



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

CONSEJERO PONENTE: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Expediente 73001-23-33-000-2015-00760-02

Demandante: Stefany González Guzmán

Demandado: Ernesto Ortiz Aguilar

NULIDAD ELECTORAL – FALLO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la demandante, contra la sentencia del 11 de agosto de 2016, a través de la cual el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda que interpuso contra el acto de elección del señor Ernesto Ortiz Aguilar, como concejal del municipio de Ibagué para el periodo 2016-2019.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En la demanda se formularon las siguientes:¹

“PRIMERA: Se ordene la NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ELECCIÓN PARA EL CONCEJO DE LA CIUDAD DE IBAGUÉ, CAPITAL DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, EN LAS ELECCIONES [del] 25 DE OCTUBRE DE 2015, EN LO QUE HACE REFERENCIA A LA DECLARATORIA DE ELECCIÓN COMO CONCEJAL DE IBAGUÉ PARA EL PERIODO CONSTITUCIONAL 2016-2019 EXPEDIDO POR LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, A TRAVÉS DE LA COMISION ESCRUTADORA MUNICIPAL EL 04 DE NOVIEMBRE DE 2015 DEL CIUDADANO CANDIDATO ERNESTO ORTIZ AGUILAR, mayor de edad y vecino de Ibagué (...) por estar incurso dicho ciudadano candidato electo en el régimen de inhabilidades constitucionales consagrada en la causal determinada en el numeral 4° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 que modificó el art. 43 de la Ley 136 de 1994 y de la causal contenida en el numeral 5 del artículo 275 del CPACA y las demás elecciones que de esta se deriven.

SEGUNDA: Como consecuencia de la declaratoria de Nulidad del artículo anterior, se comunique la Sentencia a las diferentes autoridades Administrativas y Electorales para los fines Constitucionales y legales a que hubiese lugar, en especial a la Registraduría Nacional del estado civil; al presidente del Concejo de la ciudad de Ibagué, al Alcalde de la misma ciudad.”

2. Hechos

La situación fáctica expuesta en la demanda fue la siguiente:

Manifestó que el 25 de octubre de 2015 se eligió al señor Ernesto Ortiz Aguilar como concejal de Ibagué para el periodo constitucional 2016-2019, por el partido liberal colombiano y el 4 de noviembre de 2015 le fue entregada la credencial como

¹ Folios 27 a 51 del cuaderno principal.

concejal electo al señor Ortiz Aguilar, mediante formulario E-27.

Anotó que el demandado estaba inhabilitado para ser elegido como concejal de Ibagué, por estar incurso en el régimen de inhabilidades constitucionales consagrado en la causal del numeral 4 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994 y por la causal contenida en el numeral 5 del artículo 275 del CPACA.

Explicó que la hija del demandado, Johana Catalina Ortiz Trujillo, convive desde hace varios años y contrajo matrimonio en Méjico con el señor Iván Darío Delgado Triana, al punto que a la fecha de presentación de la demanda ella se encontraba en embarazo múltiple de su compañero sentimental, quien se desempeña como Director de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría municipal de Ibagué y por lo tanto “ejerce funciones de dirección civil y administrativa”.

Expuso que el 28 de mayo de 2013 Iván Darío Delgado Triana en compañía de Johana Catalina Ortiz Trujillo adquirieron un bien inmueble en el conjunto multifamiliares Torremolino, barrio Los Parreles de Ibagué, como consta en la anotación número 14 del certificado de tradición expedido por la Oficina de Instrumentos Públicos de la misma ciudad, el cual se adjunta como prueba.

3. Normas violadas y concepto de la violación

La demandante afirmó que están inhabilitados para ser concejales los aspirantes que tengan vínculos de matrimonio o parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, con funcionarios del municipio que ejerzan jurisdicción o autoridad administrativa, civil, política o militar.

Explicó que el electo concejal Ernesto Ortiz Aguilar es el padre de Johana Catalina Ortiz Trujillo, la cual convive en forma permanente con Iván Darío Delgado, con quien contrajo matrimonio en Cancún – Méjico.

Agregó que comoquiera que Iván Darío Delgado Triana ocupa el cargo de Director de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Municipal de Ibagué desde hace varios años, inclusive dentro de los 12 meses anteriores a la elección, como se prueba con la

certificación que se adjuntó, ejerce autoridad civil y administrativa.

Por lo señalado, afirmó que el señor Ortiz estaba inhabilitado para ser elegido concejal de Ibagué.

4. Contestación de la demanda

4.1. Registraduría Nacional del Estado Civil

Compareció al proceso por conducto de apoderado judicial², quien se pronunció frente a cada uno de los hechos y manifestó que la Registraduría no tiene injerencia alguna en este asunto, puesto que del escrito de la demanda, de los hechos y las pretensiones, se desprende que no cumple ninguno de los requisitos para intervenir como demandado.³

Propuso como excepciones las siguientes:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva:

Adujo que conforme al artículo 32 de la Ley 1475 de 2011, la Registraduría debe verificar el cumplimiento de todos los requisitos legales para la inscripción de candidaturas.

Sostuvo que una vez la autoridad electoral constata la observancia de los requisitos formales, suscribe el formulario de inscripción de candidatos (E-6), sin embargo no puede conocer o determinar si una persona se encuentra inhabilitada, toda vez que la competencia recae en la autoridad disciplinable que es la Procuraduría General de la Nación.

Por consiguiente, adujo que no es el sujeto procesal llamado a responder, puesto que los hechos que se describen en la demanda no tienen relación con las funciones de la entidad.

- Imposibilidad de cumplimiento de un eventual fallo de nulidad:

Argumentó que acorde con el artículo 265 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009, el Consejo Nacional Electoral es la entidad competente para conocer y decidir

² Folios 121 a 130 cuaderno principal.

³ Folios 79 a 96 cuaderno principal.

los recursos que se interpongan sobre los escrutinios generales.

Manifestó que aún en el eventual caso de que se accediera a las pretensiones, se encontrarían en la imposibilidad jurídica de cumplir el fallo, por no ser la entidad que profirió el acto.

4.2. Ernesto Ortiz Aguilar

Por conducto de apoderado debidamente designado⁴, contestó de manera oportuna la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones.⁵

Luego de pronunciarse de manera expresa frente a cada hecho, indicó que los cargos de nulidad resultan totalmente infundados y es evidente que el señalamiento que hace la actora en relación con la presunta existencia de una inhabilidad es el resultado del desconocimiento del régimen que cobija a los concejales.

Adujo que al momento de la inscripción y elección de su representado, ninguna de sus hijas se encontraba unida en matrimonio o por vínculo de unión permanente con funcionario que dentro de los 12 meses anteriores hubiera ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el municipio de Ibagué.

Aseveró que tampoco es cierto que los señores Johana Catalina Ortiz e Iván Darío Delgado hayan contraído nupcias en la ciudad de Cancún – Méjico, con lo cual se estaría incurriendo en un fraude procesal, pues no obra prueba que así lo acredite, por lo que se trata de una afirmación tendenciosa.

Consideró que indicar que el certificado de tradición en el cual dos personas obran como propietarios de un bien inmueble es demostrativo de la existencia de una relación de unión permanente, es absurdo e irrazonable, pues de ese documento no se puede colegir una comunidad de vida.

Manifestó que no existe en este proceso prueba idónea que acredite la existencia de unión permanente o unión marital de hecho entre las personas antes señaladas, pues son simplemente

⁴ Folio 175 cuaderno principal.

⁵ Folios 144 a 174 cuaderno principal.

novios y tampoco el embarazo de la mujer convierte a la pareja en cónyuges o compañeros permanentes.

De manera final indicó, que si bien es cierto que el señor Iván Darío Delgado desempeña el cargo de Director Técnico de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Municipal de Ibagué, desde el ámbito constitucional y legal es el contralor quien tiene asignadas las funciones que implican el ejercicio de autoridad civil o administrativa.

5. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Tolima, en sentencia proferida el 11 de agosto de 2016, resolvió⁶:

“1) NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

2) Una vez en firme, archívese el expediente

(...)”

Como problema jurídico sostuvo que correspondía determinar si *“es procedente decretar la nulidad del acto de elección de Ernesto Ortiz Aguilar, por cumplirse la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 4° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, debido a que Johana Catalina Ortiz, hija de aquel, convive desde hace varios años con Iván Darío Delgado Triana, quien se desempeña como director técnico de responsabilidad fiscal de la Contraloría Municipal de Ibagué, desde el 1° de febrero de 2012”*

Afirmó que debía establecerse si i) Iván Darío Delgado Triana ejerció autoridad civil, administrativa, política o militar dentro del lapso en que se configuró la causal de inhabilidad y, ii) si existió algún grado de afinidad entre Iván Darío Triana y el concejal Ernesto Ortiz Aguilar.

En lo atinente al primer presupuesto, estimó que acorde con las

⁶ Folios 336 a 343 cuaderno principal.

funciones del cargo que ejerce el señor Iván Darío Delgado Triana, cuya certificación fue aportada al proceso, *“no se advierte alguna que pueda calificarse como de autoridad administrativa, pero si aparecen otras que tendrían ese carácter, solo que serían asumidas en virtud de un acto de delegación emitido por el contralor municipal”*.

Aseguró que como la delegación es facultativa del delegante, este puede acudir a ella o abstenerse de hacerlo y que en el caso concreto no se demostró que el contralor de Ibagué haya delegado en Iván Darío Delgado Triana alguna de las funciones que impliquen el ejercicio de autoridad administrativa, y por lo tanto al no ostentar dicha calidad, ello resulta suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

Agregó que aunque el señor Delgado Triana fuese delegatario de autoridad administrativa, tampoco se probó que *“tuviera vínculo jurídico con el demandado”* y menos de aquellos que impliquen la existencia de una inhabilidad.

Acotó que no se acreditó que Johana Catalina Ortiz, hija del concejal demandado e Iván Darío Delgado Triana, hayan contraído matrimonio y que el testimonio del señor Carlos Eduardo Serrano no es prueba suficiente por tratarse de un testigo de oídas que se limitó a mencionar que Johana le había comentado de su matrimonio, sin precisión alguna de lugar, fecha, entre otros.

Por último indicó, que aunque la pareja tiene una situación de noviazgo, procrearon dos hijas y adquirieron un apartamento en común, ello no genera per se el vínculo de afinidad previsto en las normas civiles ni tampoco se demostró su convivencia permanente a través de la unión marital de hecho.

De manera que al no estar probados los supuestos consagrados en el artículo 43 numeral 4 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, denegó las súplicas de la demanda.

6. Apelación

La demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia

de primera instancia, que sustentó bajo los siguientes argumentos:⁷

En relación con lo concluido por el a quo acerca de que el cargo ejercido por Iván Darío Delgado Triana en su calidad de Director de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Municipal de Ibagué no conlleva autoridad civil ni administrativa, consideró que se trató de una conclusión errada.

Sostuvo que un funcionario que tiene competencia para realizar una investigación disciplinaria, ejerce autoridad administrativa y civil y por ende, no solo adelanta investigaciones de carácter fiscal, sino que también impone multas y sanciones, en cumplimiento de las funciones propias de su cargo.

Por otra parte, afirmó que se encuentra probado que los señores Iván Darío Delgado Triana y Johana Catalina Ortiz, procrearon dos niñas fruto de su relación, por lo que no tienen un simple noviazgo tal como lo reiteraron los testigos.

Citó la sentencia T- 2241170 del 18 de mayo de 2009 de la Corte Constitucional, con lo cual concluye que se probó la relación sentimental de permanencia aplicable al asunto.

Razonó que el caso tiene gran similitud con la tutela mencionada y que no se puede predicar que entre esta pareja solo exista una relación de noviazgo, por lo tanto el a quo hizo una indebida valoración de los testimonios.

Por las razones enunciadas, consideró que debe revocarse la sentencia de primera instancia y en su lugar declarar la nulidad del acto de elección del señor Ortiz.

7. Actuación procesal

Por auto del 16 de diciembre de 2015, el Tribunal Administrativo del Tolima inadmitió la demanda.⁸

Una vez subsanada, fue admitida mediante proveído del 15 de enero de 2016 y además se negó la suspensión provisional del acto

⁷ Folios 351 a 375 cuaderno principal.

⁸ Folio 54 cuaderno principal.

administrativo demandado,⁹ auto que fue corregido el 27 del mismo mes y año, en los yerros allí señalados.¹⁰

Por medio de auto del 29 de abril de 2016, se fijó fecha para celebrar la audiencia inicial prevista en el artículo 283 de la Ley 1437 de 2011,¹¹ que fue reprogramada por auto del 17 de mayo de 2016¹² para el 13 de junio del presente año.¹³

En dicha diligencia se fijó el litigio así:

“(…)

En cuanto a las diferencias relevantes entre las partes, se encontró que las mismas radican en que si Johana Catalina Ortiz Trujillo e Iván Darío Delgado Triana contrajeron matrimonio, son compañeros permanentes, o novios.

*De conformidad con lo anterior, se procede a fijar el **objeto de litigio** de la siguiente manera:*

Se trata de determinar, ¿Qué vínculo tienen Johana Catalina Ortiz Trujillo e Iván Delgado Triana?

En consecuencia queda agotado este punto”.

Se decretaron como pruebas los documentos aportados por las partes; se dispuso recibir interrogatorio de parte al demandado, así como los testimonios solicitados para ratificar las declaraciones extraproceso que se anexaron con la demanda y, los testimonios pedidos por la parte demandada.

La audiencia de pruebas se llevó a cabo el 21 de junio de 2016, fecha en la que se recibió el interrogatorio de parte al señor Ernesto Ortiz Aguilar y las declaraciones de testimonio a los señores Iván Darío Delgado, Reinel Ríos García, Cristian Camilo Ariza Mejía y Anibal Sánchez Piraneque.¹⁴

⁹ Folios 56 a 58 cuaderno principal.

¹⁰ Folio 62 cuaderno principal.

¹¹ Folio 207 cuaderno principal.

¹² Folio 211 cuaderno principal.

¹³ Folios 231 a 236 cuaderno principal.

¹⁴ Folios 252 a 255 cuaderno principal.

La precitada audiencia se continuó el 28 de junio de 2016, en donde fueron recibidas las declaraciones de testimonio a los señores Tatiana Borja Bastidas y Carlos Eduardo Serrano Pulido, se cerró el periodo probatorio, prescindiéndose de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, por lo tanto se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito y al ministerio público para rendir concepto.¹⁵

La sentencia de primera instancia fue proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 11 de agosto de 2016, en la cual negó las pretensiones de la demanda, por las razones ya señaladas.¹⁶

Mediante auto del 31 de agosto de 2016 se concedió el recurso presentado en contra de la sentencia de primera instancia y se ordenó la remisión del expediente a esta Corporación.¹⁷

A través de proveído del 28 de septiembre de 2016 se admitió el recurso de apelación, se ordenó poner a disposición de la parte demandada el texto del referido recurso y, vencido el término correspondiente, correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público a efectos de que rindiera concepto¹⁸.

8. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Demandante: indicó que recorría el traslado concedido, solicitando que se tuviera en cuenta para ello lo manifestado en el recurso incoado, toda vez que los argumentos eran los mismos.¹⁹

Registraduría Nacional del Estado Civil: sostuvo que su representada no está llamada a ser parte dentro del presente litigio, toda vez que su función constitucional y legal se limita a la organización de las elecciones, aunado al hecho de que no fue la entidad que profirió el acto de elección cuya nulidad se pretende. Agregó que en lo relativo a la inscripción de candidatos a los diferentes cargos y corporaciones de elección popular, la

¹⁵ Folios 273 a 275 cuaderno principal.

¹⁶ Folios 336 a 343 cuaderno principal.

¹⁷ Folio 376 cuaderno principal.

¹⁸ Folio 381 cuaderno 2.

¹⁹ Folio 394 cuaderno 2.

competencia de los registradores municipales se circunscribe a verificar si el partido o movimiento político que realiza el acto de inscripción de candidato o lista cumple con los requisitos formales de carácter legal y constitucional.

Explicó que esa entidad se ciñe a enviar a la Procuraduría General de la Nación las listas de candidatos inscritos, en aras de que dicha entidad sea la que verifique cuáles de ellos se encuentran en alguna causal de inhabilidad.

Expuso que tampoco le compete decidir o resolver las solicitudes de revocatoria de los diferentes candidatos y que por disposición constitucional le corresponde al Consejo Nacional Electoral.

Por último, acotó que aunque la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Nacional Electoral conforman la organización electoral, son entes autónomos e independientes y en ese sentido, las pretensiones le son ajenas.²⁰

Demandado: guardó silencio.

9. Concepto del Ministerio Público

El procurador séptimo delegado ante esta Corporación rindió concepto en los siguientes términos:²¹

Sostuvo que conforme con lo definido por la Ley 54 de 1990, la unión de hecho está conformada por una pareja que hace comunidad de vida permanente y singular.

Luego de citar una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, sobre los alcances de la unión marital de hecho, consideró que las consecuencias jurídicas de la misma por expresa disposición de la ley, se extienden a los actos de elección de servidores por voto popular y directo como el que ahora se examina.

Consideró que con base en las pruebas que obran en el proceso se puede concluir que existe una relación sentimental y afectiva entre los señores Johana Catalina Ortiz e Iván Darío Delgado, pero

²⁰ Folios 396 a 398 cuaderno 3.

²¹ Folios 409 a 416 cuaderno 3.

el hecho de que producto de esta relación la pareja tenga dos hijas no determina la existencia de la unión marital de hecho.

Agregó que no está demostrado que hayan contraído matrimonio en la ciudad de Cancún - Méjico, pues no se indicó qué tipo de ceremonia se celebró y su fecha; tampoco que cohabitaran de forma permanente, estable, continua e ininterrumpida; o que para la época de las elecciones tuvieran ánimo de solidaridad, colaboración y ayuda mutua.

Conceptuó que pese a que estas personas adquirieron un apartamento de forma conjunta, en las escrituras manifestaron que son solteros, sin unión libre y para esa fecha no habían procreado a sus hijas, por lo que las declaraciones de testimonio recibidas en la audiencia de pruebas no permiten demostrar la existencia de la unión marital de hecho.

Conforme con lo anterior, y al estimar que no están presentes todos los elementos que integran la causal de inhabilidad para ser concejal consagrada en el numeral 4 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, concluyó que debe confirmarse la sentencia de primera instancia.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Según el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 615 de la Ley 1564 de 2012, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer de la apelación presentada en nombre propio por la demandante, contra la sentencia del 11 de agosto del presente año, proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Tolima.

2. Problema jurídico

Le corresponde a esta Corporación resolver, si de acuerdo con lo expuesto en el recurso de apelación, hay lugar a confirmar, modificar o revocar la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima, que negó la pretensión de declarar la nulidad del acto de elección del señor Ernesto Ortiz Aguilar, como concejal de Ibagué

para el periodo 2016-2019.²²

De manera concreta se estudiará si el demandado incurrió o no en la inhabilidad establecida en el numeral 4 del artículo 40 de la ley 617 de 2000. Esto es, corresponde establecer: i) si el señor Ernesto Ortiz Aguilar dentro de los doce meses anteriores a su elección como concejal de Ibagué para el periodo 2016-2019, tuvo vínculo en primer grado de afinidad con el señor Iván Darío Delgado Triana y, ii) si el señor Iván Darío Delgado Triana, en su condición de Director de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Municipal de Ibagué ejerció autoridad civil, administrativa, política o militar dentro del lapso en que se configuraba la causal de inhabilidad.

3. Caso concreto:

En relación con la finalidad que persiguen las inhabilidades, o los límites al derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, la Corte Constitucional ha dicho:²³

“(...) La Carta Política de 1991 establece en el artículo 40 el derecho de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Dentro de las varias manifestaciones que adopta este derecho se encuentra la posibilidad de elegir y ser elegido (num.1o.) así como de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (num. 7o.), salvo para aquellos colombianos que, por nacimiento o por adopción, tengan doble nacionalidad, en los casos y de la forma que lo establezca la respectiva reglamentación legal.

El derecho político en mención ha sido reconocido como fundamental y de aplicación inmediata en el texto constitucional (CP, arts. 40 y 85), dado el desarrollo que permite alcanzar, no sólo en el patrimonio jurídico-político de los ciudadanos, sino también en la estructura filosófico-política del Estado, al hacer efectivo el principio

²² Valga aclarar que aunque el litigio fue fijado en la audiencia inicial de manera diferente al problema jurídico señalado en la sentencia, toda vez que las partes no formularon reparos a este punto, conforme a lo previsto por el artículo 320 del Código General del Proceso, serán examinados solo los reproches formulados por la apelante.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-952 del 5 de septiembre de 2001. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

constitucional de la participación ciudadana (C.P., art. 1o.). No obstante, es posible someterlo a limitaciones en aras de la defensa y garantía del interés general, como sucede para efectos del señalamiento de las condiciones de ingreso al ejercicio de un cargo o función públicos. (...).

Para ello, la expedición de un régimen de inhabilidades se convierte en un mecanismo determinante para asegurar ciertas cualidades y condiciones en los aspirantes a ejercer un cargo o función públicos en forma acorde con los intereses que se pretenden alcanzar con ese desempeño. Entre esas cualidades se encuentran la idoneidad, moralidad y probidad de las personas para cumplir con determinadas responsabilidades. (...).

Sobre este tema, es pertinente resaltar que la Corte en la sentencia C-1412 de 2000 manifestó que “las personas elegidas para desempeñar un cargo público deben pretender la satisfacción de los intereses de la comunidad y, para tal fin, se debe asegurar el idóneo cumplimiento de sus funciones con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P. art. 209). Por tal razón, es necesario que los aspirantes a desempeñar tales funciones cumplan con ciertos requisitos previamente estatuidos, para asegurar sus aptitudes. De este modo, se pretende que no se confunda el interés privado del funcionario con los intereses públicos, evitando así que éste obtenga, en uso de las influencias inherentes a su función, alguna ventaja o beneficio particular”.

Como se desprende de este texto jurisprudencial, el señalamiento de un régimen de inhabilidades puede llegar a contraponer el ejercicio del interés personal del titular del derecho político que pretende acceder al desempeño del cargo o función públicos, con el interés general que se protege a través de las limitaciones al mismo. De ahí que sea factible una regulación restrictiva del derecho político aludido con reducción del ámbito de goce para su titular, bajo el entendido de que prevalece la protección de ese interés general, concretado en la

moralización, imparcialidad y eficacia del funcionamiento del Estado colombiano. (...)"

Conforme a la sentencia en cita, el régimen de inhabilidades es un mecanismo determinante para asegurar ciertas cualidades y condiciones en los aspirantes a ejercer un cargo o función públicos y asegurar el idóneo cumplimiento de sus funciones.

Ahora bien, en este caso de manera concreta se alega que el demandado incurrió en la inhabilidad prevista en el artículo 40 numeral 4 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, que dispone:

"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." (Destaca la Sala)

De esta norma se tiene que no puede ser elegido concejal 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 12 meses anteriores a la elección haya ejercido autoridad civil, administrativa o militar en el respectivo municipio.

Para establecer si en efecto el demandado incurrió o no en esta causal, se estudiarán los requisitos que consagra:

Parentesco

Afirmó la recurrente que el señor Ernesto Ortiz Aguilar tiene vínculo en primer grado de afinidad con el señor Iván Darío Delgado Triana, por cuanto su hija Johana Catalina Ortiz Trujillo convive desde hace varios años con el señor Delgado Triana, Director de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría municipal de Ibagué.

La Sala estudiará si se probó en el proceso la convivencia alegada o si se celebró el matrimonio que se afirma contrajeron en Cancún – Méjico.

Por matrimonio el Código Civil establece en su artículo 113 que se trata de un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

En el artículo 115 ibíd dispone que el contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos en este Código, y no producirá efectos civiles y políticos, si en su celebración se contravinieren a tales formas, solemnidades y requisitos.

Como quiera que la prueba del matrimonio es solemne y no se allegó el registro civil de matrimonio, ello determina que este hecho no se acreditó.²⁴

Por otra parte, en lo relativo a la unión marital de hecho se tiene que según el artículo 1 de la Ley 54 de 1990, para todos los efectos

²⁴ La Ley 92 de 1938 estableció como prueba del estado civil el registro civil y el Decreto 1260 de 1970 en el mismo sentido, determinó como única prueba las certificaciones expedidas por los funcionarios de registro civil competentes.

civiles se denomina de esa manera la unión formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.

Se denomina compañero permanente al hombre y a la mujer que forman parte de la unión marital de hecho. En la sentencia C-533 de 2000 la Corte Constitucional dijo que la unión marital de hecho *“sí se produce por el solo hecho de la convivencia y en ella los compañeros nada se deben en el plano de la vida en común, y son libres en la determinación de continuar en ella o de terminarla o de guardar fidelidad a su pareja. En el matrimonio, en cambio, las obligaciones que surgen del pacto conyugal, a pesar de que pueden llegar a extinguirse por divorcio y éste a su vez puede darse por voluntad de los cónyuges²⁵, es menester lograr la declaración judicial del divorcio para que se produzca la disolución del vínculo jurídico a que se ha hecho referencia”*.

Así mismo en el artículo 5 ibid, se establece que se presume que hay sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes cuando:

- (i) Exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio,
- (ii) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas antes de la fecha en la que se inició la unión marital de hecho.

Acerca de las diferencias existentes entre el vínculo jurídico y el natural, la Corte Constitucional ha dicho:²⁶

“(...) El matrimonio comporta, entonces, un vínculo formal que no se crea por la mera comunidad de vida surgida del pacto conyugal, sino de “la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges”(...

Hasta ahora la Corte ha destacado que, a diferencia de

²⁵ Cfr. Código Civil art. 154 numerales 8° y 9°.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011.

los jurídicos, los vínculos naturales hacen referencia a la decisión libre de conformar una familia que se traduce en la constitución de una unión de carácter extramatrimonial, que no tiene fundamento en el consentimiento expresado, sino “en el solo hecho de la convivencia”.

Este rasgo dado por la ausencia de la manifestación del consentimiento es la diferencia fundamental entre la unión de hecho y el matrimonio en el que, según se ha señalado, la expresión del consentimiento es elemento esencial. Sin embargo, los compañeros permanentes, como los cónyuges, dan origen a una familia, en ambos casos se supone la cohabitación entre el hombre y la mujer y, actualmente, en los dos supuestos, hay lugar a la conformación de un régimen de bienes comunes entre la pareja. (...)”

Precisado lo anterior, se procederá a estudiar si en este caso, se encuentra probado que entre los señores Johana Catalina Ortiz e Iván Darío Delgado Triana haya un vínculo por matrimonio o una unión marital de hecho.

Dentro del expediente obran las siguientes pruebas:

En la audiencia de pruebas practicada por el a quo el 21 de junio de 2016, se recibieron las siguientes declaraciones²⁷:

- Testimonio del señor Iván Darío Delgado Triana: informó que labora en la Contraloría Municipal de Ibagué desde el 1 de febrero de 2012 hasta la actualidad y ocupa el cargo de Director de Responsabilidad Fiscal; explicó que es novio de Johana Catalina Ortiz desde el año 2011 y en la actualidad tienen dos hijas que nacieron el 8 de febrero de 2016, que cada uno vive en sus domicilios y comparten una relación sentimental desde julio del año 2011, salvo una ruptura de 8 meses en el año 2013, pero no viven juntos.

Adujo el declarante que adquirió con su novia un inmueble en donde él reside solo, apartamento que compraron como una opción de negocio y para ello unieron créditos porque de manera individual

²⁷ Cede audiencia de pruebas, folios 252 a 256 cuaderno principal.

no les alcanzaba el dinero. Anexó certificación de la administradora del condominio donde reside que da cuenta que él vive allí solo. Finalmente adujo que en todos sus actos siempre indica que su estado civil es soltero.

- Testimonio de Reinel Ríos García: manifestó que laboró de marzo de 2008 a septiembre de 2015 en la Contraloría Municipal de Ibagué, que por ello le consta que el señor Iván Delgado tiene una relación con la señorita Johana, por cuanto este se la presentó como su compañera y veía que ella lo visitaba esporádicamente en dicho lugar. Para el testigo a los ojos de todo el mundo era la compañera.

- Testimonio de Cristian Camilo Ariza Mejía: dijo que lo une una relación muy cercana con Iván Darío Delgado, que es casi como su primo y su mamá es como su tía, que le consta que entre Iván Darío y Johana Catalina solo existe una relación de noviazgo, mas no conviven juntos.

- Testimonio de Aníbal Sánchez: explicó que es amigo de Iván Darío y le consta que la relación existente entre Johana Catalina Ortiz e Iván Darío Delgado es de noviazgo. Afirmó que se enteró que ellos compraron un apartamento, pero entiende que lo adquirieron por negocio, no para convivir juntos.

- Testimonio de Tatiana Borja Bastidas²⁸: refirió que trabajó en la Contraloría Municipal de Ibagué como jefe de la oficina Asesora Jurídica de enero 2 de 2013 al 11 de agosto de 2014, lugar donde laboró con el yerno del concejal Ernesto Ortiz; manifestó que allí conoció que la novia de Iván Darío Delgado era Johana Catalina Ortiz, a quienes veía como una pareja estable o sólida; supo de oídas que habían contraído matrimonio y tenían dos niñas, pero no le consta si eso era o no cierto.

- Testimonio de Carlos Eduardo Serrano: indicó que conoció a Johana Catalina Ortiz, porque coincidieron en un curso de portugués en la universidad años atrás; que posteriormente en una conversación telefónica que él le hizo -porque la vio en la calle en embarazo a finales de diciembre del año pasado-, ella le comentó que se había casado fuera del país con Iván Darío Delgado y

²⁸ Cede continuación audiencia de pruebas, folio 276 cuaderno principal.

esperaba gemelos, refirió no saber dónde se casaron, ni estar enterado de más detalles del asunto.

- Interrogatorio de parte del demandado, señor Ernesto Ortiz Aguilar, quien explicó²⁹ que es padre de Johana Catalina Ortiz Trujillo y que conoce al señor Iván Darío Delgado hace aproximadamente 4 años, quien es el padre de sus nietas; que éstos no tienen una relación de pareja, sino que son novios, pues su hija siempre ha vivido en su núcleo familiar; que sabe que ellos tienen un apartamento en Torremolinos de la ciudad de Ibagué.

Sostuvo también que el señor Iván Darío trabaja hace 4 años en la Contraloría de Ibagué e indagado sobre las fotografías que se le pusieron de presente, indicó que viajaron a un club familiar a Méjico, de turismo no a una ceremonia de matrimonio entre Johana Catalina e Iván Darío, que son novios, reiteró que su hija vive con ellos. Que ellos comparten la manutención de sus nietas, pero no viven juntos.

De las pruebas antes mencionadas, esta Sección no puede concluir que le asista razón a la actora en el sentido que se configuró la causal de inhabilidad del demandado, por existir entre los señores Ernesto Ortiz e Iván Darío Delgado un vínculo en primer grado de afinidad, dado que no se comprobó la unión marital de hecho entre los señores Iván Darío Delgado y Johana Catalina Ortiz dentro del periodo inhabilitante, carga que le correspondía a la demandante.³⁰

Lo anterior, toda vez que si bien quedó demostrado que son novios desde hace varios años y tienen dos hijas en común, no se acreditó que hayan contraído matrimonio, ni que tengan una comunidad de vida permanente y singular –unión marital de hecho, acompañada de trabajo, ayuda y socorro mutuos de los compañeros permanentes.³¹

²⁹ Cede audiencia de pruebas, folios 252 a 256 cuaderno principal.

³⁰ Conforme al artículo 167 del Código General del Proceso, “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”.

³¹ La Corte Constitucional en la sentencia C-278 de 2014 dijo: “Tal y como lo describe la Corte Suprema de Justicia, *“la sociedad patrimonial irradia sus efectos solamente en el plano económico y deriva, en primer lugar, de la existencia de una unión marital de hecho y, en segundo término, de que como consecuencia del trabajo, ayuda y socorro mutuos de los compañeros permanentes, se haya consolidado un “patrimonio o capital” común*”; a su turno, la Corte suprema de Justicia en la sentencia SC15173-2016. Radicación n.º 05001-31-10-008-2011-00069-01 del 24 de octubre de 2016, destacó: “en coherencia con la jurisprudencia, la

Pese a que se probó con el certificado de tradición expedido por la Oficina de Instrumentos Públicos de Ibagué, que los señores Iván Darío Delgado Triana y Johana Catalina Ortiz Trujillo adquirieron un apartamento en común,³² lo cierto es que esta prueba por sí sola carece de la virtualidad necesaria para demostrar la unión marital de hecho o la existencia del vínculo matrimonial.

Lo señalado, máxime cuando en la declaración de testimonio rendida por el señor Delgado Triana explicó que adquirieron el inmueble por negocio, que vive ahí solo y ello no fue desvirtuado.

De manera adicional, frente a este requisito esta Corporación ha dicho que el vínculo por parentesco debe estar vigente en el periodo inhabilitante -lo que aquí no se probó- así:³³

*Es importante reseñar que, a partir de la teleología de las causales de inhabilidad que el Constituyente y el legislador han fijado, esta Sección, en fallo anterior, consideró que las causales de inhabilidad **por vínculo o parentesco** solo se pueden aplicar cuando el vínculo **este vigente** para la época en que el Constituyente o el legislador definió como inhabilitante. En ese sentido se indicó:*

“De manera que si la ventaja que objetivamente presume el legislador se deriva de un vínculo por matrimonio, unión permanente o parentesco, es válido que la norma exija un lazo vigente (entendido aquí como sinónimo de existente) entre el candidato y el funcionario con autoridad.

La norma no se refiere al vínculo o parentesco que dejó de existir, ni al vínculo o parentesco que se pueda

comunidad de vida se encuentra integrada por unos elementos “(...) fácticos objetivos, como la convivencia, la ayuda y el socorro mutuos, las relaciones sexuales y la permanencia, y subjetivos otros, como el ánimo mutuo de pertenencia, de unidad y la affectio maritalis (...)”

³² Folios 25 y 26 cuaderno principal.

³³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Quinta. Sentencia del 2 de mayo de 2013. Expediente 08001233100020110141701.C.P. Alberto Yepes Barreiro.

generar a futuro, pues el legislador, de modo expreso, consideró que sólo un vínculo o parentesco vigente o existente es el que puede servir de causa a la ilegítima ventaja que objetivamente reprocha. En ese sentido debe interpretarse la expresión “Quien tenga”, formulada en tiempo presente, con que comienza el enunciado normativo transcrito.

Debe tratarse de una relación existente y no pasada, ni futura. Aunque el vínculo o parentesco son enlaces con vocación de permanencia, ocurre que en la vida de una persona los vínculos por matrimonio, unión permanente, o de parentesco no necesariamente tienen una vigencia que coincide con el tiempo de existencia de esa persona. (...).

*De la lectura de la anterior providencia se desprende que para que proceda la nulidad de una elección con fundamento en las causales de inhabilidad por vínculos de afinidad o parentesco, se debe demostrar la **vigencia** o la **existencia** de aquel en el período inhabilitante. (...)*

Por otra parte, no le asiste razón a la recurrente cuando afirma que la sentencia T- 2241170 de 2009,³⁴ proferida por la Corte Constitucional, tiene total similitud con este caso, porque de la lectura de la referida tutela, se encuentra que en dicho asunto se aportaron declaraciones de testimonio y el documento de afiliación y desafiliación al Sistema General de Salud del compañero permanente que comprobaban el vínculo, es decir, no solo había hijos en común, sino que la interesada era tan consciente de la clase de relación que tenía con su compañero, que consultó ante el Consejo Nacional Electoral, si la relación existente conduciría a una inhabilidad.

En el presente caso tanto el concejal, su hija como el señor Iván Darío Delgado Triana, han negado de manera categórica el vínculo que aquí se les endilga, puesto que han afirmado que es solo un “noviazgo”, que no han convivido juntos y tampoco se comprobó que se tratara de un matrimonio o de una unión marital de hecho.

³⁴ Sentencia T- 377 del 28 de mayo de 2009. M.P. María Victoria Calle.

Por lo anterior es claro que no se cumple con este requisito de la inhabilidad, y por tanto no hay lugar a estudiar el relacionado con el ejercicio de autoridad civil y administrativa.

Por lo anotado, deberá confirmarse la sentencia de primera instancia.

Por otro lado, se precisa que en cuanto al argumento que esbozó la Registraduría Nacional del Estado Civil en los alegatos de segunda instancia, atinente a que se declare su falta de legitimación en la causa por pasiva -que también había invocado como excepción y no fue analizada por el a quo- comoquiera que dicha situación no fue objeto de apelación, resulta extemporánea.

Finalmente se reconocerá personería a la abogada Yendi Suseli Rodríguez, identificada con la cédula de ciudadanía 52.814.491 de Bogotá y tarjeta profesional 163694 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como la apoderada de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en los términos del poder conferido³⁵.

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

F A L L A

PRIMERO: Confírmase la providencia apelada, esto es, la sentencia del 11 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

SEGUNDO: Reconózcase personería a la abogada Yendi Suseli Rodríguez Suárez, para actuar como apoderada de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

³⁵ Folios 399 a 407 cuaderno 3.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado