



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Magistrada Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., cinco (05) de marzo de dos mil veinte (2020)

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 70001-23-33-000-2019-00284-01
Demandante: SANDRA PAOLA ANILLO DÍAZ
Demandado: Acto de elección de la señora DIANA LUCÍA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ, como Concejal del Municipio de Sincelejo (Sucre), período 2020-2023

Temas: Recurso de apelación contra auto que decretó medida cautelar.

AUTO SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada a través de apoderado judicial, contra la decisión adoptada en auto de 19 de diciembre de 2019¹, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Sucre admitió la demanda y decretó la suspensión provisional del acto de elección la señora Diana Lucía Arbeláez Hernández, como concejal del municipio de Sincelejo, período 2020-2023.

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda

1. La señora Sandra Paola Anillo Díaz, actuando en nombre propio, presentó el 28 de noviembre de 2019², demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, en la cual solicitó las siguientes pretensiones:

¹ Folios 190 a 199 del cuaderno No. 1.

² Folios 1 a 22 del cuaderno No. 1.

“PRIMERA: Que se declare la nulidad del acto de elección (E-26) de la señora DIANA LUCÍA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ como concejal del Municipio de Sincelejo para el período constitucional 2020-2023, expedido por el Consejo Nacional Electoral (comisión escrutadora) el 10 de noviembre de 2019.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, se cancele la respectiva credencial que se le otorgó como concejal.”

1.1.1 Hechos

2. Adujo la accionante, que el pasado 27 de octubre de 2019 se realizaron las elecciones para designar a las autoridades territoriales (gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles), comicios en los que resultó favorecida la señora Diana Lucía Arbeláez Hernández, por tanto la comisión escrutadora, declaró su elección como concejal del municipio de Sincelejo para el período 2020-2023.

3. Refirió que la concejal no podía haber resultado elegida y ocupar dicha dignidad, en la medida en que su hermana, Angélica María Arbeláez Hernández ejerce autoridad civil y administrativa en el municipio de Sincelejo, pues se desempeña como Subdirectora Administrativa y Financiera de la E.S.E. San Francisco de Asís de Sincelejo desde el 3 de mayo de 2016, empleo en el que ostenta funciones que implican la configuración de los elementos de la causal de inhabilidad del artículo 40.4 de la Ley 617 de 2000³.

1.2 Actuaciones Procesales

1.2.1 Admisión de la demanda y decreto de medida cautelar

4. Mediante auto del 19 de diciembre de 2019⁴, el Tribunal Administrativo de Sucre en su Sala Segunda de Oralidad, dispuso la admisión del medio de control y ordenó la suspensión provisional del acto de elección, al considerar que en este momento procesal está acreditada la trasgresión de lo normado en el artículo 40.4 de la Ley 617 de 2000, por cuanto la señora Angélica María Arbeláez Hernández, hermana de la demandada en su en su condición de Subdirectora Administrativa y Financiera del E.S.E. San Francisco de Asís de Sincelejo, ejerció autoridad administrativa dentro de los doce meses anteriores a la elección en la circunscripción territorial de Sucre.

³ **ARTICULO 40. DE LAS INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES.** El artículo [43](#) de la Ley 136 de 1994 quedará así:

"Artículo [43](#). Inhabilidades: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:
4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha.

⁴ Folios 190 a 199 del cuaderno No. 1.

1.2.2 Recurso de apelación

5. El apoderado judicial de la parte demandada, en escrito de 15 de enero de 2020, solicitó la revocatoria de la medida cautelar y en subsidio recurso de apelación contra la decisión que la decretó, al considerar que en el presente caso no se configuraron los presupuestos para su otorgamiento.

6. Sostuvo que el artículo 235 de la Ley 1437 de 2011 regula la revocatoria de la medida cautelar, en la cual se establece que el operador judicial debe revocarla cuando se advierte que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento. En este caso, el abogado de la parte demandada argumentó que el *a-quo* desconoció el mandato legal del artículo 233 de la Ley 1437 del 2011, en la medida en que la referida norma ordena que en el curso de un proceso contencioso administrativo cuando se presente una solicitud de suspensión provisional el juez o magistrado primero deberá admitir la demanda y luego correr traslado a las partes para que se pronuncien sobre la petición cautelar, sin embargo en el presente caso el Magistrado del Tribunal Administrativo de Sucre de manera anticipada sin decidir sobre la admisión del libelo genitor ordenó el traslado de la medida cautelar.

7. Adicionalmente, el recurrente advirtió que en otro proceso en donde actúa como demandante identificado con radicado 70-001-23-33-000-2019-0028900 el Tribunal actuó de manera distinta pues en ese legajo admitió la demanda y de forma concomitante en auto separado corrió traslado de la solicitud de suspensión provisional.

8. Manifestó que de no proceder la solicitud de revocatoria, se debería conceder el recurso de apelación, para lo cual refirió que el Tribunal desconoció el precedente contenido en la sentencia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado dentro del proceso 2008-00087 de 30 de noviembre de 2010 con ponencia de la Magistrada Susana Buitrago Valencia, vulnerando con dicha actuación el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, en la medida en que al ser "*casos similares, casi idénticos*", era obligación del magistrado aplicarlo al caso concreto.

9. Afirmó que en la providencia referida se demandó la elección de la exgobernadora de Córdoba Martha Sáez, por cuanto ejerció unas atribuciones similares a las que ostentan la hermana de la demandada en el proceso de la referencia como "*Sub-Directiva y financiera de la ESE San Francisco de Asís*", para esa pretérita oportunidad el Consejo de Estado determinó en sentencia de unificación que "*el hecho de tener asignadas atribuciones de dirección tampoco implica-per se-*" la primera mandataria del departamento referido haya ejercido autoridad.

1.2.3. Intervención de terceros

10. El señor Nemias Salgado Martínez reconocido como tercer coadyuvante de la parte demandante dentro del proceso de la referencia, el 2 de marzo de 2020 presentó escrito en donde se opone a los argumentos presentados por la demanda en el recurso de apelación formulado contra el auto que decretó la suspensión provisional, en ese sentido manifestó que la sentencia del proferida por el Consejo de Estado el 30 de noviembre de 2010, no se trata de una sentencia de unificación como pretende el

recurrente, pues a su juicio el fallo referido simplemente se trata de una decisión en donde el alto tribunal buscó esclarecer las nociones de autoridad civil, administrativa, militar y política, en ese sentido no se creó una regla jurisprudencia de aplicación obligatoria en relación con el empleo de Subdirector Administrativo y Financiero de todas las entidades públicas.

11. Por otra parte, afirmó que no se trata de un caso en donde se presente identidad fáctica y jurídica con el caso que ahora se discute, por cuanto en la sentencia que pretende el recurrente aplicar, trata de una inhabilidad para acceder el cargo de gobernadora, la función que ejerció la demandada era al interior de una Corporación Autónoma Regional como Jefe de la oficina administrativa y financiera directamente; por último, las funciones que se ejerció eran diferentes a pesar de la similitud de la denominación del cargo.

12. En contra posición a lo anterior, refirió que en el presente asunto se debate la presunta inhabilidad en la que incurrió una concejal porque presuntamente su hermana ejerció autoridad civil y administrativa en su cargo de subdirectora administrativa y financiera de una empresa social del estado, en donde ostentaba un nivel directivo en donde “(...) además de DIRIGIR, COORDINAR, CONTROLAR, la hermana de la concejal también posee las funciones de PLANEAR, FORMULAR, EJECUTAR, ADOPTAR, ADMINISTRAR, EXPEDIR Y EVALUAR, todo relacionado con las políticas de la empresa, el desempeño de sus subalternos, los recursos financieros y el orden contractual de la empresa (...)”.

II CONSIDERACIONES

2.1 Competencia

13. En los términos de los artículos 150, 152.8⁵ y del inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, corresponde a la Sección decidir la apelación presentada por la parte demandada contra el auto proferido el 19 de diciembre de 2019 por el Tribunal Administrativo de Sucre en su Sala Segunda de Oralidad a través del cual se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional del acto que declaró la elección de la Concejal del Municipio de Sincelejo Diana Lucía Arbeláez Hernández⁶ para el período constitucional 2020-2023, únicamente respecto de esta última decisión.

2.2 Oportunidad de la interposición y sustentación del recurso

⁵ Artículo 152. Competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:
/.../

8. De la nulidad del acto de elección de contralor departamental, de los diputados a las asambleas departamentales; de concejales del Distrito Capital de Bogotá; **de los alcaldes**, personeros, contralores municipales y miembros de corporaciones públicas **de los municipios y distritos y demás autoridades municipales con setenta mil (70.000) o más habitantes**, o que 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 corresponde al Tribunal con jurisdicción en el respectivo departamento.

⁶ Conforme con el DANE, el municipio de Sincelejo cuenta con 279.031 habitantes.

14. La Sala observa que el recurso de apelación se presentó dentro de la oportunidad legal correspondiente, pues la decisión que se cuestiona se notificó a la demandada por conducta concluyente el 15 de enero 2020⁷ día en el que se interpuso el recurso de alzada⁸.

2.3. Cuestión previa - escrito de complementación del recurso de apelación presentado por la parte demandada

15. Encontrándose el proceso para resolver sobre el recurso de apelación contra el auto que decreto la suspensión provisional del acto demandado, el apoderado de la parte demandada allegó memorial el 25 de febrero de 2020, por medio del cual *“a sabiendas de la extemporaneidad del presente escrito, con el respeto debido, solicito sea considerado pues mi propósito es ahondar en la consideración que existe precedente jurisprudencial de carácter vertical”*, en el cual manifestó nuevos argumentos para sustentar el referido medio de impugnación.

16. De conformidad con el artículo 244 de la Ley 1437 de 2011 aplicable al proceso especial de nulidad electoral por remisión del artículo 296 del mismo estatuto consagra el trámite del recurso de apelación contra autos distintos al de rechazo de la demanda de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 244. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas: (...)

2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió.(...)”

17. Según la norma trascrita, cuando la decisión sea notificada por estado, además se trate de un asunto diferente al rechazo de la demanda, el recurso de apelación deberá interponerse y sustentarse dentro de los tres días siguientes a su notificación ante el juez que lo profirió.

18. En el presente caso, el auto recurrido se profirió el 18 de diciembre de 2019 por el Tribunal Administrativo de Sucre, asimismo se notificó al demandado por conducta concluyente el 15 de enero de 2020, en ese orden de ideas el impugnante tenía hasta el 20 del mismo mes y año para interponer recurso de apelación y de igual forma todo escrito o documento de sustentación, complementación o probatorio del mismo. No obstante lo anterior, el demandante allegó el memorial de complementación del recurso el 25 de febrero del presente año, esto es, por fuera del término legal previsto en la norma trascrita.

19. Así las cosas, teniendo en cuenta que el escrito de complementación se presentó por fuera del plazo señalado, los argumentos allí expuestos no pueden ser considerados por la Sala al momento de decidir el recurso de alzada, por lo que respecto de dicho documento la Sala no efectuara ningún pronunciamiento.

⁷ Folio 148 del cuaderno No. 1.

⁸ Lo anterior por cuanto, la demandada sin haberse notificado la decisión presentó el recurso de apelación.

2.4 Problema jurídico

20. El problema jurídico consiste en determinar, de conformidad con el recurso de apelación interpuesto, si existe mérito suficiente para revocar, modificar o confirmar la decisión del Tribunal Administrativo de Sucre mediante la cual decretó la suspensión provisional del acto de elección de la señora Diana Lucía Arbeláez Hernández, como concejal del municipio de Sincelejo, período 2020-2023.

21. Por cuestiones metodológicas, para resolver el recurso de apelación interpuesto se resolverán los siguientes planteamientos: i) generalidades de la medida cautelar y las normas aplicables en el medio de control de la nulidad electoral y, ii) el caso concreto.

2.5. Generalidades de la medida cautelar y las normas aplicables en el medio de control de la nulidad electoral

22. La Ley 1437 de 2011, a diferencia del Decreto-Ley 01 de 1984 derogado, superó la concepción tradicional de la protección cautelar como mera garantía del control de la legalidad de las actuaciones de la Administración, tal y como se circunscribió en su momento a una sola: la suspensión provisional. En su lugar, consagró la facultad en cabeza del juez de lo contencioso administrativo, para decretar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso.

23. Tratándose de la nulidad electoral la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de acuerdo el tenor literal del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, se tramita así:

“...Artículo 277.- En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación.”

24. La regla específica de la suspensión provisional en el proceso de nulidad electoral consiste en que dicha petición debe resolverse en el mismo auto admisorio de la demanda. Igualmente, esta institución se configura como una de las causales de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, teniendo incidencia particularmente respecto de su carácter ejecutorio⁹.

25. Los requisitos para decretar esta medida cautelar, fueron consagrados expresamente por el legislador en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos:

⁹ Ley 1437 de 2001. Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

“Artículo 231.- Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)”

26. De lo anterior se colige respecto de la suspensión provisional del acto en materia electoral que: (i) la solicitud del accionante procede por violación de las disposiciones normativas constitucionales o legales invocadas en el escrito correspondiente; (ii) dicha violación surge del análisis del acto demandado y su cotejo con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la misma.

27. Al respecto, la doctrina ha destacado¹⁰ que con la antigua codificación, -Código Contencioso Administrativo-, se requería para la procedencia de la suspensión provisional, la existencia de una manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como violadas, esto es, una infracción grosera, de bulto, observada *prima facie*¹¹. Con la expedición de la Ley 1437 de 2011, basta que se presente una violación a las disposiciones señaladas como desconocidas, en la demanda o en escrito separado antes de la admisión de la misma, contravención que debe surgir del análisis por parte del juez, del acto demandado con las normas esgrimidas como violadas o, del estudio de las pruebas aportadas por el accionante con su solicitud (siempre y cuando ésta se haya efectuado dentro del término de caducidad¹²) para que sea procedente la medida precautel¹³.

28. Así las cosas, el juez de lo contencioso administrativo debe efectuar un estudio y análisis de los argumentos expuestos por el demandante y confrontarlos con los argumentos y pruebas sumarias presentadas en esta etapa del proceso para efectos de proteger la efectividad de la sentencia.

29. Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, **no constituye prejuzgamiento** ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que *ab initio* se adoptó.

2.6 Caso concreto

30. Procede la Sala a estudiar los argumentos de inconformidad de la parte demandada contra la decisión adoptada por el *a-quo* de decretar la suspensión provisional del acto de elección de la señora Diana Lucía Arbeláez Hernández como concejal del municipio de Sincelejo para el período 2020-2023 por estar presuntamente inmerso en la causal

¹⁰ BENAVIDES José Luis. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo comentado y concordado. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2013 pg. 496.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 29 de enero de 2014, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Rad. 11001-03-27-000-2013-00014-00 (20066).

¹² Ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 20 de febrero de 2020, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2019-00087-00. Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 31 de mayo de 2018, M.P. Rocío Araújo Oñate, radicado No. 11001-03-28-000-2018-00047-00.

¹³ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 27 de febrero de 2020, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, Rad. 17001-23-33-000-2019-00551-01

de inelegibilidad consagrada en el artículo 40.4 de la Ley 617 de 2000, por cuanto su hermana Angélica María Arbeláez Hernández siendo Subdirectora Administrativa y Financiera de la E.S.E. San Francisco de Asís de Sincelejo ejerció autoridad administrativa en el mismo ente territorial para el cual resultó electa la demandada en el lapso inhabilitante.

31. Se impone determinar como primera medida, si el *a-quo* vulneró el procedimiento para el trámite de las medidas cautelares que contiene la Ley 1437 de 2011, ello por cuanto, a juicio del actor el magistrado del Tribunal Administrativo de Sucre debió admitir la demanda y luego correr el traslado para que las partes e interesados se pronunciaran sobre la petición cautelar. En caso de no prosperar el anterior reproche si desconoció el artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo por el hecho de no haber aplicado el juzgador de primera instancia el precedente contenido en la sentencia por la Sala Plena del Consejo de Estado dentro del proceso 2008-00087 de 30 de noviembre de 2010 con ponencia de la Magistrada Susana Buitrago Valencia.

2.6.1 Del Traslado de la solicitud de suspensión provisional

32. Conforme con ello, se procederá a verificar lo concerniente con el traslado de la medida cautelar que efectuó el magistrado del Tribunal Administrativo de Sucre y si esta cumple con los parámetros establecidos en la Ley 1437 de 2011, para así determinar con certeza si de conformidad con la normatividad aplicable al proceso electoral el traslado de la solicitud de suspensión provisional debe ser anterior a la admonición de la demanda o por el contrario debe hacerse en la misma providencia.

33. Resulta oportuno reiterar, que el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 le otorgó la facultad al juez contencioso administrativo de poder decretar medidas cautelares, en atención a dicha atribución en el artículo 231 de la misma regulación estableció los requisitos para decretar las medidas cautelares; por su parte en lo que atañe al proceso especial de nulidad electoral en el artículo 277 del mencionado estatuto se consagro que **“en el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección (...)”**.

34. Quiere decir lo anterior, como ya se indicó en el párrafo 23, en el proceso de nulidad electoral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 277 de la Ley 1437 de 2011 citado en precedencia, la Sala tiene el deber de resolver la solicitud de suspensión provisional **en el mismo auto admisorio**, para lo cual es necesario además de hacer una valoración jurídica y probatoria de lo aportado en la demandada, permitir el derecho de defensa y contradicción de quien se puede ver afectado con la decisión (salvo de encontrarse acreditada una situación de urgencia conforme al artículo 234 de la Ley 1437 de 2011¹⁴), para lo cual previamente se corre traslado de la petición de medida cautelar.

¹⁴ “ARTÍCULO 234. MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.

35. En ese orden de ideas, el auto mediante el cual se corre traslado de la suspensión provisional debe ser previo al auto admisorio del libelo genitor, exclusivamente debe ocuparse de identificar las personas interesadas frente a dicha solicitud, a efectos de que sean notificados de ésta y se les garanticen la oportunidad de realizar las consideraciones que estimen pertinentes.

36. Dicho de otro modo, el auto por medio del cual se corrió traslado de la petición cautelar debe ser anterior al auto que admite la demanda pues considerar otra postura como la invocada por el demandado, sería desconocer las reglas que rigen el proceso especial de nulidad electoral, además haría nugatorio el debido proceso, específicamente la defensa y contradicción del que gozan todas las partes e interesados dentro de un proceso judicial, pues dicha garantía solamente es oportuna, antes del auto admisorio de la demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011.

37. En consideración de lo anterior, no puede existir ningún reproche por el hecho de que en el caso concreto se hubiese dado traslado al demandado de los fundamentos de la medida cautelar, previo a la admisión de la demanda toda vez que dicho trámite en los procesos electorales se surte bajo los principios de independencia y autonomía del juez, dentro de la garantía al debido proceso.

38. Por otra parte, el recurrente advirtió que en otro proceso en donde actúa como demandante identificado con radicado 70-001-23-33-000-2019-0028900 el Tribunal actuó de manera distinta, pues en ese legajo admitió la demanda y de forma concomitante en auto separado corrió traslado de la solicitud de suspensión provisional, sin embargo la Sala considera que no puede realizar el estudio de dicho cargo, por cuanto el interesado no aportó ningún elemento de prueba que permitiera determinar i) los fundamentos de hecho y derecho de la demanda; ii) el medio de control que se instauró, ello con el fin de determinar si el trámite procesal respecto de la medida cautelar es el mismo o si por el contrario según la naturaleza del asunto deben ser distintos.

2.6.2. Desconocimiento del precedente

39. En este punto la demandada reprochó la presunta vulneración del artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por el hecho de no haber aplicado el juzgador de primera instancia el precedente contenido en la sentencia de unificación expedida por la Sala Plena del Consejo de Estado dentro del proceso 23001-23-31-000-2008-00087-03 de 30 de noviembre de 2010 con ponencia de la Magistrada Susana Buitrago Valencia, en donde se demandó la elección de la gobernadora del departamento de Córdoba para el período 2008-2011, por cuanto presuntamente incurrió en la inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, pues como Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera de la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge, ejerció autoridad administrativa como ordenadora del gasto.

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decrete”.

40. Ahora bien, sea lo primero advertir que respecto del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 la Corte Constitucional en sentencia C-634 del 24 de agosto de 2011 con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva al analizar la constitucionalidad del precepto aludido dispuso que éste *“regula el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Así, determina que las autoridades, al resolver los asuntos de su competencia, aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Hasta aquí, el precepto no hace nada distinto que reiterar los principios constitucionales de legalidad e igualdad ante la ley, que implican la obligación de fundar las actuaciones del Estado en las fuentes de derecho preexistentes y bajo el mandato de prodigar idéntico tratamiento ante supuestos jurídicos y fácticos análogos”*.

41. Asimismo, indicó que *“contiene una segunda prescripción, la cual prevé que para cumplir con las obligaciones constitucionales aludidas, las autoridades deberán “tener en cuenta” las sentencias de unificación jurisprudencial que adopte el Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas. Este precepto reconoce una fuente de derecho particular, que debe hacer parte del análisis para la adopción de decisiones. A esa fuente el legislador le reconoce carácter vinculante más no obligatorio, pues la disposición alude a que el precedente debe ser consultado, más no aplicado coactivamente”*.

42. En ese sentido el máximo Tribunal Constitucional concluyó que la mencionada norma *“(…) en lo que refiere al destinatario del precepto, la Corte concuerda con varios de los intervinientes, en el sentido que las autoridades a las que hace referencia son aquellas que ejercen función administrativa, con exclusión de la competencia jurisdiccional”*. Bajo la interpretación efectuada por la Corte Constitucional es claro que el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, no le es aplicable a las autoridades que ejercen función jurisdiccional, por un lado porque *“debe entenderse que el término “autoridades” que utiliza la norma acusada refiere a aquellas que ejercen función administrativa”* y por otro que *“los artículos 1º a 102, regula el procedimiento administrativo, esto es, la actividad que ejerce la administración pública”*.

43. Sin embargo, como la recurrente menciona el presunto desconocimiento de una sentencia de unificación de esta Corporación y teniendo en cuenta que las providencias que se dicten por la Sala Plena del Consejo de Estado por importancia jurídica¹⁵ como la que se acusa tiene tal connotación referida, es necesario efectuar el análisis de dicho cargo pues naturalmente dichos fallos forman un parámetro para tener en cuenta al momento de adoptar una decisión en casos similares.

44. En ese orden de ideas, para efectos de solucionar el cargo alegado en el recurso de apelación por el recurrente es necesario acudir a las razones de hecho y de derecho que esgrimió la Sala Plena de la Corporación para solucionar la controversia, para sustentar que el referido caso no es aplicable al proceso objeto de pronunciamiento, por la siguientes razones:

¹⁵ El artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 disponen que *“para efectos de este código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica (...)”*, en efecto en el proceso 23001-23-31-000-2008-00087-03 de 30 de noviembre de 2010 con ponencia de la Magistrada Susana Buitrago Valencia, se consideró que la Sala Plena del Consejo de Estado era competente para conocer el proceso por importancia jurídica.

45. En aquella oportunidad el Consejo de Estado se pronunció sobre la legalidad de la elección de la señora Marta del Socorro Sáenz Correa como gobernadora del departamento de Córdoba, porque presuntamente incurrió en la causal de nulidad contenida en el numeral 3º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, por su puestamente haber ejercido autoridad administrativa cuando fungió como Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera de la CVS.

46. La norma presuntamente desconocida enuncia lo siguiente **“Artículo 30.- De las inhabilidades de los gobernadores.** *No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como gobernador: 3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento”.*

47. De la disposición referida, se extrae que tiene dos hipótesis, la primera de ellas tiene lo siguientes elementos:

1. Elemento temporal: empleado público haya ejercido autoridad en cualquier momento dentro de los 12 meses anteriores a la elección.
2. Elemento espacial: que la autoridad se haya ejercido en el respectivo departamento por el cual resultó electo el gobernador.
3. Elemento objetivo: que haya un ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar en las condiciones anteriores.

48. En lo que se refiere a la segunda, se tiene que la temporalidad es la misma que la anterior, pero en lo que tiene que ver con los elementos objetivo y espacial apuntan a determinar que i) en la condición de empleado público haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos y ii) intervención como ordenador del gasto en ejecución de inversión o celebración de contratos se haya ejercido en el respectivo departamento por el cual resultó electo el gobernador.

49. Bajo esos presupuestos, la Sala Plena del Consejo de Estado analizó varias circunstancias para determinar si la demandada había ejercido autoridad administrativa, en ese orden afirmó que era procedente tener en consideración *“tanto por el factor orgánico, esto es, respecto de la jerarquía del empleo en la estructura de cargos de la entidad, como también bajo el factor funcional, esto es, a partir de las funciones asignadas al cargo desempeñado”* para lo cual indicó que:

Respecto del nivel jerárquico que el empleo Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera de la CVS ostenta en la planta de la Corporación, la Ley 99 de 1993 se ocupa de señalar cuáles órganos y funcionarios detentan el poder de dirección y autoridad administrativa en las Corporaciones, cuando establece:

“ARTICULO 24. DE LOS ORGANOS DE DIRECCION Y ADMINISTRACION. *Las Corporaciones Autónomas Regionales tendrán tres órganos principales de dirección y*

administración a saber: a. La **Asamblea Corporativa**; b. El **Consejo Directivo**; y c. El **Director General**" (se resaltó y se subrayó).

Como se observa, **no** está incluido el empleo de Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera dentro de los estamentos directivos y de administración de la Corporación.

50. En lo que concierne al factor funcional indicó que "si se examina el contenido, las implicaciones y el alcance de cada una de estas funciones, se concluye que, de acuerdo con la conceptualización de lo que implica la noción autoridad administrativa, no se encuentra atribuida al empleo de Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera". (...) Adicionalmente, "porque no se desprende de tales atribuciones nominales que por ostentar esta clase de competencias el Jefe Administrativo y Financiero goce de facultades que le concedan **autonomía funcional para tomar decisiones** en campos tales como: nombrar o remover personal de la corporación, conferir comisiones y traslados, sancionar disciplinariamente, comprometer el presupuesto, celebrar contratos, imponer medidas de obligatorio acatamiento".

51. Por otra parte, la providencia referida, hizo un análisis de un elemento adicional que consistió en determinar si "como empleada pública la gobernadora electa intervino como ordenadora del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que debían ejecutarse o cumplirse en el Departamento", lo que conllevó a que la Sala arribara a una respuesta negativa pues, dicha facultad la tenía única y exclusivamente el director de la corporación autónoma, por cuanto:

*La posibilidad de ejercer como ordenador de los gastos cuando medie delegación del Director General, que nominalmente figura dentro de las funciones que ostenta este empleo, es atribución que se confiere a dicho funcionario, se resalta, **previa delegación del Director General**. Entonces, **no** se trata de una competencia autónoma, propia y directa que regularmente ostente, es una facultad eventual sujeta a la voluntad del delegante. No la tiene directamente y de forma permanente porque para que se radique a su cargo debe mediar acto de delegación del Director General este sí, quien de forma plena, por directa asignación legal y estatutaria, de manera regular y permanente goza del atributo-poder de ordenar gastos.*

52. De lo expuesto es pertinente concluir que, se debe tener en cuenta que la causal de nulidad alegada en el precedente presuntamente desconocido, del proceso radicado 23001-23-31-000-2008-00087-03 de 30 de noviembre de 2010 con ponencia de la Magistrada Susana Buitrago Valencia (numeral 3º del artículo 30 de la Ley 617 del 2000), desde el punto de vista personal, aplica para los casos en que el demandado sea una persona que resulte elegida el cargo de Gobernador, adicionalmente sin lugar a dudas la norma reprocha una conducta que directamente efectúe quien resulte beneficiado con el mencionado empleo, asimismo contempla dos hipótesis para que se configure la inhabilidad, la primera hace referencia el ejercicio de autoridad civil, política o administrativa y la segunda tiene que ver con que sujeto pasivo de la norma hubiese intervenido como ordenador del gasto en ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos.

53. Por su parte la norma invocada en el asunto que ocupa la Sala (numeral 4 del artículo 40 de la Ley 617 del 2000), aplica a las personas que resulten elegidas como concejales, la conducta endilgada se predica de un pariente de la persona que resultó elegida y además se predica de "quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes

legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito”, casual de la cual se desprenden lo siguiente elementos¹⁶:

1. Parentesco: por matrimonio o unión permanente o parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil con un funcionario del municipio por el cual resultó electo el concejal.
2. Elemento temporal: que el referido funcionario haya ejercido autoridad en cualquier momento dentro de los 12 meses anteriores a la elección.
3. Elemento espacial: que la autoridad se haya ejercido en el respectivo municipio o distrito por el cual resultó electo el concejal.
4. Elemento objetivo: que haya un ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar en las condiciones anteriores.

54. Ahora bien, respecto del cargo que desempeñaba la demandada en la sentencia cuyo desconocimiento se alega, se tiene que uno hace referencia a la jefatura de una oficina administrativa y financiera en una Corporación Autónoma Regional, que según la Ley 99 de 1993¹⁷ son *“(...) entes corporativos de carácter público, creados por la ley, integrado por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica,*

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 7 de febrero de 2019. Radicado 11001-03-28-000-2018-00048-00. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 26 de agosto del 2004, Rad. 07001-23-31-000-2003-00007-01, M.P. Filemón Jiménez Ochoa; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de julio del 2004, Rad. 13001-23-31-000-2003-0004-01, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de abril del 2005, Rad. 13001-23-31-000-2003-00024-01, M.P. Filemón Jiménez Ochoa; Consejo de Estado; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de marzo del 2005, Rad. 15001-23-31-000-2003-02963-02, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 10 de marzo del 2005, Rad. 17001-23-31-000-2003-01553-01, M.P. Darío Quiñones Pinilla; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de marzo del 2005, Rad. 25000-23-24-000-2003-01112-01, M.P. Darío Quiñones Pinilla; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de febrero del 2005, Rad. 25000-23-24-000-2003-01125-01, M.P. Darío Quiñones Pinilla; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 9 de septiembre del 2005, Rad. 41001-23-31-000-2003-01299-02, M.P. Darío Quiñones Pinilla; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 9 de septiembre del 2004, Rad. 44001-23-31-000-2003-0866-01, M.P. Darío Quiñones Pinilla; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de abril del 2006, Rad. 52001-23-31-000-2003-01700-02, M.P. Filemon Jimenez Ochoa; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de mayo del 2006, Rad. 08001-23-31-000-2004-00017-01, M.P. Reinaldo Chavarro Buritica; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de febrero del 2010, Rad. 50001-23-31-000-2007-01129-01, M.P. Filemón Jimenez Ochoa; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 31 de julio del 2009, Rad. 13001-23-31-000-2007-00785-01, M.P. Mauricio Torres Cuervo; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 20 de febrero del 2009, Rad. 13001-23-31-000-2007-00800-01, M.P. Susana Buitrago Valencia; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de abril del 2013, Rad. 13001-23-31-000-2007-00800-01, M.P. Susana Buitrago Valencia; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre del 2016, Rad. 47001-23-33-000-2015-00492-02, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 26 de mayo del 2016, Rad. 47001-23-33-002-2015-00434-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 5 de mayo del 2016, Rad. 54001-23-33-000-2015-00530-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 28 de julio del 2016, Rad. 63001-23-33-000-2015-00377-01, M.P. Rocío Araújo Oñate; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de octubre del 2016, Rad. 76001-23-33-000-2015-01395-01, M.P. Lucy Jeannette Bermudez Bermudez; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de julio del 2016, Rad. 76001-23-33-000-2015-01487-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de noviembre del 2016, Rad. 13001-23-33-000-2016-00078-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de octubre del 2016, Rad. 13001-23-33-000-2016-00114-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

¹⁷ Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones.

dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargados por la ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente.”

55. Por su parte el asunto de marras se demandó por que la hermana de la concejal fungió como subdirectora administrativa y financiera de la E.S.E. Hospital San Francisco de Asís de Sincelejo, que según el Decreto 780 de 2016¹⁸, su naturaleza jurídica *“constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por ley o por las asambleas o concejos”* y su objeto *“será la prestación de servicios de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud”*.

56. De lo anterior, se denota que la sentencia que pretende el recurrente se aplique al caso en concreto trata de un cargo que ocupó la gobernadora del departamento de Córdoba al interior de una Corporación Autónoma Regional entidad que tiene naturaleza, objeto y régimen jurídico concerniente a velar por protección y cuidado del medio ambiente, lo que es sustancialmente distinto al asunto que ocupa la atención de la Sala, pues se cuestiona la elección de la Concejal de Sincelejo porque su hermana ostentó un cargo en E.S.E. Hospital San Francisco de Asís de Sincelejo empresa que tiene como objeto la prestación de un servicio público de salud que hace parte del sistema de seguridad social.

57. Debe tenerse en cuenta que en el caso de la sentencia de unificación se determinó que no se materializó la causal de inhabilidad del artículo 30.3 de la Ley 617 de 2000, por la supuesta transgresión del régimen de inhabilidades debido a que la demandada, pues si bien se probó que previó a su elección como gobernadora del Departamento de Sincelejo (2008-2011), se desempeñó como Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera de la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge, eso no fue óbice para determinar el ejercicio de autoridad conforme lo enuncia la normatividad referida.

58. En ese orden de ideas, frente el cargo referente al desconocimiento de la sentencia de unificación 23001-23-31-000-2008-00087-03 de 30 de noviembre de 2010 con ponencia de la Magistrada Susana Buitrago Valencia, se puede concluir con los argumentos esbozados en precedencia que no es aplicable al asunto que concierne a la Sala en esta instancia, por cuanto en la pretérita oportunidad se alegaron causales de nulidad que tienen elementos sustancialmente distintos y la función que se ejerció se hizo en empleos que tiene objeto y naturaleza disimiles.

2.6.3 Conclusión

59. Por lo señalado, teniendo en cuenta que no prosperan los argumentos de la apelación se confirma la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Sucre en

¹⁸ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.

su Sala Segunda de Oralidad en auto del 19 de diciembre de 2019, respecto del decreto de la medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado conforme las razones presentadas en la parte motiva de este proveído.

60. Por todo lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta en uso de facultades constitucionales y legales,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión contenida en el auto de 19 de diciembre de 2019 del Tribunal Administrativo de Sucre en su Sala Segunda de Oralidad, consistente en decretar la suspensión provisional del acto de elección de la señora Diana Lucía Arbeláez Hernández, como concejal del municipio de Sincelejo, período 2020-2023 conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

En comisión
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado