

MEDIO DE CONTROL DE PERDIDA DEL CARGO – Contra el cargo de Alcalde del Municipio de Puerto Gaitán por haberse declarado que se violaron las sumas máximas de dinero autorizadas a gastar en las campañas

En la audiencia inicial se realizó la fijación del litigio en el sentido de “determinar si se cumplen los presupuestos normativos para declarar la pérdida del cargo de Alcalde del Municipio de Puerto Gaitán (Meta) en contra del señor Edgar Humberto Silva González, por exceder la suma máxima de \$58.000.000 que podía invertir en la campaña política”. Es así como, la Sala teniendo en cuenta que mediante sentencia del 21 de julio de 2016 se declaró la legalidad de las Resoluciones Nos. 3049 del 29 de julio de 2014 y 3347 del 20 de octubre de la misma anualidad dictadas por el Consejo Nacional Electoral, deberá determinar si corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo imponer la sanción de pérdida del cargo, previo análisis de los argumentos expuestos por el demandante en sede judicial. Adicionalmente, teniendo en cuenta que el proceso se conoce por importancia jurídica, ante la consagración en los artículos 109 de la Constitución Política y 26 de la Ley 1475 de 2011, relacionados con la consecuencia jurídica derivada de la violación a los límites de ingresos y gastos en las campañas políticas, corresponde en el presente fallo dar las pautas iniciales para el adelantamiento del juicio, por lo que la Sala aborda los siguientes ejes temáticos: i) Reglas de competencia para el trámite del proceso de pérdida del cargo; ii) Legitimación en la causa por activa; iii) Caducidad de la acción; iv) Régimen jurídico de financiación de las campañas políticas; v) Naturaleza jurídica del proceso de pérdida del cargo y sus principales características, diferencias con el proceso de nulidad electoral y con el de pérdida de investidura; vi) Presupuesto para la iniciación del proceso – competencias del Consejo Nacional Electoral y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; vii) Valor probatorio de los actos administrativos dictados por el Consejo Nacional Electoral en materia de superación de límites en las campañas políticas en el trámite de pérdida del cargo y viii) Sanción de pérdida del cargo por violación de topes, principio de proporcionalidad y consecuencias jurídicas derivadas de la imposición de la sanción

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 109 / LEY 1475 DE 2011 – ARTICULO 26

PERDIDA DE CARGO – Reglas de competencia y procedimiento para el trámite del proceso / PROCESO DE PERDIDA DE CARGO – Alcaldes Municipales y Gobernadores / LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA – En el proceso de perdida de cargo

La norma señala en forma clara el procedimiento que se debe adelantar para resolver la solicitud de pérdida del cargo, remitiendo para todos los efectos al proceso de nulidad electoral, debiendo entenderse comprendidas dentro de la remisión las reglas legalmente establecidas para distribuir las competencias, contenidas en el título IV de la parte segunda del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (...) Encontrándose, en consecuencia, expresamente consagradas las reglas de competencia para conocer del proceso de nulidad electoral en relación con los alcaldes municipales y siendo este el procedimiento que se debe adelantar para determinar la procedencia de la sanción de pérdida del cargo, resulta evidente que los Tribunales Administrativos conocerán en única o primera instancia (...) Con respecto a los gobernadores, la Sala reitera su posición en torno a que, al no existir regla especial de competencia para conocer del proceso de nulidad electoral, se debe dar aplicación al artículo que consagra la cláusula general de

competencia residual de asignar al Consejo de Estado en única instancia (...)corresponde a la Sala responder el interrogante referido a si únicamente le asiste al organismo electoral la legitimación para demandar o la demanda podría igualmente ser instaurada por cualquier ciudadano, en consideración a la naturaleza jurídica de la acción y el interés que le asiste a toda la colectividad en la moralización y transparencia del proceso electoral (...) considera la Sala que la norma adjetiva objeto de análisis radica en el organismo electoral la competencia y a la vez el deber jurídico de instaurar la demanda de pérdida del cargo (...) Se presenta una diferencia –al igual que ocurre con la figura jurídica de la caducidad y con las consecuencias de la sanción como se analizará a continuación– entre la pérdida del cargo para alcaldes y gobernadores y la pérdida de la investidura establecida para candidatos elegidos para corporaciones públicas (...) Tal diferencia se presenta en razón a que para miembros de corporaciones públicas la norma objeto de análisis adicionó una causal de pérdida de investidura y de cara a la existencia de los preceptos especiales consagrados en las Leyes 144 de 1994 y 1437 de 2011

FUENTE FORMAL: LEY 1475 DE 2011 – ARTICULO 26 NUMERAL 2 / LEY 1475 DE 2011 – ARTICULO 151 NUMERAL 9 / LEY 1475 DE 2011 – ARTICULO 152 NUMERAL 8 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 149 NUMERAL 14 / ACUERDO 58 DE 1999 – ARTICULO 13 / LEY 1475 DE 2011 – ARTICULO 26 / LEY 1475 DE 2011 – ARTICULO 13 / LEY 144 DE 1994

CADUCIDAD DE LA ACCION – De pérdida de cargo para Alcaldes y Gobernadores / CADUCIDAD DE LA ACCION – Diferencia entre la pérdida de cargo y la pérdida de investidura

[El] término de caducidad establecido para solicitar la pérdida del cargo a través del medio de control de nulidad electoral para alcaldes y gobernadores, igualmente, marca una diferencia con la pérdida de investidura que por esta misma causal se estableció para miembros de corporaciones públicas, en consideración a que, la acción electoral tiene previsto un término de caducidad de treinta (30) días –artículo 164 núm. 2 literal a)– y la acción de pérdida de investidura no tiene término de caducidad

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 164 NUMERAL 2 LITERAL A

CAMPAÑAS POLITICAS – Régimen jurídico de financiación / FINANCIACION DE CAMPAÑA – La violación de los topes máximos será sancionada con pérdida de investidura o del cargo

La norma constitucional estableció que, para las elecciones que se celebren a partir de la vigencia del referido acto legislativo, la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada, será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo, consagrándose que la ley debía reglamentar los demás efectos por la violación de este precepto (...) la Ley 1475 de 2011 consagró el régimen jurídico de financiación de las campañas políticas, regulando expresamente aspectos como fuentes de financiación de los partidos y movimientos políticos; financiación estatal de los partidos y movimientos políticos; destinación de los recursos; rendición pública de cuentas; límites a la financiación privada; límites al monto de gastos; pérdida del cargo por violación de los límites al monto de gastos, entre otros (...) En virtud de los principios que informan la financiación de las campañas políticas y en relación con el tema que interesa al presente proceso, se tiene que las normas analizadas, con el objetivo de

garantizar la igualdad en la contienda electoral, contemplan, además de la entrega de recursos estatales a los partidos y movimientos políticos, la posibilidad de establecer un límite a los montos de contribución que los particulares hacen a cada una de las campañas y consagran las posibles fuentes de financiación privada en el artículo 20 de la Ley 1475 de 2011. De lo dicho, es procedente concluir que el sistema de financiación de campañas de candidatos a cargos o corporaciones de elección popular en Colombia, responde a un sistema mixto, el cual permite la contribución por parte de personas de derecho privado, así como el ingreso de recursos estatales destinados para el efecto, en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 109, la cual se da mediante dos mecanismos: (i) anticipos, según lo regulado por el artículo 22, o (ii) reposición de votos válidamente obtenidos por el candidato y/o partido o movimiento político, de conformidad con lo expuesto por el artículo 21 de la normatividad objeto de análisis.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 109 / ACTO LEGISLATIVO 3 DE 2009 – ARTICULO 3 / LEY 1475 DE 2011 – ARTICULO 20 / LEY 1475 DE 2011 – ARTICULO 21 / LEY 1475 DE 2011 – ARTICULO 22

PROCESO DE PERDIDA DEL CARGO – Naturaleza jurídica / PROCESO DE PERDIDA DE CARGO - Características diferencias con el proceso de nulidad electoral y perdida de investidura / PERDIDA DE CARGO - Proceso de naturaleza jurisdiccional sancionatorio que tiene por objeto castigar las conductas que implican la utilización de recursos en un monto mayor al autorizado por el Estado

En el medio de control electoral, el juez debe realizar un juicio sobre la legalidad del acto de elección, es decir sobre su correspondencia o no con el orden jurídico, por lo que se trata de un control objetivo de legalidad, sin que resulte procedente analizar la conducta del elegido, lo que implica igualmente que en el evento de prosperar la pretensión de nulidad no se genera inhabilidad alguna. La anterior diferencia se fundamenta en que en el proceso de pérdida del cargo no se cuestiona la validez del acto electoral, sino la utilización en la campaña política de un monto mayor al autorizado por la Organización Nacional Electoral, lo que lo hace merecedor de una sanción, naturaleza jurídica que surge del contenido del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, ratificada en la sentencia de constitucionalidad C-490 de 2011. En consecuencia, al analizar las normas que consagran la figura jurídica y el alcance de las mismas de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación se concluye que se trata de un proceso de naturaleza jurisdiccional sancionatorio que tiene por objeto castigar las conductas que implican la utilización de recursos en un monto mayor al autorizado por el Estado, con lo que se pretende salvaguardar principios democráticos esenciales como la igualdad electoral y la transparencia, que se tramita por el procedimiento de la nulidad electoral, presentando significativas diferencias con este, derivadas del objeto de estudio y de la finalidad que se pretende con cada uno, según se dejó expuesto. En relación con la pérdida de investidura, se advierte que goza de la misma naturaleza sancionatoria sui generis derivada de las especificidades propias de la finalidad que cumplen en el ordenamiento jurídico, presentando diferencias con esta en cuando a: (i) el procedimiento para la imposición de la sanción; (ii) la legitimación en la causa por activa; (iii) la existencia de un término de caducidad; (iii) las consecuencias que reviste una y otra sanción. Por tratarse de un régimen sancionatorio, corresponde al operador judicial determinar la materialidad de la conducta o fase objetiva que consistirá en la verificación del supuesto de hecho de la norma consistente en la violación de los límites establecidos y la fase subjetiva de la responsabilidad, derivada de encontrarse

proscrita la responsabilidad objetiva en el ejercicio del ius puniendi del Estado, al resultar plenamente aplicable el artículo 29 Constitucional. NOTA DE RELATORIA: Para el estudio de la naturaleza jurídica de pérdida de cargo la Sala parte de la interpretación de las normas legales y constitucionales del Proceso de pérdida de cargo y de pérdida de investidura fijados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-490 de 2011 y Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de 23 de febrero de 2016

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLÍTICA – ARTICULO 109 / LEY 1475 DE 2011 – ARTICULO 26

PROCESO ELECTORAL – Iniciación y competencias del Consejo Nacional Electoral y la Jurisdicción Contencioso Administrativa

El Consejo Nacional Electoral tiene la facultad, directamente, de imponer sanciones por la violación de los topes máximos de financiación de las campañas electorales, y al mismo tiempo, pero no en forma directa, sino a través de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, puede solicitar, con fundamento en los mismos supuestos de hecho, la pérdida del cargo (...) se tiene que del contenido normativo del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, surge un presupuesto procesal de la acción o requisito de procedibilidad, consistente en que sea la máxima autoridad electoral –CNE– quien determine la violación de los límites del monto de gastos (...) La Sala destaca que, de conformidad con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, resultan claras las competencias del órgano electoral y de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en torno a la pérdida del cargo por violación de límites. Al respecto se tiene que es competencia del Consejo Nacional Electoral determinar las sumas máximas que podrán invertir en sus campañas electorales los candidatos a alcaldías y gobernaciones, entre otros, así como determinar, con respecto a éstos, la violación de los límites del monto de gastos, previo procedimiento sancionatorio, quedando en cabeza de esa misma entidad la presentación de la demanda de pérdida del cargo, que se encuentra condicionada a la ejecutoria del acto que determine la violación al límite al monto de gastos (...) se estableció expresamente el control por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de tal manera que los afectados con los actos administrativos que dicte el Consejo Nacional Electoral podrán, a través de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho solicitarle a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que revisen la legalidad de tales decisiones si avizoran la materialización de alguna de las causales consagradas en los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011. En el evento de que se demanden en sede de nulidad los actos administrativos expedidos por el Consejo Nacional Electoral, resulta evidente que para decidir sobre la pérdida del cargo se tendrá que esperar la resolución del juez de la legalidad del acto, como acaeció precisamente en el proceso que ocupa la atención de la Sala, en la que se decretó la prejudicialidad, reanudándose el trámite de la actuación una vez ejecutoriada la sentencia que se pronunció sobre la validez de los actos administrativos. En caso de no mediar demanda de nulidad, el acto administrativo expedido por el Consejo Nacional Electoral revestido de la presunción de legalidad, constituye requisito de procedibilidad ante la jurisdicción contenciosa y prueba de la materialidad de la conducta o aspecto objetivo

FUENTE FORMAL: LEY1475 DE 2011 – ARTICULO 13 / LEY 1475 DE 2011 – ARTICULO 26 / LEY 1475 DE 2011 – ARTICULO 24

VALORACION PROBATORIA – De acto administrativo del Consejo Nacional Electoral / ACTO ADMINISTRATIVO – En materia de superación de límites en

las campañas políticas / PERDIDA DE CARGO – Por violación de topes en campaña política / PERDIDA DE CARGO – La consecuencia jurídica de la sanción es distinta a la de pérdida de investidura pues no implica inhabilidad

La demanda de pérdida del cargo tiene su fundamento en la resolución que declara la violación de los límites establecidos, quedando con ella demostrada en grado de plenitud probatoria la tipicidad de la conducta sancionatoria consistente en la violación de límites de gastos. En virtud de lo expuesto, los actos administrativos expedidos por el Consejo Nacional Electoral acreditan el elemento objetivo de la sanción, referido a la violación de los topes, pudiendo el demandado únicamente alegar una causal que tenga la entidad de exonerar su responsabilidad desde el punto de vista subjetivo (...) Con respecto a las consecuencias jurídicas de la sanción, corresponde a la Sala resolver el problema jurídico consistente en determinar si la única sanción aplicable es la pérdida del cargo o esta implica igualmente, como en el caso de la pérdida de investidura – que por la misma causa es aplicable a miembros de corporaciones públicas– implica la imposibilidad de volver a ocupar una dignidad de elección popular. Sobre este tópico la Sala considera que en aplicación del principio de legalidad que informa el régimen sancionatorio, en el caso concreto no es posible extender los efectos de la única sanción prevista tanto en la norma constitucional como en el desarrollo legal, lo cual no deja de generar un desequilibrio entre los miembros de corporaciones públicas que además de perder la investidura quedan sometidos a una inhabilidad para ejercer cargos públicos que implica una especie de “muerte política” y los alcaldes y gobernadores que únicamente pierden el cargo, pero esta desigualdad no puede ser resuelta por la Sala pues ella obedece a una falencia del legislador que no es dable corregir

FUENTE FORMAL: LEY 1475 DE 2011 – ARTICULO 26

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD – En el proceso de pérdida de cargo / PERDIDA DE CARGO – Consecuencias jurídicas de su imposición

El medio de control relacionado con la pérdida del cargo por desconocimiento de topes, no es el escenario jurídico pertinente para debatir aspectos que el señor Silva González planteó al momento de ejercer su derecho de defensa en el trámite administrativo y que reiteró en el proceso de nulidad, en tanto los mismos se relacionan con la legalidad de los actos administrativos que, se itera, no son materia de control en esta oportunidad (...) la única sanción prevista por el constituyente en el artículo 109 de la Constitución y desarrollada por el legislador en forma acorde con la norma superior, habiendo sido declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-141 del 26 de febrero 2010, por considerar que resulta válida constitucionalmente y se origina en la concreción del principio de transparencia. No existe, en consecuencia, duda alguna de que la sanción de pérdida del cargo resulta respetuosa de los principios y valores consagrados en la Carta Política y que la misma supera ampliamente el test de proporcionalidad (...) tanto en el procedimiento administrativo previo a la iniciación del presente proceso adelantado ante el Consejo Nacional Electoral, como en el trámite jurisdiccional de la referencia, se respetaron las garantías del debido proceso y en el sub lite se comprobó que la superación del límite de los ingresos y gastos de la campaña electoral fueron significativos y tuvieron la entidad suficiente para afectar el equilibrio, la transparencia y la igualdad en la contienda, sin que –se reitera– la parte demandada haya alegado o se encuentre acreditada una causal de justificación de la conducta desde el punto de vista subjetivo. Siendo ello así, no existe en el caso concreto vulneración al principio de proporcionalidad alegado por

el demandado, haciéndose el mismo acreedor a la sanción prevista por el constituyente en el artículo 109 de la Constitución.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 109

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C, primero (1) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00006-01

Actor: CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

Demandado: EDGAR HUMBERTO SILVA GONZÁLEZ - Alcalde del Municipio de Puerto Gaitán, Meta

Naturaleza: Pérdida del cargo (Artículo 109 constitucional y 26 de la Ley 1475 de 2011)

Asunto: Fallo por importancia jurídica – decreta la pérdida del cargo – análisis de los artículos 109 de la Constitución Política y 26 de la Ley 1475 de 2011- precisión sobre la valoración probatoria del acto proferido por el Consejo Nacional Electoral – estudio sobre el principio de proporcionalidad de la sanción.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite legal correspondiente, la Sala procede a dictar sentencia de por importancia jurídica¹ en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Las pretensiones

¹ De conformidad con el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de **sentar** jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir el conocimiento de asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público. En los términos del artículo 270 *ejusdem*, esta providencia constituye sentencia de unificación jurisprudencial.

Mediante escrito radicado el 13 de enero de 2015² en la Secretaría General del Tribunal Administrativo del Meta, el Consejo Nacional Electoral, por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda de pérdida del cargo de Alcalde del Municipio de Puerto Gaitán – Meta³, dignidad ocupada por el señor **Edgar Humberto Silva González**⁴, con fundamento en que mediante Resolución No. 3049 de julio de 2014, esa Corporación declaró la violación de los límites de gastos en la campaña electoral en la que resultó elegido, acto administrativo que fue confirmado según Resolución No. 3347 del 20 de octubre del mismo año.

Para el efecto, elevó la siguiente pretensión:

“... que se declare la pérdida del cargo del Alcalde del Municipio de Puerto Rico (Sic), Meta, por parte del ciudadano **EDGAR HUMBERTO SILVA GONZÁLEZ** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011 al haberse declarado por parte del Consejo Nacional Electoral, mediante Resoluciones 3049 del 29 de julio de 2014 y 3347 del 20 de octubre de 2014, que durante la campaña electoral del año 2011 que llevó a la Alcaldía Municipal al demandado, se violaron las sumas máximas de dinero autorizadas a gastar en tales campañas”⁵.

1.2. Hechos probados y/o admitidos

La Sala encontró probados los siguientes hechos que son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

- Mediante Resolución No. 0078 del 22 de febrero de 2011⁶, el Consejo Nacional Electoral fijó las sumas máximas que podían invertir los candidatos a gobernaciones departamentales, alcaldías municipales o distritales en las elecciones que se llevarían a cabo en el año 2011.
- El Consejo Nacional Electoral por medio de la Resolución No. 0599 del 12 de julio de 2011 constituyó Tribunales Seccionales de Garantías y Vigilancia Electoral en varios departamentos del país, incluido el Departamento del Meta, designación que en este departamento recayó en los ciudadanos Hermencia Herrera Castro, Alberto Rojas Ríos y Carlos Mauricio Bonilla Hernández.
- El 30 de octubre de 2011 se llevaron a cabo las elecciones de alcaldes y gobernadores, en las cuales se inscribió como candidato a la Alcaldía del Municipio de Puerto Gaitán – Meta el ciudadano Edgar Humberto Silva González,

² Folio 16. Cuaderno principal No. 1.

³ Folios 1 a 15. Cuaderno principal No. 1.

⁴ Integrante del Partido Social de Unidad Nacional – Partido de la “U”, representado legalmente para esa época por Oscar Orlando Rueda García.

⁵ Folio 2 del cuaderno número 1.

⁶ “Por la cual se fijan las sumas máximas que pueden invertir por los candidatos en las campañas electorales a gobernaciones, alcaldías distritales y municipales, así como por los precandidatos de consultas populares o internas o interpartidistas que realicen las organizaciones políticas con personería jurídica para seleccionar candidatos a gobernaciones y alcaldías, en las elecciones que se lleven a cabo durante el año 2011”.

quien fue avalado e inscrito por el Partido Social de la Unidad Nacional – Partido de la U, siendo elegido, según consta en el acta general de escrutinios del 1º al 4 de noviembre de 2011 y en el Formulario E-26 del 8 de noviembre de 2011⁷.

- El 28 de noviembre de 2011⁸, los miembros del Tribunal Seccional de Garantías y Vigilancia Electoral del Departamento del Meta radicaron en el Consejo Nacional Electoral el Oficio TGVE.M S/467-2011⁹ con el que aportaron al expediente las actuaciones adelantadas en relación con la presunta violación de los límites de gastos que podía invertir en su campaña electoral, asunto que correspondió por reparto al magistrado Bernardo Franco Ramírez, bajo el radicado No. 16655-11, quien profirió los autos de 2 y 5 de diciembre de 2011¹⁰, con los que avocó el conocimiento y ordenó la apertura de la indagación preliminar, respectivamente.

- Mediante auto del 28 de febrero de 2012¹¹ el Consejo Nacional Electoral decretó la práctica de pruebas, decisión comunicada a los investigados mediante Oficio CNE-SS-JHP/1559/2012 del 2 de marzo de 2012¹².

- La anterior actuación, junto con el acervo probatorio recaudado, fue remitida al despacho del Consejero Joaquín José Vives Pérez mediante Oficio CNE-BFR-086-2012 de 3 de mayo de 2012¹³, de conformidad con el sorteo que consta en el Acta N° 16 de esa misma fecha. Lo anterior se le comunicó al señor Edgar Humberto Silva González por oficio 910-213 del 6 de junio de 2012, suscrito por el Registrador Municipal del Estado Civil de Puerto Gaitán, Meta¹⁴.

- Mediante autos del 29 de mayo¹⁵, 13 de junio¹⁶, 5¹⁷ y 12¹⁸ de julio, 6¹⁹ y 28 de agosto²⁰, 10²¹ y 19²² y 20 de septiembre²³, 26 de octubre²⁴, y 1²⁵, 2²⁶, 10, y 15²⁷ de noviembre, todos de 2012, se ordenó la práctica de pruebas dentro de la citada actuación administrativa.

- Con autos del 16²⁸, 22²⁹ y 26³⁰ de octubre de 2012 se corrió traslado al señor Silva González de los dictámenes periciales practicados, los cuales fueron objetados por éste en escritos del 23³¹, 29³² y 31³³ de los mismos mes y año.

⁷ Folios 1779 y 1780. Cuaderno anexo No. 11.

⁸ Folio 31. Cuaderno anexo No. 1.

⁹ Ídem.

¹⁰ Folios 69 y 70. Cuaderno anexo No. 1.

¹¹ Folio 80. Cuaderno anexo No. 1.

¹² Folio 324. Cuaderno anexo No. 02.

¹³ Folio 345. Cuaderno anexo No. 3.

¹⁴ Folio 364. Cuaderno anexo No. 3.

¹⁵ Folio 348. Cuaderno anexo No. 3.

¹⁶ Folio 365. Cuaderno anexo No. 3.

¹⁷ Folio 432. Cuaderno anexo No. 3.

¹⁸ Folio 444. Cuaderno anexo No. 3.

¹⁹ Folio 495. Cuaderno anexo No. 4.

²⁰ Folio 501. Cuaderno anexo No. 4.

²¹ Folio 534. Cuaderno anexo No. 4.

²² Folio 572. Cuaderno anexo No. 4.

²³ Folio 576. Cuaderno anexo No. 4.

²⁴ Folio 644. Cuaderno anexo No. 5.

²⁵ Folios 673 y 675. Cuaderno anexo No. 5.

²⁶ Folio 677. Cuaderno anexo No. 5.

²⁷ Folio 745. Cuaderno anexo No. 5.

²⁸ Folio 601. Cuaderno anexo No. 5.

²⁹ Folio 608. Cuaderno anexo No. 5.

- Mediante auto del 24 de enero de 2013³⁴ se le comunicó al Partido Social de Unidad Nacional – Partido de la U, la existencia de la actuación administrativa adelantada.
- Con la Resolución N° 1095 del 10 de abril de 2013³⁵ se dispuso abrir investigación administrativa y formular cargos contra el Partido de la U y el señor Edgar Humberto Silva González, por *“violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral a la Alcaldía de Puerto Gaitán, Meta”*, decisiones que fueron debidamente notificadas.
- El 8 de mayo de 2012³⁶, el Partido de la U se pronunció sobre la apertura de investigación. Por su parte, el 27 de mayo de 2013³⁷, el señor Silva González, por intermedio de apoderado judicial, contestó los cargos que le fueron formulados.
- Por auto del 9 de julio de 2013³⁸ se resolvió la petición de pruebas acompañada con los descargos de los investigados y en decisión del 10 de julio del 2013³⁹, fueron negadas las demás solicitudes probatorias elevadas por los implicados en la actuación administrativa.
- Mediante auto del 13 de enero de 2014⁴⁰ se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión.
- Surtido el trámite correspondiente, el Consejo Nacional Electoral mediante la Resolución No. 3049 del 29 de julio de 2014⁴¹ declaró la violación de los límites de ingresos y gastos establecidos, por parte de la campaña del candidato Edgar Humberto Silva González y, en consecuencia, sancionó al Partido Social de Unidad Nacional – Partido de la “U”, con la suspensión del derecho a inscribir candidatos a la alcaldía municipal de Puerto Gaitán en las elecciones inmediatamente siguientes al 2011⁴².
- Para arribar a la citada resolutive, el Consejo Nacional Electoral consideró que de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 0078 de 2011 y el censo electoral del Municipio de Puerto Gaitán⁴³ la campaña del candidato Edgar Humberto Silva González, estaba sujeta al límite de ingresos de \$58.000.000 y

³⁰ Folio 646. Cuaderno anexo No. 5.

³¹ Folio 638. Cuaderno anexo No. 5.

³² Folio 649. Cuaderno anexo No. 5.

³³ Folio 657. Cuaderno anexo No. 5.

³⁴ Folio 762. Cuaderno anexo No. 6.

³⁵ Folio 1089. Cuaderno anexo No. 8.

³⁶ Folio 1146. Cuaderno anexo No. 8.

³⁷ Folio 1130. Cuaderno anexo No. 8.

³⁸ Folio 1429. Cuaderno anexo No. 10.

³⁹ Folio 1446. Cuaderno anexo No. 10.

⁴⁰ Folio 1512. Cuaderno anexo No. 10.

⁴¹ Folios 1592. Cuaderno anexo No. 11.

⁴² Folio 1629 del cuaderno número 11 del expediente.

⁴³ Que correspondía a la cantidad de 15.665 personas aptas para sufragar, para las elecciones del 30 de octubre de 2011.

que con fundamento en el material probatorio allegado a la actuación se encontró probada la violación del mismo en cuantía de \$22.753.243⁴⁴.

- Contra la decisión anterior el Partido Social de Unidad Nacional – Partido de la U, presentó recurso de reposición que fue resuelto por el Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución No. 3347 del 20 de octubre de 2014, que confirmó íntegramente la decisión recurrida⁴⁵.

1.3. Fundamentos de la demanda - normas violadas y el concepto de violación

En la demanda se afirmó que, en procura de la equidad en las contiendas electorales, el constituyente reguló la actividad de los partidos políticos, de las campañas electorales y de los candidatos, fijando los límites al financiamiento electoral, así como las consecuencias para quienes los infrinjan.

Precisó que, al Consejo Nacional Electoral le ha sido encomendada la función de regular, inspeccionar, vigilar y controlar la actividad electoral, funciones que cumple con fundamento en el artículo 265 de la Constitución Política, incluyendo lo relacionado con el financiamiento de las campañas electorales, en especial, en lo que se refiere a la *“fijación de los límites de ingresos y gastos en que puede incurrir cada campaña y al cumplimiento de los límites adoptados, todo ello con el propósito de velar o procurar que en estas contiendas haya equidad, transparencia, imparcialidad y credibilidad”*⁴⁶.

En atención a lo anterior, resaltó que existe un completo marco regulatorio relacionado con la asignación de recursos estatales para el desarrollo de actividades proselitistas, así como la consagración de sanciones ante el incumplimiento de los límites fijados para la financiación de una determinada campaña electoral, *“de tal manera que la diferencia en el volumen de los recursos económicos entre los distintos aspirantes no sea el factor determinante para su éxito y que el poder del dinero no coopte el Estado”*⁴⁷.

Seguidamente, previo recuento histórico del régimen legal y reglamentario para la financiación de campañas políticas y de referir las consecuencias de su desconocimiento, concluyó que *“... si bien la Constitución ha erigido a Colombia como una República democrática, participativa y pluralista, en la que la soberanía radica en el pueblo, con ocasión del cual se ha consagrado el derecho a la participación política, el que implica los derechos a elegir y ser elegido, tales derechos no son absolutos, sino que admiten límites que la misma ley ha previsto en procura de la equidad, transparencia, imparcialidad y credibilidad, límites dentro de los que se encuentran los relativos al monto de financiación de las campañas*

⁴⁴ Folio 1624. Cuaderno anexo No. 11.

⁴⁵ Folios 1734 y ss. Cuaderno anexo No. 11.

⁴⁶ Folio 6. Cuaderno principal No. 1

⁴⁷ Folio 6. Cuaderno principal No. 1.

*electorales, cuyo incumplimiento implica consecuencias para quienes infrinjan las disposiciones al respecto*⁴⁸.

Fundamentó las pretensiones de la demanda en las siguientes normas: artículos 109 de la Constitución Política; 14 de la Ley 130 de 1994; 1º, 24 y 26 de la Ley 1475 de 2011.

1.4 Solicitud de medida cautelar

En escrito separado a la presentación de la demanda⁴⁹, el apoderado del Consejo Nacional Electoral solicitó como medida cautelar la suspensión de los efectos del acto administrativo que declaró la elección del señor Edgar Humberto Silva González como alcalde del municipio de Puerto Gaitán (Meta), contenido en el acta general de escrutinios de las elecciones en el Departamento del Meta del 1 a 4 de noviembre del 2011, así como en los formularios E24 y E26 del 8 de noviembre del 2011.

Para el efecto, señaló que en el expediente obran pruebas suficientes para demostrar la ocurrencia de los presupuestos fácticos exigidos para declarar la pérdida del cargo del demandado, alegando ser más gravoso para el *“interés público”* que éste continúe ejerciéndolo después de la ejecutoria de un acto administrativo que declaró la violación de los topes de campaña.

Adicionalmente, indicó que de no decretarse la medida solicitada, *“los efectos de la sentencia que llegare a dictarse, serán nugatorios”*, toda vez que el período para el cual fue elegido alcalde el señor Silva González, termina el 31 de diciembre del 2014.

2. Actuaciones procesales relevantes

2.1. Auto admisorio de la demanda

Mediante auto del 19 de enero de 2015⁵⁰, el Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo del Meta, admitió la demanda y ordenó la notificación personal del auto admisorio al señor Edgar Humberto Silva González y al representante legal del Partido Social de Unidad Nacional – Partido de la U, en la forma prevista en el numeral 1º literal a) del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011⁵¹.

⁴⁸ Folio 11. Cuaderno principal No. 1.

⁴⁹ Folios 1 a 3. Cuaderno de medidas cautelares.

⁵⁰ Folio 32. Cuaderno principal No. 1.

⁵¹ Artículo 277. (...) 1) Que se notifique personalmente al elegido o nombrado con sujeción a las siguientes reglas: a) Cuando hubiere sido elegido o nombrado para un cargo unipersonal o se demande la nulidad del acto por las causales 5 y 8 del artículo 275 de este código relacionadas con la falta de calidades y requisitos previstos en la Constitución, la ley o el reglamento, o por hallarse incursos en causales de inhabilidad o de doble militancia, la notificación personal se surtirá en la dirección suministrada por el demandante, mediante entrega de copia de la providencia que haga el citador, a quien deba ser notificado, previa identificación de éste mediante documento idóneo, y suscripción del acta respectiva en la que se anotará la fecha en que se practica la notificación, el nombre del notificado y la providencia a notificar.

Así mismo, ordenó la notificación personal al representante del Ministerio Público delegado ante esa Corporación e informar a la comunidad por medio de la página web del Tribunal⁵².

De otra parte, en el numeral 6º de la referida providencia, dispuso correr traslado por el término de cinco (5) días de la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional⁵³ de conformidad con el artículo 233 de la Ley 1437 del 2011.

2.2. Trámite dado a la solicitud de medida cautelar

Vencido el traslado de la solicitud de medida cautelar ordenado por el auto admisorio de la demanda, el Tribunal Administrativo del Meta, en auto del 17 de febrero del 2015⁵⁴, negó la suspensión provisional solicitada, considerando para el efecto que *“constituye la razón de ser del debate procesal, apenas abierto, discutir el nivel de acreditación alcanzado por el CNE en su decisión de dar por superado el tope de ingresos y gastos de campaña del acalde demandado y porque la medida de suspensión de los efectos legales del acto que declaró electo como Alcalde del Municipio de Puerto Gaitán al señor Silva González resulta a todas luces disonante, improcedente en sede de este medio de control, como quedó explicado, por ser propia de los medios de control que tienen que ver con la legalidad de actos administrativos demandados, que no aparecen en este debate”*.

3. Contestaciones de la demanda

3.1. Edgar Humberto Silva González

La parte demandada, por intermedio de apoderado judicial, mediante escrito radicado el 16 de febrero de 2015⁵⁵ contestó la demanda, se pronunció sobre los hechos admitiendo que los mismos son ciertos, no obstante lo cual se opuso a las pretensiones de la demanda.

Expuso que los actos administrativos que sirven de fundamento a la demanda de pérdida del cargo *“no obedecen a la realidad, tal y como se demostrará en el trámite del proceso, desconociendo además el debido proceso, el derecho de contradicción y defensa, y las disposiciones en que debía fundarse”*⁵⁶; exponiendo los siguientes argumentos:

(i) Pérdida de competencia del Consejo Nacional Electoral, por caducidad de la potestad sancionadora

Afirmó que el Consejo Nacional Electoral perdió competencia para hacer efectivo su poder sancionador por efectos del fenómeno de la caducidad, por cuanto a la actuación administrativa le era aplicable el Decreto 01 de 1994, el cual en el

⁵² Folios 32 a 33 del cuaderno número 1.

⁵³ Como fundamento de esta actuación, el Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo del Meta, consideró necesario dar aplicación al auto del 23 de octubre del 2014, C.P. Alberto Yepes Barreiro (Rad. 11001-03-28-000-2014-00128-00), en donde se indicó que si bien la normativa procesal – electoral no indica que deba correrse traslado de la solicitud de medida cautelar, lo cierto es que tampoco la prohíbe.

⁵⁴ Folio 39. Cuaderno de medidas cautelares.

⁵⁵ Folio 48. Cuaderno principal No. 1.

⁵⁶ Folio 53.

artículo 38 establecía que la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca en el término de tres (3) años, contados a partir de la producción del hecho que pueda ocasionarlas.

Precisó que en el presente caso, los actos que dieron lugar a la expedición de las resoluciones por parte del Consejo Nacional Electoral ocurrieron antes de la elección, como se desprende de las pruebas sobre los pagos relacionados en la contabilidad de la campaña, efectuados a los señores Vladimir Ayala, Jhon Pereira y Kelly Garavito. Agregó que el término de caducidad estaría igualmente vencido si este se contabilizara desde la fecha de vencimiento del plazo para rendir cuentas, lo que ocurrió el 11 de noviembre de 2011.

El demandado concluyó que *“si se escogiera cualquiera de estos dos escenarios encontramos que al momento de resolverse el recurso de reposición, es decir al momento de agotarse la vía gubernativa, la potestad sancionatoria del CNE ya había caducado, puesto que esta última decisión solo quedó en firme el día **12 de diciembre de 2014 (folio 1714)**, es decir ya habían transcurrido más de tres años desde la ocurrencia de los hechos, y por lo tanto ya había ocurrido el fenómeno de la caducidad”*⁵⁷.

(ii) Proporcionalidad de la medida de pérdida del cargo

Solicitó que se tuviera en cuenta la *“Proporcionalidad de la medida de pérdida del cargo”*, argumento de defensa que sustentó en la sentencia C-490 de 2011 dictada por la Corte Constitucional, así como en las garantías que se derivan del debido proceso. Precisó que la sanción a imponer deber armonizarse con los principios constitucionales del derecho sancionador.

(iii) Irregularidades en la expedición de los actos administrativos por parte del Consejo Nacional Electoral

Consideró que se presentaron irregularidades en la expedición de los actos administrativos dictados por el Consejo Nacional Electoral, por cuanto dieciséis (16) meses después de haberse iniciado la actuación administrativa sancionatoria se le dio un trámite especial, no obstante que los términos para adelantar el procedimiento sancionatorio se encontraban vencidos, lo que conllevó a que el procedimiento de apertura de investigación y formulación de cargos se adelantara en un (1) año y cuatro (4) meses.

Agregó que el período probatorio tardó más de ocho (8) meses, sin que mediara decisión de prórroga, de conformidad con lo previsto por el artículo 13 de la Ley 1475 de 2013, concluyendo que *“un procedimiento previsto para máximo un año, tardó de diciembre 5 de 2011, a diciembre 12 de 2014, es decir 3 años, superados ampliamente los plazos dispuestos en un procedimiento especial y preferente”*⁵⁸.

(iv) Violación del debido proceso y del derecho de defensa

⁵⁷ Folio 56.

⁵⁸ Folio 61.

A juicio del demandado, se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa, por “irregularidades probatorias”, lo cual sustentó en que la declaración rendida por el señor Giovanni Ayala se hizo con vulneración del debido proceso, por cuanto la diligencia en que se debía recibir el testimonio fue aplazada por la imposibilidad de comparecer del declarante y la nueva fecha fijada por el despacho no fue informada a los interesados.

Adicional a lo anterior, aseveró que esta prueba fue valorada en forma errada y desfavorable, por cuanto no tuvo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la presentación del artista, que fueron expuestas por el propio declarante ante el Consejo Nacional Electoral.

De otra parte, consideró que frente a los aportes de los señores Jhon Eferson Pereira y Kelly Garavito, la autoridad electoral desconoció el contenido del artículo 232 de la Ley 1564 del 2012 –Código General del Proceso–, en concordancia con el artículo 235 *ejusdem*, al momento de analizar los dictámenes periciales que se decretaron a efectos de determinar el valor de las 1000 revistas aportadas a la campaña, así como de las camisetas publicitarias con destino a la misma.

(iv) Ausencia de prueba respecto de uno de los elementos que integran el ilícito administrativo - culpabilidad

La parte demandada consideró que al Consejo Nacional Electoral le correspondía demostrar todos los elementos del ilícito administrativo, esto es, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad y que en los actos administrativos sancionatorios no se realizó análisis alguno sobre esta última.

(v) Prejudicialidad

Fundamentó este argumento en que, en el caso sometido a estudio, los actos administrativos sobre los cuales se fundamenta la solicitud de pérdida del cargo son objeto de debate dentro del proceso de nulidad que se adelanta en el Consejo de Estado. Afirmó que *“el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho tiene una relación directa con la solicitud de pérdida del cargo ... conforme al procedimiento contenido en los artículos 275 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, por así disponerlo el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011; comoquiera que suspendidos o anulados los actos administrativos sancionatorios expedidos por el Consejo Nacional Electoral, los mismos no se podrán ejecutar, conforme a lo dispuesto por el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011”*⁵⁹.

4. La audiencia inicial

El 26 de febrero de 2015⁶⁰ se celebró la audiencia inicial prevista en el artículo 283 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el 180 *ejusdem*, en la cual se adoptaron las siguientes decisiones:

⁵⁹ Folio 72.

⁶⁰ Fecha fijada mediante auto del 17 de febrero del 2015, obrante a folio 99 del cuaderno principal No. 1.

(i) Se negó la solicitud del demandado de decretar la suspensión del proceso por prejudicialidad, por considerar que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 162 del Código General del Proceso, la suspensión sólo procede cuando se encuentre para dictar sentencia de segunda o única instancia.

(ii) Se saneó el proceso, por no encontrarse causal alguna que invalide lo actuado.

(iii) Se fijó el litigio, estableciendo que *“el asunto se centra en determinar si se cumplen los presupuestos normativos para declarar la pérdida del cargo de Alcalde del Municipio de Puerto Gaitán (Meta) en contra del señor EDGAR HUMBERTO SILVA GONZÁLEZ, por exceder la suma máxima de CINCUENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS (58.000.000 M/CTE) que podía invertir en la campaña política, considerando al respecto el Consejo Nacional Electoral que los gastos de la campaña reportados por el candidato electo no representan el precio comercial real de algunas ayudas recibidas”*⁶¹.

(iv) Se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, consistentes en documentales, oficios, así como los testimonios de los señores Wilson Vladimir Ayala, Aldemar Pérez Montaña, Diego Algarra y Miltón Gámez, a efectos de que declararan sobre los valores comerciales de los *ítems* que fueron objeto de debate en el trámite administrativo del Consejo Nacional Electoral; y, finalmente, se dispuso oficiar al Departamento Nacional de Estadística DANE para que certificara el número de habitantes del municipio de Puerto Gaitán – Meta.

De las decisiones adoptadas en el marco de la audiencia inicial se corrió traslado a los asistentes, los cuales no interpusieron recurso alguno, por lo que las mismas quedaron en firme.

5. Audiencia de pruebas

El 19 de marzo de 2015 se llevó a cabo la audiencia de pruebas, en la cual se incorporaron los siguientes documentos:

1. Correo electrónico de la Coordinación, Editorial y Licenciamiento de DISCOS FUENTES, remitido el 2 de marzo de 2015, dando respuesta al oficio No. 0885 de 27 de febrero de 2015, en el cual se certificó que *“Discos Fuentes Edimúsica S.A. no tiene elementos para responder las variables señaladas para establecer el precio comercial de servicios de presentación artística ya que dentro de sus servicios comerciales no está desarrollando presentaciones de agrupaciones (show, venta de presentaciones artísticas)”*⁶².

2. Certificación expedida por el representante legal de Jorge Barón Televisión, en el que dio respuesta al oficio No. 0888 del 27 de febrero de 2015, informando que la sociedad suscribe con los artistas tres (3) clases de contratos de acuerdo al servicio prestado, a saber: *“i) Contrato por honorarios: por medio del cual*

⁶¹ Folio 116.

⁶² Folio 135. Cuaderno principal No. 1.

*pagamos una contraprestación monetaria al artista por su servicio; ii) Contrato por transporte: por medio del cual la empresa asume los costos de transporte terrestre de los equipos del artista; iii) Contrato por promoción: por medio del cual el artista nos presta el servicio pero este no recibe contraprestación monetaria alguna por tratarse de una presentación promocional*⁶³.

3. Oficio No. 151 del 4 de marzo de 2015, expedido por el DANE, certificando el dato oficial del censo poblacional del municipio de Puerto Gaitán, en el que se hace constar que la población proyectada a junio 30 de 2013 para el municipio de Puerto Gaitán es de 18.325⁶⁴.

En la diligencia se recibieron las declaraciones de los señores Aldemar Pérez Montaña, Diego Mauricio Algarra Mojica y Wiltón Ernesto Gámez Balcarcel y se suspendió la audiencia, por cuanto no lograron recaudar todos los elementos probatorios decretados.

El 14 de abril de 2015 continuó la audiencia de pruebas, oportunidad en la que se incorporó a la actuación la certificación expedida por CODISCOS S.A.S., el 13 de abril de 2015, en la que refirió que ejerce actividades como empresa discográfica, sin que tenga a su cargo presentaciones de artistas⁶⁵.

Así mismo, la parte demandada desistió de la declaración del señor Wilson Vladimir Ayala, lo cual fue aceptado por el Magistrado Sustanciador, declarándose precluida la etapa probatoria.

6. Auto que dispuso asumir el conocimiento por importancia jurídica

Mediante escrito radicado el 13 de abril de 2015⁶⁶, la parte demandante solicitó a esta Corporación que asumiera por importancia jurídica el proceso del vocativo de la referencia, en virtud de la trascendencia del papel que la Constitución Política le ha otorgado a la Organización Electoral para vigilar y controlar todo lo relacionado con las campañas electorales en aras de mantener unas reglas de juego equitativas para quienes intervengan en ella.

Afirmó que entre las facultades otorgadas se encuentra la de revisar los ingresos y gastos de las campañas atendiendo los límites fijados por la propia organización y se han establecido unas consecuencias a quienes violen los topes establecidos.

Esta Sección, mediante auto del 4 de mayo de 2015⁶⁷, dispuso asumir por importancia jurídica el conocimiento del proceso, por considerar que los argumentos expuestos por el Consejo Nacional Electoral, constituyen razón suficiente para que la Corporación de cierre en materia electoral sienta jurisprudencia, *“puesto que atañen a cuestiones medulares del sistema democrático nacional e impactan directamente con el derecho fundamental a elegir y ser elegido, previsto en el artículo 40 de la Constitución Política”*.

⁶³ Folio 138. Cuaderno principal No. 1.

⁶⁴ Folio 154. Cuaderno principal No. 1.

⁶⁵ Folio 192. Cuaderno principal No. 1.

⁶⁶ Folio 234. Cuaderno principal No. 2.

⁶⁷ Folio 307. Cuaderno principal No. 2.

En el referido auto se consideró igualmente que la consagración de un novedoso mecanismo de control judicial en el artículo 109 de la Constitución Política y en el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, relacionado con la consecuencia jurídica derivada de la violación a los límites de ingresos y gastos en las campañas políticas, amerita que sea el órgano de cierre quien dé las pautas iniciales para el adelantamiento del juicio⁶⁸.

En esa oportunidad procesal la Sala precisó que se debía dar claridad, entre otras, al entendimiento que debía dársele a la expresión *“la pérdida del cargo será decidida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo con el procedimiento para decidir la nulidad de la elección”*, contenida en el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011⁶⁹.

En cumplimiento de la anterior decisión, por medio de auto del 8 de mayo de 2015, el Tribunal Administrativo del Meta remitió el proceso de la referencia a esta Sección⁷⁰, la cual continuó con el trámite correspondiente.

De conformidad con lo anterior, al encontrarse pendiente únicamente la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, mediante auto del 26 de mayo de 2015 se consideró pertinente dar aplicación al último inciso del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 que admite la posibilidad de volver escritural el proceso y, en consecuencia, se concedió a las partes y al Ministerio Público el término conjunto de diez (10) días para presentar, por escrito, sus alegatos de conclusión y concepto, respectivamente.

Contra la anterior decisión la parte demandada interpuso recurso de reposición por considerar que ni el Tribunal Administrativo del Meta, ni el Consejo de Estado se habían pronunciado sobre la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad, medio de impugnación que fue resuelto por esta Sección mediante auto del 24 de junio de 2016, en el que confirmó la decisión, precisando que la suspensión únicamente procede cuando el proceso se encuentre al despacho para dictar sentencia, lo cual sólo ocurrirá después de vencido el término para alegar de conclusión.

7. Alegatos de conclusión

7.1. Alegatos de la parte demandante

La apoderada judicial del Consejo Nacional Electoral presentó alegatos de conclusión en los que fijó el marco teórico de los artículos 109 de la Constitución Política y 26 de la Ley 1475 de 2011, los cuales consagran la consecuencia jurídica referida a la pérdida del cargo cuando se ha establecido la violación de los

⁶⁸ Folios 216 a 220. Cuaderno principal No. 1.

⁶⁹ Folio 310 vuelto del cuaderno principal No. 2.

⁷⁰ Folio 221. Cuaderno principal No. 2.

límites al monto de los gastos de una campaña electoral, los cuales han sido fijados previamente por dicha autoridad electoral⁷¹.

Refirió la situación fáctica en que se sustentó la solicitud de pérdida del cargo del señor Edgar Humberto Silva González, en su calidad de alcalde municipal de Puerto Gaitán (Meta), resaltando la existencia de aportes que fueron consignados en los correspondientes balances por un valor inferior al precio comercial, según quedó analizado en los actos administrativos que se allegaron a la actuación.

Precisó que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 1475 de 2011, podrán ser fuente de financiación de las campañas políticas las contribuciones, donaciones y créditos que realicen los particulares, las cuales en virtud del referido precepto deben ser valoradas en su precio comercial y no en el que le pretendan dar los candidatos o gerentes de las campañas.

Agregó que en el procedimiento administrativo quedó *“ampliamente demostrado que los aportes en especie realizados por los ciudadanos Jhon Pereira y Kelly Garavito fueron realizados en el informe de ingresos y gastos de la campaña del candidato Silva González por un valor menor al que en la realidad comercial correspondía”*.

En relación con este punto, afirmó que en el presente proceso no se allegó ni se solicitó prueba alguna que tuviera como finalidad controvertir lo comprobado por esta Corporación en relación con los aportes realizados por los señores John Pereira y Kelly Garavito.

Con respecto al aporte efectuado por el señor Vladimir Ayala, hermano del artista Giovanni Ayala, afirmó que el valor comercial del mismo fue tasado en la suma de \$20.000.000 por la confesión realizada por el artista en el proceso administrativo, la cual no logró ser desvirtuada con los testimonios recepcionados a los señores Aldemar Pérez, Diego Algarra y Wilton Gámez, los cuales no resultaron conducentes ni útiles, por cuanto ninguno de los testigos tiene experiencia en contratación de eventos con campañas electorales y no tenían conocimiento específico sobre la contratación que se realizó en la campaña del demandado.

Con respecto a los argumentos de defensa expuestos por el señor Silva González, consideró que esta no es la oportunidad procesal para controvertir las conclusiones a las cuales llegó el Consejo Nacional Electoral en el proceso administrativo sancionatorio que sirve de fundamento a la presente actuación, por cuanto los actos administrativos tienen fuerza ejecutoria sin que requieran de refrendación de autoridad alguna.

En relación con la proporcionalidad de la sanción, consideró que los artículos 109 de la Constitución y 26 de la Ley 1475 de 2011 son claros en establecer que la pérdida del cargo procederá cuando exista violación de los límites del monto de

⁷¹ Escrito presentado el 11 de junio del 2015. Folio 354. Cuaderno principal No. 2.

gastos de las campañas electorales, circunstancia que aparece plenamente acreditada en el proceso.

Finalizó su intervención solicitando a esta Corporación que precise el efecto que al interior de este tipo de procesos tienen los actos del Consejo Nacional Electoral a través de los cuales se declara que un determinado candidato superó los límites de gastos que legalmente podían ser invertidos en una campaña política, así como si es posible al interior de una solicitud de pérdida del cargo, controvertir los medios probatorios que llevaron a tales decisiones.

7.2. Alegatos de la parte demandada

La parte demandada presentó⁷² en forma extemporánea el escrito de alegaciones, según constancias secretariales visibles a folios 394 y 398 del expediente.

8. Concepto del Ministerio Público

Mediante escrito radicado el 12 de junio de 2015⁷³, el Procurador Quinto Delegado ante el Consejo de Estado consideró que la discusión en el presente proceso se circunscribe, por un lado, a precisar si los hechos relacionados y probados que sirvieron de causa a las Resoluciones Nos. 3049 del 29 de julio y 3347 del 20 de octubre de 2014, expedidas por el Consejo Nacional Electoral, estructuran el supuesto de hecho previsto por el constituyente para aplicar la sanción de pérdida del cargo establecida en el ordenamiento jurídico y, por el otro, a analizar y determinar si el demandado, con los medios probatorios pedidos, decretados e incorporados a este proceso logró demostrar la ilegalidad de los mismos, a efectos de enervar la ejecutoriedad deprecada en la demanda.

Fijó el marco jurídico que sustenta la pretensión del Consejo Nacional Electoral, contenido en los artículos 109 de la Constitución Política y 26 de la Ley 1475 de 2011, concluyendo que el constituyente y el legislador quisieron establecer una consecuencia única frente a la violación del tope máximo de gastos electorales que se podía invertir en una campaña, consistente en la sanción de pérdida del cargo para los alcaldes, a través del procedimiento de nulidad electoral, en el que se deberán probar los siguientes elementos:

- (i) Existencia del acto administrativo en firme en donde se haya determinado la violación a los topes máximos a la financiación de campañas, expedido por la autoridad competente, esto es, el Consejo Nacional Electoral;
- (ii) Determinación del responsable de la expresada violación y la demostración de haber sido elegido;
- (iii) Que la demanda haya sido interpuesta dentro del término de caducidad.

⁷² Escrito del 16 de julio del 2015. Folio 402. Cuaderno principal No. 2

⁷³ Obrante a folios 365 y ss. Cuaderno principal No. 2.

Consideró que al quedar debidamente probados en el proceso los presupuestos referidos, el resultado obvio es la aplicación de la consecuencia prevista en la ley, esto es, la pérdida del cargo.

Hizo referencia al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que resulta idóneo para censurar actos de contenido particular y concreto, en el cual se podían esgrimir las causales de anulación de los actos administrativos, por lo que el juez en este proceso no puede pronunciarse sobre lo expuesto por el demandado y, en consecuencia, debe esperar el pronunciamiento del juez de la legalidad del acto.

Conceptuó que una vez ejecutoriada la providencia que resuelva sobre la nulidad y restablecimiento del derecho en relación con los actos administrativos con fundamento en los cuales se inició la presente acción, si no fuere favorable al demandado, **se decreta la pérdida del cargo del señor Edgar Humberto Silva González**⁷⁴.

9. Trámite posterior a los alegatos de conclusión

Vencido el término de traslado para alegaciones de conclusión, mediante auto del 21 de julio de 2015⁷⁵, se decretó la **suspensión del proceso** de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 161 y 163 del Código General del Proceso, por considerarse que existe prejudicialidad en relación con el proceso de nulidad que instauró el señor Edgar Humberto Silva González, con el fin de que se revisara la legalidad de las resoluciones proferidas por el Consejo Nacional Electoral, por medio de las cuales se sancionó al Partido Social de la Unidad Nacional – Partido de la U, por desconocer los límites de ingresos y gastos de la campaña del allí demandante como candidato a la Alcaldía de Puerto Gaitán – Meta – Rad. No. 2015-00005-00 que se tramitaba en esta misma Sección.

En esta oportunidad se analizó el artículo 13 de la Ley 1475 de 2011 que señala la competencia y el procedimiento que se debe seguir para imponer sanciones a los partidos y movimientos políticos, en concordancia con el artículo 26 *ejusdem* que establece el procedimiento que se debe seguir cuando se presenta violación a los límites al monto de los gastos de las campañas electorales, de lo cual se concluyó que *“es necesario realizar un examen de legalidad del acto sancionatorio proferido por el CNE, pues no puede convertirse la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejecutora de las decisiones tomadas por esta autoridad administrativa, usurpando las funciones que constitucional y legalmente le corresponden a esta autoridad judicial”*⁷⁶.

Al analizar la figura jurídica de la prejudicialidad en el caso concreto, se consideró que *“no es posible decidir sobre la solicitud de pérdida del cargo del Alcalde de Puerto Gaitán, si antes no se realiza un examen exhaustivo respecto de la*

⁷⁴ Folio 373 vuelto. Cuaderno principal No. 2.

⁷⁵ Folios 426 y ss. Cuaderno principal No. 3.

⁷⁶ Folio 428. Cuaderno principal No. 3.

*legalidad del acto que sancionó al Partido de la U por violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral de dicho alcalde*⁷⁷.

Contra la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de súplica, que fue resuelto por la Sección mediante auto interlocutorio del 24 de septiembre de 2015 que confirmó la providencia suplicada, por considerar que la sentencia que decida la acción de nulidad interpuesta contra el acto que declaró el exceso de topes en los gastos de la campaña del Alcalde de Puerto Gaitán – Meta, **constituye presupuesto causal** de la sentencia que decida la pérdida del cargo por exceder el tope de gastos.

Lo anterior, en consideración a que el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011 estableció que corresponde a la máxima autoridad electoral –Consejo Nacional Electoral– determinar la violación de los límites del monto de gastos, siendo ésta la entidad legitimada en la causa para interponer la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa.

La Sala que resolvió el recurso de súplica concluyó afirmando que *“la sentencia que decida sobre la legalidad del acto que declaró el exceso de los topes de la campaña, si determina per se que el proceso de pérdida del cargo no pueda conocerse ni fallarse puesto que tienen la misma causa común y de tal suerte que la prosperidad o denegatoria de las pretensiones de aquel repercutirá directamente en el proceso electoral de pérdida del cargo*⁷⁸.

En consideración a que la Sección Quinta del Consejo de Estado, el 21 de julio de 2016 dictó sentencia en el proceso de nulidad instaurado por Edgar Humberto Silva González en contra del Consejo Nacional Electoral, con el fin de que se decretara la nulidad de las Resoluciones Nos. 3049 del 29 de julio y 3347 del 20 de octubre de 2014⁷⁹, por auto del 30 de agosto de 2016 se dispuso la reanudación del proceso, en los términos del artículo 163 del Código General del Proceso⁸⁰.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, en concordancia con el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, el Acuerdo No. 58 de 1999 – Reglamento del Consejo de Estado y el auto del 4 de mayo de 2015⁸¹, dictado por esta Sección en el vocativo de la referencia, que decidió asumir el conocimiento del proceso para sentar jurisprudencia, esta Sala es competente para conocer en única instancia por importancia jurídica del proceso de pérdida

⁷⁷ Folio 419 vuelto. Cuaderno principal No. 3.

⁷⁸ Folio 508. Cuaderno principal No. 3.

⁷⁹ En la sentencia referida se resolvió negar las pretensiones de la demanda.

⁸⁰ Folios 525 a 526. Cuaderno principal No. 3.

⁸¹ Por medio del cual esta Sección asumió el conocimiento del proceso por importancia jurídica.

del cargo de **Edgar Humberto Silva González**, en su calidad de Alcalde de Puerto Gaitán – Departamento del Meta.

2. Problema jurídico

En la audiencia inicial se realizó la fijación del litigio en el sentido de *“determinar si se cumplen los presupuestos normativos para declarar la pérdida del cargo de Alcalde del Municipio de Puerto Gaitán (Meta) en contra del señor EDGAR HUMBERTO SILVA GONZÁLEZ, por exceder la suma máxima de CINCUENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS (58.000.000 M/CTE) que podía invertir en la campaña política”*.

Es así como, la Sala teniendo en cuenta que mediante sentencia del 21 de julio de 2016 se declaró la legalidad de las Resoluciones Nos. 3049 del 29 de julio de 2014 y 3347 del 20 de octubre de la misma anualidad dictadas por el Consejo Nacional Electoral, deberá determinar si corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo imponer la sanción de pérdida del cargo, previo análisis de los argumentos expuestos por el demandante en sede judicial.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que el proceso se conoce por importancia jurídica, ante la consagración en los artículos 109 de la Constitución Política y 26 de la Ley 1475 de 2011, relacionados con la consecuencia jurídica derivada de la violación a los límites de ingresos y gastos en las campañas políticas, corresponde en el presente fallo dar las pautas iniciales para el adelantamiento del juicio, por lo que la Sala abordará los siguientes ejes temáticos:

- i) Reglas de competencia para el trámite del proceso de pérdida del cargo;
- ii) Legitimación en la causa por activa;
- iii) Caducidad de la acción;
- iv) Régimen jurídico de financiación de las campañas políticas;
- v) Naturaleza jurídica del proceso de pérdida del cargo y sus principales características, diferencias con el proceso de nulidad electoral y con el de pérdida de investidura;
- vi) Presupuesto para la iniciación del proceso – competencias del Consejo Nacional Electoral y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa;
- vii) Valor probatorio de los actos administrativos dictados por el Consejo Nacional Electoral en materia de superación de límites en las campañas políticas en el trámite de pérdida del cargo;
- viii) Sanción de pérdida del cargo por violación de topes, principio de proporcionalidad y consecuencias jurídicas derivadas de la imposición de la sanción; y

ix) Análisis del caso concreto.

3. Razones jurídicas de la decisión

3.1. Reglas de competencia para el conocimiento del proceso de pérdida del cargo

En virtud de lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, *“En el caso de alcaldes y gobernadores, la pérdida del cargo será decidida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo con el procedimiento para declarar la nulidad de la elección”*.

La norma señala en forma clara el procedimiento que se debe adelantar para resolver la solicitud de pérdida del cargo, remitiendo para todos los efectos al proceso de nulidad electoral, debiendo entenderse comprendidas dentro de la remisión las reglas legalmente establecidas para distribuir las competencias, contenidas en el título IV de la parte segunda del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Al respecto se advierte que en lo relacionado con alcaldes, en virtud de lo dispuesto por el numeral 9º del artículo 151 *ejusdem*, corresponde conocer a los Tribunales Administrativos en única instancia *“De la nulidad del acto de elección de alcaldes y de miembros de corporaciones públicas de municipios con menos de setenta mil (70.000) habitantes que no sean capital de departamento. El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas –DANE–. La competencia por razón del territorio le corresponderá al tribunal con jurisdicción en el respectivo departamento”*.

Por su parte, el numeral 8º del artículo 152 del mismo ordenamiento, le confiere a los Tribunales en primera instancia, el conocimiento de la nulidad del acta de elección de los alcaldes de municipios con más de setenta mil (70.000) o más habitantes, o que sean capital de departamento⁸².

Encontrándose, en consecuencia, expresamente consagradas las reglas de competencia para conocer del proceso de nulidad electoral en relación con los alcaldes municipales y siendo este el procedimiento que se debe adelantar para determinar la procedencia de la sanción de pérdida del cargo, resulta evidente que los Tribunales Administrativos conocerán en única o primera instancia, de acuerdo los criterios expuestos en las normas citadas.

⁸² El mismo alcance y entendimiento se le dio a la norma en el auto del 4 de mayo de 2015, dictado en el presente proceso en el que se consideró que la Sala era competente para resolver la solicitud de importancia jurídica, en atención a lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 37 de la Ley 270 de 1996 y en la parte final del inciso segundo del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, en virtud del cual las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán las sentencias de unificación en relación con los asuntos que provengan de los Tribunales. En esa oportunidad procesal, la Sala concluyó que *“Siendo entonces la petición elevada por el Consejo Nacional Electoral, relativa a un proceso que cursa en el Tribunal Administrativo del Meta bajo el procedimiento de la nulidad electoral y contra la elección del Alcalde del Municipio de Puerto Gaitán, no cabe duda de conformidad con las disposiciones enunciadas, que su solución corresponde a la Sala de la respectiva Corporación”*. (Negrillas incluidas en el texto)

Con respecto a los gobernadores, la Sala reitera su posición en torno a que, al no existir regla especial de competencia para conocer del proceso de nulidad electoral, se debe dar aplicación al artículo 149 numeral 14 de la Ley 1437 de 2011, que consagra la cláusula general de competencia residual de asignar al Consejo de Estado en única instancia *“todos los demás procesos de carácter Contencioso Administrativo para los cuales no exista regla especial de competencia”*, competencia asignada por razón de la especialidad a la Sección Quinta del Consejo de Estado en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, que le adscribe el conocimiento de los *“Procesos electorales relacionados con elecciones o nombramientos”*.

Idéntico ejercicio hermenéutico realizó la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia del 23 de febrero de 2016⁸³, en relación con el aparte de la norma que remite al procedimiento de pérdida de investidura con respecto a candidatos elegidos para corporaciones públicas, en la que concluyó que *“a efectos de la determinación de las reglas de competencia deben tenerse en cuenta las contenidas por las Leyes 144 de 1994, 617 de 2000 y 1437 de 2011, la primera y la última que atribuyen al Consejo de Estado, a través de su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el conocimiento de estos procesos cuando el demandado tenga la calidad de Representante a la Cámara o Senador de la República, y la segunda y la última, que hacen lo propio respecto a los Tribunales Administrativos cuando se trate de Concejales y Diputados”*.

3.2. Legitimación en la causa por activa

Para determinar la legitimación en la causa por activa, referida a la capacidad para instaurar el medio de control de pérdida del cargo, corresponde nuevamente acudir a la norma jurídica que consagró la figura, en este caso al inciso final del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, en virtud del cual *“Una vez establecida la violación de los límites al monto de gastos, **el Consejo Nacional Electoral presentará ante la autoridad competente la correspondiente solicitud de pérdida del cargo**”*. (Negrillas de la Sala)

Con fundamento en la redacción de la norma, corresponde a la Sala responder el interrogante referido a si únicamente le asiste al organismo electoral la legitimación para demandar o la demanda podría igualmente ser instaurada por cualquier ciudadano, en consideración a la naturaleza jurídica de la acción y el interés que le asiste a toda la colectividad en la moralización y transparencia del proceso electoral.

Al respecto, considera la Sala que la norma adjetiva objeto de análisis radica en el organismo electoral la competencia y a la vez el deber jurídico de instaurar la demanda de pérdida del cargo, encontrándose los ciudadanos habilitados para presentar ante ese organismo las quejas que puedan tener sobre violación de los

⁸³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 23 de febrero de 2016, Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00102-00. M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez

límites a las campañas electorales, para que éste, previo agotamiento del trámite establecido en el artículo 13 de la Ley 1475 de 2011, determine en acto administrativo si ello en realidad acaeció, imponga las sanciones a que haya lugar al partido o movimiento político al que pertenezca el candidato infractor y con fundamento en la decisión ejecutoriada ejerza la respectiva acción ante esta jurisdicción que –se reitera– es obligatoria.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-490 de 2011, señaló con claridad que la legitimación para incoar la acción se encuentra radicada en el Consejo Nacional Electoral al afirmar que los criterios constitucionales consagrados en el artículo 109 de la Constitución se encuentran consagrados, entre otras razones por que los procesos ante el juez contencioso administrativo “... se iniciarán a través de la solicitud de pérdida del cargo que deberá presentar el Consejo Nacional Electoral, una vez haya sido establecida la violación de los límites al monto de gastos”.

En este aspecto se presenta una diferencia –al igual que ocurre con la figura jurídica de la caducidad y con las consecuencias de la sanción como se analizará a continuación– entre la pérdida del cargo para alcaldes y gobernadores y la pérdida de la investidura establecida para candidatos elegidos para corporaciones públicas, en relación con los cuales la Sala Plena de esta Corporación, en la sentencia citada en el acápite anterior⁸⁴, consideró:

“En lo que a la legitimación respecta, **la causal de pérdida de investidura contenida en el artículo 109 Constitucional, sigue la regla general** al efecto establecida por los artículos 1º de la Ley 144 de 1994 y 143 de la Ley 1437 de 2011 que habilita a los ciudadanos y a las mesas directivas de las respectivas corporaciones para la interposición de una demanda de este tipo, aunado a lo establecido por el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011 que consagra su ejercicio, además, al Consejo Nacional Electoral, en los eventos en que aquella autoridad llegue a la conclusión de la efectiva violación de topes”.

Tal diferencia se presenta en razón a que para miembros de corporaciones públicas la norma objeto de análisis adicionó una causal de pérdida de investidura y de cara a la existencia de los preceptos especiales consagrados en las Leyes 144 de 1994 y 1437 de 2011, expresamente aplicables al referido instituto jurídico. En relación con esta última, el artículo 143 establece “**Pérdida de Investidura. A solicitud de la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o de cualquier ciudadano** y por las causas establecidas en la Constitución, se podrá demandar la pérdida de investidura de congresistas. Igualmente, la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental, del Concejo Municipal, o de la junta administradora local, así como cualquier ciudadano, podrá pedir la pérdida de investidura de diputados, concejales y ediles”. (Negrillas de la Sala)

3.3. Caducidad de la acción

⁸⁴ Ob Cit. cita 83.

La norma que consagró la figura jurídica de la pérdida del cargo estableció que, en el caso de alcaldes y gobernadores el término de caducidad del medio de control – nulidad electoral– se debía contabilizar “... a partir de la ejecutoría del acto administrativo por medio del cual el Consejo Nacional Electoral determinó la violación a los límites al monto de gastos”.

Este término de caducidad establecido para solicitar la pérdida del cargo a través del medio de control de nulidad electoral para alcaldes y gobernadores, igualmente, marca una diferencia con la pérdida de investidura que por esta misma causal se estableció para miembros de corporaciones públicas, en consideración a que, la acción electoral tiene previsto un término de caducidad de treinta (30) días –artículo 164 núm. 2º literal a)– y la acción de pérdida de investidura no tiene término de caducidad⁸⁵.

3.4. Régimen jurídico de financiación de las campañas políticas

Desde el punto de vista constitucional, toda regulación del procedimiento electoral –lo que incluye aquellas dirigidas al establecimiento de reglas de financiación del mismo–, procura alcanzar, como fin último, la igualdad de oportunidades de los competidores en la contienda electoral, siendo éste un principio-derecho fundamental para la legitimidad en la consecución y el ejercicio del poder político⁸⁶, con una influencia en otros aspectos importantes como la transparencia y la debida información a los electores para la formación de la voluntad electoral.

Sin pretender efectuar una disertación extensa sobre el tema, puede señalarse, de conformidad con Sánchez Muñoz⁸⁷, que el principio de igualdad de oportunidades tiene dos campos específicos de aplicación, los cuales se concretan en i) *la libertad de acceso a la competición electoral*, como una expresión del pluralismo político y de la posibilidad real y efectiva de presentación formal de candidaturas; y ii) *el principio de igualdad de oportunidades en sentido estricto*, el cual pretende el establecimiento de regulaciones dirigidas a los sujetos que intervienen en dicha competición, del cual puede derivarse una *dimensión negativa* –consistente en la limitación de los recursos que pueden ser usados por los candidatos, por ejemplo, la restricción a los ingresos y gastos de la campaña–; así como una *dimensión positiva*, de la cual deviene la cesión de recursos a los candidatos en competencia, siempre bajo criterios de distribución equitativa, de tal manera que se pueda lograr el objetivo de “*una persona un voto*”.

De forma específica, frente a las limitaciones relacionadas con la financiación de las contiendas electorales, el autor referenciado, se fundamenta en el siguiente razonamiento: “(...) si se limita la capacidad de gasto de los competidores que gozan de mayores recursos, entonces se impedirá que estos abusen de su

⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-399 del 31 de marzo de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

⁸⁶ SÁNCHEZ MUÑOZ, Oscar, “*La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2007. Página 23.

⁸⁷ Ídem, Página 67.

posición de dominio fáctico y se logrará un mayor equilibrio en cuanto a la visualización⁸⁸ de las distintas opciones políticas en liza⁸⁹.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 109 de la Constitución Política, con la reforma introducida a través del artículo 3º del acto legislativo No. 3 de 2009, se podrá limitar el monto de los gastos que los partidos, movimientos, grupos significativos de ciudadanos o candidatos puedan realizar en las campañas electorales, así como la máxima cuantía de las contribuciones privadas, de acuerdo con la ley.

La norma constitucional estableció que, para las elecciones que se celebren a partir de la vigencia del referido acto legislativo, la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, **debidamente comprobada**, será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo, consagrándose que la ley debía reglamentar los demás efectos por la violación de este precepto.

Sobre el establecimiento de los topes a que se refiere la norma constitucional, la Corte ha insistido en la importancia de su fijación. Así por ejemplo, en sentencia C-089 del 3 de noviembre 1994⁹⁰, afirmó que ***“Se busca que la lucha política, en lo posible sea igualitaria, y que la idoneidad intelectual y moral de los candidatos, las ideas y los programas, sean los medios preponderantes a los que apelen los actores en la contienda electoral y los únicos recursos que decidan su suerte”*** (Negrillas de la Sala).

Por su parte, en sentencia C-1153 de 2005, en la que se revisó el proyecto de ley estatutaria mediante el cual se regulaba lo referente a las garantías electorales en materia de elecciones presidenciales, la Corte consideró:

“La creciente participación de **grandes sumas de dinero** en las campañas electorales conlleva **grandes riesgos para la democracia**. Estos riesgos se derivan de los intereses económicos de los diversos grupos que apoyan las candidaturas, que constituyen verdaderos grupos de presión que es necesario controlar con el fin de que no se desvirtúe la verdadera voluntad de los electores, por conducto de diferentes mecanismos de sugestión. La distorsión que la necesidad de financiación de los partidos genera en la democracia se evidencia desde la disputa por el cargo hasta el ejercicio del mismo.” (Negrillas agregadas).

En desarrollo de la disposición superior objeto de análisis, la Ley 1475 de 2011 consagró el régimen jurídico de financiación de las campañas políticas, regulando

⁸⁸ “La visibilidad es un concepto muy amplio que se refiere al conjunto de medios a través de los cuales los competidores electorales pueden hacer llegar sus mensajes al electorado, mensajes que pueden ser de todo tipo: programas electorales, informaciones, imágenes, símbolos o cualquier otro contenido comunicativo capaz de intervenir, en mayor o menor grado, en la formación de la decisión electoral.” Ídem. Página 70.

⁸⁹ Ídem. Folio 199. Seguidamente, el actor refiere que la limitación a los gastos de las campañas electorales, tiene efecto directo en la “moralización de la vida pública”, en cuanto contribuye con la minimización del riesgo latente, de toda organización política, de acudir a la financiación irregular, la cual, por su esencia, genera desigualdad y distorsiona la competitividad del proceso electoral.

⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-084 del 3 de noviembre de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

expresamente aspectos como fuentes de financiación de los partidos y movimientos políticos; financiación estatal de los partidos y movimientos políticos; destinación de los recursos; rendición pública de cuentas; límites a la financiación privada; límites al monto de gastos; **pérdida del cargo por violación de los límites al monto de gastos**, entre otros.

Sobre este tema, es importante destacar que la Corte Constitucional⁹¹ y esta Sección como Corporación de cierre en materia electoral, han destacado la importancia que reviste para la democracia, en el marco del Estado Constitucional de Derecho, la función electoral y como parte esencial de esta la financiación de las campañas electorales, en aras de garantizar los principios de participación, igualdad, transparencia y pluralismo.

Sobre el contenido y alcance de estos principios se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-141 del 26 de febrero de 2010⁹², con efectos de *erga omnes* y de cosa juzgada constitucional⁹³, resaltando que apuntan al “... establecimiento de instrumentos encaminados a determinar con precisión el origen, la destinación, al igual que el monto de los recursos económicos que soportan una determinada campaña electoral”.

En virtud de los principios que informan la financiación de las campañas políticas y en relación con el tema que interesa al presente proceso, se tiene que las normas analizadas, con el objetivo de garantizar la igualdad en la contienda electoral, contemplan, además de la entrega de recursos estatales a los partidos y movimientos políticos, la posibilidad de establecer un límite a los montos de contribución que los particulares hacen a cada una de las campañas y consagran las posibles fuentes de financiación privada en el artículo 20 de la Ley 1475 de 2011⁹⁴.

De lo dicho, es procedente concluir que el sistema de financiación de campañas de candidatos a cargos o corporaciones de elección popular en Colombia, responde a un sistema mixto, el cual permite la contribución por parte de personas de derecho privado, así como el ingreso de recursos estatales destinados para el efecto, en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 109, la cual se da mediante dos mecanismos: (i) anticipos, según lo regulado por el artículo 22, o (ii) reposición de votos válidamente obtenidos por el candidato y/o partido o movimiento político, de conformidad con lo expuesto por el artículo 21 de la normatividad objeto de análisis.

⁹¹ Corte Constitucional, sentencia C-490 del 23 de junio de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, la cual a su vez reitera lo expuesto en las sentencias C-145 de 1994 y C-1153 de 2005.

⁹² Corte Constitucional, C-141 del 26 de febrero de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

⁹³ Al tenor de lo dispuesto por el artículo 243 de la Constitución Política.

⁹⁴ Las fuentes de financiación privada son: (i) Los recursos propios de origen privado destinados por los partidos y movimientos políticos para financiar las campañas electorales en las que participen; (ii) Los créditos o aportes provenientes de los propios candidatos, de sus cónyuges o de sus compañeros permanentes, o de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad; (iii) Las contribuciones, donaciones y créditos, en dinero o en especie, que realicen los particulares; (iv) Los créditos obtenidos en entidades financieras legalmente autorizadas; y (v) Los ingresos originados en actos públicos, publicaciones y/o cualquier otra actividad lucrativa del partido o movimiento.

En relación con estas fuentes de financiación la Corte Constitucional⁹⁵ estableció que se encuentran relacionadas con los fines específicos de la organización o movimiento político, lo que está en armonía con los condicionamientos y limitantes orientados a garantizar la transparencia, igualdad, pluralismo político y moralidad pública.

Respecto de los límites de financiación privada, cabe recordar que el artículo 109 de la Constitución Política, establece que *“También se podrá limitar el monto de los **gastos** que los partidos, movimientos, grupos significativos de ciudadanos o candidatos puedan realizar en las campañas electorales, **así como la máxima cuantía de las contribuciones privadas, de acuerdo con la ley.**”* (Negrillas fuera de texto)

A juicio de la Corte Constitucional, en la sentencia que estudió la exequibilidad de los preceptos objeto de análisis –C-490 del 23 de junio de 2011–, la limitación de los montos de los gastos de las organizaciones políticas y electorales se relaciona con la de los montos máximos de financiación por parte de particulares en campañas electorales, a efectos de lograr la garantía de la igualdad y pluralismo político, *“al evitar ventajas políticas y electorales inaceptables derivadas del mayor gasto de recursos económicos”*.

3.5. Naturaleza jurídica del proceso de pérdida del cargo, sus principales características y diferencias con el proceso de nulidad electoral y con el de pérdida de investidura

Para abordar el estudio de la naturaleza jurídica del proceso de pérdida del cargo, la Sala debe partir de la interpretación de las normas constitucional y legal que consagran la figura; de los lineamientos fijados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-490 de 2011 y de los establecidos por la Sala Plena de esta Corporación en sentencia del 23 de febrero de 2016⁹⁶, en la que se fijó el alcance de los artículos 109 de la Constitución Política y 26 de la Ley 1475 de 2011, que establecieron las sanciones de pérdida de investidura para los miembros de las corporaciones públicas y de pérdida del cargo para quienes ocupen las dignidades de alcalde o gobernador, con las especificidades propias de cada uno de los medios de control referidos en torno a los cuales reconoció las significativas diferencias que presentan.

En esta sentencia la Corporación consideró que *“tanto la pérdida del cargo como la pérdida de investidura se derivan de la violación de los topes máximos fijados para la financiación de las campañas de partidos y movimientos políticos, aquellas tienen, desde el punto de vista jurídico, **diferencias significativas que deben ser tenidas en cuenta por el juez al momento de adoptar una u otra decisión**”*. (Negrillas fuera de texto)

⁹⁵ Ob Cit cita 32

⁹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 23 de febrero de 2016, Sentencia del 23 de febrero de 2016, Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00102-00. M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez

En relación con la pérdida de investidura, la Sala Plena, con fundamento en las referidas normas, precisó que el procedimiento a seguir es el previsto en la Ley 144 de 1994, en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 y en la Ley 1437 de 2011 y, en cuanto a su naturaleza, concluyó que **“es un proceso jurisdiccional de carácter sancionatorio que tiene por fundamento la salvaguarda de la ética que debe observarse cuando se ocupa un cargo de elección popular”**. (Negrillas incluidas en el texto).

Agregó que, la consecuencia de la pérdida de investidura es no solo el retiro del cargo, sino la imposibilidad de volver a ocupar una dignidad de elección popular⁹⁷.

Adicional a lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido que debido al carácter sancionatorio de la pérdida de investidura, esta figura *“está sujeta, de manera general a los principios que gobiernan el debido proceso en materia penal, con las modulaciones especiales que son necesarias para la realización de sus fines constitucionales”*⁹⁸. En ese orden de ideas, las garantías básicas del debido proceso, son aplicables en estos trámites, siempre bajo una interpretación adecuada a los fines propios que lo caracterizan⁹⁹.

Con respecto a la pérdida del cargo, prevista para alcaldes y gobernadores, estableció que para imponer la sanción el legislador escogió el medio de control de nulidad electoral regulado en los artículos 275 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, sin que por ello pueda entenderse que se trata de una acción electoral, en consideración a que la pérdida del cargo *“tiene un carácter inminentemente (sic) sancionatorio pues su finalidad es determinar si el alcalde o gobernador debe ser sancionado por exceder el límite de los topes fijados por el CNE, en tanto la segunda [nulidad electoral] constituye un control de legalidad, cuyo propósito es determinar si el acto de elección, nombramiento o llamamiento a proveer vacantes se ajusta o no al ordenamiento jurídico”*.

En efecto, en el medio de control electoral, el juez debe realizar un juicio sobre la legalidad del acto de elección, es decir sobre su correspondencia o no con el orden jurídico, por lo que se trata de un control objetivo de legalidad, sin que resulte procedente analizar la conducta del elegido, lo que implica igualmente que en el evento de prosperar la pretensión de nulidad no se genera inhabilidad alguna.

⁹⁷ Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-207 del 11 de marzo 2003, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, manifestó que *“En atención a la altísima dignidad que supone el cargo de Congresista y a la significación del Congreso dentro de un Estado democrático, la Constitución ha previsto una sanción particularmente drástica para las infracciones anotadas, puesto que la pérdida de la investidura implica no solo que el congresista pierde su calidad de tal, sino que, además, queda inhabilitado de manera permanente para ser congresista”*. Igual situación ocurre en relación con diputados y concejales a quienes resulta igualmente aplicable la figura jurídica de la pérdida de investidura en aplicación de las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000.

⁹⁸ Corte Constitucional, C-254A de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-1285 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En esta sentencia la Corte precisó que *“Uno de los instrumentos constitucionales previstos para sancionar a un cierto tipo de funcionarios públicos es la acción de pérdida de investidura. Como tal, este procedimiento debe gozar de todas las garantías del debido proceso sancionador, bajo las especificidades que le son propias de acuerdo a su naturaleza y finalidad. Teniendo en cuenta la trascendencia que tiene la pérdida de investidura dentro del ordenamiento Constitucional, es deber de los operadores judiciales encargados de llevar a cabo tal juicio de responsabilidad política aplicar todas las garantías del debido proceso de manera estricta, más cuando la sanción conlleva una limitación permanente en el ejercicio de un derecho político-fundamental”*.

La anterior diferencia se fundamenta en que en el proceso de pérdida del cargo no se cuestiona la validez del acto electoral, sino la utilización en la campaña política de un monto mayor al autorizado por la Organización Nacional Electoral, lo que lo hace merecedor de una sanción, naturaleza jurídica que surge del contenido del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, ratificada en la sentencia de constitucionalidad C-490 de 2011.

En consecuencia, al analizar las normas que consagran la figura jurídica y el alcance de las mismas de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación se concluye que se trata de un proceso de naturaleza jurisdiccional sancionatorio que tiene por objeto castigar las conductas que implican la utilización de recursos en un monto mayor al autorizado por el Estado, con lo que se pretende salvaguardar principios democráticos esenciales como la igualdad electoral¹⁰⁰ y la transparencia, que se tramita por el procedimiento de la nulidad electoral, presentando significativas diferencias con este, derivadas del objeto de estudio y de la finalidad que se pretende con cada uno, según se dejó expuesto.

En relación con la pérdida de investidura, se advierte que goza de la misma naturaleza sancionatoria *sui generis* derivada de las especificidades propias de la finalidad que cumplen en el ordenamiento jurídico, presentando diferencias con esta en cuando a: (i) el procedimiento para la imposición de la sanción; ii) la legitimación en la causa por activa; (ii) la existencia de un término de caducidad; (iii) las consecuencias que reviste una y otra sanción.

Por tratarse de un régimen sancionatorio, corresponde al operador judicial determinar la materialidad de la conducta o fase objetiva que consistirá en la verificación del supuesto de hecho de la norma consistente en la violación de los límites establecidos y la fase subjetiva de la responsabilidad, derivada de encontrarse proscrita la responsabilidad objetiva en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, al resultar plenamente aplicable el artículo 29 Constitucional.

El anterior fue el entendimiento que le dio la Corte Constitucional en la sentencia en que declaró la exequibilidad del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011¹⁰¹, al concluir que *“... estas sanciones, deberán adoptarse con plena garantía de los principios, valores y derechos constitucionales, tales como el respeto del debido proceso, entre otros derechos, así como ser razonables y proporcionales. Encuentra la Sala que en este caso, estos criterios constitucionales para la imposición de sanciones se encuentran plenamente salvaguardados, ya que la norma prevé que las sanciones se impondrán (i) de conformidad con los procedimientos establecidos por la Constitución y la ley para los candidatos elegidos a corporaciones públicas; (ii) de acuerdo con el procedimiento contencioso administrativo respectivo para el caso de los alcaldes y gobernadores; y (iii) que se iniciarán a través de la solicitud de pérdida del cargo que deberá*

¹⁰⁰ El principio de igualdad electoral que desprende, entre otros, del artículo 152 de la Constitución Política buscando garantizar que todos los candidatos tengan igualdad de oportunidades de participar en la contienda.

¹⁰¹ C-490 de 2011, previamente citada.

presentar el Consejo Nacional Electoral, una vez haya sido establecida la violación de los límites al monto de gastos”.

En relación con la fase subjetiva resulta necesario analizar la conducta desplegada por el demandado en relación con el incumplimiento de las normas, para establecer la culpabilidad, a título de dolo o intencionalidad del comportamiento, que se puede presentar en aquellos eventos en los que exista alteración de los registros de gastos, no se hayan reflejado los gastos en que realmente se haya incurrido o estos se hayan consignado por valores inferiores a los que comercialmente corresponden– o la culpa, en torno a la cual correspondería la demostración de no haberse tenido el cuidado necesario – diligencia– en el manejo de las cuentas de la campaña electoral, análisis que obedece a la naturaleza especial de este proceso, por lo que el razonamiento del elemento subjetivo se contrae el mismo.

3.6. Presupuesto para la iniciación del proceso – competencias del Consejo Nacional Electoral y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Con fundamento en los artículos 13 y 26 de la Ley 1475 de 2011 el Consejo Nacional Electoral tiene la facultad, directamente, de imponer sanciones por la violación de los topes máximos de financiación de las campañas electorales, y al mismo tiempo, pero no en forma directa, sino a través de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, puede solicitar, con fundamento en los mismos supuestos de hecho, la pérdida del cargo.

Siendo ello así, se tiene que del contenido normativo del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, surge un presupuesto procesal de la acción o requisito de procedibilidad, consistente en que sea la máxima autoridad electoral –CNE– quien determine la violación de los límites del monto de gastos.

Este entendimiento deviene de la consagración en la norma de la forma como debe contabilizarse el término de caducidad de la acción –a partir de la ejecutoría del acto administrativo por medio del cual la autoridad electoral haya determinado la violación de los límites del monto de gastos– y adicionalmente, del texto literal del inciso final del precepto en virtud del cual ***“Una vez establecida la violación de los límites del monto de gastos, el Consejo Nacional Electoral presentará ante la autoridad competente la correspondiente solicitud de pérdida del cargo”.*** (Negrillas fuera de texto)

La Sala destaca que, de conformidad con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, resultan claras las competencias del órgano electoral y de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en torno a la pérdida del cargo por violación de límites.

Al respecto se tiene que es competencia del Consejo Nacional Electoral determinar las sumas máximas que podrán invertir en sus campañas electorales los candidatos a alcaldías y gobernaciones, entre otros, así como determinar, con respecto a éstos, la violación de los límites del monto de gastos, previo

procedimiento sancionatorio, quedando en cabeza de esa misma entidad la presentación de la demanda de pérdida del cargo, que se encuentra condicionada a la ejecutoría del acto que determine la violación al límite al monto de gastos.

La Ley 1475 del 2011, en su artículo 24¹⁰² consagró expresamente los límites a los gastos de las contiendas electorales, precisando que:

- La competencia para su fijación, se radicó en el Consejo Nacional Electoral, frente a todos los cargos y corporaciones cuyos miembros sean electos popularmente.
- Para el efecto, dicha entidad administrativa tendrá en cuenta tres factores: i) los costos reales de las campañas; ii) el correspondiente censo electoral; y ii) la apropiación presupuestal para la financiación estatal.
- Se fijarán los topes, por cada candidato a cargo uninominal o por lista de candidatos a corporaciones públicas.

Sobre este tema, en la exposición de motivos de la Ley 1475 de 2011¹⁰³ y en la reforma constitucional del Acto Legislativo 01 de 2009, se hizo constar que su objetivo fue sintonizar el Estatuto Básico de los Partidos Políticos con esas nuevas reglas superiores, que tienen como finalidad profundizar en la democratización interna de los partidos.

Con respecto a las sanciones¹⁰⁴, la ley estatutaria distinguió entre las de competencia del Consejo Nacional Electoral y las que correspondían al Consejo de Estado, con el fin de desarrollar la garantía del derecho de asociación, atribuyendo a los jueces la competencia exclusiva y excluyente para imponer medidas que afecten tal derecho, haciéndolo compatible con los tratados internacionales:

“(...) el proyecto radica en el Consejo de Estado la competencia para conocer de las investigaciones por las faltas que impliquen cancelación de la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos y disolución de los mismos, los cuales se adelantarán por el

¹⁰² “**ARTÍCULO 24. LÍMITES AL MONTO DE GASTOS.** Los límites de gastos de las campañas electorales a los distintos cargos y corporaciones de elección popular serán fijados por el Consejo Nacional Electoral en el mes de enero de cada año, teniendo en cuenta los costos reales de las campañas, el correspondiente censo electoral y la apropiación presupuestal para la financiación estatal de las mismas. Para efectos del cumplimiento de esta disposición, el Consejo Nacional Electoral con el apoyo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, deberá realizar periódicamente los estudios que correspondan con el objeto de garantizar que los límites al monto de gastos fijados reflejen el valor real de las campañas electorales. El monto máximo de gastos se fijará por cada candidato a cargo uninominal o por lista de candidatos a corporaciones de elección popular. En el caso de listas con voto preferente el monto máximo de gastos por cada uno de los integrantes de la lista será el resultado de dividir el monto máximo de gastos de la lista por el número de candidatos inscritos. El Consejo Nacional Electoral señalará, adicionalmente, el monto máximo que cada partido o movimiento con personería jurídica puede invertir en la campaña electoral institucional a favor de sus candidatos o listas. **PARÁGRAFO TRANSITORIO.** Dentro del año siguiente a la entrada en vigencia de la presente ley, el Consejo Nacional Electoral y el Ministerio de Hacienda realizarán el estudio base para la actualización de los costos reales de las campañas”.

¹⁰³ Exposición de motivos proyecto de la Ley Estatutaria No. 190 Senado No. 092 Cámara. Gaceta del Congreso 636 del 13 de septiembre de 2010. Pág. 17

¹⁰⁴ Ídem.

procedimiento ordinario previsto en el Código Contencioso Administrativo”¹⁰⁵.

Específicamente, en lo relacionado con la sanción de pérdida del cargo, en la exposición de motivos de la ley estatutaria se señaló que la competencia para iniciar las investigaciones por violación de topes de financiación se le otorgó al Consejo Nacional Electoral, y si se confirma dicha violación, este **deberá** solicitar la pérdida del cargo, así:

“Adicionalmente, el proyecto reglamenta de manera especial las figuras de la pérdida del cargo y de la investidura por violación de los topes máximos de gastos establecidos para su financiación. Entonces, se ocupa de la pérdida del cargo, que en la actualidad no tiene señalado ningún procedimiento en el ordenamiento jurídico. Se le atribuye al Consejo Nacional Electoral la competencia para iniciar las investigaciones a que haya lugar y si se confirma la violación de los topes de gastos esta corporación decretará la pérdida del cargo y declarará elegido a quien haya obtenido la segunda votación. **Esta decisión estará sujeta a control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo**”¹⁰⁶. (Negrillas de la Sala)

Nótese que se estableció expresamente el control por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de tal manera que los afectados con los actos administrativos que dicte el Consejo Nacional Electoral podrán, a través de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho solicitarle a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que revisen la legalidad de tales decisiones si avizoran la materialización de alguna de las causales consagradas en los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011.

En el evento de que se demanden en sede de nulidad los actos administrativos expedidos por el Consejo Nacional Electoral, resulta evidente que para decidir sobre la pérdida del cargo se tendrá que esperar la resolución del juez de la legalidad del acto, como acaeció precisamente en el proceso que ocupa la atención de la Sala, en la que se decretó la prejudicialidad, reanudándose el trámite de la actuación una vez ejecutoriada la sentencia que se pronunció sobre la validez de los actos administrativos.

En caso de no mediar demanda de nulidad, el acto administrativo expedido por el Consejo Nacional Electoral revestido de la presunción de legalidad, constituye requisito de procedibilidad ante la jurisdicción contenciosa y prueba de la materialidad de la conducta o aspecto objetivo.

Retomando el análisis sobre las competencias, se tiene que la Ley 1475 de 2011 estableció que los partidos políticos son responsables por la violación a las

¹⁰⁵ Ídem.

¹⁰⁶ Exposición de motivos proyecto de Ley Estatutaria No. 190 Senado No. 092 Cámara. Gaceta del Congreso 636 del 13 de septiembre de 2010. Pág. 19.

normas sobre financiación, y la violación de topes se constituye en una falta sancionable por el Consejo Nacional Electoral, así:

“ARTÍCULO 8o. RESPONSABILIDAD DE LOS PARTIDOS. Los partidos y movimientos políticos deberán responder por toda violación o contravención a las normas que rigen su organización, funcionamiento o financiación, así como por las conductas de sus directivos consideradas como faltas en el artículo 10 de la presente ley”.

“ARTÍCULO 10. FALTAS. Constituyen faltas sancionables las siguientes acciones u omisiones imputables a los directivos de los partidos y movimientos políticos:

(...)

4. Violar o tolerar que se violen los topes o límites de ingresos y gastos de las campañas electorales”.

Como consecuencia de la incursión en tales faltas, el Consejo Nacional Electoral está facultado para imponer las sanciones consagradas en el artículo 12 *ejusdem*¹⁰⁷, luego de realizar la correspondiente investigación administrativa, dentro del marco de sus funciones constitucionales de vigilancia, inspección y control de los partidos políticos¹⁰⁸.

¹⁰⁷ **“ARTÍCULO 12. SANCIONES APLICABLES A LOS PARTIDOS Y MOVIMIENTOS.** Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán ser objeto de las siguientes sanciones según la gravedad o reiteración de las faltas, la categoría de las entidades territoriales, cuando ellas sean imputables a sus directivos, a sus candidatos a cargos o corporaciones de elección popular o, en general, cuando sus directivos no adopten las medidas tendientes a evitar la realización de tales acciones u omisiones o cuando no inicien los procedimientos internos tendientes a su investigación y sanción:

1. Suspensión o privación de la financiación estatal y/o de los espacios otorgados en los medios de comunicación social que hacen uso del espectro electromagnético, en los casos de incumplimiento grave de los deberes de diligencia en la aplicación de las disposiciones constitucionales o legales que regulan la organización, funcionamiento y/o financiación de dichas organizaciones políticas, y cuando se trate de las faltas a que se refieren los numerales 1 al 8 del artículo 10.
2. Suspensión de su personería jurídica, hasta por cuatro (4) años, cuando se trate de las faltas a que se refieren los numerales 1 al 4 del artículo 10.
3. Suspensión del derecho de inscribir candidatos o listas en la circunscripción en la cual se cometan las faltas a las que se refieren los numerales 4 al 8.
4. Cancelación de su personería jurídica, cuando se trate de las faltas a que se refieren los numerales 4 al 8 del artículo 10.
5. Disolución de la respectiva organización política, cuando se trate de las faltas a que se refieren los numerales 7 al 8 del artículo 10, y 6. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Cuando se trate de condenas ejecutoriadas en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico o de delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad, el partido o movimiento que inscribió al condenado no podrá presentar candidato para la siguiente elección en la misma circunscripción. Si faltaren menos de 18 meses para la siguiente elección no podrá presentar terna, caso en el cual el nominador podrá libremente designar el reemplazo. Los partidos o movimientos políticos perderán el reconocimiento de su personería jurídica, cuando al restarle los votos obtenidos por los congresistas condenados por los delitos a que se refiere el numeral 5o del artículo 10, no se alcance el umbral. En estos casos se ordenará adicionalmente la devolución de la financiación estatal de la campaña en una cantidad equivalente al número de votos obtenido por el congresista o congresistas condenados. La devolución de los recursos de reposición también se aplica cuando se trate de candidatos a cargos uninominales. En los casos de listas cerradas la devolución aplicará en forma proporcional al número de candidatos elegidos. En todo caso, desde el momento en que se dictare medida de aseguramiento por tales delitos, el Consejo Nacional Electoral suspenderá proporcionalmente el derecho de los partidos y movimientos políticos a la financiación estatal y a los espacios otorgados en los medios de comunicación social que hacen uso del espectro electromagnético. En los casos de suspensión o privación de la financiación estatal impuesta cuando ya el partido o movimiento político la hubiere recibido, se ordenará la devolución de las sumas a que hubiere lugar”.

¹⁰⁸ Objeto de control jurisdiccional en la jurisdicción Contencioso Administrativa.

De las normas analizadas se desprende que el Consejo Nacional Electoral, **como autoridad electoral**, realiza la correspondiente investigación y si lo encuentra probado declara la violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral.

De conformidad con la anterior declaración, la autoridad electoral tiene la facultad de imponer las sanciones establecidas en la Ley 1475 de 2011 para los partidos políticos, las cuales van desde la suspensión de la financiación estatal hasta la pérdida de la personería jurídica y la disolución de la organización política, así mismo, con fundamento en la declaratoria de violación debe presentar ante la autoridad correspondiente¹⁰⁹ la solicitud de pérdida del cargo.

3.5. Valor probatorio de los actos administrativos dictados por el Consejo Nacional Electoral en materia de superación de los topes de las campañas políticas en el trámite judicial de pérdida del cargo

De lo expuesto en los acápites precedentes y especialmente del texto del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, en virtud del cual cuando se establezca la violación de los topes el Consejo Nacional Electoral presentará ante la jurisdicción contenciosa la correspondiente solicitud de pérdida del cargo, resulta claro que la causa para imponer esta sanción radica en la declaratoria que hace el Consejo Nacional Electoral de la “**violación de topes de campaña**”, quien, por ende, tiene legitimación en la causa por activa para presentar la correspondiente demanda, según se analizó en precedencia.

Es claro entonces que la demanda de pérdida del cargo tiene su fundamento en la resolución que declara la violación de los límites establecidos, quedando con ella demostrada en grado de plenitud probatoria la tipicidad de la conducta sancionatoria consistente en la violación de límites de gastos.

En virtud de lo expuesto, los actos administrativos expedidos por el Consejo Nacional Electoral acreditan el elemento objetivo de la sanción, referido a la violación de los topes, pudiendo el demandado únicamente alegar una causal que tenga la entidad de exonerar su responsabilidad desde el punto de vista subjetivo¹¹⁰.

Al haber establecido con claridad el papel que juega en este proceso el acto administrativo expedido por la autoridad electoral que determina la violación de los límites establecidos por un candidato para la campaña, la Sala precisa que no es dable en el proceso de pérdida del cargo alegar como excepción o como argumento de descargos alguna de las causales de nulidad de los actos administrativos consagradas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, esto es, (i) haber sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse; (ii)

¹⁰⁹ La autoridad correspondiente depende si se trata de Concejales, Diputados, Congresistas, Alcaldes o Gobernadores, pues la competencia radica en la misma autoridad facultada para tramitar la pérdida de investidura para los integrantes de Corporaciones Públicas y, la nulidad electoral para los cargos uninominales.

¹¹⁰ El demandado podrá alegar y demostrar causales de exoneración como la fuerza mayor, el caso fortuito, el error invencible o culpa exclusiva de un tercero.

falta de competencia; (iii) expedición irregular o desconocimiento del derecho de audiencias y de defensa; (iv) falsa motivación; y (v) desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

Lo anterior, por cuanto tales alegaciones son propias de los procesos de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho que conforme se explicó pueden incoarse contra los actos administrativos dictados por el Consejo Nacional Electoral, en los que el juez de la legalidad del acto se debe pronunciar sobre las irregularidades que incidan en la validez misma de la decisión que se adoptó por parte del organismo competente, competencia que no puede ser invadida por el juez de la pérdida del cargo, máxime cuando se trata de distintos procedimientos, objeto y finalidad; finalidad que igualmente difiere de la nulidad electoral, según se aclaró por la Sala al abordar el análisis de la naturaleza de este proceso.

Estos argumentos constituyen precisamente la razón por la que en el *sub examine* en el respectivo momento procesal se decretara la suspensión por prejudicialidad en espera a que el juez de la legalidad del acto se pronunciara sobre la misma.

3.6. Sanción de pérdida del cargo por violación de los límites al monto de gastos

La normatividad sobre financiación de las campañas políticas y fijación de topes, consagra, en el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, la sanción de pérdida de cargo, por violación de los límites al monto de gastos, en los siguientes términos:

“Artículo 26. PÉRDIDA DEL CARGO POR VIOLACIÓN DE LOS LÍMITES AL MONTO DE GASTOS. La violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales, se sancionará con la pérdida del cargo, así:

1. En el caso de candidatos elegidos a corporaciones públicas se seguirá el procedimiento de pérdida de investidura definido en la Constitución y la ley.

2. En el caso de **alcaldes** y gobernadores, **la pérdida del cargo** será decidida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo con el procedimiento para declarar la nulidad de la elección. En este caso el término de caducidad se contará a partir de la ejecutoria del acto administrativo por medio del cual el Consejo Nacional Electoral determinó la violación de los límites al monto de gastos.

Una vez establecida la violación de los límites al monto de gastos, el Consejo Nacional Electoral presentará ante la autoridad competente la correspondiente solicitud de pérdida del cargo”. (Negrillas de la Sala)

Con respecto a las sanciones por la violación de topes o límites de gastos o financiación de las campañas políticas y electorales, se ha pronunciado la Corte Constitucional en las siguientes providencias:

En la sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005¹¹¹, en la que consideró:

“(…) siendo la sanción más severa de cuantas consagra el artículo en mención, es entendible y razonable que el candidato elegido a la presidencia sólo pueda ser objeto de pérdida del cargo por afrenta gravísima contra el régimen de la financiación de las campañas. Aunque, como es lógico, el Congreso determinará la gravedad de la falta, el principio de proporcionalidad impone que la sanción allí prevista no sea aplicada sino por agresiones de magnitud significativa contra el régimen de financiación de campañas”. (Negrillas de la Sala)

Por su parte, en la sentencia C-141 del 26 de febrero 2010¹¹², la Corte precisó que el establecimiento de sanciones para el candidato o el partido político debido al incumplimiento respecto del monto de recursos de una campaña electoral o del deber de rendir cuentas o balances al término de las elecciones, es válido constitucionalmente y se origina en la concreción del principio de transparencia.

A este respecto la Corte consideró que: *“El principio de transparencia en materia electoral apunta al establecimiento de instrumentos encaminados a determinar con precisión el origen, la destinación, al igual que el monto de los recursos económicos que soportan una determinada campaña electoral. De allí que las diversas legislaciones establezcan el deber de rendir cuentas o balances al término de las elecciones, e igualmente, prevean diversas sanciones, bien sea para el candidato o partido político, que incumplan tal deber o que superen los montos máximos autorizados”.*

En ese pronunciamiento se precisó que el establecimiento de sanciones se deriva del deber de cumplir con unos montos máximos de gastos para las campañas electorales, lo cual a su vez se encuentra estatuido, para garantizar los principios de igualdad, transparencia y pluralismo político en las campañas políticas y electorales.

En la sentencia C-490 del 23 de junio de 2011¹¹³, la Corte Constitucional al analizar el contenido del artículo 26 de la Ley 1474 de 2011 de cara a los principios, valores y garantías establecidos en la Carta, precisó que el mismo regula la sanción con pérdida del cargo por violación de los límites al monto de gastos, para: (i) para los candidatos elegidos a corporaciones públicas, de conformidad con los procedimientos establecidos por la Constitución y la ley – pérdida de investidura–; (ii) para los alcaldes y gobernadores, a través del procedimiento para declarar la nulidad de la elección previsto por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

¹¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹¹² Ob Cit. cita 33

¹¹³ Ob cit, cita 86

La referida norma estableció igualmente que el término de caducidad de la acción se contará a partir de la ejecutoria del acto administrativo por medio del cual el Consejo Nacional Electoral determine la violación de los límites al monto de gastos y dispone la obligación de ésta de presentar la demanda ante la autoridad judicial competente, de tal manera que no cabe duda que la actuación administrativa se erige en presupuesto necesario para la procedencia de la acción de pérdida del cargo que tramita por el procedimiento propio de la nulidad electoral.

Al respecto la Corte Concluyó que:

“Las sanciones estatuidas por el Legislador debido a la violación del límite al monto de gastos autorizados por la ley, constituye para la Corte un claro desarrollo del expreso mandato constitucional, contenido en el artículo 109 Superior. **En todo caso, estas sanciones, deberán adoptarse con plena garantía de los principios, valores y derechos constitucionales, tales como el respeto del debido proceso, entre otros derechos, así como ser razonables y proporcionales.** Encuentra la Sala que en este caso, estos criterios constitucionales para la imposición de sanciones se encuentran plenamente salvaguardados, ya que la norma prevé que las sanciones se impondrán *(i)* de conformidad con los procedimientos establecidos por la Constitución y la ley para los candidatos elegidos a corporaciones públicas; *(ii)* de acuerdo con el procedimiento contencioso administrativo respectivo para el caso de los alcaldes y gobernadores; y *(iii)* que se iniciarán a través de la solicitud de pérdida del cargo que deberá presentar el Consejo Nacional Electoral, una vez haya sido establecida la violación de los límites al monto de gastos”.
(Negrillas de la Sala)

Con respecto a las consecuencias jurídicas de la sanción, corresponde a la Sala resolver el problema jurídico consistente en determinar si la única sanción aplicable es la pérdida del cargo o esta implica igualmente, como en el caso de la pérdida de investidura –que por la misma causa es aplicable a miembros de corporaciones públicas– implica la imposibilidad de volver a ocupar una dignidad de elección popular.

Sobre este tópico la Sala considera que en aplicación del principio de legalidad que informa el régimen sancionatorio, en el caso concreto no es posible extender los efectos de la única sanción prevista tanto en la norma constitucional como en el desarrollo legal, lo cual no deja de generar un desequilibrio entre los miembros de corporaciones públicas que además de perder la investidura quedan sometidos a una inhabilidad para ejercer cargos públicos que implica una especie de “muerte política” y los alcaldes y gobernadores que únicamente pierden el cargo, pero esta desigualdad no puede ser resuelta por la Sala pues ella obedece a una falencia del legislador que no es dable corregir.

4. Caso concreto

Bajo el marco teórico y conceptual expuesto en precedencia, corresponde analizar el caso concreto, para lo cual se estudiará: (i) Incursión del demandado en el supuesto de hecho de la norma consistente en “La violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales”; (ii) Argumentos de defensa esgrimidos por la parte actora para desvirtuar el supuesto de hecho de la norma, estudio que se realizará con fundamento en la valoración en su conjunto de los medios de convicción allegados a la actuación.

4.1. Incursión del demandado en el supuesto de hecho de la norma consistente en “La violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales”

Se encuentra acreditado en grado de plenitud probatoria que la campaña electoral del candidato Edgar Humberto Silva González, estaba sujeta al límite de ingresos de \$58.000.000 y que incurrió en violación al mismo en cuantía de \$22.753.243, según consta en el procedimiento sancionatorio llevado a cabo por el Consejo Nacional Electoral, en especial en los actos administrativos que determinaron la existencia de la violación –Resoluciones Nos. 3049 del 29 de julio de 2014 y 3347 del 20 octubre de 2014–, los cuales fueron declarados ajustados al ordenamiento jurídico por parte de esta Sección, en sentencia del 21 de julio de 2016 que hizo tránsito a cosa juzgada.

Es así como a folio 1592 del cuaderno anexo No. 11 del expediente, obra copia autenticada de la Resolución No. 3049 del 29 de Julio del 2014, “*Por medio de la cual se sanciona al PARTIDO SOCIAL DE UNIDAD NACIONAL – PARTIDO DE LA U-, por la violación a los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral al Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán-Meta del candidato Edgar Humberto Silva González, vulnerando lo dispuesto en el artículo 10 numeral 4 de la Ley 1475 de 2011*”.

En dicho acto administrativo, la conclusión principal a la que llegó el Consejo Nacional Electoral, puede observarse a folio 33 del mismo, en los siguientes términos:

“Así las cosas, habiendo reseñado cada uno de los valores que encuentra esta Sala no se registraron en debida forma, se concluye que la campaña del candidato Silva sobrepasó los límites de Ingresos y Gastos en la cifra de VEINTE Y DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS (\$22.753.243 m/cte), toda vez que:

Contribución	Valor relacionado	Valor Comercial Probado	Diferencia
Vladimir Ayala	\$2.500.000	\$20.000.000	\$17.500.000
John Pereira	\$3.000.000	\$6.753.243	\$3.753.243
Kelly Garavito	\$3.000.000	\$4.500.000	\$1.500.000
TOTAL	\$8.500.000	\$31.253.243	\$22.753.243

De la revisión del expediente de la actuación administrativa adelantada por el Consejo Nacional Electoral¹¹⁴, se encuentra que en el balance general de la campaña política adelantada por el señor Edgar Humberto Silva, se tuvieron un total de ingresos de \$49.000.000 m/cte, de los cuales, el rubro correspondiente a contribuciones de particulares, sumó \$19.000.0000.

En el libro de ingresos y gastos que soporta el referido balance, y por ser relevante para el presente proceso, bajo el código 102 referente a *“contribuciones, donaciones y créditos, en dinero o especie, que realicen los particulares”*, se registró con fecha 10 de noviembre del 2011, *“ingresos obtenidos como comerciante independiente wladimir (sic) Ayala”*, por valor de \$2.500.000.

En el soporte del referido asiento contable se evidencia –en el comprobante de ingreso No. 05– el concepto de la contribución, por el valor antes referido, en los siguientes términos *“CONCIERTO DE GIOVANNY AYALA PARA EL LANZAMIENTO DE LA CAMPAÑA PARA LA ALCALDIA DE EDGAR SILVA EN PUERTO GAITÁN”*, al cual se le anexó un formato de contribución de personal natural, con logos del Partido Social de Unidad Nacional –Partido de la U-, en donde se incluyó nota al margen que señala *“LA DONACION ESTA REPRESENTADA EN EL CONCIERTO QUE BRINDARÁ GIOVANNY AYALA EN EL LANZAMIENTO DE LA CAMPAÑA”*.

No obstante lo anterior, la realidad económica de la operación fue otra, en la medida en que, de conformidad con las declaraciones obtenidas en el marco de la referida actuación administrativa, y sobre las cuales fueron ausentes elementos de prueba aportados en el trámite del presente medio de control, se logró determinar la veracidad del valor comercial de la presentación del señor Giovanni Ayala.

Es así como en relación con el aporte del señor Vladimir Ayala, el cual consistió en una presentación del cantante Giovanni Ayala en favor de la candidatura del demandado, y que fuere registrado en su momento por valor de \$2.500.000, se tuvo en cuenta la declaración rendida por el referido artista el día 27 de julio del 2012, donde indicó:

“(…) Pregunta: En la respuesta anterior, afirmó que le dieron quinientos mil pesos (\$500.000), sin embargo en el folio 144, en particular en el comprobante de egreso de 033, se registra que se le pagó dos millones quinientos mil pesos (\$2.500.000), que puede decir al respecto? Contestó: Es una donación en especie, fue mi obra lo que yo hice, mi aporte, yo sólo recibí quinientos mil pesos, **donde normalmente yo cobro veinte millones de pesos (\$20.000.000)**”
(Negrilla fuera del texto original)

En esta medida, tuvo como soporte del valor comercial de la mencionada presentación musical, la declaración *“libre y espontánea”* del declarante, así como las evidentes contradicción en que incurrió el señor Giovanni Ayala en la

¹¹⁴ Folios 102 y s.s. Cuaderno anexo No. 1.

declaración arriba transcrita, con una posterior declaración con fines extraprocesales de fecha 30 de enero del 2014.

Adicional a lo anterior, la autoridad electoral consideró que, en relación con los aportes de los señores John Pereira y Kelly Garavito, no se logró controvertir el resultado de los peritazgos decretados a efectos de demostrar el valor comercial real de los bienes por ellos aportados (revistas y camisetas publicitarias), en tanto la objeción por error presentada a los mismos por parte del demandado no se comprobó. En esa medida, determinó que ante el valor probado frente al valor reportado en los estados de la campaña era procedente tener como válido el valor de la diferencia en dichos montos, a efectos de establecer el total en que se superó, en forma efectiva, el tope de gastos permitidos.

Precisado el contenido de la prueba antes referida, contenida en un acto administrativo ejecutoriado, sobre el cual existe una sentencia igualmente e firme que amparó su legalidad, se debe tener por plenamente acreditada la incursión del demandado en la conducta de violación a los toques de campaña por parte del señor Edgar Humberto Silva González, sin que haya lugar en esta oportunidad a valorar las pruebas que se incorporaron a la presente actuación, las cuales no tienen la posibilidad de desvirtuar las conclusiones a las que llegó el Consejo Nacional Electoral.

En efecto, en la audiencia inicial, se decretaron como pruebas documentales, las solicitadas por la parte demandante en el acápite de solicitudes de pruebas consagrado en la contestación, consistentes en (i) oficiar a las empresas CODISCOS, DISCOS FUENTES Y PRODUCCIONES LLANOJES, con el propósito de que informaran sobre las variables que se tienen en cuenta a efectos de determinar el valor comercial de una presentación artística; y a la (ii) empresa JORGE BARON TELEVISIÓN, para que indicara si los artistas que se presentan en el Show de las Estrellas, tienen algún tipo de retribución económica.

Adicionalmente, se decretaron los testimonios de los señores Wilson Vladimir Ayala, Aldemar Pérez Montaña, Diego Algarra y Wilton Gámez *“para que declaren sobre los valores comerciales de los ítems que fueron objeto de debate en los trámites administrativos del CNE”*¹¹⁵.

En la etapa procesal correspondiente, fueron incorporados para permitir la correspondiente contradicción, los siguientes oficios:

- Correo electrónico del 2 de marzo del 2015, originado en la Coordinación Editorial y Licenciamiento de la empresa DISCOS FUENTES, en el que se indicó que en su actividad comercial no está la de efectuar presentación de agrupaciones, por lo que no puede responder al objeto de la prueba decretada.

¹¹⁵ Folio 116. Cuaderno principal No. 1.

- Oficio del 6 de marzo del 2015, en el que el representante legal de la empresa JORGE BARON TELEVISIÓN LTDA, señaló las modalidades de contratación de artistas que dicha persona jurídica realiza.
- Oficio del 6 de abril del 2015, a través del cual la representante legal de CODISCOS S.A.S., señaló que *“la compañía no tiene dentro de sus servicios presentaciones artísticas, puesto que las presentaciones de los diferentes artistas son contratadas directamente por ellos y en estos temas Codiscos no tiene decisión alguna, por lo tanto las variables que se tiene para establecer el valor comercial de dichas presentaciones en vivo, son de plena liberalidad del artista.”*¹¹⁶

Precisado el contenido de los señalados medios de convicción, se concluye que aun cuando se trata de pruebas válidamente decretadas y practicadas no pueden ser apreciadas con el objeto de desvirtuar las conclusiones del acto administrativo que se tiene como presupuesto procesal de esta acción y demostración de la fase objetiva.

Adicionalmente, la prueba solicitada a la empresa JORGE BARON TELEVISIÓN LTDA., estuvo enfocada, según la intención del propio demandante, *“para que informe al Tribunal si los artistas que se presentan en el Show de las Estrellas tienen algún tipo de retribución económica”*¹¹⁷, a lo que el representante legal se limitó a contestar las diferentes modalidades de contratación que desarrolla, finalidad que no resultaba procedente en este medio de control.

En esta medida, las pruebas documentales decretadas, y que fueron solicitadas en el escrito de contestación de la demanda e incorporadas debidamente en la etapa procesal correspondiente, no tienen el mérito para llevar a esta Sección a una conclusión diferente de la fijada en la Resolución No. 3049 del 2014, en donde se estableció que el valor comercial de la presentación del cantante Giovanni Ayala, era de \$20.000.000, presentándose una clara diferencia frente a los gastos reportados por la campaña del señor Silva González, en donde dicho aporte se registró por valor de \$2.500.000.

Igual situación ocurre con las declaraciones recepcionadas en el proceso de los señores Aldemar Pérez Montaña, Diego Mauricio Algarra Mojica y Wilton Ernesto Gámez Balcarcel, en torno a los valores comerciales de los *ítems* debatidos al interior de la actuación administrativa llevada a cabo por el Consejo Nacional Electoral, medios de convicción que resultaban impertinentes e innecesarios dada la naturaleza jurídica y las especificidades del proceso de pérdida del cargo.

En **conclusión**, la actividad probatoria desplegada por la parte demanda a efectos de establecer que en desarrollo de la campaña política adelantada por el señor Edgar Humberto Silva González, como candidato a la alcaldía municipal de Puerto Gaitán (Meta), no se desconocieron los topes de gastos fijados por el Consejo Nacional Electoral no resultaba procedente en esta oportunidad en la medida en

¹¹⁶ Folio 193. Cuaderno principal No. 1.

¹¹⁷ Folio 73. Cuaderno Principal No. 1.

que tal circunstancia ya se encontraba establecida en el acto administrativo que constituye el fundamento de la presente acción.

Así las cosas, esta Sala encuentra demostrado el supuesto de hecho que permite hablar de vulneración de topes de ingresos en la campaña referida, sin que obre justificación alguna de la conducta, no solo por no haber sido alegada y demostrada por el demandado sino porque de la valoración en su conjunto de los medios de convicción allegados a la actuación ella no se advierte por este operador jurídico.

Cabe destacar que el demandado contó en el presente proceso con las oportunidades procesales para solicitar pruebas, las cuales fueron decretadas y practicadas en su totalidad, como se analizó en precedencia, sin que lograra justificar la conducta en que incurrió al no tener en cuenta los valores comerciales de los aportes y gastos de su campaña, en tanto, los medios de convicción que se incorporaron a la actuación **no** acreditaron que no hubiera incurrido en la causal por la cual fue demandado y de la que resulta **ser responsable por su condición de candidato**, por exigirse del mismo una conducta encaminada a garantizar las normas constitucionales y legales estudiadas.

No puede perderse de vista que el candidato es responsable por el manejo de las cuentas de su campaña política, debiendo ser especialmente cuidadoso en el cumplimiento de las normas sobre límites de ingresos y gastos, tal como lo ha decantado la Corte Constitucional, la que en la sentencia C-1153 de 2005 expresó que puede existir un gerente para la campaña política, diferente del candidato, pues existen aspectos de manejo que por la pericia y la disposición no pueden ser enfrentados por él mismo, pero ello no desplaza la **responsabilidad solidaria que tiene el candidato por el manejo de los recursos de su campaña**.

Demostrada como se encuentra la conducta, desde el punto de vista objetivo, corresponde a la Sala, analizar los argumentos de defensa expuestos por el demandado en el presente proceso, con el fin de determinar, en tratándose de un régimen sancionatorio de características especialísimas dados los principios y valores constitucionales que protege, como el que ocupa la atención de la Sala, si existe alguna circunstancia capaz de desvirtuar la responsabilidad o justificar la conducta atentatoria de las normas constitucionales y legales que se han venido analizando, lo cual se hará con fundamento en los alegatos de defensa del demandado y en la valoración en su conjunto de los medios de convicción allegados a la actuación que le permitan a la Sala establecer si la conducta del demandado se encuentra justificada.

4.2. Argumentos de defensa

4.2.1. Alegaciones en torno a la legalidad de las Resoluciones Nos. 3049 del 29 de julio del 2014 y 3347 del 20 de octubre de la misma anualidad

La Sala resalta que la mayoría de los argumentos de defensa elevados por el demandante en la contestación de la demanda corresponden a causales de nulidad de los actos administrativos y, concretamente de las Resoluciones Nos.

3049 del 29 de julio del 2014 y 3347 del 20 de octubre de la misma anualidad, por medio de las cuales el Consejo Nacional Electoral determinó la violación a los límites de financiación permitidos para la campaña electoral a la alcaldía del municipio de Puerto Gaitán (Meta) por parte del señor Edgar Humberto Silva González –quien resultó finalmente elegido en dicha contienda-, así como por el Partido Social de Unidad Nacional –Partido de la U-, colectividad política que avaló la inscripción del candidato.

En efecto, el demandado alegó, entre otros: (i) Pérdida de competencia del Consejo Nacional Electoral, por caducidad de la acción; (ii) Irregularidades en la expedición de los actos; (iii) Violación al debido proceso y al derecho de defensa por “*irregularidades probatorias*”, argumentos todos encaminados a cuestionar la legalidad de los actos administrativos, cuyo conocimiento resulta ser exclusivo y excluyente del juez de la legalidad del acto.

En esta medida, de conformidad con el marco teórico descrito en precedencia, el medio de control relacionado con la pérdida del cargo por desconocimiento de topes, no es el escenario jurídico pertinente para debatir aspectos que el señor Silva González planteó al momento de ejercer su derecho de defensa en el trámite administrativo y que reiteró en el proceso de nulidad, en tanto los mismos se relacionan con la legalidad de los actos administrativos que, se itera, no son materia de control en esta oportunidad.

Adicional a lo anterior, las alegaciones expuestas fueron objeto de pronunciamiento judicial por parte de esta Sección en sede de nulidad, tal y como se observa en el fallo del 21 de julio del 2016, dentro del expediente con radicación No. 11001-03-28-000-2015-00005-00, en el que se negaron las pretensiones de nulidad elevadas por el ahora demandado en contra de la decisión del Consejo Nacional Electoral.

De esta forma, los argumentos de defensa relacionados con la **falta de competencia del Consejo Nacional Electoral, expedición irregular del acto administrativo y violación al debido proceso y derecho de defensa por “*irregularidades probatorias*”**, corresponden a aspectos propios del análisis objetivo de legalidad que, se reitera, se efectuó por parte de esta Corporación, en sentencia ejecutoriada con efectos de cosa juzgada.

En esta medida, no es procedente realizar un estudio sobre los mismos en el vocativo de la referencia con fundamento en el desarrollo que sobre ellos se efectúa por parte del apoderado de la parte demandada, en la medida en que ello implicaría desconocer que (i) el objeto del presente medio de control no es el acto administrativo dictado por la autoridad electoral, sobre el cual el legislador consagró las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho para el efecto –arts. 137 y 138, Ley 1437 del 2011–, sino determinar la procedencia de la máxima sanción establecida en la Ley 1475 de 2011 en los casos en que se comprueba la violación a los topes de gastos de las campañas electorales; (ii) la existencia de un pronunciamiento previo, en sede jurisdiccional, que analizó los

mismos argumentos y sobre los cuales, se presentan entonces los efectos propios de esa decisión.

En efecto, en la sentencia referida dictada en sede de nulidad esta Corporación resolvió:

- Frente a la **falta de competencia por ocurrencia del fenómeno de caducidad de la potestad sancionadora de Consejo Nacional Electoral**, en aplicación de la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 29 de septiembre de 2009¹¹⁸, **“la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa”** (Negrilla propia del texto original).

En esta medida consideró:

“De acuerdo con la referida tesis (...) esta Sala considera que, contrario a lo que sostiene la parte demandante, en el *sub examine* no está comprobada la ocurrencia del fenómeno de caducidad de la facultad sancionatoria del Consejo Nacional Electoral.

En efecto, está demostrado que la resolución número 3049 por medio de la cual la autoridad accionada sancionó al Partido de la U por la violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña del señor Edgar Humberto Silva a la alcaldía de Puerto Gaitán – Meta, se dictó el día 29 de julio de 2014¹¹⁹.

Esa decisión, ante la imposibilidad de notificarla personalmente al apoderado del señor Edgar Humberto Silva, en los términos del artículo 44 y 45 del CCA, se notificó por edicto que se fijó desde el 19 de agosto de 2014 hasta el primero de septiembre de ese mismo año¹²⁰. Lo mismo ocurrió respecto del apoderado del Partido de la U, sólo que el respectivo edicto se fijó entre el 20 de agosto y el 2 de septiembre de 2014¹²¹.

Posteriormente, ante los recursos de reposición que interpuso el Partido de la U, el Consejo Nacional Electoral, mediante resolución 3374 del 20 de octubre de 2014, confirmó el acto inicial.

En este orden de ideas, si como propuso el actor, se toma como fecha constitutiva de la falta -que dio lugar a la expedición de los actos acusados-, el día del vencimiento del plazo para rendir cuentas de las

¹¹⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Exp. 11001-03-15-000-2003-00442-01-(S) IJ. C.P. Susana Buitrago Valencia.

¹¹⁹ Folio 28. Cuaderno 1.

¹²⁰ Folio 1591. Anexo # 11 de la demanda.

¹²¹ Folio 1604. Anexo # 11 de la demanda.

candidaturas que se postularon a las elecciones del 30 de octubre de 2011, esto es, el 11 de noviembre de ese mismo año, es claro que a la fecha de notificación del acto principal (2 de septiembre de 2014) no habían transcurrido los 3 años a que hacía referencia el artículo 38 del CCA.

Por tanto, el Consejo Nacional Electoral tenía plena competencia para imponer las sanciones del caso, como, en efecto, lo hizo.”

- En relación con la **expedición irregular** de la resolución proferida por el Consejo Nacional Electoral, señaló que *“el simple hecho de que se excedan los términos que el ordenamiento prevé para que se adelante una investigación, se formule el pliego de cargos o se surta la etapa probatoria, no genera automáticamente un desconocimiento del derecho al debido proceso, siempre y cuando no se exceda el término de prescripción y se garantice el derecho de defensa y contradicción. (...) Así la cosas, la irregularidad en la que el actor sustentó el presente caso, carece, por sí misma, de fuerza que genere su invalidez, pues, se reitera, no tiene el carácter de sustancial en lo que al trámite del proceso administrativo corresponde.”*

Con posterioridad refirió que, *“esta Sala no evidencia que tales garantías hubieren sido desconocidas por la autoridad electoral demandada. Por el contrario, de las pruebas arrojadas al expediente, es posible verificar que se surtieron todas las etapas del respectivo procedimiento administrativo sancionatorio, los implicados (...) fueron debidamente vinculados al proceso, y, por ende, tuvieron la oportunidad de hacer valer sus argumentos de defensa y de solicitar y aportar pruebas, así como de controvertir las que se adujeron en su contra”.*

- En relación con la violación al **debido proceso y derecho de defensa**, por *“irregularidades probatorias”*, el juez de legalidad del acto administrativo dividió el estudio de dicho cargo atendiendo los argumentos expuestos por el señor Silva González, en su calidad de demandante, así:
 - (i) Respecto de la obtención en forma irregular de la declaración del señor Giovanni Ayala, y de la cual se dedujo el valor comercial de su presentación artística, en la medida en que no se notificó el aplazamiento de la práctica de dicha diligencia, se concluyó que (i) el decreto de la prueba referida, fue efectivamente notificado al señor González Silva, lo que implica que tuvo conocimiento de ello, y por lo tanto, tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa sobre el particular; (ii) si bien no existe constancia de la notificación de la diligencia que aplazó la práctica de la diligencia de recepción de la declaración, lo cierto es que el conocimiento de la práctica de la prueba implica la posibilidad de contradecir la misma a través de los recursos correspondientes, sin embargo, en el caso concreto, se guardó silencio, incluso durante toda la actuación hasta el momento en que se dictaron los actos acusados.

- (ii) Frente a la presunta valoración “*arbitraria e irracional*” de la prueba antes referida, en tanto no se tuvieron en cuenta el contexto en que se desarrolló la presentación artística del señor Giovanni Ayala, consideró que el análisis efectuado en la Resolución No. 3049 de 2014 sobre el particular, dista de tener las características que el demandante le endilgó, señalando lo siguiente:

“El Consejo Nacional Electoral determinó que el valor comercial de la presentación del referido artista era de veinte millones de pesos; para arribar a dicha deducción tomó como base la declaración del artista, es decir, lo manifestado por el propio señor Giovanni Ayala.

Dentro de sus argumentos hizo expresa mención al hecho de que el artista no se presentó con la totalidad de la banda y que, además, el show se efectuó mediante la reproducción de pistas.

Entonces, no es cierto que no haya tenido en cuenta tales circunstancias a efectos de fijar el valor en cuestión. Simplemente, en aplicación de los principios de lógica y sana crítica que rigen la valoración probatoria, consideró que incluso con la banda incompleta (7 o 6 integrantes), sin que la presentación fuese en vivo y que ésta durara 30 minutos, el valor que debía tomarse era el declarado por el artista, que constituye el precio comercial y que difiere ampliamente de la cifra consignada en los libros de gastos de la campaña. Máxime si se tiene en cuenta que el implicado no aportó al proceso los diferentes medios de prueba que permitiesen allegar a una conclusión diferente.

Ahora bien, aunque la parte demandante planteó que el valor de las presentaciones de los diferentes artistas tienden a modificarse debido a ‘*descuentos tributarios, el contratante, la distancia del desplazamiento, la conveniencia del artista, el lugar de presentación y el público ante quien se presenta*’, en el presente caso tales circunstancias no fueron debidamente probadas por la defensa del señor Edgar Humberto Silva.

Lo anterior, por cuanto es al sujeto interesado a quien le corresponde allegar al correspondiente proceso los medios probatorios (con base en los principios de utilidad, pertinencia y conducencia) que sustenten sus argumentos y sus pretensiones. Por tanto, es a dicha parte a quien le compete asumir los efectos negativos que puedan generarse de su inactividad¹²², que es lo que al parecer sucedió en el *sub examine*.

¹²² Sobre la carga de la prueba, entre otras ver, Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 68001-23-31-000-2000-09610-01. C.P. Ruth Stella Correa...

Teniendo en cuenta lo anterior, a juicio de la autoridad accionada, la defensa del señor Silva González, pese a que estaba en mejor condición para probar los valores de la presentación del señor Giovanni Ayala en el acto de lanzamiento de campaña – pues fue precisamente quien tenía el contacto directo con el artista y con su manager-¹²³, no aportó al proceso los elementos suficientes que le permitieran concluir a la autoridad demandada que, en realidad, el valor comercial de dicho espectáculo correspondía al declarado en los libros de gastos de campaña y no el que el artista cobra por esa clase de presentaciones comerciales en otras ocasiones.

Así, la conclusión a la que llegó el Consejo Nacional Electoral sobre el valor de la presentación del artista Giovanni Ayala, contrario a lo que planteó el actor, a juicio de la Sala, no constituye un argumento irracional o arbitrario, sino que se encuentra en plena consonancia con el referido principio de la carga probatoria, pues se basó en las pruebas que fueron oportuna y debidamente allegadas al proceso”.

- (iii) En lo atinente al presunto desconocimiento del artículo 232 del Código General del Proceso al momento de analizar los dictámenes periciales decretados en el marco de la actuación administrativa, se indicó que *“la conclusión a la que llegó el Consejo Nacional Electoral se basó en un correcto estudio de las pruebas que fueron debidamente allegadas al proceso y respecto de las cuales el señor Silva González tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción y defensa, máxime si se tiene en cuenta que ambos dictámenes fueron precisos en señalar la metodología que utilizaron, las cotizaciones que recogieron dentro del estudio y la conclusiones que este arrojaba”*.

En este orden de ideas, en el *sub lite* no es procedente realizar un pronunciamiento sobre estos mismos aspectos traídos a colación por el apoderado judicial del señor González Silva, en la medida en que ellos fueron objeto de decisión en sede de control de nulidad incoado, por lo que cualquier consideración que se haga al respecto, implicaría desconocer e invadir la órbita de competencia del juez de la legalidad del acto administrativo, en detrimento del objeto de control específico del proceso judicial que se adelanta para determinar la procedencia de aplicar la sanción de pérdida del cargo por violación de los topes de campaña.

4.2.2. Alegación sobre la proporcionalidad de la medida de pérdida del cargo

Tal como se expuso al analizar el marco teórico de la sanción de pérdida del cargo, la **única** sanción prevista por el constituyente en el artículo 109 de la Constitución y desarrollada por el legislador en forma acorde con la norma superior, habiendo sido declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-141 del 26 de febrero 2010, por considerar que resulta válida constitucionalmente y se origina en la concreción del principio de transparencia.

¹²³ Que valga la pena aclarar, es el señor Vladymir Ayala (hermano del artista).

No existe, en consecuencia, duda alguna de que la sanción de pérdida del cargo resulta respetuosa de los principios y valores consagrados en la Carta Política y que la misma supera ampliamente el test de proporcionalidad que, al tenor de lo considerado en la sentencia C-033 del 29 de enero de 2014¹²⁴, “es un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza”.

Lo anterior, en la medida en que la sanción persigue un objetivo legítimo a la luz de la Constitución, que es precisamente garantizar principios como la transparencia, la igualdad de los candidatos ante la contienda electoral, la participación y el pluralismo y goza de la idoneidad suficiente para alcanzar el objetivo propuesto, siendo necesaria para lograrlo –no solo en relación con el candidato sujeto pasivo de la sanción, sino con fin ejemplarizante frente al resto de los futuros candidatos– sin que por otro lado cercene otros derechos o contenidos de mayor entidad.

Precisado lo anterior, para la Sala es evidente que la sanción debe adoptarse con plena garantía del debido proceso y, adicionalmente, verificarse en el caso concreto que medie el compromiso del sujeto pasivo de la sanción en su comisión por haber actuado en forma negligente de cara al significativo compromiso con las reglas de participación democrática, así como que la superación de los límites sea de tal entidad que efectivamente tuviera la capacidad de atentar contra los principios y valores que se pretenden garantizar.

Tales requisitos indudablemente se cumplen en el caso concreto, en consideración a que tanto en el procedimiento administrativo previo a la iniciación del presente proceso adelantado ante el Consejo Nacional Electoral, como en el trámite jurisdiccional de la referencia, se respetaron las garantías del debido proceso y en el *sub lite* se comprobó que la superación del límite de los ingresos y gastos de la campaña electoral fueron significativos y tuvieron la entidad suficiente para afectar el equilibrio, la transparencia y la igualdad en la contienda, sin que –se reitera– la parte demandada haya alegado o se encuentre acreditada una causal de justificación de la conducta desde el punto de vista subjetivo.

Siendo ello así, no existe en el caso concreto vulneración al principio de proporcionalidad alegado por el demandado, haciéndose el mismo acreedor a la sanción prevista por el constituyente en el artículo 109 de la Constitución.

5. Conclusión

La Sala encontró demostrado en grado de plenitud probatoria el supuesto de hecho de la norma que establece como sanción la pérdida del cargo por violación a los topes de la campaña electoral en la que participó y resultó elegido el demandado, habiéndose acreditado las fases objetiva y subjetiva de la conducta

¹²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-033 del 29 de enero de 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla

contraria a la Constitución y a la Ley, así como el grado de afectación a los principios que se pretenden salvaguardar, en consecuencia, corresponde imponer al demandado Edgar Humberto Silva González la sanción de pérdida del cargo de Alcalde del Municipio de Puerto Gaitán – Meta, para el período de 2011-2015.

III. DECISIÓN

Con fundamento en 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,

IV. FALLA:

PRIMERO: DECRETAR la **pérdida del cargo** de Alcalde del Municipio de Puerto Gaitán – Meta para el período 2011-2015 del demandado **Edgar Humberto Silva González**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COMUNICAR la decisión adoptada en la presente providencia al Consejo Nacional Electoral y al Partido Social de Unidad Nacional – Partido de la U.

TERCERO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta
Aclara voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera

Continúan firmas....

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero
Aclara voto

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero
Aclara voto

PROCESO DE PÉRDIDA DEL CARGO – Competencia

El artículo 26 de la Ley 1475 de 2011 no establece la competencia para que el Consejo de Estado conozca del proceso de pérdida de investidura, pues de la lectura de dicho precepto lo que se advierte es que dispone, solamente, que su trámite se deberá adelantar bajo el procedimiento establecido para declarar la nulidad de la elección, lo que equivale a que esta norma no imponga la competencia sino que en realidad lo que el legislador estableció fue la cuerda procesal bajo la cual se deberá tramitar. No significa lo anterior, que exista un vacío legal al momento de establecer quién es el juez competente para conocer, adelantar y decidir el mentado proceso de pérdida del cargo, pues tal omisión implicaría un desconocimiento del artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto De San José). Por el contrario, para determinar quién es el juez competente para su trámite y decisión, es necesario acudir al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, valga destacar que el proceso de pérdida del cargo, no se incluyó de manera expresa en el Título IV, Capítulo I del CPACA –competencia del Consejo de Estado-, por lo que se debe acudir a la competencia residual establecida en el numeral 14 del artículo 149 de la misma codificación (...)el proceso de pérdida del cargo, para el caso de alcaldes y gobernadores, al igual que ocurre con los candidatos elegidos a corporaciones públicas, compete al Consejo de Estado, en única instancia, en virtud de la competencia residual de que trata el numeral 14 del artículo 149 del CPACA y su trámite corresponde al del medio de control de nulidad electoral - artículos 276 al 292 de la misma codificación-, por remisión expresa del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011 y el de pérdida de investidura, respetivamente.

PROCESO DE PERDIDA DEL CARGO – Naturaleza / PROCESO DE PERDIDA DEL CARGO –El juez solo tiene competencia para imponer la sanción legalmente establecida

En mi criterio, el proceso de pérdida del cargo, se debe tratar como un proceso de ejecución, en el entendido de que durante su trámite no existe contención, como sí ocurre en los procesos declarativos. En realidad, de lo que se trata es de aplicar una sanción legal a quien durante un procedimiento administrativo, adelantado en este caso por el Consejo Nacional Electoral, fue declarado infractor de los topes de gastos impuestos a las campañas electorales. Siendo esto así, es el procedimiento administrativo, el escenario adecuado y legalmente previsto para que el investigado ejerza su derecho a la defensa; es decir, conteste la acusación, manifieste sus argumentos de defensa, pida las pruebas que considere necesarias y, en fin para que adelante todos los actos en procura de su defensa (...) En el decurso del proceso de pérdida del cargo, cuya finalidad es la de imponer la sanción, que tiene que ser decretada por un juez, entendido como funcionario revestido de la función jurisdiccional, no hay lugar a que se decreten nuevas pruebas, diferentes a las que ya reposan en el expediente administrativo, pues se

insiste dicha problemática ya tuvo que haber quedado resuelta a instancia del Consejo Nacional Electoral. No obstante lo anterior, como la resolución del procedimiento administrativo adelantado por el CNE, queda contenida en un acto de carácter administrativo, el afectado con la decisión, bien puede iniciar las acciones judiciales que considere pertinente en procura de su anulación, en caso de que estime que se incurrió en algunas de las causales de nulidad legalmente previstas, en ese evento, como bien lo señala el fallo del cual aclaro mi voto, el proceso de pérdida del cargo deberá ser decidido una vez culmine el estudio legal del acto por el cual se declaró la violación a los topes de gastos de la respectiva campaña, como lo anota la sentencia de la cual aclaro mi voto. En consecuencia, al juez del proceso de pérdida del cargo solo le resta analizar si se dan las condiciones para imponer la respectiva sanción, pues se insiste los mecanismos de defensa tendientes a cuestionar el acto que declaró la violación de topes de campaña tuvieron que ser ejercidos en el trámite administrativo o, en su defecto, en los medios de control previstos en el CPACA, para tal fin. En conclusión, en el proceso de pérdida del cargo, al juez competente, le está vedada la posibilidad de decretar pruebas tendientes a discutir la legalidad del acto administrativo por medio del cual el CNE declaró la violación de los topes de la respectiva campaña, pues se insiste lo que corresponde a su competencia es ejecutar la sanción de que trata la Ley 1475 de 2011, en su artículo 26.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO

CONSEJERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Asunto: Aclaración de voto -De la competencia para conocer del proceso de pérdida del cargo- De la naturaleza del proceso de pérdida del cargo- De la no necesidad del estudio de culpabilidad en el proceso de pérdida del cargo- iv) De las consecuencias derivadas de la infracción del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011-

Con el debido respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto respecto de la sentencia proferida por la Sala el 1º de diciembre de 2016, en la que se decretó la pérdida del cargo **EDGAR HUMBERTO SILVA GONZÁLEZ**, Alcalde Puerto Gaitán, Meta, por violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales.

Debo manifestar que, si bien, comparto el sentido de la decisión adoptada por la Sala, me resulta imperioso aclarar mi voto, en la medida que la sentencia anuncia fijar los parámetros a seguir para el trámite del proceso de pérdida del cargo; sin embargo, considero que algunos temas merecen mayor desarrollo solo con la finalidad de brindar mayor claridad.

Por lo anterior, abordaré los siguientes aspectos: **i) de la competencia para conocer del proceso de pérdida del cargo; ii) de la naturaleza del proceso de**

pérdida del cargo; iii) de la no necesidad del estudio de culpabilidad en el proceso de pérdida del cargo y; iv) de las consecuencias derivadas de la infracción del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011.

i) De la competencia para conocer del proceso de pérdida del cargo

En mi criterio, el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011 no establece la competencia para que el Consejo de Estado conozca del proceso de pérdida de investidura, pues de la lectura de dicho precepto lo que se advierte es que dispone, solamente, que su trámite se deberá adelantar bajo el procedimiento establecido para declarar la nulidad de la elección, lo que equivale a que esta norma no imponga la competencia sino que en realidad lo que el legislador estableció fue la cuerda procesal bajo la cual se deberá tramitar.

No significa lo anterior, que exista un vacío legal al momento de establecer quién es el juez competente para conocer, adelantar y decidir el mentado proceso de pérdida del cargo, pues tal omisión implicaría un desconocimiento del artículo 25¹²⁵ de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto De San José).

Por el contrario, para determinar quién es el juez competente para su trámite y decisión, es necesario acudir al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, valga destacar que el proceso de pérdida del cargo, no se incluyó de manera expresa en el Título IV, Capítulo I del CPACA – competencia del Consejo de Estado-, por lo que se debe acudir a la competencia residual establecida en el numeral 14 del artículo 149 de la misma codificación, que señala:

“COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA.

*El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, **conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:***

(...)

14. De todos los demás de carácter Contencioso Administrativo para los cuales no exista regla especial de competencia. (Negrilla fuera de texto original).

Así las cosas, el proceso de pérdida del cargo, para el caso de alcaldes y gobernadores, al igual que ocurre con los candidatos elegidos a corporaciones públicas, compete al Consejo de Estado, en única instancia, en virtud de la

¹²⁵ 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

competencia residual de que trata el numeral 14 del artículo 149 del CPACA y su trámite corresponde al del medio de control de nulidad electoral -artículos 276 al 292 de la misma codificación-, por remisión expresa del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011 y el de pérdida de investidura, respetivamente.

ii) De la naturaleza del proceso de pérdida del cargo

Debo manifestar que, en mi criterio, el proceso de pérdida del cargo, se debe tratar como un proceso de ejecución, en el entendido de que durante su trámite no existe contención, como sí ocurre en los procesos declarativos. En realidad, de lo que se trata es de aplicar una sanción legal a quien durante un procedimiento administrativo, adelantado en este caso por el Consejo Nacional Electoral, fue declarado infractor de los topes de gastos impuestos a las campañas electorales.

Siendo esto así, es el procedimiento administrativo, el escenario adecuado y legalmente previsto para que el investigado ejerza su derecho a la defensa; es decir, conteste la acusación, manifieste sus argumentos de defensa, pida las pruebas que considere necesarias y, en fin para que adelante todos los actos en procura de su defensa.

Por lo anterior, en el decurso del proceso de pérdida del cargo, cuya finalidad es la de imponer la sanción, que tiene que ser decretada por un juez, entendido como funcionario revestido de la función jurisdiccional, no hay lugar a que se decreten nuevas pruebas, diferentes a las que ya reposan en el expediente administrativo, pues se insiste dicha problemática ya tuvo que haber quedado resuelta a instancia del Consejo Nacional Electoral.

No obstante lo anterior, como la resolución del procedimiento administrativo adelantado por el CNE, queda contenida en un acto de carácter administrativo, el afectado con la decisión, bien puede iniciar las acciones judiciales que considere pertinente en procura de su anulación, en caso de que estime que se incurrió en algunas de las causales de nulidad legalmente previstas, en ese evento, como bien lo señala el fallo del cual aclaro mi voto, el proceso de pérdida del cargo deberá ser decidido una vez culmine el estudio legal del acto por el cual se declaró la violación a los topes de gastos de la respectiva campaña, como lo anota la sentencia de la cual aclaro mi voto.

En consecuencia, al juez del proceso de pérdida del cargo solo le resta analizar si se dan las condiciones para imponer la respectiva sanción, pues se insiste los mecanismos de defensa tendientes a cuestionar el acto que declaró la violación de topes de campaña tuvieron que ser ejercidos en el trámite administrativo o, en su defecto, en los medios de control previstos en el CPACA, para tal fin.

En conclusión, en el proceso de pérdida del cargo, al juez competente, le está vedada la posibilidad de decretar pruebas tendientes a discutir la legalidad del acto administrativo por medio del cual el CNE declaró la violación de los topes de la respectiva campaña, pues se insiste lo que corresponde a su competencia es ejecutar la sanción de que trata la Ley 1475 de 2011, en su artículo 26.

ii) De la no necesidad del estudio de culpabilidad en el proceso de pérdida del cargo

En la sentencia de la cual salvo mi voto, se afirma:

“Por tratarse de un régimen sancionatorio, corresponde al operador judicial determinar la materialidad de la conducta o fase objetiva que consistirá en la verificación del supuesto de hecho de la norma consistente en la violación de los límites establecidos y la fase subjetiva de la responsabilidad, derivada de encontrarse proscrita la responsabilidad objetiva en el ejercicio del ius puniendi del Estado, al resultar plenamente aplicable el artículo 29 Constitucional.

(...)

*En relación con la fase subjetiva **resulta necesario analizar la conducta desplegada por el demandado en relación con el incumplimiento de las normas, para establecer la culpabilidad, a título de dolo o intencionalidad del comportamiento**, que se puede presentar en aquellos eventos en los que exista alteración de los registros de gastos, no se hayan reflejado los gastos en que realmente se haya incurrido o estos se hayan consignado por valores inferiores a los que comercialmente corresponden— o la culpa, en torno a la cual correspondería la demostración de no haberse tenido el cuidado necesario —diligencia— en el manejo de las cuentas de la campaña electoral, análisis que obedece a la naturaleza especial de este proceso, por lo que el razonamiento del elemento se subjetivo se contrae el mismo”.*

Considero que, como ya lo manifesté en líneas anteriores, en el proceso de pérdida del cargo, el juez de lo contencioso **solo tiene competencia para imponer la sanción legalmente establecida**, sin que le sea dable juzgar el acto que concluyó con el procedimiento administrativo **y mucho menos la conducta del alcalde o gobernador que incurra en la violación de los límites impuestos al monto de gastos de campaña.**

Lo anterior por entender, que la imposición del sanción no se puede confundir con el adelantamiento de un proceso disciplinario que haga imperioso el estudio de aspectos como la *“...materialidad de la conducta o fase objetiva que consistirá en la verificación del supuesto de hecho de la norma consistente en la violación de los límites establecidos y la fase subjetiva de la responsabilidad”.*

Al respecto, debo destacar que la actuación adelantada por el Consejo Nacional Electoral, en atención del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, está encaminada a determinar si se incurrió en la *“...violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales”*, sin que se requiera del análisis de la conducta del candidato o del partido a efectos de establecer *“...la culpabilidad, a título de dolo o intencionalidad del comportamiento, que se puede presentar en aquellos eventos en los que exista alteración de los registros de gastos”.*

Debe tenerse en cuenta que la actuación del CNE, que se debe adelantar con apego de las garantías constitucionales aplicables al procedimiento de sanción administrativa, se limita a declarar la vulneración de los topes de campaña, para lo cual luego de confrontar los informes consolidados de ingresos y gastos de campaña electorales con la resolución que fije los límites a los montos de gastos de las campañas electorales, pero no hay lugar a analizar la conducta del candidato o del partido a efectos de establecer si su conducta se adelantó en modo de dolo o culpa.

Aceptar que se debe analizar el aspecto subjetivo, llevaría al despropósito de que el CNE encuentre que se superó el valor máximo a gastar en la campaña; es decir, el incumplimiento de la norma, pero, en sede judicial, se concluya que a pesar de la existencia del hecho, no se imponga la respectiva sanción al encontrar que la conducta se desplegó sin *"...la culpabilidad, a título de dolo o intencionalidad del comportamiento.."*, pues insisto que en este caso basta con demostrar la vulneración del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, para que, luego de la declaración en este sentido por parte del CNE, el juez de lo contencioso administrativo, proceda a ejecutar la sanción que el mismo precepto contiene.

Adicional a lo anterior, reiteró que esta corporación judicial, en sede de pérdida del cargo, carece de competencia para analizar la legalidad de la decisión dictada por el CNE porque como ya lo expuse, en este escenario solo podrá ejecutar la sanción y será en el proceso de nulidad, en los casos en que se ejerza, que habrá lugar a analizar el acto administrativo que declara la violación de topes de campaña, de acuerdo con los cargos que se formulen en la demanda.

Esto sin dejar de mencionar, que el afectado con la decisión ya tuvo la oportunidad de exponer sus argumentos de defensa en el proceso administrativo. Entonces entrar a cuestionar la decisión a la que arriba el CNE, insisto en sede de pérdida del cargo, implica para el juez de lo contencioso, actuar sin competencia e invadir las facultades otorgadas legalmente a esta Corporación.

Prueba de lo anterior es que la Sala al analizar la fase subjetiva del alcalde de Puerto Gaitán respecto del incumplimiento de los topes de la su campaña, concluyó:

"En este orden de ideas, en el sub lite no es procedente realizar un pronunciamiento sobre estos mismos aspectos traídos a colación por el apoderado judicial del señor González Silva, en la medida en que ellos fueron objeto de decisión en sede de control de nulidad incoado, por lo que cualquier consideración que se haga al respecto, implicaría desconocer e invadir la órbita de competencia del juez de la legalidad del acto administrativo, en detrimento del objeto de control específico del proceso judicial que se adelanta para determinar la procedencia de aplicar la sanción de pérdida del cargo por violación de los topes de campaña".

Lo anterior, me sirve para demostrar que en el proceso de pérdida del cargo, al Consejo de Estado le compete ejecutar la sanción legalmente establecida para

acto administrativo que así lo declaró quienes superen los límites impuestos para los gastos de campaña y, para cuestionar el.

En conclusión, según lo expuesto en el proceso de pérdida del cargo no se podrá analizar la conducta con la cual el que incurra en la conducta desplegada por el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, pues como lo afirmé, en sede administrativa no hay lugar a su análisis y el juez que conozca de este proceso carece de competencia para tal finalidad.

iv) De las consecuencias derivadas de la infracción del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011

Desde la propia Constitución Política advertimos la necesidad de imponer topes a los gastos de campaña, es así como el artículo 109 dispone:

“El Estado concurrirá a la financiación política y electoral de los Partidos y Movimientos Políticos con personería jurídica, de conformidad con la ley.

Las campañas electorales que adelanten los candidatos avalados por partidos y movimientos con Personería Jurídica o por grupos significativos de ciudadanos, serán financiadas parcialmente con recursos estatales.

(...)

La ley determinará el porcentaje de votación necesario para tener derecho a dicha financiación.

También se podrá limitar el monto de los gastos que los partidos, movimientos, grupos significativos de ciudadanos o candidatos puedan realizar en las campañas electorales, así como la máxima cuantía de las contribuciones privadas, de acuerdo con la ley”. (Negrilla fuera de texto).

Por su parte, la Ley 1475 de 2011 dispuso en su artículo 24 que los límites de gastos de las campañas electorales, a los distintos cargos y corporaciones de elección popular, **serán fijados por el Consejo Nacional Electoral** en enero de cada año.

Además, en el artículo 26 impuso la sanción a aplicar a quienes superen el monto de los gastos de campaña, así:

“PÉRDIDA DEL CARGO POR VIOLACIÓN DE LOS LÍMITES AL MONTO DE GASTOS. *La violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales, se sancionará con la pérdida del cargo, así:*

1. En el caso de candidatos elegidos a corporaciones públicas se seguirá el procedimiento de pérdida de investidura definido en la Constitución y la ley.

2. En el caso de alcaldes y gobernadores, la pérdida del cargo será decidida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo con el

procedimiento para declarar la nulidad de la elección. En este caso el término de caducidad se contará a partir de la ejecutoria del acto administrativo por medio del cual el Consejo Nacional Electoral determinó la violación de los límites al monto de gastos.

Una vez establecida la violación de los límites al monto de gastos, el Consejo Nacional Electoral presentará ante la autoridad competente la correspondiente solicitud de pérdida del cargo”.

Además, de la anterior sanción dirigida directamente a los elegidos, los partidos y movimientos políticos también serán sancionados cuando el responsable de la violación de los topes de campaña haya sido su candidato, pues así lo prevé el numeral cuarto del artículo 10º de la Ley 1475 de 2011:

ARTÍCULO 10. FALTAS. *Constituyen faltas sancionables las siguientes acciones u omisiones imputables a los directivos de los partidos y movimientos políticos:*

(...)

4. *Violar o tolerar que se violen los topes o límites de ingresos y gastos de las campañas electorales.*

En este sentido, la propia ley 1475 en el artículo 12, dispone:

SANCIONES APLICABLES A LOS PARTIDOS Y MOVIMIENTOS. *Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán ser objeto de las siguientes sanciones según la gravedad o reiteración de las faltas, la categoría de las entidades territoriales, cuando ellas sean imputables a sus directivos, a sus candidatos a cargos o corporaciones de elección popular o, en general, cuando sus directivos no adopten las medidas tendientes a evitar la realización de tales acciones u omisiones o cuando no inicien los procedimientos internos tendientes a su investigación y sanción:*

(...)

2. *Suspensión de su personería jurídica, hasta por cuatro (4) años, cuando se trate de las faltas a que se refieren los numerales 1 al 4 del artículo 10.*

3. *Suspensión del derecho de inscribir candidatos o listas en la circunscripción en la cual se cometan las faltas a las que se refieren los numerales 4 al 8. (Negritas fuera de texto).*

Quiere decir lo anterior que la infracción del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, implica no solo consecuencias para el elegido sino también para los movimientos o partidos políticos, tal y como se demuestra con la anterior normativa.

En los anteriores términos aclaro mi voto

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera de Estado

MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DEL CARGO – El estudio de la fase subjetiva de culpabilidad no es necesario / PERDIDA DE CARGO - Por ser una consecuencia directa e indefectible del acto sancionatorio proferido por el Consejo Nacional Electoral no es necesario adelantar un nuevo análisis de la culpabilidad

Tal como establece el artículo 26 de la ley 1475 de 2011, el medio de control consistente en la pérdida del cargo de alcaldes y gobernadores, se tramitará ante esta jurisdicción con ocasión de la demanda presentada por el Consejo Nacional Electoral, con posterioridad a la ejecutoria del acto administrativo por medio del cual determinó la violación de los límites al monto de gastos (...)la violación a los topes de financiación de las campañas es susceptible de las sanciones establecidas en la ley , así como de la pérdida del cargo. Entonces, en primer lugar le corresponde al Consejo Nacional Electoral adelantar una actuación administrativa para establecer si el partido violó los topes de financiación y en caso de encontrarlo demostrado, imponer las sanciones correspondientes establecidas en la ley. Una vez ese acto queda ejecutoriado, deberá interponer la demanda solicitando la pérdida del cargo ante esta jurisdicción, por ser otra de las consecuencias de la violación de topes. Así la cosas, esa actuación administrativa sancionatoria realizada por el Consejo Nacional Electoral, está sujeta a adelantarse con base en los principios propios del derecho sancionador del Estado (...)el Consejo Nacional Electoral al adelantar la actuación administrativa sancionatoria no solo tiene el deber de cumplir los principios de legalidad y tipicidad, sino que tiene que hacer un estudio de la culpabilidad, para establecer si se incumplió o no con la obligación. En este contexto, es en este momento en donde se hace el estudio de la fase subjetiva, esto es de la culpabilidad en el actuar del partido o del candidato. Ahora bien, en caso de que el partido o el candidato adviertan que el Consejo Nacional Electoral vulneró alguno de estos principios derivados del artículo 29 de la Constitución, al imponerse la sanción mediante un acto administrativo, pueden –a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho- solicitar la nulidad de ese acto sancionatorio proferido por el CNE, por ejemplo, por violarse el juicio de culpabilidad. Por lo anterior, considero que ante esta jurisdicción, en el estudio del medio de control de pérdida del cargo, por ser una consecuencia directa e indefectible del acto sancionatorio proferido por el CNE, no es necesario adelantar un nuevo análisis de la culpabilidad, ya que dicho estudio y esa garantía se llevan a cabo de manera previa en la actuación administrativa, la cual –como se dijo- es susceptible del control de legalidad ante esta jurisdicción.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO

CONSEJERO CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación y aunque comparto la decisión adoptada por la Sala de decretar la pérdida del cargo del señor Édgar Humberto Silva González -alcalde del municipio de Puerto Gaitán Meta para el periodo 2011-2015-, considero necesario aclarar mi voto en los siguientes términos:

En el caso concreto se demandó por parte del Consejo Nacional Electoral, la pérdida del cargo del señor Édgar Humberto Silva González con ocasión de la resolución 3049 de julio de 2014, por medio de la cual esa Corporación declaró la violación de los límites de gastos en la campaña electoral en la que resultó elegido, la cual fue confirmada por medio de la resolución 3347 de 20 de octubre de ese año.

Al realizarse el estudio, en la providencia, se estableció que de acuerdo con lo consagrado en el artículo 26 de la ley 1475 de 2011:

- El procedimiento que se debe adelantar para resolver la solicitud de pérdida del cargo, es el de la nulidad electoral.

- Quien tiene el deber jurídico de instaurar la demanda es el Consejo Nacional Electoral, y los ciudadanos están a su vez habilitados para presentar ante ese organismo para que adelante la actuación correspondiente para determinar si se vulneró o no el tope.

- En el proceso de pérdida del cargo no se cuestiona la validez del acto electoral, sino la utilización en la campaña política de un monto mayor al autorizado por la organización electoral, lo que lo hace merecedor de una sanción.

- Por tratarse de un régimen sancionatorio, corresponde al operador judicial determinar: (i) la materialidad de la conducta o fase objetiva que consistirá en la verificación del supuesto de hecho de la norma y (ii) una fase subjetiva, derivada de encontrarse proscrita la responsabilidad objetiva en el ejercicio de ius puniendi del Estado, al resultar aplicable el artículo 29 de la Constitución.

- En relación con la fase subjetiva es necesario analizar la conducta desplegada por el demandado en relación con el incumplimiento de las normas, para establecer la culpabilidad, a título de dolo o intencionalidad del comportamiento – como alteración de los registros de gastos, no se hayan reflejados gastos, entre otros- o la culpa que corresponde a demostrar que no se ha tenido el cuidado necesario por ejemplo en el manejo de las cuentas.

Es frente a este último punto en el que aclaro mi voto, ya que considero que en el análisis para establecer si hay lugar a decretar la pérdida del cargo, basta con

hacerse un estudio de la fase objetiva, sin necesidad de hacer un estudio de la culpabilidad.

Lo anterior, toda vez que tal como establece el artículo 26 de la ley 1475 de 2011, el medio de control consistente en la pérdida del cargo de alcaldes y gobernadores, se tramitará ante esta jurisdicción con ocasión de la demanda presentada por el Consejo Nacional Electoral, con posterioridad a la ejecutoria del acto administrativo por medio del cual determinó la violación de los límites al monto de gastos.

Así el artículo 107 de la Constitución establece: “(...) *Los Partidos y Movimientos Políticos **deberán responder por toda violación o contravención a las normas que rigen su organización, funcionamiento o financiación**, así como también por avalar candidatos elegidos en cargos o Corporaciones Públicas de elección popular, quienes hayan sido o fueren condenados durante el ejercicio del cargo al cual se avaló mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico o de delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad.*

*Los partidos o movimientos políticos también responderán por avalar a candidatos no elegidos para cargos o Corporaciones Públicas de Elección Popular, si estos hubieran sido o fueren condenados durante el período del cargo público al cual se candidatizó, mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico, cometidos con anterioridad a la expedición del aval correspondiente. **Las sanciones podrán consistir en multas, devolución de los recursos públicos percibidos mediante el sistema de reposición de votos, hasta la cancelación de la personería jurídica (...).*** (Negrillas fuera del texto original)

Por su parte en el artículo 108 de la Constitución se establece: “*Para las elecciones que se celebren a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada, será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo. **La ley reglamentará los demás efectos por la violación de este precepto.***” (Negrillas fuera del texto original)

Como se ve, la violación a los topes de financiación de las campañas es susceptible de las sanciones establecidas en la ley¹²⁶, así como de la pérdida del cargo.

¹²⁶ El artículo 39 de la ley 130 de 1992 dispone: “*El Consejo Nacional Electoral tendrá las siguientes funciones, además de las que le confiere la Constitución, el Código Electoral y la legislación vigente.*

a) <Valores reajustados por el artículo 1 de la Resolución 82 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Adelantar investigaciones administrativas para verificar el estricto cumplimiento de las normas contenidas en la presente ley y sancionar a los partidos, movimientos y candidatos con multas cuyo valor no será inferior a once millones ochocientos veintiséis mil novecientos diez pesos moneda legal colombiana (\$11.826.910), ni superior a ciento dieciocho millones doscientos sesenta y nueve mil ciento cinco pesos (\$118.269.105) moneda legal colombiana. moneda legal colombiana, de conformidad con la gravedad, eximentes y atenuantes de la infracción cometida. Las violaciones atribuibles a otras personas serán sancionadas con

Entonces, en primer lugar le corresponde al Consejo Nacional Electoral adelantar una actuación administrativa para establecer si el partido violó los topes de financiación y en caso de encontrarlo demostrado, imponer las sanciones correspondientes establecidas en la ley. Una vez ese acto queda ejecutoriado, deberá interponer la demanda solicitando la pérdida del cargo ante esta jurisdicción, por ser otra de las consecuencias de la violación de topes.

Así las cosas, esa actuación administrativa sancionatoria realizada por el Consejo Nacional Electoral, está sujeta a adelantarse con base en los principios propios del derecho sancionador del Estado, tal como lo ha dicho la Corte Constitucional en diferentes oportunidades. Sobre el particular, en la sentencia C-595 de 2010 dijo:

*“Recientemente la doctrina especializada expone que dentro de los principios más trascendentales en el derecho sancionatorio pueden destacarse: i) el principio de legalidad, ii) el principio de tipicidad, iii) el debido proceso, iv) el derecho de defensa, v) el derecho a no declarar contra sí mismo, **vi) el principio de presunción de inocencia**, vii) el principio in dubio pro reo, viii) el principio de la prohibición de las sanciones de plano, ix) el principio de contradicción, x) principio de imparcialidad, xi) el principio de razonabilidad, xii) el principio de la prohibición de la analogía, xiii) el principio nulla poena-sine lege, xiv) principio del non bis in idem, xv) el principio de no retroactividad de la ley, xvi) el principio de favorabilidad, **xvii) el principio del caso fortuito o de la fuerza mayor**, xviii) el principio solve et repete, xix) el principio de prohibición de imponer sanciones privativas de la libertad, xx) el principio prohibitivo de la reformatio in pejus, **xxi) el principio de culpabilidad**, xxii) el principio de la personalidad de las sanciones o dimensión personalísima de la sanción, xxiii) el principio de proporcionalidad, y xxiv) el principio de oportunidad. (...)*

En cuanto al principio de presunción de inocencia, ha de recordarse que el artículo 29 constitucional señala que “toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”. Es por lo tanto la culpabilidad en el ámbito del derecho penal elemento ineludible y necesario de la responsabilidad como de la imposición de la pena, por lo que la actividad punitiva del Estado tiene lugar sobre la base de la responsabilidad subjetiva. En tales términos “resulta abiertamente inconstitucional la norma de la ley penal que prevea hechos punibles sancionables objetivamente, esto es, únicamente por la verificación de que la conducta del sujeto encaje materialmente en los presupuestos normativos, sin que se tenga en cuenta la culpabilidad.”

multas aplicables dentro de los límites aquí establecidos. Para la imposición de estas sanciones, el Consejo formulará cargos y el inculpado dispondrá de un plazo de quince (15) días para responderlos.”

En el derecho sancionador de la Administración, la presunción de inocencia y el elemento de la culpabilidad resultan aplicables como criterio general.(...)” (Negritas fuera del texto original)

Con base en lo anterior, el Consejo Nacional Electoral al adelantar la actuación administrativa sancionatoria no solo tiene el deber de cumplir los principios de legalidad y tipicidad, sino que tiene que hacer un estudio de la culpabilidad, para establecer si se incumplió o no con la obligación. En este contexto, es en este momento en donde se hace el estudio de la fase subjetiva, esto es de la culpabilidad en el actuar del partido o del candidato.

Ahora bien, en caso de que el partido o el candidato adviertan que el Consejo Nacional Electoral vulneró alguno de estos principios derivados del artículo 29 de la Constitución, al imponerse la sanción mediante un acto administrativo, pueden –a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho- solicitar la nulidad de ese acto sancionatorio proferido por el CNE, por ejemplo, por violarse el juicio de culpabilidad.

Por lo anterior, considero que ante esta jurisdicción, en el estudio del medio de control de pérdida del cargo, por ser una consecuencia directa e indefectible del acto sancionatorio proferido por el CNE, no es necesario adelantar un nuevo análisis de la culpabilidad, ya que dicho estudio y esa garantía se llevan a cabo de manera previa en la actuación administrativa, la cual –como se dijo- es susceptible del control de legalidad ante esta jurisdicción.

En estos términos dejo expuesta mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DEL CARGO – Legitimación en la causa por activa / PERDIDA DEL CARGO – Se tramita por las reglas procesales de la nulidad electoral / PERDIDA DEL CARGO – La legitimación debe estar abierta a cualquier persona como ocurre en los procesos electorales

Sobre este aspecto la sentencia señala en su segmento 3.2., a mi juicio equivocadamente, que existe una legitimación en la causa por activa reservada única y exclusivamente al Consejo Nacional electoral (...)la norma indica que el acto del Consejo Nacional Electoral es relevante para el cómputo de la caducidad, e indica que una vez expedido aquel, dicha autoridad tiene la obligación de presentar la respectiva demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero ello no quiere decir que el Consejo Nacional Electoral sea el

único que puede presentar dicha demanda. En efecto, si el propio artículo estatutario indica que la pérdida del cargo se tramita por las reglas procesales de la nulidad electoral, ello implica que la legitimación en la causa por activa en el marco de este medio de control debe estar abierta a cualquier persona, tal y como ocurre en tratándose de los procesos electorales

FINANCIACION DE CAMPAÑA – El acto del Consejo Nacional Electoral es relevante para el computo de caducidad / FINANCIACION DE CAMPAÑA – En ausencia de acto administrativo sobre violación de topes puede probarse ante el juez de la pérdida del cargo

La norma indica que el acto del Consejo Nacional Electoral es relevante para el cómputo de la caducidad, e indica que una vez expedido dicha autoridad electoral tiene la obligación de demandar, pero ello no quiere decir que deba existir un acto administrativo que contenga dicha declaración para poder dar inicio al trámite judicial puesto que la violación de topes, en ausencia de tal acto, puede probarse ante el juez de la pérdida del cargo, precisamente porque como lo establece el propio artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, “en el caso de alcaldes y gobernadores, la pérdida del cargo será decidida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo”. En efecto, a esa misma conclusión se llegó en la sentencia de pérdida de investidura de 23 de febrero de este año, en la que la Sala estudió el caso homólogo, pero en el marco de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD – No es proporcional que la sanción para la pérdida de cargo no conlleve inhabilidad como si ocurre con la pérdida de investidura

La consecuencia sancionatoria de la pérdida del cargo conlleva la separación del cargo de gobernador o alcalde, por parte del demandado, en el evento en que se produzca sentencia que acceda a las pretensiones de la demanda. Tal consecuencia es distinta si se compara con la de la pérdida de investidura de miembros de corporaciones públicas de elección popular, como se evidencia en la providencia objeto de aclaración, bajo el argumento de que la Sección no puede establecer sanción distinta, puesto que compete al constituyente o al legislador fijarla. Tal conclusión, aunque razonable, no parece ser proporcional si se compara con la consecuencia que tendría la misma conducta de llegar a ser desplegada por un concejal, diputado o congresista, máxime cuando el artículo 109 Superior reguló, en el evento de la violación de los topes de financiación de campañas, ambas figuras de forma homóloga. Con la conclusión que se expone en la sentencia se llegará a un escenario desproporcionado e inequitativo según el cual: si el alcalde viola los topes de la financiación de su campaña, se le separa del cargo para el cual fue elegido, pero si lo hace el concejal, además de lo anterior, se materializa una consecuencia de muerte política, propia de la pérdida de investidura.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO

CONSEJERO ALBERTO YEPES BARREIRO

Con el acostumbrado respeto por las providencias de esta Sección, me permito señalar que aunque comparto plenamente el sentido de la decisión adoptada en la providencia de la referencia, esto es, la de decretar la pérdida del cargo del Alcalde de Puerto Gaitán (Meta), considero oportuno dejar sentada mi posición en relación con: (i) la legitimación en la causa por activa en este tipo de procesos, (ii) la expedición del acto administrativo declarativo de la violación de los topes como presupuesto procesal en el marco de este medio de control y (iii) el alcance de la sanción que se decreta como consecuencia de la violación de los topes de financiación de las campañas políticas.

Primero. La legitimación de la causa por activa en el proceso de pérdida del cargo. Sobre este aspecto la sentencia señala en su segmento 3.2., a mi juicio equivocadamente, que existe una legitimación en la causa por activa reservada única y exclusivamente al Consejo Nacional electoral, conclusión a la que arriban una vez analizado el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011.

En su parte pertinente el artículo establece:

En el caso de alcaldes y gobernadores, la pérdida del cargo será decidida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo con el procedimiento para declarar la nulidad de la elección. En este caso el término de caducidad se contará a partir de la ejecutoria del acto administrativo por medio del cual el Consejo Nacional Electoral determinó la violación de los límites al monto de gastos.

Una vez establecida la violación de los límites al monto de gastos, el Consejo Nacional Electoral presentará ante la autoridad competente la correspondiente solicitud de pérdida del cargo.

Nótese cómo la norma indica que el acto del Consejo Nacional Electoral es relevante para el cómputo de la caducidad, e indica que una vez expedido aquel, dicha autoridad tiene la obligación de presentar la respectiva demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero ello no quiere decir que el Consejo Nacional Electoral sea el único que puede presentar dicha demanda.

En efecto, si el propio artículo estatutario indica que la pérdida del cargo se tramita por las reglas procesales de la nulidad electoral, ello implica que la legitimación en la causa por activa en el marco de este medio de control debe estar abierta a cualquier persona, tal y como ocurre en tratándose de los procesos electorales.

De hecho, a esa misma conclusión se llegó en la sentencia de pérdida de investidura de 23 de febrero de este año¹²⁷, en la que la Sala estudió el caso homólogo, pero en el marco de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular.

¹²⁷ Cuya referencia se puede consultar en el pie de página 83 de la providencia objeto de aclaración.

Segundo. Necesidad de la expedición del acto declarativo de violación de los topes de financiación de campañas por parte de la autoridad electoral. El capítulo 3.6. de la providencia objeto de aclaración precisa que es necesario que se expida un acto administrativo en el que la autoridad administrativa electoral indique que existió violación de topes como presupuesto para poder dar inicio al trámite de la pérdida del cargo, supuestamente, con apoyo en los términos del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011. Sin embargo, para el suscrito, dicha conclusión no se desprende de la referida norma.

En su parte pertinente el artículo establece:

En el caso de alcaldes y gobernadores, la pérdida del cargo será decidida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo con el procedimiento para declarar la nulidad de la elección. En este caso el término de caducidad se contará a partir de la ejecutoria del acto administrativo por medio del cual el Consejo Nacional Electoral determinó la violación de los límites al monto de gastos.

Una vez establecida la violación de los límites al monto de gastos, el Consejo Nacional Electoral presentará ante la autoridad competente la correspondiente solicitud de pérdida del cargo.

Nótese como la norma indica que el acto del Consejo Nacional Electoral es relevante para el cómputo de la caducidad, e indica que una vez expedido dicha autoridad electoral tiene la obligación de demandar, pero ello no quiere decir que deba existir un acto administrativo que contenga dicha declaración para poder dar inicio al trámite judicial puesto que la violación de topes, en ausencia de tal acto, puede probarse ante el juez de la pérdida del cargo, precisamente porque como lo establece el propio artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, “*en el caso de alcaldes y gobernadores, la pérdida del cargo será decidida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo*”.

En efecto, a esa misma conclusión se llegó en la sentencia de pérdida de investidura de 23 de febrero de este año¹²⁸, en la que la Sala estudió el caso homólogo, pero en el marco de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular.

Tercero. Sanción. La sentencia indica sobre el punto, en su segmento 3.6 que por un error de numeración realmente corresponde al 3.8, que la consecuencia sancionatoria de la pérdida del cargo conlleva la separación del cargo de gobernador o alcalde, por parte del demandado, en el evento en que se produzca sentencia que acceda a las pretensiones de la demanda.

Tal consecuencia es distinta si se compara con la de la pérdida de investidura de miembros de corporaciones públicas de elección popular, como se evidencia en la

¹²⁸ Cuya referencia se puede consultar en el pie de página 83 de la providencia objeto de aclaración.

providencia objeto de aclaración, bajo el argumento de que la Sección no puede establecer sanción distinta, puesto que compete al constituyente o al legislador fijarla.

Tal conclusión, aunque razonable, no parece ser proporcional si se compara con la consecuencia que tendría la misma conducta de llegar a ser desplegada por un concejal, diputado o congresista, máxime cuando el artículo 109 Superior reguló, en el evento de la violación de los topes de financiación de campañas, ambas figuras de forma homóloga.

Con la conclusión que se expone en la sentencia se llegará a un escenario desproporcionado e inequitativo según el cual: si el alcalde viola los topes de la financiación de su campaña, se le separa del cargo para el cual fue elegido, pero si lo hace el concejal, además de lo anterior, se materializa una consecuencia de muerte política, propia de la pérdida de investidura.

Además, el escenario que propone la providencia objeto de aclaración, desconoce que en estos términos la sanción de la pérdida del cargo termina siendo inane, puesto que, tal y como ocurrió en este caso, será muy frecuente que correlativamente se demande en nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho el acto emanado del Consejo Nacional Electoral, lo que implica la aplicación de la figura de la suspensión por prejudicialidad, acto que además siempre tardará algún tiempo en ser expedido, pues deberán culminarse las correspondientes investigaciones que se imponga tramitar a las autoridades administrativas electorales para lograr establecer la violación de los topes.

En el contexto anterior, a la hora de fallar la pérdida del cargo le faltará muy poco a ese demandado para terminar su periodo, o lo habrá terminado ya, como ocurrió en el caso que nos ocupa en el que el alcalde hace dos años que dejó de ostentar la dignidad, por lo que la supuesta sanción que se le impone, es letra muerta.

El propósito del legislador fue sancionar, y drásticamente, a todo quien resulte elegido popularmente con desconocimiento de los límites de financiación de campañas por lo que en este aspecto la figura de la pérdida del cargo debe entenderse como homóloga de la de investidura.

En los anteriores términos dejo precisadas las razones que me llevaron a aclarar el voto en la respectiva providencia.

Fecha ut supra,

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado