inconstitucional e Ilegal.

**SEGUNDO:** Que es nula Resolución No. 3456 de 6 de julio del año 2007, en virtud de la cual se encarga como gerente de la Seccional Magdalena (P) y (GS) al señor NELSON VIVES LACOUTURE por el término de tres (3) meses, por ser Inconstitucional e Ilegal.

**TERCERO:** Que es nula Resolución No. 2070 de abril 30 del año 2007, en virtud de la cual se encarga como gerente de la Seccional Magdalena (P) y (GS) al señor NELSON VIVES LACOUTURE por el término de tres (3) meses, por ser Inconstitucional e Ilegal.

**CUARTO:** Que es nula Resolución No. 0321 del 30 de enero del año 2007, en virtud de la cual se encarga como gerente de la Seccional Magdalena (P) y (GS) al señor NELSON VIVES LACOUTURE por el término de tres (3) meses, por ser Inconstitucional e Ilegal.

**QUINTO:** Que es nula Resolución No. 4954 de 27 de octubre del año 2006, en virtud de la cual se encarga como gerente de la Seccional Magdalena (P) y (GS) al señor NELSON VIVES LACOUTURE por el término de tres (3) meses, por ser Inconstitucional e Ilegal.”

## **2.- Soporte Fáctico**

Con los hechos de la demanda se afirma que:

1.- Margarita Vives Lacouture es hermana de Nelson Vives Lacouture, según se comprueba con los registros civiles de nacimiento.

2.- Margarita Vives Lacouture ha actuado como diputada del departamento del Magdalena durante los tres últimos períodos, ejerciendo actualmente el que transcurre entre 2004 y 2007.

3.- Por lo mismo, Nelson Vives Lacouture estaba inhabilitado para ser nombrado en encargo como gerente de la Seccional Magdalena (P) y (GS), lo cual no fue tomado en consideración por el Presidente del Seguro Social.

4.- Sobre el poder.

## **3.- Normas violadas y concepto de violación<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Este acápite fue modificado por el apoderado de la demandante, con escrito radicado en el Consejo de Estado el 16 de octubre de 2008 (fls. 97 a 100), así aceptado con auto del 10 de noviembre del mismo año (fls. 114 y 115).

Considera la demandante que se han violado los artículos 84 del C.C.A.; 122 de la Constitución (aunque por su contenido entiende la Sala que se refiere al 292); 34 numerales 1, 2 y 14, 35 numeral 1, y 36 y 41 de la Ley 734 de 2002; 49 de la Ley 617 de 2000; 1 de la Ley 821 de 2003, y 1 de la Ley 1148 de 2007. Sostiene que la administración pública no puede obrar caprichosamente, debe hacerlo sujeta a la legalidad, en este caso vulnerada porque *“el Presidente del Seguro Social al vincular por encargo como gerente de la Seccional del ISS en el Magdalena [al demandado],... no tuvo en cuenta que entre el señor Nelson Vives Lacouture y Margarita Vives Lacouture, Diputada a la Asamblea del Magdalena, existe un nexo de familiaridad que los sitúa en el 2º grado de consanguinidad, todas (sic) vez que entre sí son hermanos”*.

#### **4.- Suspensión Provisional**

Con la demanda se pidió la suspensión provisional de los actos acusados, pero la Sala decidió que ello no era procedente, a través del auto signado el 19 de septiembre de 2008.

## **II.- LA CONTESTACIÓN**

El demandado contestó la demanda por medio de apoderado, quien se opuso a las pretensiones y admitió como cierto el primer hecho, en tanto que los demás deben probarse. En cuanto a las normas violadas no comprende por qué se citó el artículo 84 del C.C.A., puesto que allí no se consagra ningún deber legal. Tampoco encuentra violado el artículo 122 Constitucional (sic) porque dicha norma busca evitar la vinculación de nuevos funcionarios al departamento, que sean parientes de los diputados, pero el demandado está vinculado al ISS desde enero de 1996. Además, el mismo no fue designado en una entidad territorial, fue encargado como gerente seccional, existiendo diferencias fundamentales entre la designación y el encargo. Agrega que entre dichos hermanos existe una enemistad ampliamente conocida en el departamento del Magdalena, y de todos modos la *“la actora no tiene el poder de influir sobre los encargos que se hicieron a mi mandante pues **el ISS es una entidad del orden nacional** y por lo tanto estos encargos por delegación se hicieron a mi mandante emanan del orden Nacional y no de las entidades territoriales”*.

Considera el memorialista que si bien la demanda cita algunas disposiciones jurídicas, no se ofrece una explicación de su violación. Además, acudiendo a las sentencias C-311 y C-663 de 2004, expedidas por la Corte Constitucional, aduce:

*“i) El primer punto no se cumple pues la hermana de mi mandante no actúa como nominador y no ha intervenido en la elección de quien actúa como nominador. Es claro pues el nominador es el Presidente del ISS quien es elegido por el Presidente de la República.*

*ii) Se refiere a alcaldes y gobernadores que no nos refiere al caso.*

*iii) Miembros de las juntas administradoras locales, las cuales tampoco nos importan para el caso.*

*Por otra parte el apoderado de la actora resalta en **negrilla** las palabras **REPRESENTANTE LEGAL**, dando a entender de este forma que mi mandante actuaba como representante legal del ISS, lo cual no puede estar más alejando de la realidad debido a que el único representante legal de dicha entidad es su Presidente quien es designado como ya se dijo por el Presidente de la República,...*”

Con el mismo escrito se propusieron las siguientes excepciones:

1.- Caducidad: Porque entre la fecha del último acto demandado (Oct. 2007) y la fecha de presentación de la demanda (Dic. 7/07), transcurrieron más de los 20 días legalmente previstos para accionar.

2.- Inepta demanda: Porque a pesar de que la demandante cita algunas normas jurídicas como infringidas, no ofrece una explicación clara de cómo se produjo su violación, dejando ese tema para que la Sala lo desarrolle de oficio.

3.- Inexistencia de violación de las normas invocadas por el actor: Se remite a lo dicho en la contestación a la imputación de ilegalidad.

4.- La Inhabilidad se encontraba en cabeza de la actora: Luego de presentar en una tabla las fechas de los encargos y las fechas en que fue elegida la demandante como diputada para los distintos períodos, dice el apoderado “*que los encargos fueron primeros (sic) en el tiempo y en el derecho, es así como en caso de existir alguna inhabilidad estaría en cabeza de la actora y no de mi mandante*”.

5.- Temeridad en la acción: Se afirma que esta demanda se presentó porque fue impugnada la elección de la demandada, buscándose así una especie de prejudicialidad.

### **III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

El mandatario judicial del demandado alegó de conclusión con escrito radicado el 2 de marzo de 2009 (fls. 157 a 159), donde reproduce los mismos planteamientos dados en la contestación de la demanda.

El apoderado judicial de la demandante lo hizo mediante el escrito radicado el 3 de marzo de 2009 (fls. 160 y 161), reiterando lo dicho en la demanda, esto es que Nelson Vives Lacouture estaba inhabilitado porque su hermana Margarita Vives Lacouture tenía la calidad de diputada del Magdalena, con lo que igualmente se configura la causal de violación de norma superior. Señala que el propósito de la acción, además de hacer un control de legalidad a esos actos, es hacer cesar los daños antijurídicos que viene padeciendo la accionante, pues con base en los mismos fue impugnada su elección como diputada del Magdalena, para el período 2008-2011, que actualmente cursa segunda instancia en esta Sección. Para ello era factible que, por la teoría de los móviles y finalidades, se adelantara la acción de simple nulidad.

### **IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado (e) sugirió denegar las súplicas de la demanda, razonando al efecto de la siguiente manera:

En cuanto a la excepción de Caducidad dice que fue decidida al admitirse la demanda y que no tiene vocación de prosperidad. La de Inepta Demanda no es de recibo porque *“el demandante señaló un conjunto de normas que consideró como violadas y expresó en acápite especial lo relacionado con el concepto de la violación”*; si se equivocó en la cita de disposiciones jurídicas o si argumentó deficientemente, las consecuencias las deberá asumir en el fallo, pero no debe aplicarse un rigorismo extremo. Respecto de la excepción de Inexistencia de violación de las normas invocadas por el actor, dijo que no se trata propiamente de una excepción y que su estudio corresponde al fondo de la controversia. Sobre la excepción de Inhabilidad en cabeza de la actora, se afirma que no puede tomarse por tal, pues corresponde a una situación ajena a la acción. Y respecto de la excepción de Temeridad de la acción, dice que no puede formularse como tal, que en dado caso deberá investigarse por la autoridad que resulte competente.

Luego valoró el agente del Ministerio Público la posible existencia de indebida acumulación de pretensiones, apoyándose para ello en lo dicho por la Sala en sentencia del 24 de noviembre de 2005 (sin radicación), y afirmando que si bien se impugnan cinco actos administrativos que pudieron haberse demandado autónomamente, por ser competente la Sección para conocer de la demanda contra todos ellos, es viable que se dicte sentencia en este caso.

Ya sobre el fondo de la discusión jurídica, empieza el colaborador fiscal verificando la confusión del planteamiento del actor, quien hace algún reparo a la motivación de los actos atacados, verificándose que en efecto fueron motivados; agrega que la motivación no se requiere en todos los casos para la validez del acto y que la falsedad que pueda presentarse en la misma, debe desvirtuarse probatoriamente, pero en este caso no hubo ninguna actividad al respecto.

En cuanto a la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, dice el agente del Ministerio Público que no puede acogerse porque no se precisó la norma que contiene la inhabilidad. Sobre la violación del artículo 122 Constitucional dice dicho funcionario que hay error en el número de la disposición, pues la correcta es 292, que no puede alegarse su infracción ya que alude a cargos de la respectiva entidad territorial y las designaciones hechas al demandado lo fueron para cargos de una entidad del orden nacional, como es el Seguro Social.

Por último, sobre la violación de las disposiciones pertinentes de las Leyes 617 de 2000, 821 de 2003 y 1148 de 2007, se arguyó:

*“Estas normas al desarrollar el mandato constitucional precisan en mayor grado la prohibición de designación de los cónyuges o compañeros permanentes y de los parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, la que no puede sucederse para cargos del respectivo departamento o de sus entidades descentralizadas, denotando la contracción del utilizada por el legislador una relación de dependencia con la entidad territorial respectiva, la cual no se da en el asunto en examen, en donde como quedó atrás indicado el cargo en el cual se designa al señor Vives Lacouture, corresponde a una entidad del orden nacional, como es el ISS.”*

### **III.- TRÁMITE DE INSTANCIA**



En un comienzo la demanda correspondió al Juzgado 4º Administrativo de Santa Marta, quien con auto del 18 de diciembre de 2006 se declaró incompetente y la remitió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca. A su vez, ésta corporación también se declaró incompetente con auto del 6 de marzo de 2008, y ordenó la remisión de la demanda a esta Sección, donde fue admitida por la Sala con auto del 19 de septiembre de 2008, luego de que se sorteara un Conjuez porque la ponencia no fue acogida por la mayoría, dando lugar a que la Consejera conductora del proceso salvara su voto. Posteriormente, con auto del 10 de noviembre de 2008 se admitió la reforma de la demanda y se impartieron las órdenes procesalmente procedentes.

Cumplidas las notificaciones del caso y recibida la contestación presentada por el demandado, se dictó el auto del 27 de enero de 2009, abriendo el proceso a pruebas, para lo cual se decretaron las solicitadas por las partes. Con auto del 20 de febrero de 2009 se ordenó correr traslado para alegar, lo que así hicieron las partes según se dijo en esta providencia; y con auto del 4 de marzo de 2009 se dispuso la entrega del expediente al agente del Ministerio Público para que rindiera su concepto, como en efecto lo hizo. Mediante auto del 11 de junio de 2009 se ordenó el sorteo de Conjuez, pero a esos efectos ya se contaba con el designado para el auto admisorio de la demanda. Por último, al no haberse aprobado el proyecto de fallo el expediente pasó a quien ahora suscribe como ponente.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1.- Competencia**

La competencia de esta Corporación para conocer de esta acción electoral está fijada por lo dispuesto en el artículo 128 del C.C.A., modificado por el Decreto 597 de 1988 artículo 2 y por la Ley 446 de 1998, artículo 36; 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.- De la Prueba del Acto Acusado**

Con oficio 821.0009627 del 12 de agosto de 2008, expedido por el Jefe Departamento Nacional de Selección y Administración del Seguro Social (fls. 71 y

72), se aportó copia auténtica de los siguientes actos administrativos dictados por el Presidente del Instituto de Seguros Sociales:

1.- Resolución No. 4954 del 27 de octubre de 2006 mediante la cual se dispuso:

*“Encargar hasta por el término de tres (3) meses, y sin desprenderse de las funciones propias del cargo del cual es titular a **NELSON EDUARDO VIVES LACOUTURE**, con cédula de ciudadanía número 12.541.783, **JEFE DEPARTAMENTO, Grado 41**, 8 horas, Registro 16857, **(P/GS) – DEPARTAMENTO SECCIONAL FINANCIERO (DSF)** \* MAGDALENA, Seccional MAGDALENA; como **GERENTE IV**, 8 horas, **(P) – GERENCIA SECCONAL (GS)** \* MAGDALENA Seccional MAGDALENA, número universal 24993.” (fl. 73)*

2.- Resolución No. 0321 del 30 de enero de 2007 mediante la cual se dispuso:

*“Encargar hasta por el término de tres (3) meses, y sin desprenderse de las funciones propias del cargo del cual es titular a **NELSON EDUARDO VIVES LACOUTURE**, con cédula de ciudadanía número 12.541.783, **JEFE DEPARTAMENTO, Grado 41**, 8 horas, Registro 16857, **(P/GS) – DEPARTAMENTO SECCIONAL FINANCIERO (DSF)** \* MAGDALENA, Seccional MAGDALENA; como **GERENTE IV**, 8 horas, **(P) – GERENCIA SECCONAL (GS)** \* MAGDALENA Seccional MAGDALENA, número universal 24993.” (fl. 74)*

3.- Resolución No. 2070 del 30 de abril de 2007 mediante la cual se dispuso:

*“Encargar hasta por el término de tres (3) meses, y sin desprenderse de las funciones propias del cargo del cual es titular a **NELSON EDUARDO VIVES LACOUTURE**, con cédula de ciudadanía número 12.541.783, **JEFE DEPARTAMENTO, Grado 41**, 8 horas, Registro 16857, **(P/GS) – DEPARTAMENTO SECCIONAL FINANCIERO (DSF)** \* MAGDALENA, Seccional MAGDALENA; como **GERENTE IV**, 8 horas, **(P) – GERENCIA SECCONAL (GS)** \* MAGDALENA Seccional MAGDALENA, número universal 24993.” (fl. 75)*

4.- Resolución No. 3456 del 6 de julio de 2007 mediante la cual se dispuso:

*“Encargar hasta por el término de tres (3) meses, y sin desprenderse de las funciones propias del cargo del cual es titular a **NELSON EDUARDO VIVES LACOUTURE**, con cédula de ciudadanía número 12.541.783, **JEFE DEPARTAMENTO, Grado 41**, 8 horas, Registro 16857, **(P/GS) – DEPARTAMENTO SECCIONAL FINANCIERO (DSF)** \* MAGDALENA, Seccional MAGDALENA; como **GERENTE IV**, 8 horas, **(P) – GERENCIA SECCONAL (GS)** \* MAGDALENA Seccional MAGDALENA, número universal 24993.” (fl. 76)*

5.- Resolución No. 5690 del 25 de octubre de 2007 mediante la cual se dispuso:

*“Encargar hasta por el término de tres (3) meses, y sin desprenderse de las funciones propias del cargo del cual es titular a **NELSON EDUARDO VIVES LACOUTURE**, con cédula de ciudadanía número 12.541.783, **JEFE DEPARTAMENTO, Grado 41**, 8 horas, Registro 16857, (P/GS) – **DEPARTAMENTO SECCIONAL FINANCIERO (DSF)** \* MAGDALENA, Seccional MAGDALENA; como **GERENTE IV**, 8 horas, (P) – **GERENCIA SECCONAL (GS)** \* MAGDALENA Seccional MAGDALENA, número universal 24993.” (fl. 77)*

### **3.- De las Excepciones**

3.1.- Caducidad de la Acción: Alega el apoderado del demandado que dada la fecha de expedición de los actos acusados, donde el último data del 25 de octubre de 2007 (Resolución No. 5690), y teniendo en cuenta que la demanda se radicó el 7 de diciembre de 2007, se ha configurado la caducidad prevista en el artículo 136 numeral 12 del C.C.A. (Mod. Dto. 2304/1989 art. 23 y Ley 446/1998 art. 44).

Dirá la Sala sobre el particular, que la excepción no está llamada a prosperar porque sobre ese tópico del debate jurídico existe cosa juzgada. En efecto, con auto del 19 de septiembre de 2008 (fls. 81 a 88), la Sala acompañada de un conjuer, además de admitir la demanda y negar la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos atacados, concluyó que no se configuraba la caducidad de la acción, según los siguientes razonamientos:

*“3.- Caducidad: Según lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 136 del C.C.A., modificado por el Decreto 2304 de 1989 artículo 23 y por la Ley 446 de 1998 artículo 44, “La acción electoral caducará en veinte (20) días, contados a partir del siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata.”. Una comprensión insular de la norma anterior, de cara a la fecha de expedición de cada una de las resoluciones acusadas, sólo podría llevar a inferir que la acción habría caducado para el 7 de diciembre de 2007, cuando se radicó la demanda en la Oficina Judicial de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta; sin embargo, en la actualidad el término de caducidad de las acciones electorales dirigidas a juzgar la legalidad de actos administrativos proferidos por las autoridades del nivel nacional, opera a partir de su publicidad, como así lo estableció la Corte Constitucional en fallo que se comenta enseguida.*

*En efecto, el Decreto Ley 2150 del 5 de diciembre de 1995 “Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”, dispuso en el párrafo de su artículo 95: “Los actos administrativos de carácter particular y concreto surtirán sus efectos a partir de su notificación **y no será necesaria su publicación**”. Sin embargo, esta norma fue acusada por inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, organismo que a través de la sentencia C-646 del 31 de mayo de 2000 la halló conforme al ordenamiento superior, salvo la expresión arriba destacada, cuyo entendimiento quedó sujeto a un condicionamiento que en la parte resolutive del fallo se consignó en estos términos:*

**“DECLARAR EXEQUIBLE** la expresión “...y no será necesaria su publicación” del párrafo del artículo 95 del Decreto Ley 2150 de 1995, en el entendido de que los actos administrativos de carácter subjetivo de las autoridades del orden nacional, y especialmente aquellos a los que se refiere el numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, cuya acción de nulidad tiene caducidad, se publicarán debidamente en el Diario Oficial o en otro medio oficial destinado para el efecto; y únicamente por el cargo de inconstitucionalidad por omisión que contra el mismo presentó el demandante, declarar constitucional el artículo 119 de la Ley 489 de 1998”

*Así, el texto de la parte resolutive de la sentencia C-646 de 2000 es lo suficientemente claro en precisar que, como garantía de los principios de publicidad y de acceso a la administración de justicia, el párrafo del artículo 95 del Decreto Ley 2150 de 1995 conduce a una doble situación, según se trate de autoridades del orden nacional o no. Tal como quedó la anterior exequibilidad condicionada, para las autoridades del orden nacional surge el deber de publicar los actos administrativos de carácter subjetivo sujetos a caducidad, es decir se está refiriendo a los actos aludidos en el numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, valga decir “el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento”; en tanto que para las demás autoridades de niveles inferiores no existe ese deber legal, quedando incólume para ellos la proposición normativa del párrafo del artículo 95 citado.*

*Por lo mismo, con relación a los actos administrativos de carácter subjetivo relativos a elecciones o nombramientos que puedan surtirse al interior de las entidades del nivel nacional, no puede entenderse que el principio de publicidad quede satisfecho con la mera expedición del acto respectivo, pues como lo moduló la Corte Constitucional allí será necesaria su publicación, sin la cual no puede concebirse conocimiento alguno por parte de los asociados y mucho menos abierta la posibilidad para el conjunto de la sociedad de ejercer efectivo control de legalidad sobre esas decisiones administrativas.*

*Esa decisión de la Corte Constitucional produjo un cambio en la forma de contabilizar el término de caducidad de las acciones electorales*

*dirigidas a juzgar la legalidad de los actos de elección o de nombramiento proferidos por las entidades del nivel nacional, consistente en que los 20 días conferidos por el legislador para accionar en su contra ya no se cuentan a partir del día siguiente a su expedición sino que se toman desde el día siguiente a su publicación en el Diario Oficial o en cualquier otro medio que se destine a ello.*

*En este orden de ideas y como quiera que el Jefe Departamento Nacional de Selección y Administración del Seguro Social informó con oficio 821.0009627 del 12 de agosto de 2008 (fls. 148 y 149), que ninguna de las resoluciones demandadas ha sido publicada por esa entidad, se infiere por la Sala que la caducidad de la acción electoral formulada por la señora MARGARITA VIVES LACOUTURE no se ha configurado.”*

Por lo anterior, la excepción de caducidad no prospera.

3.2.- Inepta Demanda: Encuentra el apoderado que la demanda padece tal deficiencia en su acápite de normas violadas y concepto de la violación, en la medida que si bien se citan algunas disposiciones no se da “*una clara explicación*” de su violación, dejando que sea el operador jurídico quien de oficio defina ese aspecto de la demanda.

No obstante la brevedad de los términos empleados en la demanda para demostrar la violación de las disposiciones jurídicas allí indicadas, no considera la Sala que la demanda sea inepta por déficit argumentativo.

Es cierto que el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., consagra como uno de los requisitos formales de la demanda “*indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación*”, pero ese deber de fundamentación de la acusación debe valorarse en el contexto de las acciones públicas, más cuando este escenario corresponde a una acción electoral que claramente atañe a una de las proyecciones del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político previsto en el artículo 40 Superior, en especial lo referido a la “*Interpo[sición de] acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley*”.

Así, por tratarse de una acción pública que va detrás de la protección del orden jurídico, que puede ser instaurada por cualquier persona, resulta razonable que la Sala prohíje la tesis de que la estrictez en la apreciación de su configuración

formal no sea lo predominante. Aquí cobra todo su vigor el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial (art. 228), ya que el operador jurídico debe hacer todo lo posible para que las demandas sean sustancialmente despachadas y no para que sea a través de un fallo meramente formal que se le de una respuesta judicial a un problema jurídico con trascendencia social, sin que ello implique la sustitución de la demanda, pues hasta allá no se puede llevar la facultad interpretativa del juez.

Ahora, examinado el acápite de “*Normas Violadas y Sentido de la Violación*” de la demanda (fls. 2 a 4), junto con los hechos expuestos en el mismo texto y el escrito de su corrección radicado por el apoderado actor el 16 de octubre de 2008 (fls. 97 a 100), concluye la Sala que, no obstante la brevedad de lo dicho, el sentido de la acusación es claro, circunscrito a la prohibición que, en opinión de la accionante, recaía sobre el Presidente del Seguro Social para designar a Nelson Eduardo Vives Lacouture como Gerente (e) de esa entidad en la Seccional del departamento del Magdalena, por ser hermano de Margarita Vives Lacouture, quien viene desempeñándose como Diputada del Magdalena de tiempo atrás.

De contera, no encuentra la Sala que sea de recibo esta excepción.

3.3.- Inexistencia de Violación de las Normas Invocadas por el Actor: Como el apoderado se remite a sus argumentos dados para refutar la imputación lanzada con la demanda, lo que desde luego no constituye ningún hecho nuevo que pueda ser catalogado como excepción, concluye la Sala que lo dicho se valorará junto a la discusión jurídica central.

3.4.- La Inhabilidad se Encontraba en Cabeza de la Actora: Mediante un cuadro el apoderado contrasta las fechas de los encargos hechos en su poderdante, respecto de las fechas en que se produjo cada una de las elecciones de la demandada como Diputada del Magdalena, para de allí asegurar que “*de existir alguna inhabilidad estaría en cabeza de la actora y no de mi mandante*”. Pues bien, como quiera “*que sólo son excepciones hechos distintos que el demandado opone a los alegados por el demandante, para destruir sus pretensiones o modificarlas o diferir sus efectos*”<sup>2</sup>, y dado que lo alegado apunta a demostrar una supuesta inhabilidad en cabeza de quien ahora demanda, concluye la Sala que la

---

<sup>2</sup> Sentencia del 20 de mayo de 1999. Expediente: 2217.

excepción no debe prosperar porque su objeto no es enervar la pretensión anulatoria sino demostrar inhabilidades extrañas al objeto de la acción.

3.5.- Temeridad en la Acción: Así califica el apoderado esta acción porque afirma que se utiliza con el fin de alegar la prejudicialidad en el proceso de nulidad electoral que se sigue contra la elección de Margarita Vives Lacouture como Diputada del Magdalena. Pues bien, como esta excepción no se dirige a presentar hechos nuevos enervantes de las pretensiones de la demanda, sino encaminados a calificar la conducta asumida por la demandante al instaurar esta acción electoral, concluye la Sala que la misma no tiene vocación de prosperidad, adicionalmente porque en estricto derecho no es un medio exceptivo, y porque en el contencioso electoral el control a la presunción de legalidad del acto acusado se surte de forma objetiva, confrontando el acto con las normas jurídicas invocadas con la demanda, sin que en esa valoración jueguen papel alguno los móviles que hayan inspirado a quien acciona.

**4.- Cargo Único: De la violación de los artículos 84 del C.C.A., 292 de la C.P., 34 num. 1, 2 y 14, 35 num. 1, 36 y 41 de la Ley 734 de 2002, 49 de la Ley 617 de 2000, 1º de la Ley 821 de 2003 y 1º de la Ley 1148 de 2007**

#### **4.1.- Cuestión Previa**

Aunque la parte demandante invoca como normas violadas, de manera separada, los artículos 49 de la Ley 617 de 2000, 1º de la Ley 821 de 2003 y 1º de la Ley 1148 de 2007, es necesario que la Sala haga las siguientes precisiones en torno a la acusación, debido a que se trata de la misma norma modificada posteriormente con las Leyes 821 de 2003 y 1148 de 2007, y que los actos acusados solamente podrían confrontarse con las dos últimas, dado que fueron expedidos bajo su vigencia y no la del texto original del artículo 49 de la Ley 617 de 2000.

En efecto, la Sala no podría adelantar ningún juicio de legalidad a las Resoluciones Nos. 4954 del 27 de octubre de 2006, 0321 del 30 de enero de 2007, 2070 del 30 de abril de 2007, 3456 del 6 de julio de 2007 y 5690 del 25 de octubre de 2007, expedidas por el Presidente del Seguro Social, con fundamento en el texto original del artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000, porque estuvo vigente entre el 9 de octubre de 2000, cuando se promulgó en el Diario Oficial No. 44.188, y el 9 de julio de 2003, pues a partir del 10 de los mismos entró

en vigencia la Ley 821 del 10 de julio de 2003, con la promulgación que de ella se hizo en el Diario Oficial No. 45.244 de la misma fecha, en cuyo artículo 2 se derogó tácitamente el texto de la norma anterior.

Por lo mismo, el examen de legalidad de los actos demandados se surtirá con fundamento en el contenido normativo de los artículos 1º de las Leyes 821 del 10 de julio de 2003 y 1148 del 10 de julio de 2007, que en lo pertinente expresan:

La Ley 821 de 2003 dice al respecto:

**“Artículo 1º.-** El artículo 49 de la Ley 617 de 2000 quedara así:

**‘Artículo 49. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales, y Distritales; concejales municipales, y Distritales; y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales.** Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.”

La Ley 1148 de 2007 dice sobre el particular:

**“Artículo 1º.-** El artículo 49 de la Ley 617 de 2000 quedará así:

**Artículo 49. Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales.** Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.



Ahora, aunque el artículo 1º de la Ley 1148 de 2007 suprimió del artículo 1º de la Ley 821 de 2003 la expresión “y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales” que figuraba tanto en su encabezado como en su primer inciso, es claro para la Sala que el examen de legalidad se puede hacer con base en la conformación normativa del primer inciso del artículo 1º de la Ley 1148 de 2007, puesto que, salvo la expresión eliminada que para nada incide en el estudio a practicar, coincide perfectamente con la del primer inciso del artículo 1º de la Ley 821 de 2003, que son las disposiciones jurídicas que sirven de eje central a la acusación.

Por otra parte, aunque la norma anterior contiene diferentes hipótesis, es claro para la Sala que la parte demandante solamente se concentró en una de ellas. En efecto, en el segundo hecho de la demanda se dijo que el demandado estaba inhabilitado “para ser nombrado por encargos como gerente de gerente (sic) de la Seccional Magdalena” (fl. 2), y en el escrito de corrección a la misma se ubicaron en tres columnas las transcripciones literales del artículo 49 de las Leyes 617 de 2000, 821 de 2003 y 1148 de 2007, resaltando allí, en negrillas, las expresiones “no podrán ser”, “representantes legales” y “de seguridad social en el respectivo departamento o municipio” (fl. 98).

Así las cosas, entiende la Sala que la acusación formulada con la demanda de la referencia alude a la hipótesis jurídica prevista en el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, en los términos en que fue modificado por el artículo 1º de las Leyes 821 de 2003 y 1148 de 2007, según la cual el pariente en segundo grado de consanguinidad –hermano- de un diputado o diputada, no puede ser designado representante legal de una entidad de seguridad social en el respectivo departamento.

Además, como la interpretación en esta materia debe ser restrictiva, ya que el contenido y alcance de la acusación debe fijarse teniendo en cuenta la garantía constitucional de la efectividad de los derechos y libertades públicas (Art. 2 C.P.), y el carácter fundamental del derecho que tiene todo ciudadano a “Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos” (Art. 40 ib), en la fijación del contenido y alcance de la demanda no pueden involucrarse hipótesis no invocadas ni sustentadas por el accionante, pues se estaría sometiendo al demandado a una censura no alegada en la demanda ni en su corrección.

#### 4.2.- El asunto de fondo

Sostiene la parte demandante que las normas jurídicas invocadas resultaron violadas con los actos acusados porque *“el Presidente del Seguro Social al vincular por encargo como gerente de la Seccional del ISS en el Magdalena [al demandado],... no tuvo en cuenta que entre el señor Nelson Vives Lacouture y Margarita Vives Lacouture, Diputada a la Asamblea del Magdalena, existe un nexo de familiaridad que los sitúa en el 2º grado de consanguinidad, todas (sic) vez que entre sí son hermanos”*. Por tanto, deberá la Sala precisar los alcances que a nivel constitucional y legal tiene la prohibición del nepotismo, como práctica que puede afectar el principio de igualdad que debe reinar en las justas electorales; luego de lo cual examinará lo concerniente a la representación legal de la Seccional del Seguro Social en el Magdalena y si están dados los presupuestos para configurar la violación de las normas señaladas.

#### De la prohibición del nepotismo en la Constitución de 1991:

Para el constituyente de 1991 fue imperativo controlar el fenómeno del nepotismo, consistente en la *“Desmedida preferencia que algunos dan a sus parientes para las concesiones o empleos públicos”*<sup>3</sup>, y que a nivel interno se vio reflejado en el empleo que al poder derivado del Estado le daban algunos para favorecer las aspiraciones políticas y el acceso al ejercicio de las funciones públicas de sus familiares, afectándose con ello desde los fines esenciales del Estado –*“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”* (art. 2 C.P.)-, el principio de igualdad (art. 13 ib) y por supuesto el derecho fundamental que tiene todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, con el cual bien puede postularse a los cargos de elección popular o acceder al desempeño de cargos y funciones públicas (art. 40 num. 1 y 7).

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 del derecho a la igualdad y por supuesto del principio de transparencia, ya que no era claro que el éxito que eventualmente se lograra en

---

<sup>3</sup> *Diccionario de la Real Academia Española.*

los 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 el servidor público puede actuar o dejar de hacerlo inspirado por motivos que no atienden al interés general.

En la Doctrina Constitucional se ha tratado ese fenómeno, por ejemplo, de cara al numeral 6 del artículo 179 Superior<sup>4</sup>, afirmando al respecto:

*“El artículo 179-6 de la C.P., reza: (...). Las normas acusadas [Ley 136/1994 Arts. 43.7 y 95.6], en realidad, se limitaron a extender la inhabilidad establecida por la Constitución para los congresistas, a los alcaldes y concejales. Si bien los cargos son diferentes, todos poseen la nota común de la elección popular, que para los efectos de la inhabilidad es la relevante, pues como lo recuerda el Ministro de Gobierno, lo que se propuso el Constituyente fue cabalmente evitar que **“se utilice la fuerza electoral de uno para arrastrar a sus parientes más cercanos y crear dinastías electorales”** (Gaceta Constitucional No. 79 del 22 de mayo de 1991, p. 16).*

*Las normas acusadas consagran respecto de los candidatos a concejal y alcalde, una inhabilidad similar. **El nepotismo y las dinastías electorales, condenados por el Constituyente, no se reducen a las que tienen proyección nacional, pues resultan igualmente perniciosas para la democracia las que tienen asiento local y florecen al amparo de la urdimbre de poder que puede emanar de unas pocas familias.***

*La extensión de la inhabilidad concebida por la Constitución para uno de los más importantes cargos electivos de carácter nacional, a la esfera de los cargos electivos municipales, puede ser vista como un desarrollo del principio constitucional de igualdad en el acceso a los cargos públicos. **La interdicción a las dinastías electorales familiares - propósito de las normas -, es una forma de asegurar la***

---

<sup>4</sup> Esta disposición establece que “No podrán ser congresistas:... 6º) Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.”

***igualdad real y efectiva entre los diferentes aspirantes a ocupar cargos de elección popular***<sup>5</sup> (Negrillas de la Sala)

También ha dicho:

***“En otra oportunidad<sup>6</sup>, la Corte ha puesto de presente la absoluta y radical incompatibilidad del nepotismo con el modelo democrático. Este fenómeno no puede entenderse simplemente como que familias compartan el poder estatal, sino de manera más amplia, como proscripción de toda oportunidad para que los miembros de una misma familia incidan, tanto en el ejercicio del poder, como en las posibilidades de acceso al poder de uno de sus miembros. No son necesarios grandes esfuerzos para comprender el enorme poder y la oportunidad que tiene un jurado de votación para favorecer a un candidato en particular”***<sup>7</sup> (Negrillas fuera del original)

Ahora, en lo relativo al poder de nominación que tienen algunos servidores públicos el constituyente fijó igualmente algunas reglas para evitar el nepotismo, ya que en el artículo 126 Constitución prescribió:

***“Artículo 126.- Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.***

*Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos.”* (Resalta la Sala)

Como se podrá advertir, la generalidad de los servidores públicos, esto es los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores al servicio del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (Art. 123 C.P.), tienen constitucionalmente prohibido hacer nombramientos o designaciones sobre personas con las que estén ligados por matrimonio o unión permanente o con quienes tengan parentesco en los grados arriba señalados, cobijándose un rango importante de miembros de su entorno familiar; además, esa

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-373 del 24 de agosto de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>6</sup> Sentencia C-373 de 1995.

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-142 del 7 de febrero de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

prohibición se extiende igualmente respecto de aquellos que deban intervenir en tales designaciones, con lo que sin duda se quiere cerrar el paso al nepotismo por interpuesta persona. Como era de esperarse, las personas que acceden a la función pública por sus propios méritos, luego de superar un proceso de selección, no son afectadas con esta prohibición, dado que su nombramiento no obedece al ejercicio discrecional de una competencia sino al cumplimiento de un deber legal.

Ya no frente al poder de nominación sino respecto de la designación misma, dispuso el constituyente en el artículo 292:

***“Artículo 292.-** Los diputados y concejales y sus parientes dentro del grado que señale la ley no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.*

***No podrán ser designados** funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.”*

Según la anterior disposición los miembros de las corporaciones públicas de elección popular del nivel seccional y local, no pueden integrar las juntas directivas de las entidades del sector descentralizado de la respectiva entidad territorial; prohibición por sí misma lógica dentro del actual diseño democrático, en el que tales servidores públicos deben ocuparse estrictamente de las competencias inherentes al cuerpo colegiado que integran y no hacer parte de entidades del sector descentralizado, donde eventualmente pueden confundirse los intereses de una y otra actividad. También consagra una prohibición al poder de designación, sin importar quien lo ejerza en el nivel territorial, consistente en que no se pueden designar como funcionarios de la respectiva entidad territorial a los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes dentro de los grados allí indicados.

Aunque entre las disposiciones existan algunas similitudes, es claro para la Sala que hay diferencias importantes que merecen destacarse. En efecto, el artículo 126 hace parte del Capítulo II *“De la Función Pública”* que integra el Título V *“De la Organización del Estado”*, razón por la cual, acudiendo a una interpretación a

rúbrica, bien puede decirse que los destinatarios de esa prohibición son todos y cada uno de los servidores públicos del Estado, quienes por ser directamente los que intervienen en la nominación experimentan un mayor grado de restricción en el ejercicio de esa competencia, que como se podrá apreciar cubre más grados de parentesco de los previstos en el artículo 292.

Ahora, el artículo 292 hace parte del Título XI “*De la Organización Territorial*” y por ello la prohibición va dirigida a quienes tengan poder de nominación frente a los servidores públicos pertenecientes al respectivo departamento, distrito o municipio, pues a ello equivale la expresión “*No podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial...*”. Además, como ya se dijo, contempla menores grados de parentesco a los indicados en el artículo 126. La morigeración que se aprecia en este artículo, en cuanto a los grados de parentesco, se explica en el hecho de que no haya participación directa de los miembros de las corporaciones públicas, ya que si la hay, la prohibición que opera es la del artículo 292, que como se vio es más estricta en cuanto cubre a más miembros de la familia.

#### De la prohibición del nepotismo a nivel legal:

Tal como se precisó arriba por la Sala, si bien la parte demandante cita como violados el texto original del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 y las reformas que se le introdujeron con las Leyes 821 de 2003 y 1148 de 2007, por demandarse actos administrativos expedidos bajo la vigencia de las dos últimas, el estudio que enseguida se realizará únicamente tratará sobre tales disposiciones, en especial su primer inciso, que es donde se ubica la norma que regula la materia.

El artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como fue modificado por el artículo 1º de la Ley 821 de 2003, expresa:

***“Artículo 49. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales, y Distritales; concejales municipales, y Distritales; y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales. Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector***

*central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio...”<sup>8</sup>*

Y el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como fue modificado por el artículo 1º de la Ley 1148 de 2007, expresa:

**Artículo 49.- Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales.** *Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio...”*

Según las anteriores disposiciones jurídicas, que como se dijo en precedencia tienen la misma configuración, salvo por la expresión “y miembros de juntas administradores locales municipales y Distritales” que no se mantuvo en la Ley 1148 de 2007, las prohibiciones que de allí emergen pueden formularse así:

- 1.- Que los familiares de esos servidores públicos “no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados **del correspondiente departamento, distrito o municipio**”, y
- 2.- Que los familiares de esos servidores públicos tampoco podrán ser “miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social **en el respectivo departamento o municipio**”. (Resalta la Sala)

---

<sup>8</sup> La Corte Constitucional, mediante sentencia C-348 del 20 de abril de 2004, declaró la exequibilidad condicionada de los apartes subrayados de esta disposición, “en el entendido que en el caso de los representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social, cuando sean parientes de diputados y concejales, se aplica el inciso segundo del artículo 292 de la Constitución Política”. De modo que este pronunciamiento opera únicamente en lo relativo a los grados de parentesco previstos en la norma constitucional.

Según la norma señalada en el numeral 1º la prohibición está precedida de la partícula “del” que claramente denota que esos servidores públicos deben pertenecer al departamento, al distrito o al municipio; pero en cambio, la norma contemplada en el numeral 2º da un giro significativo porque viene precedida por la partícula “en el”, de modo que ya no se necesita que el respectivo empleo o cargo pertenezca a la correspondiente entidad territorial, sino que basta que allí ejerza sus funciones, pues ha sido jurisprudencia reiterada que ese el alcance de la expresión:

*“Por otra parte, desde el punto de vista teleológico o finalístico, es igualmente claro que el legislador abandonó la fórmula establecida por el constituyente de que el ejercicio de autoridad correspondiera a la misma circunscripción electoral, para dar paso a la configuración de la inhabilidad en los Diputados por el ejercicio de autoridad, por parte de sus parientes, en cualquier parte del respectivo departamento, que es a lo que equivale **“en el respectivo departamento”**, pues con ello se quiere cerrar el paso al nepotismo, evitando que varios miembros de un núcleo familiar accedan a los cargos y corporaciones públicas de elección popular, en un marco electoral reducido como las entidades territoriales seccionales y locales, donde es más sensible la influencia que desde el poder público se puede ejercer sobre el electorado para inclinar la balanza a favor de los allegados, vulnerando de paso el principio de la igualdad que debe reinar en todo certamen democrático.”<sup>9</sup>*

Además, la implementación de la partícula “en el” cumple una doble función, puesto que la comprensión de cargos que desempeñen sus funciones en el departamento, distrito o municipio, cobija tanto a los del orden territorial (departamentos, distritos y municipios), como a los del orden nacional. Significa lo dicho que, las autoridades de éste orden, cuando se dispongan a hacer nombramientos de funcionarios de dependencias suyas ubicadas en las entidades territoriales, deben acatar la prohibición prevista en el artículo 49 de la Ley 617 de 2007, en los términos en que fue modificado por las Leyes 821 de 2003 y 1148 de 2007, es decir que no sean cónyuges o compañeros permanentes o parientes en el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los miembros de las asambleas departamentales, entre otras autoridades.

La anterior apreciación resulta acorde con la decisión del constituyente de 1991 de combatir el nepotismo, puesto que por ejemplo, la designación de los representantes legales de entidades desconcentradas en el nivel territorial, puede

---

<sup>9</sup> Sentencia del 14 de julio de 2005. Expediente 3543. Actor: Elías Gerardo Cuellar y otros. Demandado: Diputado Departamento del Valle del Cauca.



eventualmente contribuir al desequilibrio en los procesos electorales en virtud a la preponderancia social que indudablemente tienen entidades que se ocupan de la prestación de servicios públicos domiciliarios o de la seguridad social, tanto que en el texto original de la Ley 617 de 2000 se consagró como causal de inhabilidad, en varias disposiciones, el hecho de tener parentesco con los representantes legales de esas entidades, sin consideración a si son del orden nacional o territorial. Para demostrarlo resulta pertinente citar los artículos pertinentes de esa ley:

**“Artículo 30.- De las inhabilidades de los gobernadores.** No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador:...

4.- ...Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios **o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.**

5.- ...o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios **o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.**”

**“Artículo 33.- De las inhabilidades de los diputados.** No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado:...

4.- ...Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios **o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.**

5.- ...o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios **o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.**...”

**“Artículo 37.- Inhabilidades para ser alcalde.** El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así: No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:...

3.- ...Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios **o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.**

4.- ...o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios **o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.**”

**“Artículo 40.- De las inhabilidades de los concejales.** El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:...

3.- ...Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios **o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.**

4.- ...o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios **o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito...**” (Las negrillas son impuestas por la Sala)

Como se podrá notar, la lucha contra el nepotismo ha rebasado el terreno de los funcionarios al servicio de las entidades pertenecientes a las entidades del nivel territorial, para ubicarse en la de aquellos funcionarios que laboran en esa comprensión territorial sin consideración a esa relación de sujeción, pues incluso puede tratarse de quienes presten sus servicios de manera desconcentrada<sup>10</sup>, para entidades del orden nacional.

---

<sup>10</sup> Este criterio figura definido en el artículo 8 de la Ley 489 de 1998 en los siguientes términos: “La desconcentración es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la Administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones. PARAGRAFO. En el acto correspondiente se determinarán los medios necesarios para su adecuado cumplimiento. Los actos cumplidos por las autoridades en virtud de desconcentración administrativa sólo serán susceptibles del recurso de reposición en los términos establecidos en las normas pertinentes.”.

## De la Representación Legal del Seguro Social Seccional Magdalena:

Mediante el artículo 8 de la Ley 90 del 26 de diciembre de 1946 se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Esa ley fue luego modificada con el Decreto Ley 433 del 27 de marzo de 1971, en el sentido de señalar que es una entidad de derecho social, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, adscrita al entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (art. 9), y que su representación legal estaría en cabeza de su Director General (art. 18). Posteriormente se expidió el Decreto Ley 2148 del 30 de diciembre de 1992 que vino a reestructurar dicho instituto, el cual en adelante funcionaría *“como una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”* (art. 1), cuya representación legal estaría en cabeza de su Presidente (art. 10), quien dentro de sus funciones tiene la de *“Delegar en los Gerentes Seccionales..., el ejercicio de algunas de sus atribuciones, de conformidad con las autorizaciones del Consejo Directivo”* (art. 11), y que tendría una organización seccional para poder ejercer jurisdicción en todo el territorio nacional *“creando unidades o dependencias seccionales o regionales”* (art. 33). Finalmente, con el Decreto 2599 del 12 de noviembre de 2002 *“Por el cual se modifica la estructura del Instituto de Seguros Sociales en el Nivel Seccional y Local”*, se dispuso que dentro de la estructura interna del nivel seccional existirán gerencias seccionales (art. 1) y que dentro de sus funciones estará la de *“1. Ordenar el gasto por delegación y suscribir los actos, contratos y convenios para la adquisición de bienes y servicios que requiera la seccional, de conformidad con las facultades que le sean delegadas por la Presidencia del ISS”*.

El anterior recorrido normativo demuestra que la representación legal del Instituto de Seguros Social la tiene su Presidente y que los gerentes seccionales solamente pueden ejercer competencias inherentes a esa representación, en lo referente a la respectiva seccional, únicamente por delegación que al efecto les haga el Presidente del Instituto de Seguros Sociales. Por lo mismo, dado que la carga de la prueba recae en la parte demandante<sup>11</sup>, a ella le correspondía probar

---

<sup>11</sup> Así lo establece el artículo 177 del C. de P. C., al disponer: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”*

dentro del plenario que el Gerente Seccional del Magdalena había recibido, por escrito<sup>12</sup>, delegación para ejercer la representación legal de esa seccional.

Sin embargo, luego de examinar detenidamente cada una de las pruebas regular y oportunamente incorporadas al proceso, advierte la Sala que no está probado el hecho de que el Presidente del Instituto de Seguros Sociales haya delegado en la Gerencia Seccional de esa entidad en el departamento del Magdalena, la representación legal de la entidad para esa comprensión territorial o las funciones que determinen el ejercicio de la misma.

#### Del caso concreto:

Pues bien, aunque se probó en el expediente el parentesco en segundo grado de consanguinidad (hermanos) entre Margarita Vives Lacouture y Nelson Eduardo Vives Lacouture<sup>13</sup>, y que Margarita Vives Lacouture se desempeñó como Diputada por el departamento del Magdalena por el período comprendido entre el 1º de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2007<sup>14</sup>, no puede tenerse por demostrada la ilegalidad de los actos acusados por la supuesta violación del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, en los términos en que fue modificado por las Leyes 821 de 2003 y 1148 de 2007, dado que no se probó que el Gerente Seccional del Instituto de Seguros Sociales en dicho departamento llevara la representación legal de esa entidad, pues como se vio tal representación la ostenta el Presidente de la entidad y solamente ante delegación escrita –que no se aportó- se podría acreditar tal circunstancia.

Por otra parte, como la violación de las demás normas invocadas con la demanda, tales como el artículo 292 de la Constitución y los artículos 34 numerales 1, 2 y 15, 35 numeral 1, 36 y 41 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002<sup>15</sup>, se sujetaba al

---

<sup>12</sup> No podía ser de otro forma porque según el artículo 10 de la Ley 489 de 1998 el acto de la delegación es un acto solemne, que siempre debe constar por escrito. En efecto, la disposición prescribe: “En el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.”.

<sup>13</sup> Así se acreditó con copia auténtica de sus registros civiles, obrantes a folios 8 y 9 del informativo, según los cuales son hijos de Nelson Vives Campo y Ana Beatriz Lacouture Zúñiga.

<sup>14</sup> Así se probó con copia auténtica de la credencial expedida por los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil o formulario E-28 (fl. 10) y con certificación expedida por la Secretaría General de la Asamblea Departamental del Magdalena, de fecha 29 de noviembre de 2007 (fl. 11).

<sup>15</sup> Estas disposiciones expresan: “**Artículo 34.- Deberes.** Son deberes de todo servidor público:... 1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los

mismo argumento, debe considerarse que su improsperidad se deriva igualmente de lo dicho en precedencia. Además, tampoco podría estructurarse un cargo solamente con el contenido normativo del artículo 292 Superior, pues como se demostró, la prohibición del nepotismo allí prevista opera solamente para los empleos o cargos “de la correspondiente entidad territorial”, que como se vio no es lo debatido en este asunto, donde la prohibición de nepotismo aludía a la designación de un funcionario perteneciente a una entidad del orden nacional, desconcentrada en el departamento del Magdalena, más exactamente por los encargos que el Presidente del Instituto de Seguros Sociales hizo en el señor Nelson Eduardo Vives Lacouture, al designarlo en la Gerencia Seccional de esa entidad en dicha entidad territorial, mediante las Resoluciones Nos. 5690 del 25 de octubre de 2007, 3456 del 6 de julio de 2007, 2070 del 30 de abril de 2007, 0321 del 30 de enero de 2007 y 4954 del 27 de octubre de 2006.

En consecuencia, se declararán infundadas las excepciones de Caducidad, Inepta Demanda, La Inhabilidad se Encontraba en Cabeza de la Actora y Temeridad en la Acción, propuestas por el demandado, y se denegarán las pretensiones de la demanda.

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

## FALLA

---

*contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente. Los deberes consignados en la Ley 190 de 1995 se integrarán a este código. 2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función...15. Ejercer sus funciones consultando permanentemente los intereses del bien común, y teniendo siempre presente que los servicios que presta constituyen el reconocimiento y efectividad de un derecho y buscan la satisfacción de las necesidades generales de todos los ciudadanos. **Artículo 35.- Prohibiciones.** A todo servidor público le está prohibido: 1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo. **Artículo 36.- Incorporación de inhabilidades, impedimentos y conflicto de intereses.** Se entienden incorporadas a este código las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses señalados en la Constitución y en la ley. **Artículo 41.- Extensión de las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos.** Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal.”*

**PRIMERO:** DECLARAR Infundadas las excepciones de Caducidad, Inepta Demanda, La Inhabilidad se Encontraba en Cabeza de la Actora y Temeridad en la Acción, propuestas por el demandado.

**SEGUNDO:** DENEGAR las pretensiones de la demanda de NULIDAD ELECTORAL instaurada por MARGARITA VIVES LACOUTURE contra la designación de NELSON EDUARDO VIVES LACOUTURE como Gerente (e) del Instituto de Seguros Sociales del departamento del Magdalena.

**TERCERO:** En firme esta providencia archívese el expediente.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

**CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE**

**FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA**  
Presidente  
Salva Voto

**SUSANA BUITRAGO VALENCIA**  
Salva Voto

**MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN**

**MAURICIO TORRES CUERVO**

**FELIX HOYOS LEMUS**  
Conjuez