



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No 003
SENTENCIA No. 02

SIGCMA

Radicado 13001-23-33-000-2016-00103-00

Cartagena de Indias D T C, ocho (8) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Medio de control:	ELECTORAL (Causal subjetiva) -PRIMERA INSTANCIA
Radicado:	13001-23-33-000-2016-00103-00
Demandante:	HERNANDO TRUCCO PUELLO
Demandado:	ACTO DE ELECCION DEL SEÑOR ERICH NIJINSKY PIÑA FÉLIX COMO CONCEJAL DEL DISTRTITO DE CARTAGENA, PERIODO 2016-2019.
Magistrado Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

I. Sentencia electoral No. 02 dictada en audiencia inicial.

1. Demanda

1.1 Hechos

El demandante relata los siguientes hechos relevantes:

- 1.1.1 Que el señor ERICH NIJINSKY PIÑA FELIX fue avalado e inscrito como candidato al concejo de Cartagena de Indias para el periodo 2016-2019, por el Partido Liberal Colombiano.
- 1.1.2 Que una vez realizadas las votaciones el pasado 25 de octubre de 2015, y previa la solución de reclamaciones y recursos, la Comisión Escrutadora Departamental declaró elegido como concejal del Distrito de Cartagena para el periodo 2016-2019 al señor ERICH NIJINSKY PIÑA FÉLIX mediante el formulario E-26 del 3 de diciembre de 2015, generado el 4 de diciembre de 2015.
- 1.1.3 Que el Partido Liberal Colombiano obtuvo tres curules para el Concejo Distrital de Cartagena en las elecciones del 25 de octubre de 2015, las cuales según el número de votos preferentes obtenidos fueron designados así: 1) DAVID DAGER LEQUERICA con 8044 votos; 2) ERICH NIJINSKY PIÑA FELIX con 6606 votos; y 3) JAVIER WADI CURI OSORIO con 6245 votos.
- 1.1.4 Que dentro de los candidatos de la lista avalada por el Partido Liberal, el aspirante HERNANDO TRUCCO PUELLO, obtuvo el cuarto lugar con 5279 votos, no logrando obtener curul.
- 1.1.5 Que el señor ERICH NINJINSKY PIÑA FELIX se encontraba inhabilitado para ser elegido como Concejal del Distrito conforme a la causal contemplada en el artículo 19 de la Ley 53 de 1990, esto es, por existir



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No 003
SENTENCIA No. 02

SIGCMA

Radicado 13001-23-33-000-2016-00103-00

al momento de la elección, entre el mencionado concejal y el contralor de la época MARIO ANFRES FELIZ MONSALVO, parentesco en cuarto (4º) grado de consanguinidad,

1.2 Pretensiones¹.

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad del acto administrativo de elección del señor ERICH NIJINSKY PIÑA FÉLIX como CONCEJAL del Distrito de Cartagena de indias, periodo 2016-2019, y que se encuentra contenido en el formulario E-26 CON del 3 de diciembre de 2015 y generado el 4 de diciembre de 2015, expedido por la Comisión Escrutadora Departamental.

1.3 Normas violadas y cargos de violación.

En síntesis, el demandante acusa el Acto de Elección del señor ERICH NIJINSKY PIÑA FELIX como Concejal del Distrito de Cartagena periodo 2016-2019 por incurrir en la causal de nulidad contenida en el numeral 5º del artículo 275 del C.P.C.A, esto es, por hallarse incurso en causal de inhabilidad o prohibición prevista en el inciso segundo del artículo 19 de la Ley 53 de 1990, como quiera que fue *elegido concejal del Distrito de Cartagena, dentro del periodo para el cual fue elegido como Contralor Distrital su pariente en cuarto grado de consanguinidad MARIO ANDRES FELIX MONSALVE*". Enfatizando que la mentada Inhabilidad se encuentra vigente y no ha sido derogada por ninguna norma legal, según lo manifestó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto del 31 de agosto de 2005.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.1 Erich Nijinsky Piña Félix (Fl. 121-145).

El concejal electo, a través de apoderada, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la misma, por carecer de fundamento fáctico y jurídico. En ese sentido, centra su defensa argumentando que si bien el concejal ERICH PIÑA FÉLIX es pariente en 4º grado de consanguinidad del señor MARIO ANDRES FELIX MONSALVE quien fuere Contralor Distrital de Cartagena, no se configura en el presente caso la causal de inhabilidad contenida en el artículo 19 de la ley 53 de 1990, puesto que el periodo para el cual fue elegido como concejal del Distrito de Cartagena (2016-2019), no coincide ni en un solo día con el periodo para el cual su pariente fue elegido como Contralor Distrital (2012-2015), como lo exige literalmente la referida norma, debiendo en todo caso hacerse una

¹ Ver escrito de corrección de demanda a folio 65 del expediente, respecto del acápite de "DECLARACIONES" de la misma.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No 003
SENTENCIA No. 02

SIGCMA

Radicado 13001-23-33-000-2016-00103-00

interpretación restrictiva (y no extensiva) de las normas que consagren inhabilidades, incompatibilidades y calidades para el desempeño de cargos públicos.

Así mismo, indica que no es cierto que el señor MARIO ANDRES MONSALVE FELIX ejerció funciones como contralor hasta cuando se posesionó el nuevo contralor, ya que a partir del 31 de diciembre de 2015, hasta el día de posesión del nuevo contralor, el cargo fue suplido por el Secretario General de la Contraloría quien es el funcionario de más alta jerarquía después del contralor de conformidad con la Resolución No. 022 del 29 de enero de 2010 por la cual se adopta el manual de funciones de la Contraloría Distrital.

En ese sentido, indica que al Contralor, por mandato del artículo 127 constitucional, le está prohibido tomar parte en actividades de partidos y movimientos políticos, o intervenir en el favorecimiento de éstos.

Finalmente, manifiesta que la inhabilidad que trae el artículo 19 de Ley 53 de 1990 invocada por el actor, según la cual los parientes del contralor distrital hasta el cuarto grado de consanguinidad, no pueden ser nombrados concejales dentro del periodo para el cual el contralor fue elegido, fue derogada tácitamente por el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 que entró a regir el 14 de julio de 2011, y que a su tenor literal expresa: "Ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política". Por lo cual, el régimen de inhabilidades vigente para los concejales, es el consagrado en el artículo 179 de la Constitución, según el cual no podrán ser congresistas *"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"*. En ese sentido, señala la defensa que el concejal ERICH PIÑA FELIX no es inhábil para ostentar su cargo, toda vez que no es pariente del ex contralor MARIO ANDRES FELIZ MONSALVE en tercer grado de consanguinidad, como lo exige la Constitución para que se configure la inhabilidad.

Así mismo, la defensa del elegido expone que en consonancia con la derogatoria tácita de la norma que utiliza el actor para sustentar el medio de control de nulidad electoral, existe pronunciamiento del Departamento Administrativo de la Función Pública de fecha 20 de junio de 2014, a partir del cual se puede concluir que la norma inhabilitante alegada por el actor, no sólo esta derogada por la mencionada Ley 1475 de 2011, sino también su abrogación por el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 que consagra las inhabilidades de los concejales, y que abarcó a todos los empleados públicos que ejerzan autoridad civil dentro del territorio Colombiano, ubicando la inhabilidad hasta el segundo grado de consanguinidad y no en el cuarto grado como lo indicaba la anterior



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No 003
SENTENCIA No. 02

SIGCMA

Radicado 13001-23-33-000-2016-00103-00

disposición; situación que frente a esta norma, y según la defensa, libera al señor ERICH PIÑA FELÍX como candidato al Concejo de Cartagena, en razón a que el mismo no se encuentra dentro del segundo grado de consanguinidad que señala la norma, sino dentro del cuarto grado, esto es, por fuera de los límites de la inhabilidad que consagra Ley 617 de 2002.

2.2 Registraduría Nacional del Estado Civil-RNEC (Fl. 88-109).

En escrito radicado el 11 de marzo de 2016, la apoderada judicial de la Registraduría Nacional del Estado Civil, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, solicitando se desestimen las mismas frente a esa entidad, por no reunir las formalidades legales establecidas por el legislador y por carecer de soporte jurídico y probatorio que demuestre que esa entidad es la autoridad competente para establecer si una persona se encuentra incurso en causales de inhabilidad.

En ese sentido, solicitó la desvinculación del proceso de su representada, al proponer la excepción de *"falta de legitimación en la causa por pasiva"*, y argumentar además, imposibilidad de cumplimiento en un eventual fallo de nulidad.

Señaló como función del Registrador Nacional del Estado Civil la de verificar el cumplimiento de los requisitos legales para la inscripción de las candidaturas de conformidad con el artículo 32 de la Ley 1475 de 2011, sin que sea procedente entrar a conocer o determinar si un candidato se encuentra inhabilitado, ni en la realización de escrutinios y sus resultados. Transcribió el artículo 5 del Decreto 1010 de 2000 que establece las funciones de la Registraduría Nacional del Estado Civil, enfatizando que tal autoridad es la encargada solo del montaje de toda la estructura y organización electoral, la cual se realiza en varias etapas y su función es de mera secretaría.

2.3 Consejo Nacional Electoral-CNE (Fl. 156-61).

Solicitó desestimar las pretensiones contra dicha entidad, por no haber participado en el proceso de declaratoria de elecciones territoriales, ni mucho menos en la de elección del Concejo del Distrito de Cartagena. En el caso concreto, las competencias en materia de escrutinios del CNE previstas en el artículo 265 de la Constitución Nacional, no han sido activadas, pues para ello se requiere que en trámite de los escrutinios generales, debe mediar la intervención de los interesados a través de solicitudes, reclamaciones, y principalmente, de recursos que conduzcan a ello, lo cual no ha ocurrido en el presente caso.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No 003
SENTENCIA No. 02

SIGCMA

Radicado 13001-23-33-000-2016-00103-00

3. Alegatos de conclusión.

Se deja constancia que los apoderados del demandante y del elegido, expusieron de manera oral sus alegatos de conclusión, así mismo la representante del Ministerio Público presentó su concepto de fondo, actos procesales que se encuentran grabados en audio y video.

II. CONTROL DE LEGALIDAD.

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna por las partes y el Ministerio Público u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso y/o impidan proferir sentencia de fondo.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala tiene competencia para decidir, en primera instancia, la presente demanda de nulidad electoral, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 152 del CPACA, y en atención a que se trata de la nulidad de un acto de elección de un miembro de una corporación pública (Concejal) de un municipio que es capital de un Departamento.

2. Problema jurídico

Atendiendo a la fijación del litigio, la Sala encuentra que el problema jurídico, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Incurrió el señor ERICH NIJINSKY PIÑA FÉLIX en la causal de inhabilidad o prohibición prevista en el inciso segundo del artículo 19 de la Ley 53 de 1990, por haber sido elegido Concejal del Distrito de Cartagena de Indias, dentro del periodo para el cual fue elegido como Contralor Distrital de la misma entidad territorial su pariente MARIO ANDRES FELIZ MONSALVE con quien tiene vínculo en cuarto grado de consanguinidad?

3. Tesis de la Sala

La Sala sustentará que en el presente caso no se encuentran reunidos los presupuestos para afirmar que el señor ÉRICH NIJINSKY PIÑA FÉLIX, incurrió en la causal de inhabilidad prevista en el inciso segundo del artículo 19 de la Ley 53 de 1990, como pasa a sustentarse.



Radicado 13001-23-33-000-2016-00103-00

4. Marco normativo y jurisprudencial.

Con el fin de desarrollar el marco normativo a aplicar en el presente asunto, debe la Sala precisar que, en términos generales, las inhabilidades, prohibiciones e incompatibilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas y, en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados. Es más, la Corte Constitucional en su amplia jurisprudencia ha dicho de ellas, que se trata de aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, que buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, para lo cual se puede consultar la Sentencia C-546 de 1993, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz. En igual sentido se pueden consultar las sentencias C-380-97, MP Dr. Hernando Herrera Vergara; C-200-01, MP Dr. Eduardo Montealegre Lynett, y C-1212-01, MP Dr. Jaime Araujo Rentería, por mencionar algunas.

En ese sentido, es pertinente hacer referencia al inciso segundo del artículo 19 de la Ley 53 de 1990, modificatorio del artículo 87 del Decreto Ley 1333 de 1986, citado como fundamento normativo de la presente demanda. Dicha norma es del siguiente tenor literal:

*"Artículo 19º. El artículo 87 del Código de Régimen Municipal (Decreto - ley número 1333 de 1986), quedará así:
(...)*

*El cónyuge, compañero o compañera permanente, **ni los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad**, segundo de afinidad o primero civil del alcalde, de los concejales principales o suplentes, **del Contralor**, del Personero, del Secretario del Concejo, de los Auditores o Revisores, **no podrán ser nombrados ni elegidos para cargo alguno en ninguna dependencia del respectivo municipio**, ni contratar con el mismo, **dentro del período para el cual fueron elegidos**. **No se dará posesión a quien fuere nombrado o elegido violando este artículo, previa comprobación**" (Negritas y subrayas fuera de texto)*

Si bien la anterior norma fue expedida bajo el amparo de la anterior constitución política de 1886, debe precisar la Sala que con ella se buscaba proscribir la práctica del llamado "nepotismo" por parte de los servidores públicos y prohibir en forma general que éstos nombren en los cargos públicos, directamente o por interpuesta persona, a sus parientes, en los grados indicados, o a sus cónyuges y compañeros o compañeras permanentes, evitando además la creación de dinastías familiares en materia electoral, con la finalidad de impedir que el candidato se valiera de las prerrogativas de algún pariente con un cargo público, para favorecer sus aspiraciones políticas, procurando dichas normas salvaguardar el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No 003
SENTENCIA No. 02

SIGCMA

Radicado 13001-23-33-000-2016-00103-00

principio de imparcialidad y de igualdad en el acceso a los cargos públicos, en el mismo sentido Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 4 de junio de 2009, radicado N°540012331000200700376 01 C.P. Filemón Jiménez Ochoa y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2013 Radicado N° 17001-23-31-000-2011-00637-01 Cp. Alberto Yepes Barreiro.

Ahora bien, precisamente por ser la mencionada prohibición, un precepto emanado de una ley anterior a la Constitución Política de 1991, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en consulta elevada en su momento por el Departamento Administrativo de la Función Pública, entró a analizar la vigencia del inciso segundo del artículo 19 de la Ley 53 de 1990, frente a la propia Constitución Política de 1991, así como frente a leyes posteriores reguladoras de la organización y el funcionamiento de los municipios, tales como la Ley 136 de 1994, Ley 617 de 2000 y Ley 821 de 2003.

En efecto, el H. Consejo de Estado por intermedio de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en fecha treinta y uno (31) de agosto de dos mil cinco (2005), emitió concepto identificado con número de radicación 1.675-CONSEJO DE ESTADO-SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL-Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos-Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil cinco (2005).-Radicación número 1.675-Referencia: MUNICIPIOS. Vigencia de la prohibición para designar familiares del Contralor, el Personero, el Secretario del Concejo y los Auditores o Revisores, en cargos del respectivo municipio. Artículo 19 de la ley 53 de 1990; respondiendo consulta sobre el inciso 2° del artículo 19 de la ley 53 de 1990, por medio del cual se modificó el artículo 87 del Código de Régimen Municipal, específicamente en lo relacionado con los Personeros, Contralores, Secretarios del Concejo y Auditores o Revisores Fiscales; concretamente, si conservaba vigencia a partir de la Constitución de 1991 y de la promulgación de las leyes 136 de 1994, 617 de 2000 y 821 de 2003.

Al respecto, el Consejo de Estado, fue enfático en indicar que *"En la actualidad (refiriéndose a la fecha de emisión del concepto, 31 de agosto de 2005), se encuentra vigente el inciso segundo del artículo 87 del decreto ley 1333 de 1986, modificado por el artículo 19 de la ley 53 de 1990, en relación con la prohibición establecida en dicha norma de designar al cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del Contralor, el Personero, el Secretario del Concejo, los Auditores o Revisores, en los empleos del respectivo municipio y sus entidades descentralizadas, durante el período para el cual tales servidores fueron elegidos"*.

Entre los argumentos expuestos por el Consejo de Estado, se destacan los siguientes: **a) Respecto de la constitución Política de 1991**: que el artículo 292 constitucional modificó el inciso segundo del artículo 19 de la ley 53 de 1990,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No 003
SENTENCIA No. 02

SIGCMA

Radicado 13001-23-33-000-2016-00103-00

en cuanto se refiere a los concejales, al reducir la prohibición de nombramiento de personas ligadas por parentesco: del cuarto al segundo grado de consanguinidad y del segundo al primero de afinidad; en ese sentido que se refiere específicamente a los diputados y concejales, y como se trata de una prohibición, su aplicación es de interpretación restrictiva y no se puede extender a otros servidores no mencionados por ella, de manera que el referido inciso segundo del artículo 19 mantuvo su vigencia, por cuanto fue modificado en relación con los concejales, como quedó dicho, pero permaneció incólume respecto de los otros funcionarios señalados por la norma legal, pues ésta no pugnaba, no entraba en contradicción, con la disposición superior; **b) Respecto de la 136 de 1994, sobre organización y funcionamiento de los municipios**: indicó que el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 136 de 1994 estableció en el orden legal, en cuanto se refiere a los concejales, la misma prohibición del inciso segundo del artículo 292 de la Constitución, en el sentido de que no se puede nombrar en empleos de la administración municipal, a parientes de aquellos que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil. En ese sentido, indicó el Consejo de Estado que por ser norma especial y posterior prevalece sobre el inciso segundo del artículo 87 del decreto 1333 de 1986, modificado por el artículo 19 de la ley 53 de 1990, pero sólo en relación con los concejales, quedando esta última norma vigente en lo referente a los otros funcionarios indicados en la misma; **c) Respecto de la Ley 190 de 1995, denominada el Estatuto Anticorrupción**: refiriéndose el Consejo de Estado al artículo 52 de dicho estatuto indicó que, esta norma no alteró la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 87 del decreto 1333 de 1986, modificado por el artículo 19 de la ley 53 de 1990, por cuanto éste ya había sido cambiado únicamente en cuanto al grado de parentesco de los familiares de los concejales, por el artículo 48 de la ley 136 de 1994; y **d) Respecto del artículo 49 de ley 617 de 2000 modificado por el artículo 1 de La ley 821 de 2003**: el Consejo de estado, respecto del texto hasta ese entonces vigente de dicha norma, indicó que el inciso segundo contemplaba claramente la prohibición de designar como funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, así: 1) A los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y miembros de las juntas administradoras locales municipales y distritales; 2) A los parientes de los gobernadores, alcaldes municipales y distritales y miembros de las juntas administradoras locales municipales y distritales, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; y 3) A los parientes de los diputados y los concejales municipales y distritales, dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 292 de la Constitución y el condicionamiento de exequibilidad del inciso segundo de la norma transcrita hecho por la Corte Constitucional en la sentencia C-311 de 2004, concluyendo el H. Consejo de Estado que, la ley



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No 003
SENTENCIA No. 02

SIGCMA

Radicado 13001-23-33-000-2016-00103-00

821 de 2003 tampoco se refirió a la prohibición para designar a familiares de funcionarios que desempeñan importantes cargos de control municipal, conforme a lo establecido por el artículo 19 de la ley 53 de 1990, lo que implica que tal prohibición se encontraba vigente.

Ahora bien, mediante providencia de fecha diez (10) de octubre de dos mil doce (2012) del CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION PRIMERA-Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO (E)-Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil doce (2012)-Radicación número: 76001-23-31-000-2011-01769-01 (PI)-Actor: HECTOR FABIO ESQUIVEL RUÍZ-Demandado: JUAN CARLOS SUÁREZ SOTO-Referencia: APELACION SENTENCIA, el H. Consejo de Estado, reiteró que la prohibición del inciso segundo del artículo 19 de la Ley 53 de 1990, modificadorio del artículo 87 del Decreto Ley 1333 de 1986, se encontraba vigente, refiriéndose en ese sentido, al Concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esa misma Corporación, a que se ha hecho referencia precedentemente. En la misma providencia, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo precisó que al abordar el estudio de la mentada causal de prohibición -en ese caso particular-, no debía acudirse por vía de interpretación a la causal de inhabilidad de los concejales prevista en numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, con la modificación introducida por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, pues dicha norma no modificaba, sustituía ni derogaba el inciso segundo del artículo 19 de la Ley 53 de 1990.

Acorde con lo anterior, debe precisar la Sala que para la fecha en que fue emitido el mentado concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (31 de agosto de 2005), ciertamente no se había expedido la Ley 1475 de 2011 *"Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones"*, norma que modificó sustancialmente la prohibición contemplada en el inciso segundo del artículo 19 de la Ley 53 de 1990, modificadorio del artículo 87 del Decreto Ley 1333 de 1986.

En efecto, debe aclarar la Sala que el inciso segundo del artículo 19 de la Ley 53 de 1990 -norma que sustenta la presente demanda electoral-, fue derogada tácitamente en lo atinente al grado de consanguinidad a aplicar entre el funcionario (Contralor, Personero, Secretario del Concejo, los Auditores o Revisores) y el pariente nombrado o elegido de que habla dicha prohibición. Esto es, tal aparte de la norma fue derogada tácitamente por el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 (norma posterior y especial) que entró a regir el **14 de julio de 2011** y que a su tenor literal expresa:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No 003
SENTENCIA No. 02

SIGCMA

Radicado 13001-23-33-000-2016-00103-00

"Ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política."

Y en consecuencia, debe atenderse a lo preceptuado por el artículo 179 constitucional, según el cual no podrán ser elegidos congresistas: *"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."*

Atendiendo a lo anterior, resulta evidente que la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 19 de la ley 53 de 1990, que modificó el artículo 87 del Código de Régimen Municipal, y según la cual no podrán ser nombrados o elegidos para cargo alguno dentro del respectivo municipio quienes tengan parentesco dentro del **cuarto grado de consanguinidad** con el **Contralor**, Personero, Secretario de Concejo, Auditores o Revisores Fiscales, es más severa que la contenida en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución respecto de los congresistas, porque en ésta última norma la prohibición para ser elegidos como tal va hasta el **tercer grado de consanguinidad**.

Así las cosas, la prohibición del inciso segundo del artículo 19 de la ley 53 de 1990, referente a los parientes del **Contralor**, Personero, Secretario de Concejo, Auditores o Revisores Fiscales, debe entenderse que es el pariente del funcionario dentro del tercer grado de consanguinidad.

Precisado lo anterior, debe recordarse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, para ello pueden consultarse, entre otras, sentencias de 14 de noviembre de 2008, Rad. 73001-23-31-000-2007-00710-01; de 26 de febrero de 2009, Rad. 50001-23-31-000-2007-01107-01; de 13 de diciembre de 2010, Rad. 17001-23-31-000-2009-00077-01, ha establecido que las normas que establecen derechos y libertades constitucionales deben interpretarse siempre de la manera que garantice su más amplio ejercicio, **en tanto que aquellas normas que los limiten mediante el señalamiento de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y calidades para el desempeño de cargos públicos, deben estar consagradas expresamente en la Constitución o en la ley y no pueden interpretarse en forma extensiva sino siempre, con la finalidad enunciada, en forma restrictiva**. Es el principio *pro libertatis*, este tema puede consultarse en las sentencias de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 16 de julio de 1998, expediente 175; de 17 de agosto de 2000, expediente 2342; de 19 de mayo de 2005, expediente 3688; de 15 de junio de 2006, expediente 3921 y; la sentencia C-147 de 22 de abril de 1998 dictada por la Corte Constitucional, entre otras; al que la Corte Constitucional se refirió en la sentencia C-147 de 1998, en los siguientes términos:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No 003
SENTENCIA No. 02

SIGCMA

Radicado 13001-23-33-000-2016-00103-00

"No se puede olvidar que las inhabilidades, incluso si tienen rango constitucional, son excepciones al principio general de igualdad en el acceso a los cargos públicos, que no sólo está expresamente consagrado por la Carta sino que constituye uno de los elementos fundamentales de la noción misma de democracia. Así las cosas, y por su naturaleza excepcional, el alcance de las inhabilidades, incluso de aquellas de rango constitucional, debe ser interpretado restrictivamente, pues de lo contrario estaríamos corriendo el riesgo de convertir la excepción en regla. Por consiguiente, y en función del principio hermenéutico pro libertate, entre dos interpretaciones alternativas posibles de una norma que regula una inhabilidad, se debe preferir aquella que menos limita el derecho de las personas a acceder igualitariamente a los cargos públicos."

No sobra señalar que el imperativo de interpretar restrictivamente las normas que establecen inhabilidades, incompatibilidades y/o prohibiciones constituye una aplicación del principio del Estado Liberal de Derecho establecido en el artículo 6º de la Constitución Política, según el cual "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes" que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido, de donde se infiere, como regla general, que todos los ciudadanos pueden postularse a cargos de elección popular y que, excepcionalmente, no podrán hacerlo aquellos a quienes se los prohíbe expresamente la ley, en ese sentido, **no se puede desconocer o vulnerar el derecho a ser elegido de una persona que fuere demandada en demanda de nulidad electoral y el derecho a elegir de quienes votaron por ella, so pretexto de una interpretación extensiva de una norma que consagra una prohibición legal para el ejercicio de un cargo.** Al respecto ver sentencia: CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION QUINTA-Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO-Bogotá, primero (1) de noviembre de dos mil doce (2012)-Radicación numero: 63001-23-31-000-2011-00311-01-Actor: JESUS ANTONIO GONZALEZ: GOBERNADORA DEL DEPARTAMENTO DEL QUINDIO.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, y una vez consultado el texto la norma sustento de la presente demanda, es evidente para la Sala que quien pretenda solicitar la nulidad de un acto de elección con base en esta causal de inhabilidad o prohibición, tendrá la carga probatoria de demostrar, en principio, al menos cuatro elementos, a saber: **i)** el vínculo o el parentesco entre la persona elegida o nombrada y el funcionario, que en tratándose del vínculo conseguido va hasta el tercer grado y no hasta el cuarto grado como estableció la norma inicialmente; **ii)** la calidad de funcionario público del pariente, cónyuge o compañero permanente del ciudadano; **iii)** que la elección o nombramiento del ciudadano presunto familiar del funcionario se dé dentro alguna dependencia del respectivo

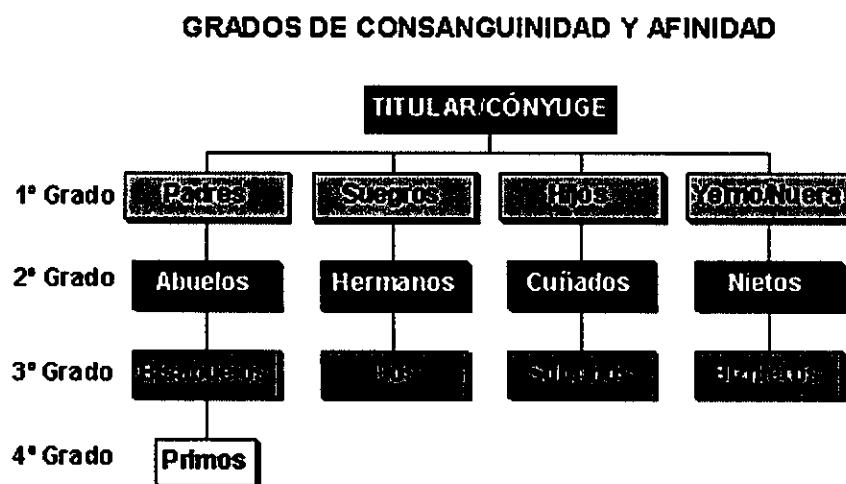


Radicado 13001-23-33-000-2016-00103-00

municipio, y **iv)** que el nombramiento o la elección se produzcan dentro del mismo período para el cual fueron elegidos los servidores públicos en ella mencionados.

Finalmente y para mayor claridad frente en el análisis a realizar dentro del presente asunto, basta precisar por la Sala que la consanguinidad se define como la unión por parentesco natural o de sangre, de varias personas que descienden de una misma raíz o tronco. Acorde con ello, el artículo 37 del Código Civil consagra que *“Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí”*.

También debe distinguirse entre el parentesco por **consanguinidad** y el parentesco por **afinidad**. El primero como se dijo, se da respecto de la propia familia, y el segundo respecto de la familia del cónyuge, computándose los grados de la misma forma. En el siguiente cuadro se reflejan los grados de parentesco, tanto por consanguinidad y afinidad:



1. El caso concreto.

a. Hechos relevantes probados.

5.1.1 El Concejal elegido mediante el Acto Acusado, ERICH NIJINSKY PIÑA FELIX, es pariente en cuarto (4º) grado de consanguinidad del señor MARIO ANDRES FELIX MONSALVE (primos hermanos), toda vez que la madre del primero – GLORIA FELIX PÉREZ (F.32) -, es hermana del padre del segundo – ENRIQUE FELIX PÉREZ (F.33) - según se evidencia en los registros civiles de nacimiento de ambos, obrantes a folios 34 y 35 del expediente.

5.1.2 Que en Sesión Ordinaria del Consejo Distrital de Cartagena, realizada



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No 003
SENTENCIA No. 02

SIGCMA

Radicado 13001-23-33-000-2016-00103-00

el 10 de enero de 2012, se eligió como contralor Distrital de Cartagena de Indias, para el periodo 2012-2015, al señor MARIO ANDRES FELIX MONSALVE, según consta en Acta No. 008 de la misma fecha (Fl. 36 a 49).

5.1.3. Que a folio 60 del expediente, obra el Acta de Posesión del señor MARIO ANDRES FÉLIX MONSALVE de su cargo como CONTRALOR DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, **para el período comprendido entre enero de 2012 a diciembre de 2015**, suscrita en la sesión ordinaria del Consejo Distrital realizada el 16 de enero de 2012, en la que además se le tomó el juramento de ley (Folio 51-52).

5.1.4. Que en las elecciones realizadas el 25 de octubre de 2015, el señor ERICH NIJINSKY PIÑA FÉLIX resultó electo como CONCEJAL DEL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS para el periodo 2016-2019, tal y como consta el formulario E-26 CON generado el 4 de diciembre de 2015, y visible a folios 18 a 31 del expediente.

b. Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y Jurisprudencial.

De una confrontación de los hechos probados de cara al marco normativo y jurisprudencial que se ha expuesto en esta providencia, surge claro para la Sala que las pretensiones de la demanda deben ser denegadas, en tanto que no concurren los presupuestos para que se configure la causal de inhabilidad invocada en la presente demanda, esto es, la contemplada en el inciso segundo del artículo 19 de la Ley 53 de 1990, modificadorio del artículo 87 del Decreto Ley 1333 de 1986, como acertadamente los manifestaron la parte demandada y la señora del Ministerio Público.

En efecto, de las probanzas allegadas a autos, valoradas a la luz de la sana crítica, se tiene demostrado que los señores ERICH PIÑA FELIX y MARIO ANDRES MONSALVE FÉLIX son parientes en cuarto (4º) grado de consanguinidad (primos hermanos); sin embargo, atendiendo al **tener literal** de la norma no se cumpliría el elemento de temporalidad que exige la prohibición, como quiera que el primero fue elegido como Concejal del Distrito de Cartagena para el **período 2016-2019**, en tanto que el segundo fungió como Contralor Distrital de Cartagena desde el **16 de enero de 2012** cuando se posesionó, **hasta el 31 de diciembre de 2015**, fecha en que culminó el periodo para el cual fue elegido. Así, al exigir la norma que el nombramiento o la elección se produzca **dentro del mismo período para el cual fueron elegidos** los servidores públicos en ella mencionados, tendríamos que decir en principio que al no coincidir los periodos de ambos funcionarios, no habría incurrido en la aludida prohibición. Esta tesis está soportada en decisión de la Sección Primera del Honorable Consejo de Estado en providencia del diez (10) de octubre de dos mil doce (2012), en proceso de pérdida de investidura contra Concejal por hechos similares a



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No 003
SENTENCIA No. 02

SIGCMA

Radicado 13001-23-33-000-2016-00103-00

los aquí debatidos, en donde se puede consultar: CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION PRIMERA-Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO (E)-Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil doce (2012)-Radicación número: 76001-23-31-000-2011-01769-01(PI)-Actor: HECTOR FABIO ESQUIVEL RUÍZ-Demandado: JUAN CARLOS SUÁREZ SOTO-Referencia:-APELACION SENTENCIA.

Ahora bien, el anterior análisis propende por una **interpretación literal de la norma**, sin embargo, el mismo Consejo de Estado en sentencia reciente del veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015), que se puede consultar en: CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION QUINTA-Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO (E)-Bogotá D.C, veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015)-Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00034-00-Actor: GUILLERMO PALACIO VEGA Y OTRO-Demandado: REPRESENTANTE A LA CAMARA POR EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA; ha sido enfático en indicar que pese a que las normas prohibitivas para el ejercicio de cargos públicos como la que aquí se estudia, son de interpretación restrictiva, ello no implica entender que una norma nunca pueda ser objeto de interpretaciones o que el juez solamente esté obligado al tenor literal de la misma. En efecto, el mismo Consejo de Estado ha dicho que respecto de estas normas puede hacerse una interpretación **sistemática y finalística**, respetando la restricción propia del régimen de inhabilidades, prohibiciones e incompatibilidades.

Lo anterior, por cuanto una **interpretación restrictiva no es sinónimo de interpretación literal**. En efecto, la primera de ellas tiene como objeto limitar el alcance del intérprete y su objetivo es aplicar cierta disposición a un determinado caso concreto. Por su parte, la interpretación literal tiene como finalidad ceñirse únicamente al sentido lato de las expresiones, esto significa que el juez solo puede derivar de los signos lingüísticos en las cuales las normas se expresan, su sentido o significado común sin entrar a realizar mayores razonamientos. Así pues aquel que usa el método exegético para interpretar, bajo ciertas situaciones, no sabe si privilegiar la literalidad o escoger un sentido de la norma que vaya acorde al contexto en el que aquella está contenida, de allí que se vea con claridad que la interpretación restrictiva no es equivalente a interpretación literal o exegética, pues estas tienen objetivos y finalidades disimiles.

De lo anterior se puede colegir que la interpretación sistemática no desconoce el significado de las palabras en las cuales se expresa la norma, simplemente, de manera adicional, reconoce que dichas expresiones carecen de sentido sino se leen de manera armónica con las demás disposiciones del orden jurídico.

Bajo este panorama, podemos afirmar que la interpretación armónica aplicada al caso objeto estudio busca articular la disposición constitucional



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No 003
SENTENCIA No. 02

SIGCMA

Radicado 13001-23-33-000-2016-00103-00

con el ordenamiento jurídico para que aquella no quede aislada y no sea contraria con las demás prescripciones contenidas en la Constitución, sin que se pueda aseverar que de esta articulación se deriva una ampliación al contenido o la finalidad de la norma, lo que ocurre es que se impone interpretarla con el propósito de: (i) hacer posible la pureza de las elecciones y de (ii) proteger la libre voluntad del elector, **dando efecto útil a la norma**. En efecto, si acudimos a una interpretación finalista de la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 19 de la Ley 53 de 1990, modificatorio del artículo 87 del Decreto Ley 1333 de 1986; interpretación que permite establecer el sentido o alcance de un precepto legal atendiendo al fin o propósito de éste, es decir, al objeto que se buscó conseguir mediante su establecimiento-, se tiene que el fundamento de este tipo de prohibiciones es **eliminar el nepotismo y el establecimiento de dinastías familiares**, y en ese sentido, la Sala considera que la literal que se ha dado al elemento temporal de la prohibición del inciso segundo del artículo 19 de la Ley 53 de 1990, en nuestro caso particular, le resta eficacia al precepto legal, en tanto que si bien el señor MARIO ANDRES MONSALVE FÉLIX fue elegido Contralor Distrital para el periodo 2012-2015 y su pariente ERICH NIJINSKY PIÑA FELIX Concejal para el periodo 2016-2019, esto es, en periodos disimiles y que por ello no se incurriría en la prohibición, tal interpretación ignora que al haberse celebrado las elecciones territoriales para Concejo de Cartagena **el pasado 25 de octubre de 2015**, el electorado pudo verse influenciado, de manera indirecta o directa, en este caso, por el entonces Contralor Distrital de Cartagena MARIO ANDRES MONSALVE FÉLIX –que aún se encontraba en el cargo-, pariente que estaría investido de autoridad en el marco de una campaña electoral, pues es en este momento en el que pueden realizarse acciones tendientes a modificar la voluntad del electorado, para inducirlo a votar por un candidato determinado.

Así las cosas, es evidente que no está en igualdad de condiciones la persona que compite por la curul cuyo pariente detenta autoridad civil o política en la circunscripción electoral a la que se aspira, con la que sin contar con dicho apoyo familiar debe formar su capital electoral propio, situación que va en contravía de los principios de transparencia, probidad, moralidad y desnaturaliza el proceso electoral como pilar de la democracia representativa.

No obstante lo anterior, y aun cuando acudiéramos a una interpretación teleológica o finalista a la norma sustento de la presente demanda, entendiendo la Sala que los periodos del Concejal ERICH NIJINSKY PIÑA FÉLIX y del Contralor MARIO ANDRES MONSALVE FÉLIX hubieren coincidido de cara a evitar en fin último de la norma (el nepotismo), se concluye que en el presente caso tampoco se configura la causal de inhabilidad o prohibición invocada, como quiera que en virtud de la remisión a la Constitución Nacional (Art. 179 N° 5) que hace el artículo 29 de la Ley 1475



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No 003
SENTENCIA No. 02

SIGCMA

Radicado 13001-23-33-000-2016-00103-00

de 2011, se derogó tácitamente el inciso segundo del artículo 19 de la Ley 53 de 1990 en lo atinente al grado de consanguinidad a aplicar entre el funcionario (Contralor) y el pariente nombrado o elegido de que habla dicha prohibición, según se explicó precedentemente, estando sólo inhabilitado para ser elegido Concejal el pariente en **tercer grado de consanguinidad** de quien funja como Contralor Distrital durante el tiempo para el cual fue elegido, situación que no ocurren en el sub tile, pues como quedó demostrado, el Concejal ERICH NIJINSKY PIÑA FELIX es pariente del ex contralor MARIO ANDRES MONSALVE en **cuarto grado de consanguinidad**.

Por todo lo anterior, se impone negar las pretensiones de la demanda, por lo que en virtud del principio de economía, se releva la sala de efectuar análisis adicional.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

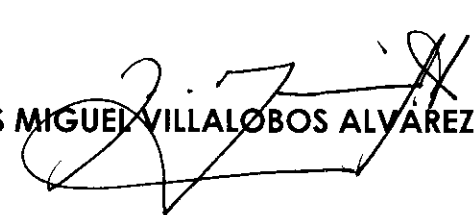
PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda en referencia, dirigidas a la declaratoria de nulidad del acto administrativo de elección del señor ERICH NIJINSKY PIÑA FÉLIX como CONCEJAL del Distrito de Cartagena de Indias, periodo 2016-2019, contenido en el formulario E-26 del 3 de diciembre de 2015 expedido por la Comisión Escrutadora Departamental, por las razones expuestas en la parte motiva.

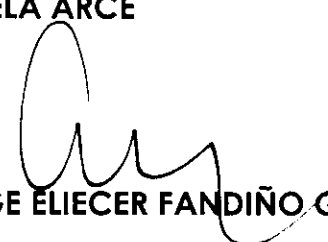
SEGUNDO: Notifíquese esta sentencia con sujeción a lo dispuesto en el artículo 289 CPACA, norma que la Secretaría General de esta Corporación deberá cumplir remitiendo además las comunicaciones allí dispuestas.

TERCERO: Cumplido lo dispuesto en el artículo 289 ibídem, previas las anotaciones de Ley, archívese el expediente.

Se deja constancia que esta decisión fue aprobada por la Sala de Decisión 03 en curso de la audiencia inicial.


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVÁREZ


JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO