

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

Consejera ponente (E): LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D. C., diecisiete (17) de julio de dos mil quince (2015)

Electoral - Sentencia

Radicado número: 11001-03-28-000-2014-00042-00

Actor: JUAN LUÍS PÉREZ ESCOBAR

Demandado: NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO

Una vez adelantado el trámite legal correspondiente, procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia, en el que se pide la nulidad de la elección del demandado como Representante a la Cámara por el Departamento de Sucre.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor Juan Luís Pérez Escobar presentó demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, contra el acto de elección del señor **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** como Representante a la Cámara por el Departamento de Sucre, período 2014-2018, demanda en la que planteó las siguientes pretensiones:

Primera: Que se declare la nulidad del Acta Parcial de Escrutinio que declara la elección de Representantes a la Cámara por Sucre, Formulario E-26CAM proferida por los Delegados del Consejo Nacional Electoral el 16 de marzo de 2014, en especial la elección del candidato N° 101 del Partido de la U, señor **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** y la cancelación de la correspondiente “credencial” que lo acredita como Representante a la Cámara elegido en las elecciones realizadas el día 9 de marzo de 2014, en razón de encontrarse incurso en la causal de inhabilidad establecida en el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución, conforme lo expuesto en la demanda.

Segunda: Que como consecuencia de la anterior declaración, ordene al Presidente de la Cámara de Representantes a realizar el llamado de quien corresponda, conforme a lo establecido en el artículo 134 de la C.N., y 278 de la Ley 5ª de 1992” (fl. 1).

Con auto del 16 de mayo de 2014 se ordenó corregir la demanda para que se determinara en qué condición pidió que se vinculara al Consejo Nacional Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, y concretara quién es el demandado.

Al respecto precisó lo siguiente:

“(…) sobre la Organización Electoral, compuesta por la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo

Nacional Electoral, se pretende que se entienda como tercero interesado en el proceso por ser quien expidió el acto, y por lo tanto su notificación no es como parte, sino para que conozca las resultas del proceso.

(...) debido a que la causal que se alega es subjetiva por consistir en que **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** fue elegido Congresista estando incurso en causal de inhabilidad, no se demandan todos los que en dicho acto resultaron electos, sino que se solicita la nulidad parcial del acto que declaró la elección, en lo concerniente a la elección del Representante a la Cámara por Sucre, señor **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO**" (fls. 217 y 218).

2. Hechos

Los fundamentos fácticos de las pretensiones de la demanda se pueden sintetizar así:

- Que el doctor **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** está casado con la señora Karina Isabel Cabrera Donado.

- El 30 de octubre de 2011 la señora Karina Isabel Cabrera Donado fue elegida Concejal del municipio de Sincelejo para el período 2012-2015 y fungió como presidenta de esa Corporación entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2013.

- Como Presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo la señora Karina Isabel ejerció funciones de ordenadora del gasto en la contratación, como superior de los empleados del Concejo y representó a la Corporación ante las demás autoridades. Como integrante de la Mesa Directiva del Concejo también tuvo funciones policivas y para definir situaciones laborales del Personero Municipal y demás concejales.

- El 30 de noviembre de 2013 la señora Cabrera Donado presentó renuncia al *"cargo de Presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo, renuncia que no le fue aceptada"*.

- A finales del año 2013 el demandado se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes por el Departamento de Sucre por el Partido de la U, para el período 2014-2018 -elecciones que se realizaron el 9 de marzo de 2014- y el 16 de marzo de 2016 se expidió el E-26 CA, declarando la elección de los Representantes a la Cámara por Sucre, adjudicándole al Partido de la U una curul en cabeza del señor **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** (fl. 2).

3. Normas violadas y el concepto de violación

El actor citó como infringidas las siguientes:

- El artículo 179 numeral 5° de la Constitución Política.

- El artículo 275 numeral 5° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En resumen, desarrolló el alcance de estas infracciones que le endilga al acto de elección, señalando que el doctor **GUERRERO MONTAÑO** estaba inhabilitado para ser elegido por cuanto su señora esposa ejerció autoridad civil y política durante el período inhabilitante del elegido.

Señaló que se estructuran los elementos de la inhabilidad, así:

- Vínculo inhabilitante: Conforme al Registro Civil de Matrimonio expedido por la Registraduría de Sabanagrande, **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** y Karina Isabel Cabrera Donado contrajeron matrimonio el 24 de mayo de 1996.

- Ejercicio de autoridad civil o política por el familiar: La señora Karina Isabel Cabrera Donado en su condición de Concejal se cataloga como funcionaria, según lo señalado por la Corte Constitucional en las sentencias C-007 de 1996 y C-222 de 1999. Que la sentencia del 20 de marzo de 2001 del Consejo de Estado en la que se definió que los Concejales no son funcionarios, fue objeto de nueve (9) salvamentos de voto. Que entonces debe tenerse a la señora Cabrera Donado como funcionaria, quien además en su condición de Presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo ejerció autoridad civil y política y fue ordenadora del gasto, celebró contratos a nombre del Concejo y fungió como máxima autoridad del mismo, como se desprende de las funciones contenidas en los numerales 2°, 8°, 10°, 18° y 19° del artículo 88 del Acuerdo 001 de 2007 por el cual se expidió el Reglamento Interno del Concejo Municipal de Sincelejo.

Agregó que debe tomarse *“como indicio en contra el hecho de que la cónyuge del Representante cuya elección se demanda, hubiera presentado renuncia el 30 de noviembre de 2013 a la designación como Presidenta de la Corporación, toda vez que este tipo de actos evidencian el temor que les generaba la situación de ella frente a la elección del señor NICOLAS DANIEL GUERRERO MONTAÑO”*.

- Misma circunscripción territorial: Que también se cumple este requisito, porque en materia de elección de Representantes a la Cámara, la circunscripción por la cual son elegidos coincide con el territorio en el que se encuentra ubicado el Departamento, como también todos los municipios que la conforman, para el caso, Sincelejo respecto de Sucre.

- Tiempo o período inhabilitante: Que al respecto, la posición actual del Consejo de Estado, referida a que la inhabilidad se presenta si el día de las elecciones el familiar del elegido ejerce la autoridad, no consulta el espíritu de la norma, quedando en letra muerta, por lo que debe acogerse una interpretación que permita estructurar la inhabilidad si el familiar ejerció tal autoridad dentro de los 12 meses anteriores a la elección (fls. 1 a 30).

4. Contestación de la demanda

A través de apoderado, el demandado se opuso a las pretensiones de la demanda para lo cual se refirió a los hechos de ésta y analizó los presupuestos normativos que se exigen para que se configure la causal de inhabilidad que se le atribuyó.

Adujo que el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución Política señala que la autoridad civil y política debe ser ejercida por un “funcionario”, condición que no tienen los concejales ni los presidentes de los Concejos Municipales, conforme con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

Que además, los concejales no ejercen autoridad civil o política con influencia en las elecciones, pues no son funcionarios ni empleados públicos, sino miembros de corporaciones públicas de elección popular. Que el artículo 312 de la Constitución Política en forma expresa señala que los Concejales “*no tendrán la calidad de empleados públicos*”.

Que el Presidente del Concejo Municipal tampoco ejerce ese tipo de autoridad. Que en el caso, las funciones señaladas en la demanda, contenidas en el Reglamento Interno del Concejo Municipal de Sincelejo, no estructuran el elemento de autoridad, pues el Consejo de Estado, entre otras en sentencia del 18 de abril de 2013 (exp. 2011-00623-01) concluyó que el desempeño como tal y como miembro de la mesa directiva de esas corporaciones no le da la calidad de empleado público.

Que el demandante con su planteamiento pretende cambiar la Constitución Política, las leyes y la jurisprudencia, lo que constituye un “adefesio jurídico” porque contraría los postulados generales del Derecho, pues el artículo 189 de la Ley 136 de 1994 señala cuáles funcionarios del nivel territorial ejercen autoridad política, limitándola al alcalde, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo.

En cuanto a la circunscripción, alega que del penúltimo inciso del artículo 179 de la Constitución Política, para que la autoridad estructure la inhabilidad, debería ejercerse dentro de la circunscripción departamental, lo que no ocurriría en el caso, de aceptarse que la señora Karina Isabel ejerció algún tipo de autoridad, que sería del orden municipal.

Por último, que como la norma no señala el momento en el que se debe ejercer la autoridad, la jurisprudencia ha entendido que la misma debe ejercerse el día de las elecciones, para el caso el 9 de marzo de 2014, fecha para la cual la señora Karina Isabel Cabrera Donado no ejercía como Presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo.

Por otra parte, propuso como excepciones, la de caducidad de la acción, porque habiéndose declarado la elección el 16 de marzo de 2014, el término para demandar vencía el 6 de mayo de 2014, pero la demanda se presentó el 7 de mayo de 2014, esto es, cuando el término para ello estaba vencido.

Y la excepción que denominó ausencia del hecho generador que fundamenta la pretensión de nulidad, por lo expresado en la contestación de la demanda (fls. 243 a 260).

5.- Audiencia inicial y su trámite

Luego del traslado al demandante de las excepciones que propuso el demandado, quien se opuso a su prosperidad (fls. 262 a 265), se señaló el 25 de agosto de 2014 para llevar a cabo la audiencia inicial (fl. 269).

En esta fecha se inició la audiencia inicial, en la que se tuvo por saneado el proceso y se negaron las excepciones que propuso el demandado. La de caducidad la negó porque la misma se basó en la anotación que aparece en el software de gestión como fecha en que se radicó y se repartió la demanda (7 de mayo de 2014), pero de una lado no se acreditó que correspondiera a este proceso, y de todos modos la que debe tenerse en cuenta es la fecha de presentación de la demanda (6 de mayo de 2014).

Y la excepción “ausencia del hecho generador” porque en sentir del demandado en el caso no hay causa o razón suficiente que justifique la interposición de la demanda, teniendo en cuenta que la jurisprudencia, que es fuente primaria del derecho, ha reiterado que los concejales son servidores públicos, no se consideró como tal y por lo tanto el Despacho no se refirió a ella, teniendo en cuenta que corresponde a un ataque al fondo del asunto, que sería objeto de análisis en la sentencia.

El demandado interpuso recurso ordinario de súplica contra la decisión de declarar no probada la excepción de “ausencia del hecho generador” (fls. 278 a 283). En la misma audiencia se concedió el recurso, que fue resuelto por la Sala en auto del 3 de septiembre de 2014, confirmando la decisión (fls. 286 a 290).

El 20 de octubre de 2014 se reanudó la audiencia inicial, diligencia en la cual se fijó el litigio, se resolvió sobre pruebas y se ordenó que una vez se allegaran las documentales pedidas, se corriera traslado de las mismas a las partes (fls. 305 a 309).

6. Alegatos de conclusión

Del demandante

En escrito de 28 de noviembre de 2014, su apoderado señaló que no existe duda alguna sobre la existencia de los requisitos concernientes al vínculo de afinidad y la coincidencia de la autoridad con la circunscripción por la cual resultó electo el demandado.

Que por su parte, se plantea una discusión sobre la concurrencia de los referidos al ejercicio de autoridad civil o política, y al momento en el que debe ejercerse esa autoridad.

Que es sobre estos dos aspectos que se pide que el Consejo de Estado se pronuncie, para darle efecto útil a la norma que consagra la inhabilidad, para que se acoja la tesis de que los concejales sí son funcionarios y ejercen autoridad civil o política tanto como concejales como presidentes de la Corporación; y que el período de la inhabilidad debe comprender los doce (12) meses anteriores a la elección que se demanda.

En consecuencia reitera que debe anularse la elección del señor **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** como Representante a la Cámara por Sucre (fls. 349 a 374 y 386).

Del demandado

Mediante memorial del 27 de noviembre de 2014 reiteró los argumentos expuestos con la contestación de la demanda y agregó que el demandante no demostró la calidad de empleado público de la Concejal de Sincelejo Karina Isabel Cabrera Donado.

Aludió que en sentencia del 5 de agosto de 2014 de la Sala Plena del Consejo de Estado, dictada en el proceso de pérdida de investidura 2013-01719-00, resolvió la solicitud edificada sobre similares supuestos fácticos a los del presente, en donde señaló que *“los diputados no se encuentran cobijados bajo la categoría jurídica de empleados públicos, sino en la de miembros de corporaciones públicas”*, reiterando de este modo jurisprudencia de la misma Corporación contenida en sentencias de 2 de julio de 2002 (rad. 2002-0001-01) y de 27 de agosto de 2002 (rad. 2001-01016-01).

En lo demás reiteró los argumentos contenidos en la contestación de la demanda, referidos a la ausencia del ejercicio de autoridad civil o política, a la no coincidencia de la circunscripción y a la inexistencia del hecho para el día de las elecciones (fls. 341 a 348 y 387 a 395).

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado rindió concepto en el que hizo los siguientes planteamientos:

- Que está demostrado el vínculo conyugal entre el demandado y la señora Karina Isabel Cabrera Donado.
- Que también se demostró que la señora Karina Isabel Cabrera Donado fue elegida Concejal del municipio de Sincelejo para el período 2012-2015, calidad que mantenía para el 30 de noviembre de 2014, fecha en que el Secretario General del citado Concejo lo

certificó. Y que fue elegida Presidenta del Concejo Municipal por el año 2013, dignidad a la que renunció el 30 de noviembre de 2013.

➤ El Consejo de Estado en algunas sentencias ha determinado que el término “funcionario” es equivalente al de “empleado”¹; mientras que en otras ha precisado que son diferentes². Que ante ello, esa Agencia del Ministerio Público solicita al Consejo de Estado volver a la postura inicial conforme a la cual el término funcionario es sinónimo de servidor público por cuanto a dichos términos corresponde cualquier persona que presta un servicio a una entidad pública y ejerce funciones que a éstas corresponden, independientemente de su vinculación, como lo hacen los miembros de corporaciones públicas (vr. gr. Concejales).

➤ Según sentencia del 15 de febrero de 2011 de la Sala Plena del Consejo de Estado, la autoridad civil puede expresarse a través de la toma de decisiones o su injerencia efectiva en ellas; y de la ejecución de las mismas (P.I. 2010-01055-00).

➤ Que algunas de las funciones y atribuciones asignadas a los Concejales en los artículos 313 de la Constitución Política y 32 de la Ley 136 de 1994 aluden al ejercicio de actos de poder y mando, y a actividades propias de la orientación de la organización pública, poder que se expresa sobre los ciudadanos, la comunidad en general y al interior de la organización estatal. Que sin embargo dicha autoridad la ejercen los Concejos Municipales o Distritales como cuerpo colegiado, por lo que no puede predicarse de cada uno de sus miembros, como así lo ha señalado el Consejo de Estado³.

➤ Que el Presidente de un Concejo Municipal, a diferencia de los Concejales, es el único que ejerce actividades de poder y mando directamente, pues sus funciones las cumple en nombre propio, por lo que debe replantearse la jurisprudencia en torno a este tema.

➤ El Delegado considera que también se presenta la coincidencia de circunscripción, pues la Presidenta del Concejo Municipal ejerció las funciones en el municipio capital que hace parte del Departamento.

➤ Que esa Agencia no comparte el criterio según el cual para que se presente la inhabilidad el ejercicio de autoridad debe darse el día de las elecciones; pues ello va en contravía del sentido útil de la norma atinente a impedir que los parientes de los funcionarios que ejercen autoridad civil o política dentro de la misma circunscripción se vean beneficiados con prerrogativas y ante el nepotismo se rompa el equilibrio o la igualdad entre los candidatos, pues *“las elecciones no se*

¹ Sección Quinta, sentencias del 6 de abril de 2006, exp. 2004-00439-01 y del 18 de abril de 2013, exp. 2011-00623-01.

² Sala Plena, sentencia de 20 de marzo de 2001, exp. 12157.

³ Sección Quinta, sentencia del 19 de julio de 2012, exp. 2011-00051-00.

ganan el día de las votaciones sino que las ventajas y el desequilibrio se da en la respectiva campaña electoral, la cual en efecto se desarrolla con anterioridad". Propone acoger como término de la inhabilidad el de 6 meses antes de las elecciones o, como mínimo, establecerlo a la fecha de inscripción de las candidaturas (3 meses antes de la elección).

Solicita entonces evaluar las posturas propuestas, así no se apliquen al caso concreto sino que quede como jurisprudencia anunciada (fls. 396 a 415).

7.- Actuación posterior

Estando el proceso al Despacho para fallo, el apoderado del demandado recusó a la entonces Consejera Ponente (fls. 416 a 422), quien en escrito del 2 de febrero de 2015 rechazó la recusación (fls. 425 a 428), la que no fue aceptada por la Sala en auto del 12 de febrero de 2015 (fls. 430 a 434).

En memorial del 16 de febrero de 2015 el citado apoderado nuevamente presentó "solicitud de impedimento sobreviniente y recusación" contra la misma Consejera (fls. 443 a 447), quien en escrito del 18 de febrero de 2015 no la aceptó (fls. 458 a 460), la que previo auto de pruebas de 9 de abril de 2015, tampoco fue acogida por la Sala al negarla en auto del 7 de mayo de 2015 (fls. 488 a 494).

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 149 del C.P.A.C.A.⁴, esta Sala es competente para conocer en única instancia de la demanda contra el acto de elección del señor **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre, periodo 2014-2018.

2. El acto acusado

Es el formulario E-26 CA del 16 de marzo de 2014 expedido por los Delegados del Consejo Nacional Electoral que integraron la Comisión Escrutadora para el Departamento de Sucre, contentivo de la elección de Representantes a la Cámara por esta circunscripción para el período 2014-2018, y en lo que atañe a la elección del señor **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** (fls. 131 a 148 y 318).

⁴ "ARTÍCULO 149. 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: (...)3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación." (Subrayas fuera de texto)

3. Problema jurídico a resolver y forma de abordarlo

De conformidad con la fijación del litigio contenido en la audiencia inicial, corresponde a la Sala determinar si el demandado estaba inhabilitado para ser elegido Representante a la Cámara por el Departamento de Sucre debido a que según la demanda, infringió la prohibición que establece el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 5° del artículo 275 del CPACA, pues, como se alega, la esposa del demandado el año anterior a su elección tuvo la condición de funcionario público al desempeñarse como concejal y Presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo y celebrar contratos en tal dignidad.

Para resolver lo que corresponda, la Sala deberá examinar: (i) si está acreditado el parentesco, la condición de concejal y de Presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo de la señora Karina Isabel Cabrera Donado; (ii) a qué alude la expresión “funcionarios” del numeral 5° del artículo 179 de la Constitución Política y qué alcance tiene frente a los miembros de las Corporaciones Públicas; y de ser necesario: (iii) la temporalidad de la situación fáctica que se endilga, es decir, si el hecho debió ocurrir el mismo día de la elección que se demanda o dentro de un término diferente y (iv) la correspondiente circunscripción.

Como parte del litigio está incorporada la postura del demandado, habida cuenta que según su criterio, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, el miembro de Corporación Pública de elección popular como el Concejo Municipal, no es funcionario público sino servidor público, y que los Presidentes de estos Concejos actúan a título de concejales y no ejercen autoridad civil o política, y que para que se estructure la inhabilitación endilgada debe acreditarse que el pariente del Congresista demandado ejerció autoridad civil o política el día de las elecciones.

4.- Estudio de fondo

4.1 La inhabilitación contemplada en el numeral 5° del artículo 179 Constitucional

La Sala en reciente sentencia señaló que en busca de la prevención del fenómeno del nepotismo, de la creación de dinastías familiares en materia electoral, con la finalidad de evitar que el candidato se valiera de las prerrogativas de algún pariente con un cargo público, así como para salvaguardar el principio de imparcialidad y de igualdad en el acceso a los cargos públicos⁵, el Constituyente previó ciertas limitaciones al derecho a ser elegido. Para el efecto consagró:

“ARTICULO 179. No podrán ser congresistas
(...)

⁵ En el mismo sentido Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2013, Radicado N° 17001-23-31-000-2011-00637-01 C.P.: Alberto Yepes Barreiro.

5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.”

Del artículo en cita se desprende que tienen vedado el acceso a los cargos de elección popular, específicamente al de Senador y Representante a la Cámara aquellas personas que:

- a) Tengan vínculo de matrimonio o de unión permanente o tengan parentesco en los grados previstos en la norma con un funcionario público.
- b) Los parientes antes mencionados hayan ejercido autoridad civil o política.

En efecto, se ha sostenido que *“para que se estructure [la inhabilidad por familiares funcionarios públicos que hayan ejercido autoridad] no es suficiente que un candidato esté emparentado con cualquier servidor público. Se necesita, además, que el parentesco o vínculo exista en los grados y modalidades que dice la ley, que el familiar tenga la calidad de funcionario público, que desde su cargo ejerza autoridad en las modalidades que indique la ley para cada caso, que lo haga en la misma circunscripción donde se llevará a cabo la elección (...)”*⁶.

Teniendo en cuenta lo expuesto, es evidente que quien pretenda solicitar la nulidad de un acto de elección con base en esta causal de inhabilidad, tendrá la carga probatoria de demostrar al menos cuatro elementos: i) el vínculo o el parentesco entre la persona elegida y el funcionario; ii) la calidad de funcionario público del pariente, cónyuge o compañero permanente del ciudadano electo; iii) que las funciones del cargo conlleven el ejercicio de autoridad civil o política por parte del familiar de la persona elegida y iv) que tales funciones que implican el ejercicio de autoridad hayan sido ostentadas dentro del límite temporal establecido por el ordenamiento jurídico al efecto.

4.2 Caso concreto

Tal y como quedó descrito en el acápite de hechos de esta providencia, el accionante afirma que el demandado se encontraba inhabilitado para ser elegido Congresista, toda vez que su esposa fungió como concejal y Presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo (Sucre) 12 meses antes de la elección, entidad territorial en la cual la misma ejerció autoridad civil y política.

Previo al estudio que corresponda la Sala referirá las pruebas que se aportaron con el propósito de demostrar la causal endilgada al demandado.

Luego de ello, y con base en lo expuesto, en las pruebas y en la jurisprudencia, la Sala analizará si en el *sub judice* se encuentran probados los elementos de configuración de la inhabilidad alegada.

⁶ Calderin Osorio, Ana Carolina. Manual de Inhabilidades Electorales: Bogotá. Segunda Edición. Editorial Ibáñez, 2014, pág. 118.

4.2.1. Pruebas aportadas al proceso

En el expediente obra prueba documental, en la que consta que:

➤ El 24 de mayo de 1996 en la Parroquia Santa Rita Cascia de Sabanagrande se celebró el matrimonio religioso entre **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** y Karina Isabel Cabrera Donado, acto inscrito en la Registraduría de Sabanagrande el 4 de junio de 2004 (fl. 31).

➤ Karina Isabel Cabrera Donado se desempeñó como concejal para el período 2012-2015; el 10 de diciembre de 2012 se le tomó juramento como Presidenta de la mesa directiva de esa Corporación para el período comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2013, dignidad a la que presentó renuncia irrevocable el 30 de enero de 2013 (Certificación del Secretario General del Concejo Municipal, fls. 32 y 33 y acta 096 de la sesión del 10 de diciembre de 2012).

➤ Karina Isabel Cabrera Donado, en su condición de Presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo, suscribió los siguientes contratos y actos, que se organizan en orden cronológico:

- Contrato de prestación de servicios profesionales N° CMS-PSP-01-2013 de 16 de enero de 2013, suscrito con David Eduardo Collante Vásquez y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 113 a 116).
- Contrato de prestación de servicios profesionales N° CMS-PSP-02-2013 de 16 de enero de 2013, suscrito con Ingrid Yojanna Acosta Romero y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 65 a 67).
- Aceptación de la oferta invitación pública mínima cuantía N° CMS-002-2013 de 13 de febrero de 2013, enviada a “Provisiones y Servicios Integrales E.U y/o Eugenia Sepúlveda Sierra” y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 60, 61 y 63, y 108 a 110).
- OTROSI N° 1 de 15 de febrero de 2013 a la Aceptación de la oferta invitación pública mínima cuantía CMS-001-2013, con Marjorie Montoya Baena como representante legal de la Librería y Papelería Moderna, y las respectivas solicitudes de disponibilidad presupuestal (fls 34 a 36 y 96-98).
- OTRO SI N° 2 a la Aceptación de la oferta invitación pública mínima cuantía N° CMS-001-2013 de 15 de febrero de 2013, suscrito con enviada a “Computadores de la Costa Ltda.” y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 75, 76 y 79).
- Contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión N° CMS-PSP-03-2013 del 18 de febrero de 2013, suscrito con

Raumir A. Suárez Milanés y la solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 85, 86 y 89).

- Aceptación de la oferta invitación pública mínima cuantía N° CMS-003-2013 de 19 de febrero de 2013, enviada a “Aires Beraka y/o Vilma Patricia Ballestas Mejía” y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 55, 57 y 59, y 105 a 107).
- Oficio 081 de 20 de febrero de 2013 en el que le solicita al Comandante de Policía de Sucre apoyo de fuerza pública a las instalaciones del Concejo Municipal durante los días de sesiones (fl. 120).
- Aceptación de la oferta invitación pública mínima cuantía N° CMS-005-2013 de 8 de marzo de 2013, enviada a “Computadores de la Costa Ltda.” y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 70 a 72).
- Aceptación de la oferta invitación pública mínima cuantía N° CMS-004-2013 de 8 de marzo de 2013, enviada a “Computadores de la Costa Ltda.” y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 90 a 92 y 95).
- Oficio 112 de 8 de abril de 2013 en el que solicita al Alcalde Municipal que les informe a los Concejales cuál será la decisión sobre la póliza de salud para ellos (fl. 119).
- Aceptación de la oferta invitación pública mínima cuantía N° CMS-006-2013 de 12 de abril de 2013, enviada a “Sonido Electrónico S.A.SA.” y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 80, 81 y 84).
- Contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión N° CMS-PSP-04-2013 del 19 de abril de 2013, suscrito con Néstor Manuel Chamorro Ospino, y la solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 44 a 47 y 49).
- Aceptación de la oferta invitación pública mínima cuantía N° CMS-007-2013 de 29 de abril de 2013, enviada a “Confecciones, metálicas y suministros KUCHYS” y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 39 a 41).
- Aceptación de la oferta invitación pública mínima cuantía N° CMS-008-2013 de 24 de junio de 2013, enviada a “Computadores de la Costa Ltda.” y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 75, 76 y 79, y 100 a 102).
- Aceptación de la oferta invitación pública mínima cuantía N° CMS-009-2013 de 10 de julio de 2013, enviada a Lorena Paola Tous Rivera y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 50 a 52 y 103 a 104).
- Respuestas de 30 de noviembre de 2013 a dos ciudadanos, en las que se les informa que las solicitudes relacionadas con la declaratoria pública de un inmueble y con la regulación de las máquinas de sonido que presentaron al Concejo Municipal fueron enviadas, por competencia, al Alcalde Municipal (fls. 111 y 112).

- En el Acta 093 de la sesión del Concejo Municipal de Sincelejo del día 30 de noviembre de 2013, se leyó la renuncia de su Presidenta, señora Karina Cabrera Donado, la cual por ser irrevocable no tuvo necesidad de ser votada. En esa misma sesión asumió como Presidente el Concejal Alvaro Díaz Bohórquez (fls. 121 a 130).
- Para el 9 de marzo de 2014 la señora Karina Isabel Cabrera Donado no se desempeñaba como Presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo (certificación del Presidente, fl. 337).

4.2.2.- La existencia del vínculo o parentesco

La prueba para acreditar el **vínculo** se aportó con la demanda, y corresponde al registro civil de matrimonio expedido el 27 de marzo de 2014 por la Registraduría de Sabanagrande (Atlántico) que da cuenta que el 24 de mayo de 1996 en la Parroquia Santa Rita Cascia de ese municipio, se celebró el matrimonio religioso entre **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** y Karina Isabel Cabrera Donado, inscrito en esa Notaría el 4 de junio de 2004 (fl. 31).

Se demuestra así el primer elemento, de tipo objetivo, concerniente al vínculo por matrimonio del demandado con la persona respecto de la cual se aduce ejerció autoridad civil y política.

4.2.3. La calidad de funcionario público del pariente

En la Constitución Política, tal como lo consagra el numeral 5° del artículo 179, se utiliza el término funcionario, naturaleza que el demandante pretende que se le reconozca a la señora esposa del demandado en su condición de concejal y presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo.

Pero tal como ha sido expresado por la doctrina, el funcionario es sinónimo de empleado público (no de servidor público):

“aquél que desempeña funciones públicas subordinada, compatibles con diversos grados jerárquicos, empleado público es sinónimo de funcionario público”⁷

El empleado público, de conformidad con el artículo 123 de la Constitución Política, es un servidor público, junto con los miembros de las corporaciones públicas y los trabajadores oficiales, y la ley 909 de 2004 lo define así:

“Quienes prestan servicios personales remunerados, **con vinculación legal y reglamentaria**, en los organismos y entidades de la Administración Pública, conforman la función pública” (artículo 1°) (negrilla fuera del texto original).

⁷ Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas, Tomo III, página 424, en Manual del buen empleado público. Lina maria Higuaita Rivera. DIKE. Medellín. 2009. Pág. 19

El empleado público está vinculado al Estado por un acto unilateral de nombramiento o elección, por eso dicha vinculación es reglamentaria, y su diferencia con el trabajador oficial cuya vinculación es por contrato, es que en esta última existe la posibilidad de establecer las condiciones de prestación del servicio en el contrato.

Atendiendo a la posición jurisprudencial del Consejo de Estado⁸ y de la Corte Constitucional⁹, los concejales no son ni funcionarios ni empleados públicos. Concluir que cuando en la Constitución se dice funcionario es equivalente a servidor público, requiere ser analizado en cada caso concreto, puesto que generalizar sin ahondar en las circunstancias que rodean cada situación particular, resulta una conclusión precipitada, pues funcionario es sinónimo de empleado público, mas no de servidor público.

En la sentencia C-315 de 1999, la Corte Constitucional señaló:

“(...)

Los diputados y los **concejales**, en los términos de los artículos 299 y 312 de la C.P., **no son ni funcionarios ni empleados públicos**. De otro lado, con arreglo a las limitaciones que establezca “la ley”, tienen derecho a “honorarios” por su asistencia a las sesiones correspondientes” (se resaltó).

Y en la Sentencia C-043 de 2003 acotó:

“(...)

En cuanto a la naturaleza jurídica de la función que llevan a cabo los concejales (de Bogotá o de cualquier municipio), el Consejo de Estado indicó que se trata de la denominada “función pública de carácter administrativo”. Sobre si tal actividad era “trabajo”, en los términos del artículo 25 de la Constitución Política, y sobre la calidad en que se desempeñaba por parte de los concejales, el Consejo recordó que si bien, de conformidad con lo indicado por el artículo 123 de la Constitución Política, los concejales como todos los miembros de las corporaciones públicas son servidores públicos, no por ello pertenecen a las categorías de empleados públicos o trabajadores oficiales. Agregó que la actividad que realizan en ejercicio de las funciones públicas, como actividad humana que es, puede calificarse de trabajo, pero que éste no les confiere la calidad jurídica de “trabajadores”. En cuanto a si la actividad que desempeñan los concejales está comprendida dentro de la protección prevista en el artículo 53 de la Constitución, la Sala de consulta respondió al Ministro del Interior que el término “honorarios” que utiliza el artículo 312 de la Constitución Política al referirse a la remuneración de los concejales llevaba a entender que su actividad no estaba comprendida como objeto de los principios esenciales consignados en el artículo 53 de la misma Carta, que fija las bases del estatuto de trabajo. Añadió que los concejales están sujetos al estatuto especial que les es propio y al régimen de

⁸ Consejo de Estado. Sala Plena Rad. 66001-23-31-000-2008-00120-01(Pl). Demandado: José Geniver Corrales Galeano. M.P. María Claudia Rojas Lasso. 12 de marzo de 2009. Sección Quinta. Rad. 73001-23-31-000-2007-00703-01. Demandado: Concejal Municipio de Ibagué. M.P. Filemón Jiménez Ochoa. 4 de septiembre de 2008. Sección Quinta. 15001-23-31-000-2011-00623-01. M.P. Susana Buitrago Valencia. Demandado: Concejal de Tunja. 18 de abril de 2013.

⁹ Sentencias C-315 de 1999 y C-043 de 2003.

responsabilidades, inhabilidades e incompatibilidades que la misma Carta y la ley les señalan en su condición de servidores públicos”.

En el caso de los Concejales, teniendo en cuenta lo establecido en la Constitución Política¹⁰, en la Ley y en los antecedentes jurisprudenciales: **los concejales no son funcionarios**, son una figura especial, miembros de una corporación político administrativa, elegidos popularmente, con funciones y competencias específicas y régimen especial de honorarios y seguridad social, puesto que no devengan salario, ni tienen las prerrogativas laborales de la generalidad de los **“funcionarios”**, por lo tanto hacer tal equiparación de manera general, como lo pretende el demandante, tiene consecuencias no solo en el campo de las inhabilidades y causales de pérdida de investidura para los Congresistas, sino en todos los ámbitos.

Este criterio fue reiterado recientemente, en sentencia del 26 de marzo de 2015, por esta Sección Quinta, al resolver demanda que se instauró contra la elección de un Congresista porque su padre ejerció como Concejal y como Presidente del Concejo Municipal incluso para el día de su elección. En esa oportunidad la Sala señaló que:

“(…)

Bajo este panorama, es evidente que los concejales únicamente gozan, en los términos del artículo 123 constitucional, de la calidad de servidores públicos como categoría que engloba a los miembros de las corporaciones públicas, **pero en ningún momento ese carácter les asigna la calidad de “funcionarios públicos”**.

Asimismo, la Sala considera que del hecho de que en distintos apartes de la Constitución se acuñe la expresión “funcionario” no se desprende que dicha categoría sea equiparable a la de “servidor público” contenida en el artículo 123 Constitucional, debido a que la mención indistinta que realiza la Carta Política a los “funcionarios” no es argumento suficiente para entender que estos últimos son sinónimos a los servidores públicos”¹¹ (resaltado fuera del texto original).

En consecuencia, atendiendo a las normas constitucionales que se dejaron citadas, especialmente el artículo 123 según el cual los miembros de las corporaciones públicas son servidores públicos (inciso primero), y el artículo 312 que señala que “Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos”, y a la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional sobre el tema, **no** resulta procedente una interpretación como la que pretende el demandante, atinente a que los concejales sí deben considerarse funcionarios públicos.

Primero porque tal como viene de advertirse, esta temática ha sido decantada de manera uniforme y pacífica por la jurisprudencia de la

¹⁰ El artículo 123 de la Carta que los **Concejales** son **miembros de corporaciones públicas** y a su vez **servidores públicos**.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 26 de marzo de 2015, exp. 2014-00058-00, M.P.: Alberto Yepes Barreiro.

Corte Constitucional y del Consejo de Estado, y segundo, porque entratándose de inhabilidad, tema que implica una restricción al ejercicio del derecho a ser elegido, la interpretación debe ser restrictiva.

Ello obedece a que las inhabilidades implican una limitación a los derechos políticos y humanos consagrados tanto por normas internas como por los convenios internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y cuya aprobación por Colombia la compromete a respetarlos por todas las autoridades públicas, incluidos los jueces en sus interpretaciones al momento de aplicar las normas que las contengan.

Hacer una lectura extensiva en materia de prohibiciones resulta abiertamente desproporcionado y atentatorio del principio de legalidad y de los derechos cuyo acceso y ejercicio se pretenden limitar por la norma constitucional, razón por la que no hay mérito para variar la jurisprudencia reiterada de la Corporación, en tanto la norma mantenga su postulado.

Entonces se evidencia que este elemento necesario para estructurar la causal de inhabilidad que se endilga al demandado, no concurre en el caso, razón más que suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, se releva a la Sala de realizar el estudio tanto del ejercicio de la autoridad civil y política, como del factor temporal de la inhabilidad en el caso concreto, toda vez que la ausencia de alguno de los elementos configurativos de la inhabilidad alegada es razón suficiente para dar por **no** probada la misma y negar las pretensiones de la demanda, como así se dispondrá en esta sentencia.

5.- Conclusión

De lo expuesto la Sección concluye que no concurren todos los supuestos para proceder a declarar la nulidad del acto de elección contenido en el formulario E-26 por medio del cual se declaró a **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre, período 2014-2018, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda advirtiendo a los sujetos procesales que contra esta sentencia no procede recurso alguno.

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,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad electoral promovida por Juan Luís Pérez Escobar contra la elección del señor **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre, período 2014-2018.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta y Consejera ponente (E)

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA
Conjuez
Ausente

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Conjuez