



**Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico**

**TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO
SALA DE DECISIÓN ORAL- SECCIÓN B**

Barranquilla, once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Radicado	08-001-12-33-000-2019-00805-00-W
Medio de Control o Acción	Nulidad Electoral
Demandante	Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.
Demandado	Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.
Magistrado Ponente	Oscar Wilches Donado

I.- Pronunciamiento.

Procede la Sala a dictar sentencia dentro del proceso de Nulidad Electoral presentado por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023, en los siguientes términos:

II.- La demanda.

2.1.- Petitem. La parte demandante, actuando en nombre propio, ha incoado el medio de control de Nulidad Electoral, por medio del cual formula las siguientes pretensiones:

"Primero. Que es nulo, parcialmente el ACTA PARCIAL DEL ESCRUTINIO MUNICIPAL - ALCALDE, DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO, MUNICIPIO DE MALAMBO, FORMATO E-26 ALC, en página uno de dos, línea cinco, cuadro sinóptico, que dice:

*004 YAIR RAFAEL DE LA CRUZ VALERA PARTIDO CAMBIO RADICAL
18169 DICOCIOCHO MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE.*

Y página dos de dos, parte final donde (reconoce) y declara que:

En concordancia con el artículo 25 de la ley 1909 del año 2018, el candidato(a) YAIR RAFAEL DE LA CRUZ V VALERA, tendrá derecho personal a ocupar, en su orden, una curul al Concejo del municipio de MALAMBO ATLÁNTICO.

Segundo. Que es nula parcialmente el ACTA PARCIAL DEL ESCRUTINIO MUNICIPAL CONCEJO FORMATO E -26 CON, página 10 de 12, línea segunda del

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el período 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

primer cuadro sinóptico, en cuanto hace referencia al número de curules a proveer; en: 16 curules.

Tercero. *Que es nula parcialmente el ACTA PARCIAL DEL ESCRUTINIO MUNICIPAL CONCEJO FORMATO E -26 CON, página 12 de 12, última línea del cuadro sinóptico, por medio de la cual se declara elegido como Concejal De la Corporación Administrativa; Concejo Municipal De Malambo, Departamento Del Atlántico, para el período constitucional 2020-2023, al ciudadano DE LA CRUZ YAIR RAFAEL identificado con la CC No. 72.051.350, del Partido Político Cambio Radical.*

Igualmente, nula la nota final por la cual se explica y justifica las razones de la elección del mencionado ciudadano, afirmando que:

*Teniendo en cuenta que al momento de realizar la declaratoria de Alcalde el segundo candidato con mayor votación **YAIR RAFAEL DE LA CRUZ**, manifestó por escrito la decisión de aceptar la curul al CONCEJO, se asigna dando aplicación al artículo 25 de la ley 1909 de 2018. Por lo tanto, se restará una curul del número de curules a proveer.*

Cuarto. *En defecto de lo anterior se realice nuevo escrutinio, con 17 curules a proveer y se DECLARE elegido como concejal al ciudadano JAIR DE JESUS BARCELO THOMAS, perteneciente al PARTIDO CONSERVADOR COLOMBIANO.”*

2.2.- Hechos. Los expuestos por el apoderado del actor se transcriben literalmente:

Primero. *El pasado 27 de octubre del 2019, se llevaron a cabo las elecciones locales para Gobernaciones, Asambleas, Alcaldes y Concejales en todo el territorio nacional.*

Segundo. *En el municipio de Malambo resultó elegido como alcalde municipal el señor **RUMMENIGGE MONSALVE ALVAREZ**, identificado con la CC No. 72.053.180.*

Tercero. *Como segundo candidato con mayor votación a la Alcaldía, resultó el ciudadano **DE LA CRUZ YAIR RAFAEL** identificado con la CC No. 72.051.350, del Partido Político Cambio Radical.*

Cuarto. *Con fundamento en lo anterior, lo dispuesto por el artículo 25 de la ley 1909 de 2018 y la manifestación escrita, del señor **YAIR RAFAEL DE LA CRUZ**,*

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

de aceptar la curul al concejo que por ley le corresponde, se redujo de 17 a 16 el número de curules a proveer en este municipio para la corporación administrativa; Concejo Municipal de Malambo y se le asignó a este, una curul en dicha corporación.

Quinto. *Las actas de elección formatos e 26 ALC y E 26 CON, tienen fecha de noviembre 8 del 2019.*

Sexto. *No obstante lo anterior, el señor **YAIR RAFAEL DE LA CRUZ** identificado con la CC No. 72.051.350, del Partido Político Cambio Radical, se encuentra impedido, para haber sido inscrito como candidato a la Alcaldía del Municipal de Malambo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la ley 734 del 2002 en concordancia con lo dispuesto en artículo 37 de la ley 617 del 2000, por haber ejercido autoridad administrativa en su calidad de concejal, elegido para el período constitucional 2012 - 2015, dentro del mismo ente territorial y haberse retirado en Julio 19 del 2019, es decir; faltando solo tres (3) meses para la celebración de estas elecciones, cuando las normas mencionadas, exige para estas circunstancias el cumplimiento del período constitucional, para el cual fue elegido (ley 734) y no haber ejercido autoridad administrativa, los doce meses (12) meses anteriores a la fecha de la elección en el respectivo municipio, (ley 617 del 2000)*

Séptimo. *De esta forma el cargo de concejal número 17, elegido por voto popular para la Corporación Administrativa Concejo Municipal de Malambo, corresponde al ciudadano **JAIR DE JESUS BARCELO THOMAS**, por ser este el siguiente con mayor votación dentro de la lista de candidatos del PARTIDO CONSERVADOR COLOMBIANO, a quien corresponde por escrutinio y cifra repartidora, cinco (5) curules...”*

2.3.- Fundamentos de Derecho. El actor fundamenta su pretensión con base en las siguientes normas que considera violadas:

- Ley 617 de 2000, artículos 37-1 y 39-2 40.
- Ley 1437 de 2011: artículo 139, 152.8 y 164.2.a.

2.4.- Concepto de Violación. Sostiene la parte accionante que lo preceptuado en los artículos 37-1 y 39-2 40 se torna obligatorio y constituye la razón por la cual el concejal aquí demandado debió renunciar a su curul, para inscribirse como candidato a la alcaldía del mismo municipio de Malambo – Atlántico doce (12) meses antes de las elecciones a celebrarse en octubre 27 del 2019, pero solo se retiró en Julio 19 del 2019, es decir; faltando apenas (3) meses para la celebración de éstas.

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

Que la anterior actitud claramente violatoria al régimen de inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos, tipificada en el numeral 1, del artículo 48 de la Ley 734 del 2002 como falta gravísima a título de dolo y clara la descripción como impedimento en los artículos artículo 39 de la ley 734 del 2002 y artículo 37 de la ley 617 del 2000, de tal manera que estamos indefectiblemente frente a una violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, e impedimentos a título de dolo.

Por lo anterior concluye que desde la inscripción misma como candidato a la alcaldía del Municipio de Malambo Atlántico del señor YAIR RAFAEL DE LA CRUZ VALERA, este violó el régimen de inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos, además del debido proceso contenido en artículo 29 constitucional, por lo que dicha inscripción es nula de pleno derecho; corriendo igual suerte la votación obtenida en dicho comicios electorales y consecuentemente su designación o elección como Concejal del Municipio Malambo Atlántico.

III.- Actuación procesal.

La demanda fue presentada ante la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de Barranquilla y repartida el día 6 de diciembre de 2019, correspondiéndole su conocimiento al magistrado ponente de esta providencia. En la fecha, la secretaría del tribunal pasó el expediente al despacho del magistrado ponente.

A través de auto calendarado 9 de diciembre de 2019 se admitió la demanda, proveído que fue notificado por estado, y comunicado a la parte actora a su buzón electrónico el 9 de diciembre de 2019, previa consulta en la página Web del DANE del certificado del número de habitantes que actualmente tiene el Municipio de Malambo – Atlántico. El accionado se notificó personalmente el día 28 de enero de 2020, conforme consta al reverso del folio 47 del expediente.

El apoderado del demandado contestó la demanda en escrito de 17 de febrero de 2020 (folios 51 - 71). La apoderada de la Registraduría Nacional del Estado Civil contestó la demanda mediante memorial radicado en la secretaría del despacho el 5 de febrero de 2020 (folios 72 - 77). El 27 de febrero se corrió traslado de las excepciones propuestas por la parte accionada (folio 85).

Habiéndose vencido el traslado de excepciones dentro del proceso de la referencia, se pudo establecer de la revisión del expediente que la secretaría omitió notificar el auto admisorio al Presidente del Consejo Nacional Electoral, tal como se ordenó en el ordinal tercero del referido proveído, por tal motivo, mediante auto de 11 de marzo de 2020 (folio 88), se devolvió de forma inmediata el proceso de la referencia a la Secretaría de

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

esta Corporación para que diera cumplimiento a las ordenaciones efectuadas en el auto admisorio de 9 de diciembre de 2019.

Mediante auto de 30 de julio de 2020 se dispuso dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 13, numeral 1º del Decreto Legislativo 806 de 2020, al advertirse que en el asunto sub examine es posible dictar sentencia anticipada; en tales términos se procedió a incorporar las pruebas de tipo documental allegadas por los extremos procesales al expediente, y a correr traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito en los términos señalados en la referida norma, no sin antes resolver la excepción previa de “inepta demanda” formulada por la parte demandada, señor Yair Rafael de la Cruz Valera, y la de “falta de legitimidad en la causa por pasiva”, propuesta por la Registraduría Nacional del Estado Civil, declarándose impróspera la primera y prospera la segunda.

IV.- Posición de las partes.

4.1.- Parte demandada (Yair Rafael de la Cruz Valera). Se opuso a las pretensiones de la demanda incoada al considerar que las mismas carecen de fundamento jurídico, fáctico y probatorio.

Consideró que es imprescindible el cumplimiento de la carga procesal que le asiste a la parte actora de precisar y explicar el concepto de la violación de las normas jurídicas en que se sustenta la opinión de reproche del actor a fin de precisar el petitum, en otros términos, exponer razonadamente según su visión, la conexidad existente entre los hechos facticos que supone como irregulares con las normas que considera infringidas para llegar a la conclusión del por qué se debe invalidar la elección, en nuestro caso, la del concejal de Malambo (Atlántico). Esto, para no dejar de cumplir los requisitos mínimos de la demanda puesto que en ella se fija el marco jurídico y fáctico del litigio a resolver y la consiguiente función talladora del juez, con las consecuencias negativas que para el ejercicio del derecho de acción implica omitir el concepto explicativo de la violación.

Señala que la argumentación desarrollada bajo el concepto de normas violadas no entra a explicar de modo alguno cómo ocurrieron de manera concisa los hechos de la incompatibilidad y el del ejercicio de la Autoridad Administrativa; cómo estas irregularidades encajan con el hecho jurídico de las normas que supone trasgredidas.

Afirma que la parte actora no da a entender cómo llegó a la convicción de estas irregularidades; no explica las premisas o elementos de juicio para alcanzar la conclusión a que llegó; no explica cómo alcanzó al juicio final de las imputaciones que

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

hace en su demanda; cómo unió esa representación con la Ley 617 de 2000. Artículo 37.- Inhabilidades para ser alcalde y el Artículo 95 de la Ley 136 de 1994.

En otros términos, afirma que el accionante no presentó una acusación concreta contra el acto que deprecia sea declarado irrito, desconociendo así la ritualidad que ha sido decantada por el Consejo de Estado en cuanto a la imperiosa necesidad de la exposición de las normas específicamente violadas y el concepto de violación que sea pertinente a dichas normas, por cuanto éstas determinan el estudio de legalidad del acto administrativo demandado delimitando así el marco de juzgamiento.

Que de ahí que el estudio de legalidad del acto administrativo acusado bajo hechos creados superficialmente, con normas invocadas constituyen un discurso hético. Se omite así, todas las formalidades propias de la técnica jurídica que nos permite delimitar los estrictos y precisos términos del problema jurídico, requisitorias imprescindibles atendiendo a la aplicación que hay que darle al principio dispositivo que orienta la justicia administrativa.

Que no puede el juzgador -sin infringir sus competencias- entrar a valorar la eventual violación de normas superiores que no fueron indicadas con precisión y sin las pruebas respectivas, más si con contradicción con las normas que se presentan como violadas, las cuales vienen estrechamente ligadas con la decisión final del juzgador, la cual debe resultar armónica y concordante con las pretensiones formuladas en la demanda, pues en toda decisión que ponga fin a un litigio debe existir una rigurosa adecuación entre lo pedido y lo resuelto, o lo que es igual, una perfecta simetría entre el objeto de la controversia y la decisión judicial que le pone fin a la misma.

Finalmente indicó, teniendo en cuenta el principio dispositivo que orienta a la justicia administrativa, o más aún, dentro de un sistema mixto, - dispositivo e inquisitivo- en donde se concibe la función del Juez como "*longa manus* del Estado", no le está dado presentar y resolver sobre puntos no planteados en la demanda y de manera particular, en el proceso de nulidad electoral de la elección de concejal que nos ocupa, atendiendo a que está ínsito un interés público hiperestésico, dada la connotación política del fallo.

4.2.- Consejo Nacional Electoral. Señala la apoderada del Consejo Nacional Electoral que en el caso sub examine se controvierte el acto administrativo contenido en el formulario E-26, mediante el cual se declaró la elección del Alcalde Municipal de Malambo y se estableció el segundo lugar del señor Yair Rafael De la Cruz Valera, para determinar finalmente la designación de este último como concejal del municipio de Malambo - Atlántico, para el periodo 2020-2023. Lo anterior, porque en sentir del demandante, el demandado se encuentra incurso en la causal de inhabilidad contenida

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

en el numeral 5° del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, sancionada por la norma en cuestión.

Por lo anterior, la solicitud de anulación del acto de elección acusado se enmarca en la causal contenida en el numeral 5° del artículo 275 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que taxativamente señala lo siguiente:

*"(...) **Artículo 275. Causales de anulación electoral.** Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:(...)*

5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad.

(...)"

Que vistas las exposiciones anteriores, considera que el Consejo Nacional Electoral no tiene legitimación por pasiva en la causa del estudio, toda vez que este versa sobre una causal de nulidad subjetiva, esto es, aquella referente a los requisitos, calidades y condiciones de elegibilidad de los candidatos; que si bien es cierto el ordenamiento jurídico colombiano le otorga la potestad al Consejo Nacional Electoral para resolver las solicitudes de revocatoria de inscripción de candidaturas, entre otras, cuando, los candidatos se encuentren incursos en causales de inhabilidad, respecto del caso particular, es decir, de la candidatura del señor, Yair Rafael De la Cruz Valera no se presentó solicitud alguna de revocatoria de la inscripción de manera oportuna, por lo tanto, el CNE no ha hecho pronunciamiento sobre el particular por ausencia petitoria.

Es decir, que no correspondió al CNE emitir pronunciamiento alguno sobre la configuración o no de la causal de inelegibilidad endilgada, o lo que es lo mismo, no ha expedido acto administrativo alguno que deba ser defendido ante una instancia judicial.

En tal sentido, en lo que respecta al Consejo Nacional Electoral, solicita que en el fallo de instancia que debe emitirse en este asunto, se desvincule a la entidad ante la clara falta de legitimación en la causa por pasiva, debido a que no es la autoridad competente para satisfacer las pretensiones del accionante.

Por todo lo anterior, solicita se declare probada la excepción planteada, toda vez que el Consejo Nacional Electoral no es el llamado a demostrar si el candidato elegido está o

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

no está inhabilitado, pues sobre este particular nunca se pidió revocatoria de inscripción de dicha candidatura, por ende, esta corporación no se pronunció sobre la estructuración o no de esta causal inhabilitante.

4.3.- Concepto del ministerio público. El Agente del Ministerio Público delegado ante este tribunal conceptuó de fondo en los siguientes términos:

La tesis que defenderemos es la de que no hay lugar a declarar la nulidad del acto acusado. Lo anterior debido a que i) el demandado resultó declarado como concejal como consecuencia del derecho personal que a su favor estableció el estatuto de la oposición y por tanto al ponderar el caso no le resultan aplicables la causal de inhabilidad alegada; ii) además debido a que en todo caso la causal de nulidad por existencia de inhabilidad y de incompatibilidad alegada no se encuentra debidamente demostrada, dado que el demandado dentro de los doce (12) meses a la elección de alcalde no fungió en el municipio de Malambo como empleado público; y iii) el no culminar su periodo como concejal de dicho ente territorial no comporta la existencia de la causal de incompatibilidad establecida en el artículo 39 de la ley 732 de 2012.

ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

En lo que guarda relación con el derecho a una curul en el concejo al aspirante a alcalde municipal, que ocupe el segundo lugar en las votaciones, tenemos que el Acto legislativo No 02 de julio 1º de 2015 estableció lo siguiente:

"ARTÍCULO 1º. Adiciónense los incisos cuarto, quinto y sexto del artículo 112 de la Constitución Política, los cuales quedarán así:

El candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de Presidente y Vicepresidente de la Republica, Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde municipal tendrá el derecho personal a ocupar una curul en el Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Concejo Distrital y Concejo Municipal, respectivamente, durante el periodo de la correspondiente corporación. Las curules así asignadas en el Senado de la Republica y en la Cámara de Representantes serán adicionales a las previstas en los artículos 171 y 176. Las demás curules no aumentarán el número de miembros de dichas corporaciones. En Caso de no aceptación de la curul en las corporaciones públicas de las entidades territoriales, la misma se asignará de acuerdo con la regla general de asignación de curules prevista en el artículo 263."

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

Tal normativa fue desarrollada por la ley 1909 de 2018, la cual establece en su artículo 25 lo siguiente:

"Artículo 25. Curules en las corporaciones públicas de elección popular de las entidades territoriales. los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos en los cargos de Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde Municipal, tendrán derecho personal a ocupar, en su orden, una curul en las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Concejos Municipales respectivos, durante el periodo de estas corporaciones.

Con la organización política a que pertenezcan, podrán intervenir en las opciones previstas en el artículo 7° de esta ley y harán parte de la misma organización política.

*Posterior a la declaratoria de elección de los cargos de Gobernador, Alcalde Distrital y Municipal y **previo a la de las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales** y Municipales respectivamente, los candidatos que ocuparon el segundo puesto en votación, **deberán manifestar por escrito ante la comisión escrutadora competente, su decisión de aceptar o no una curul** en las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales.*

*Otorgadas las credenciales a los gobernadores y alcaldes distritales y municipales, la autoridad electoral les expedirá, previa aceptación, **las credenciales como diputados y concejales distritales y municipales a los que ocuparon los segundos puestos en la votación para los mismos cargos** y aplicará la regla general prevista en el artículo 263 de la Constitución para la distribución de las curules restantes de Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales. Si no hay aceptación de la curul se aplicará la regla general prevista en el artículo 263 de la Constitución política para la distribución de todas las curules de Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales por población.
(Negrillas son nuestras)*

De manera reciente, sobre la aplicación del derecho personal que establece la predicha normativa, a ocupar una curul de concejal por parte de quien ocupó la segunda votación en las elecciones y la posibilidad de aplicar causal de

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

inhabilidad al mismo, el honorable Consejo de Estado¹ se pronunció en sentencia de tutela por medio del cual ordena a la sección Quinta rehacer su sentencia, fijando el precedente a seguir en los siguientes términos:

"...En efecto, el artículo 3 de la Ley 1909 de 2018 regula que: «[...] De conformidad con los artículos 40 y 112 de la Constitución Política, la oposición es un derecho fundamental autónomo que goza de especial protección por el Estado y las autoridades públicas. [...]».

La categoría de «derecho fundamental autónomo de la oposición» al que ha sido encumbrado el ejercicio efectivo del disenso, responde a la necesidad de garantizar en el ordenamiento jurídico colombiano un amplio marco de la democracia política, el cual facilita el despliegue de antagonismos, no como enemigos, sino como contradictores políticos, con la posibilidad constitucional de que los actores políticos puedan utilizar los nuevos escenarios para desplegar estrategias públicas y con reglas de juego que garantizan la solución pacífica de las grandes discrepancias nacionales e intereses contrapuestos².

La naturaleza «autónoma» del derecho de la oposición es precisamente el punto de realce o plus de su fundamentalidad, entre otras razones, porque: (i) No depende de ningún otro derecho (conexidad, simultaneidad, etc.). (ii) Es singular porque es único, diferente. (iii) Es novedoso porque es de reciente data, a partir de la Ley 1909 de 2018. (iv) Es integral, pleno o completo y por tanto minimiza cualquier intervención o confluencia con otras normas que desvirtúen su esencia con el pretexto de llenar vacíos. (v) Prima facie, no es permeable a otras regulaciones constitucionales o legales de carácter restrictivo. (vi) Tiene un titular claramente identificado. (vii) Un objeto de protección delimitado. (viii) La protección es por vía directa lo que incluye la tutela.

Este marco autoriza al juez de tutela para analizar el caso con los parámetros antes indicados puesto que se trata de un derecho fundamental

¹ Ver entre otras Sentencia de 26 de agosto de 2004, Exp. 3435 y del 24 de febrero de 2005, Exp. 3469. Sentencia Sala Plena 13 de febrero de 2007, Radicación número: 11001-03-15-000-2006-01025-00(PI).

² La filósofa y politóloga belga Chantal Mouffe precisa lo siguiente: «[...] Concibo “lo político” como la dimensión de antagonismo que considero constitutiva de las sociedades humanas, mientras que entiendo a “la política” como el conjunto de prácticas e instituciones a través de las cuales se crea un determinado orden, organizando la coexistencia humana en el contexto de la conflictividad derivada de lo político [...] La dimensión antagónica está siempre presente, es una confrontación real, pero que se desarrolla bajo condiciones reguladas por un conjunto de procedimientos democráticos aceptados por los adversarios [...]» (ver: Chantal Mouffe. En torno a lo político. Fondo de la Cultura Económica, Buenos Aires, 2007. pp. 16, 28)

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

autónomo que «goza de especial protección por el Estado y las autoridades públicas».

LA CURUL COMO DERECHO PERSONAL -ART. 112, CONSTITUCIONAL-

Es notoria la evolución que ha tenido el artículo 112, constitucional, el que en su redacción original garantiza los derechos de la oposición, que se resume en el libre ejercicio de la función crítica al Gobierno y la posibilidad de plantear y desarrollar alternativas políticas. Esta disposición fue modificada por el artículo 5.º del Acto Legislativo 1 de 2003, que, con algunos cambios, básicamente sigue la misma línea de garantía de los derechos de la oposición.

El verdadero y significativo avance cualitativo de los derechos de la oposición es evidente en los incisos adicionados por el artículo 1.º del Acto Legislativo 2 de 2015, que constitucionalmente garantiza el «derecho personal» a ocupar una curul del candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de presidente y vicepresidente de la República.

En ese orden de ideas, la reforma constitucional introducida a través del Acto Legislativo 02 de 2015 y su respectiva reglamentación mediante la Ley 1909 de 2018, propende por el fortalecimiento de la democracia, para que las críticas, el disentimiento, la fiscalización y el control sobre la gestión del gobierno se lleven a cabo por medio de los candidatos que obtuvieron la segunda mejor votación, en representación de un electorado que los respaldó a través de un movimiento o partido político.

(...)

El «derecho personal» de linaje constitucional que consagra el artículo 112, acompañado con el «derecho fundamental autónomo» de la oposición, analizado en acápite anterior, tiene varias características que resultan pertinentes rotular en esta sentencia de tutela para efectos de la ponderación que más adelante se realizará. Veamos (se reitera):

1) Es singular, porque es único e incomparable con cualquier otro derecho político.

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

- 2) *Es personal, lo cual significa que es intransferible, que puede ser aceptado o no, sin que ello tenga consecuencias, por ejemplo, supuesta pérdida de investidura.*
- 3) *Es autónomo porque no depende de ninguna otra circunstancia diferente a la de haber obtenido la segunda votación en las elecciones presidenciales.*
- 4) *Es novedoso porque es de reciente data y por tanto no existen antecedentes constitucionales, pocos desarrollos jurisprudenciales o doctrinales.*
- 5) *Es un derecho integral o pleno, lo cual significa que no requiere de normas constitucionales o legales que lo apoyen o lo limiten, con el pretexto de llenar vacíos.*
- 6) *No es permeable a otras regulaciones constitucionales o legales de carácter restrictivo*
- 7) *Tiene un titular claramente identificado.*
- 8) *Su objeto de protección es delimitado.*
- 9) *Es susceptible de protección directa por la vía de la acción de tutela.*

LA PONDERACIÓN PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO.

La sentencia de nulidad electoral proferida el 25 de abril de 2019 por la Sección Quinta del Consejo de Estado se fundamenta esencialmente en que en el acto legislativo de 2015 guardó silencio respecto de la aplicación del régimen de doble militancia. Para ello puntualizó dos razones: (i) El derecho personal que tiene el candidato a la curul en el senado en virtud del artículo 112, superior, no puede «tenerse como excepción al régimen de la doble militancia, dado que las normas constitucional y legal no establecieron ninguna limitación en este sentido». (ii) El Acto Legislativo 2 de 2015 no incluyó modificación al régimen de la doble militancia, «por lo cual es claro que también es aplicable a los candidatos a estos cargos públicos».

Es evidente que la sentencia de nulidad electoral cuestionada presenta una interpretación sistemática de las normas constitucionales bajo el supuesto de que, por un lado, el silencio implica un vacío normativo el cual debe llenarse y, del otro, que las normas constitucionales no tienen jerarquías formales en su interior.

Al respecto el juez de tutela considera que si bien es cierto no existen jerarquías formales, sí es verdad que se han construido jerarquías

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

interpretativas³ o axiológicas⁴, en las que la ponderación resulta el ejercicio hermenéutico más útil para resolver casos difíciles como el que nos ocupa.

Para tal efecto, lo primero que debemos señalar es que en la Constitución Política de Colombia no hay un monismo sino pluralismo de fines⁵. Por ello, no podría decirse que los fines perseguidos por las normas que prohíben la doble militancia es absolutamente transversal o aplicable a una institución singular como la que corresponde a la curul prevista en el artículo 112, superior. De allí que sea necesario realizar la ponderación o balanceo de valores, principios e intereses que en un momento determinado pueden resultar contrapuestos.

(...)

Al hacer el ejercicio de ponderación para este juez de tutela, el resultado de la ecuación es favorable al amparo del «derecho fundamental autónomo» y por tanto debe retroceder la prohibición de la doble militancia. Las principales razones son las siguientes:

1) Las causales constitucionales de inhabilidad e incompatibilidad son de carácter taxativo (art. 197, 179, y demás normas concordantes). *La jurisprudencia ha indicado que el legislador no tiene competencia para modificar los límites fijados directamente por el constituyente, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-540 de 2001. A fortiori, **al juez de la nulidad electoral no le es dado extender las causales de inhabilidad constitucionales bajo los supuestos del silencio o vacío que no es aplicable cuando se trata de un «derecho fundamental autónomo», el cual se destaca por la singularidad e integridad o plenitud.***

2) (...)

3) La singularidad y novedad del «derecho fundamental autónomo» de la oposición del cual se deriva el «derecho personal» a ocupar una

³ Ver LÓPEZ MEDINA, Diego. Interpretación judicial. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2ed. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006. p. 39

⁴ «[...] Además, casi todos parecen suponer que las relaciones jerárquicas preexisten a la interpretación, de manera que los intérpretes no pueden hacer más que tomar nota de ellas. No obstante, las cosas no son tan simples. Si echamos un vistazo desencantado, será evidente que algunas relaciones jerárquicas no son “halladas”, sino más bien creadas por los intérpretes. Es este el caso, por ejemplo, de la relación axiológica que subsiste entre los principios fundamentales o generales y las normas específicas o de detalle. Es este el caso, también, de la relación entre la Constitución y ciertos principios “supraconstitucionales” que, según la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales, de ninguna forma pueden ser exceptuados o modificados: ni siquiera con el procedimiento de revisión constitucional [...]». Riccardo Guastini, *Las fuentes del derecho, fundamentos teóricos*, 2.ª ed., trad. César E. Moreno More, Lima, Legales Ediciones, 2017, p. 376.

⁵ Diego López Medina, op cit. p. 41

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

*curul en la Cámara de Representantes, regulado en el artículo 112, superior, **deshabilita las interpretaciones restrictivas que puedan desnaturalizar la fundamentalidad otorgada por el ordenamiento jurídico y político.***

4) El sistema político del Estado colombiano requiere de pesos y contrapesos en permanente equilibrio en aras de garantizar la democracia y las libertades, en este sentido, la curul que ocupaba la ciudadana Robledo Gómez resulta relevante para alcanzar tal fin.

5) La integralidad o plenitud de la regulación constitucional del «derecho fundamental autónomo» de la oposición, impide que, so pretexto de silencios o vacíos normativos, se extiendan inhabilidades o sanciones hasta el absurdo, verbi gratia, de predicar la pérdida de investidura de quien no se posesiona en uso del «derecho personal» otorgado por el artículo 112, superior.” (negritas son nuestras)

En consecuencia, al unísono con el precedente judicial expuesto líneas atrás, es del caso afirmar que dado el carácter de derecho fundamental que tiene la parte demandada a ocupar una curul en el concejo de Malambo, como consecuencia de haber ocupado el segundo lugar en los comicios, no es posible, luego de una adecuada ponderación, predicar la existencia de las inhabilidades a que alude la parte demandante, ya que las mismas no fueron consagradas en el Estatuto de la oposición, y por lo tanto no procede su aplicación predicando la existencia de un vacío normativo, pues ello implicaría violar el principio de taxatividad y menoscabar el derecho fundamental del demandado a tener la posibilidad de ejercer oposición al alcalde electo.

Ahora, en el evento de considerarse que el precedente expuesto no es aplicable por alguna razón al caso en concreto, es del caso señalar que de un análisis de la normativa que consagra las causales de inhabilidad e incompatibilidad alegadas, y de los hechos probados en el presente proceso, es dable a inferir que las mismas no se verifican en el caso concreto por las razones que pasamos a exponer seguidamente.

La ley 617 de 2000, establece el régimen de inhabilidades alegado por la actora así:

“Artículo 37.- Inhabilidades para ser alcalde. El Artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así: Artículo 95.- Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

1. *Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.*

2. **Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien, como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.”** (Negrillas son nuestras)

*La inhabilidad establecida en el numeral segundo de la norma precitada va dirigida a que no se puede presentar como candidato a la alcaldía municipal aquella persona que dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido **como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar en el respectivo municipio.** En este punto bueno es recordar que el acto demandado se refiere a la declaratoria de elección de un concejal, al paso que la normativa cuya nulidad se expone por la parte actora se refiere a inhabilidad para el cargo de alcalde.*

*Corresponde además señalar que dicha causal, cuya interpretación es restrictiva, no aplica a quienes se hayan desempeñado como concejales, dado que los mismos, **no ostentan la calidad o condición establecida en el precepto normativo,** esto es que no son empleados públicos. El anterior aserto encuentra respaldo constitucional en lo establecido en el artículo 312 de la C.P que señala que “...Los **concejales no tendrán la calidad de empleados públicos.**”*

En cuanto a la alegada existencia de la incompatibilidad del demandado al no haber culminado su periodo como concejal para el periodo 2016-2019, nos permitimos inicialmente traer en cita la norma que el actor estima como violada; esto es el artículo 39 de la ley 734 de 2002, el cual establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 39. OTRAS INCOMPATIBILIDADES. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. *Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido*

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período: a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos; b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia”

Al respecto, conceptuamos que la incompatibilidad va dirigida a que durante el periodo como concejal y hasta que finalice el mismo, el concejal no pueda realizar alguna de las actividades enlistadas en los numerales 1 y 2; situaciones cuya ocurrencia no ha sido probada en el caso concreto, ya que aluden a situaciones disimiles a las planteadas por la parte actora; la cual, hemos de recordar, señala que el demandado incurre en la incompatibilidad, debido a que ejerció jurisdicción como autoridad administrativa desde el momento de su elección y debió hacerlo hasta terminado legalmente su periodo, de manera tal que no podía inscribirse como candidato a la alcaldía antes de la culminación de su periodo como concejal.

El supuesto fáctico puesto de presente por la parte actora, esto es inscribirse un concejal actual como candidato a la alcaldía municipal, evidentemente no se encuentra tipificado en la normativa precitada como causal de incompatibilidad, sobre todo si se atiende que en caso de resultar aquel elegido como alcalde no habría simultaneidad en el ejercicio del cargo, dado que en ese evento la posesión, ora como alcalde, u ora como concejal por derecho personal del Estatuto de la oposición, no es coincidente con el periodo anterior, al verificarse la misma en el año 2020, esto es en fecha posterior al vencimiento del periodo de concejal correspondiente al cuatrienio 2016-2019.

En conclusión, se tiene que, en el caso concreto, las causales de nulidad alegadas por la parte actora no se encuentran debidamente demostradas, y en consecuencia debe mantenerse incólume el acto administrativo demandado, al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad de este...”

V.- Consideraciones de la Sala.

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

4.1.- Competencia. De conformidad con lo dispuesto en el *en el numeral 8º del artículo 152⁶ de la Ley 1437 de 2011*, esta Sala es competente para conocer en primera instancia de la acción pública electoral propuesta por el ciudadano Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020-2023.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el DANE, en cumplimiento de su misión institucional prevista en el Decreto No. 262 de 2004, informa que la población proyectada a 30 de junio de 2020 del municipio de Malambo – Atlántico, es como sigue⁷:

			POBLACIÓN		
DEPARTAMENTO	DPMP	MUNICIPIO	TOTAL	CABECERA	RESTO
Atlántico	08433	Malambo	131.064	123.605	7.459

4.2.- Del Asunto Objeto de Debate. Conforme la sinopsis fáctica puesta de presente por la parte actora en el libelo incoatorio, así como la postura asumida como mecanismo de defensa por la parte accionada, corresponde a esta Sala determinar si en el caso sub examine debe declararse la nulidad de la elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico, cargo al cual accedió de conformidad con lo preceptuado en el artículo 25 de la ley 1909 de 2018, por haber obtenido la segunda votación para el cargo de alcalde del referido ente territorial; lo anterior, al estructurarse la causal de incompatibilidad e inhabilidad establecidas en los artículos 39-1 de la Ley 734 de 2002 y 37-2 de la Ley 617 de 2000, al inscribirse como candidato a la alcaldía del mismo municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020-2023, sin haber renunciado a su curul de concejal de dicho municipio doce (12) meses antes de las elecciones a celebrarse en octubre 27 del 2019.

4.3.- Del material probatorio allegado al proceso. Fueron allegaron al expediente como medios de pruebas los siguientes:

⁶ **ARTÍCULO 152. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA.** Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...)

8. De la nulidad del acto de elección de contralor departamental, de los diputados a las asambleas departamentales; de concejales del Distrito Capital de Bogotá; de los alcaldes, personeros, contralores municipales y miembros de corporaciones públicas de los municipios y distritos y demás autoridades municipales con setenta mil (70.000) o más habitantes, o que sean capital de departamento. El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas – DANE. La competencia por razón del territorio corresponde al Tribunal con jurisdicción en el respectivo departamento.

(...)

⁷ Conforme consulta efectuada en <https://systema39.dane.gov.co/certif/gencert>

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

1.- Petición formal ante la Registraduría Nacional del Estado Civil fechada 12 de noviembre de 2019, con el fin de obtener la siguiente información:

"Primero. Copia del acta final de conteo de votos (formato E - 26 del CNE) o relación de conteo final de votos por partido y candidatos.

Segundo. Relación de los candidatos que obtuvieron curul en la Corporación Concejo Municipal de Malambo, para el período constitucional 2020-2023.

Tercero. Expedir copia autentica de la credencial de concejal entregada al señor YAIR DE LA CRUZ, para el período constitucional 2020-2023

Y me certifique que:

Primero. El señor, JAIR DE IA CRUZ, perteneciente al partido político CAMBIO RADICAL, acepto la curul de concejal de este municipio por haber sido segundo en votación al cargo de Alcalde Municipal De Malambo.

Segundo. Certificar si el señor JAIR DE LA CRUZ, perteneciente al partido político CAMBIO RADICAL, había sido elegido Concejal del Municipio de Malambo, para el período constitucional 2016-2019, y hasta que fecha desempeñó dicho cargo.

2.- Oficio RMM - 0910 0237 de noviembre 15 del 2019 y sus anexos, descritos así:

- FORMA E-26 ALC; de noviembre 8 del 2019; Acta Parcial Del Escrutinio y declaratoria de elección de Alcalde Municipal de Malambo.
- FORMA E-26 CON; de noviembre 8 del 2019; Acta Parcial Del Escrutinio Municipal - Concejo y DECLARATORIA DE ELECCION.
- FORMA E-26 Con; de noviembre 1 del 2015, Resultado del Escrutinio - Escrutinio Municipal - Elecciones de Concejo y DECLARATORIA DE ELECCION, dentro de la cual aparece elegido para el período constitucional 2016-2019 el señor YAIR DE LA CRUZ.
- Oficio No. 195/2019, de diciembre 2 del 2019, Del Concejo Municipal de Malambo, por el cual certifica la fecha de retiro como concejal del señor Yair de la Cruz.

En Oficio N°195/2019 de 2 de diciembre de 2019 (folio 36), suscrito por el Presidente del Concejo Municipal del Malambo – Atlántico, consta que:

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

"...El señor YAIR DE LA CRUZ VARELA, identificado con la cedula de ciudadanía 72.051.350 de Malambo, el 19 de Julio de 2019 a las 5:00 pm; presentó carta de renuncia al Concejo de Malambo de manera irrevocable al cargo de concejal del periodo 2016-2019 por el Partido Cambio Radical, miembro de la Comisión de Hacienda y Presupuesto; como la Corporación Concejo Municipal de Malambo se encontraba en receso se le dio traslado de dicha renuncia al despacho del Alcalde Municipal de Malambo a través del oficio 114-2019 atendiendo a lo preceptuado en el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012 modificadorio del artículo 91 inciso 8 de la Ley 136 de 1994.

El Alcalde del Municipio de Malambo a través del Decreto 188 del 23 de julio de 2019; por medio del cual se acepta la renuncia de un concejal, se declara la vacancia absoluta de la curul y se dispone el procedimiento para su sustitución en el Concejo Municipal de Malambo-Atlántico. Anexo 5 folios..."

4.4.- Solución del Asunto. Conforme la delimitación del problema jurídico establecida en acápite anterior, corresponde a la Sala decidir si en el caso concreto debe declararse probada alguna de las causales de nulidad demandadas por la parte actora, al incurrirse en inhabilidad o incompatibilidad para el ejercicio del cargo de alcalde y por consiguiente de concejal, al haberse inscrito el señor YAIR DE LA CRUZ VARELA como candidato a la alcaldía del mismo municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020-2023, sin haber renunciado a su curul de concejal de dicho municipio doce (12) meses antes de las elecciones a celebrarse en octubre 27 del 2019.

A efectos de darle solución al asunto sub examine, procederemos al análisis de las normas constitucionales y legales aplicables. Sobre el particular, la Constitución Política consagra:

«ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (...)».

«ARTICULO 312. <Artículo modificado por el artículo 5 del Acto Legislativo 1 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> En cada municipio habrá una corporación político-administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva. Esta corporación podrá ejercer control político sobre la administración municipal.

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

La ley determinará las calidades, inhabilidades, e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos.

La ley podrá determinar los casos en que tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones.

Su aceptación de cualquier empleo público constituye falta absoluta».
(Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con los anteriores preceptos constitucionales, los concejales son servidores públicos como miembros de una corporación pública pero no tienen la calidad de empleados públicos. A su vez, la Carta Política establece:

«ARTÍCULO 179. (...)

8. Nadie podrá ser elegido para más de una Corporación o cargo público, ni para una Corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente». (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, la Ley 136 de 1994, «Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios», establece:

«ARTÍCULO 44. INELEGIBILIDAD SIMULTÁNEA. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

Los concejales en ejercicio que aspiren a ser congresistas deben renunciar a su investidura antes de la fecha de la inscripción de su candidatura».

Es importante tener en cuenta que la Ley 617 de 2000, «Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional», expresa:

«ARTÍCULO 37. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

"ARTÍCULO 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:(...)

2.- Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien, como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. (...)

«ARTÍCULO 41. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONCEJALES. Adicionase el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, con los siguientes numerales: (...)

"5o. Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio".

«ARTICULO 43. DURACION DE LAS INCOMPATIBILIDADES. El artículo 47 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

"ARTÍCULO 47. Duración de las incompatibilidades. Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión».

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia de fecha 13 de mayo de 2005, expediente N° 3588, Magistrado Ponente: Darío Quiñones Pinilla, afirma:

«Para la Sala es claro que la causal de inelegibilidad del numeral 2° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no se aplica al Alcalde que se haya desempeñado como Concejal dentro de los doce meses anteriores a la fecha de su elección, por cuanto el Concejal no tiene la calidad de empleado público.

En efecto, el artículo 123 de la Carta Política adopta la denominación genérica de servidores públicos para referirse a las personas que prestan sus servicios al Estado. Según esa norma, los servidores públicos comprenden las siguientes

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

categorías: la de los miembros de las corporaciones públicas, la de los empleados públicos y la de los trabajadores oficiales.

Quiere decir lo anterior que el concepto de servidores públicos es genérico y está integrado por las especies ya señaladas.

De manera que el Concejal, según el artículo 123 de la Carta, es un servidor público de la especie miembro de corporación pública, pues, además, expresamente el artículo 312 ibídem señala que no tiene la calidad de empleado público, lo cual está en armonía con lo ya dicho, dado que los empleados públicos son otra especie del género servidores públicos.

En ese orden de ideas, una correcta interpretación de la inhabilidad para ser Alcalde cuando ha desempeñado el cargo de Concejal debe armonizarse con el artículo 312 constitucional, que define la naturaleza jurídica del cargo de Concejal, excluyéndoles la calidad de empleados públicos a los Concejales.

En consecuencia, los Concejales son servidores de elección popular directa que no tienen la calidad de empleados públicos. Por lo tanto, la causal de inelegibilidad de los Alcaldes que consagra el del numeral 2º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no se refiere a los Concejales sino a los servidores que son empleados públicos». (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con la sentencia del Consejo de Estado, anteriormente señalada, los concejales son servidores de elección popular que no poseen la calidad de empleados públicos; por tal motivo, la causal de inelegibilidad de los alcaldes prevista en el numeral 2º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modifica el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no hace referencia a los concejales sino a los servidores que son empleados públicos.

De igual forma, la Máxima Corporación de lo Contencioso, respecto a la inhabilidad del Presidente del Concejo para ser Alcalde, expresó⁸:

«2.4. El ejercicio de autoridad política, civil y administrativa por parte de los concejales y del Presidente del Concejo.

Ha sostenido la Sección⁹, que la función administrativa de concejal y el

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación número: 68001231500020040043901, Radicación interna número 3765, Sentencia de abril 6 de 2006, Consejero Ponente: Reinaldo Chavarro Buritica.

⁹ Sentencia C-093 de 1994, Magistrados Ponentes: José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara.

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

desempeño de la presidencia del cabildo, no invisten a quienes la ejercen de autoridad civil o política ni de cargo de dirección administrativa, porque el concejal no es, por definición constitucional, empleado público sino un servidor público sujeto a las responsabilidades que la ley le atribuye, y porque los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994, que definen la autoridad civil, política y dirección administrativa respectivamente, señalan quienes las ejercen a nivel municipal y resulta claro que el concejal no es titular de aquellas ni de esta; que tampoco está investido de ellas el Presidente del cabildo, por cuanto las funciones administrativas que desempeña en razón de esa dignidad, las ejerce a título de concejal y porque de no ser así se presentaría distinta situación inhabilitante para los concejales directivos del cabildo y los restantes miembros de esa corporación, pues si tuvieran aquellos la autoridad política o la dirección administrativa que les atribuyen los demandantes no serían reelegibles para el Concejo, por efecto de la inhabilidad consagrada en el artículo 43, numeral 2° de la Ley. 136 de 1994, en tanto que los demás cabildantes sí pueden ser reelegidos, lo que llevaría a que los concejales no aceptaran cargo alguno en la mesa directiva de la corporación en los seis meses anteriores a la nueva elección de cabildantes». (Subraya fuera de texto)

Conforme lo anteriormente expuesto, el concejal no se encuentra incurso en las causales de inhabilidad establecidas en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, el cual fue modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000 siempre y cuando los periodos no coincidan en el tiempo; en consecuencia, quien se desempeña como concejal municipal y aspira a ser elegido alcalde del mismo municipio, no requiere renunciar al cargo de Concejal, por cuanto, se reitera, no tiene la calidad de empleado público, siempre y cuando los periodos no coincidan en el tiempo.

Tal como se dispuso en acápite de pruebas, el señor Yair de la Cruz Varela presentó carta de renuncia al Concejo de Malambo de manera irrevocable al cargo de concejal del periodo 2016-2019 por el Partido Cambio Radical el 19 de Julio de 2019 a las 5:00 pm, renuncia que fue aceptada por el Alcalde del Municipio de Malambo a través del Decreto 188 del 23 de julio de 2019; ahora, la elección del accionado como concejal del referido municipio se produjo el día viernes 08 noviembre do 2019 a las 4:05 PM, para el periodo 2020-2023, conforme el Formulario E-26 CON visible a folios 11 a 22 del expediente, con lo que se demuestra que los periodos para los cuales resultó elegido no coinciden en el tiempo.

La anterior argumentación aplica igualmente para despachar negativamente el cargo conforme el cual, se configuró con la elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico, la incompatibilidad establecida en

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

el artículo 39 de la ley 734 de 2002¹⁰, teniendo en cuenta que esta hace referencia a la incompatibilidad de los concejales para desempeñar cargos públicos, situación que no se presenta en el asunto *sub examine*, teniendo en cuenta que el accionado no ostenta de forma concomitante el cargo de concejal (categoría de servidor público), y un cargo público, de conformidad con la categorización que establece el artículo 123 de la Constitución Nacional.

4.5.- Conclusión. En razón a lo anterior, en el asunto *sub examine*, no se configuraron las causales de inhabilidad señaladas en el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, por no materializarse los elementos inhabilitantes para aspirar al cargo de concejal, así como la causal de incompatibilidad establecida en el artículo 39 de la ley 734 de 2002; lo anterior, al no ostentar el accionado, señor Yair Rafael de la Cruz Valera, la calidad de empleado público como lo afirma el demandante.

Por todo lo expuesto, se negarán las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023.

V.- Decisión.

¹⁰ **ARTÍCULO 39. OTRAS INCOMPATIBILIDADES.** <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período: ...”

Expediente No. 08001-23-33-000-2019-00805-00-w

Acción: Nulidad Electoral.

Accionante: Armando de Jesús Torregrosa Cabrera.

Accionado: Elección de Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico.

Fallo: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Atlántico, en Sala Oral de Decisión - Sección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:


Primero. - Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral incoada por el señor Armando de Jesús Torregrosa Cabrera contra el acto de elección del señor Yair Rafael de la Cruz Valera como concejal del municipio de Malambo – Atlántico para el periodo 2020- 2023. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

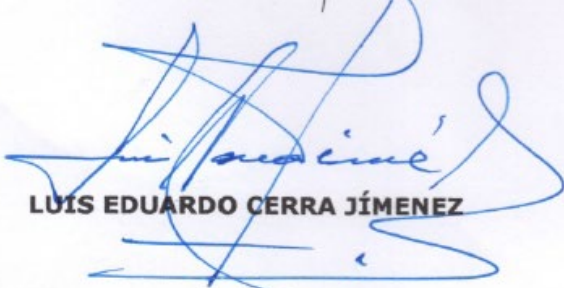
Segundo. - Notificar esta sentencia a las partes y al Agente del Ministerio Público delegado ante el tribunal.

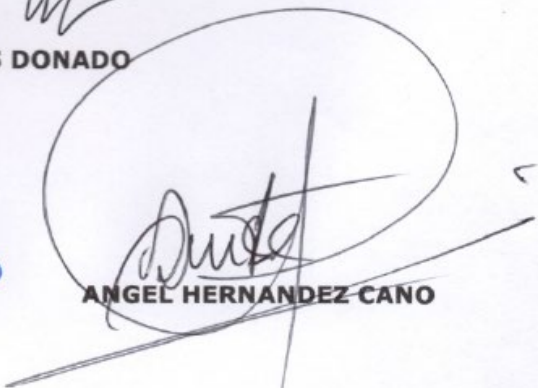
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

Los Magistrados


OSCAR WILCHES DONADO


LUIS EDUARDO CERRA JÍMENEZ


ANGEL HERNANDEZ CAÑO