



Bogotá D.C., 30 de enero de 2020

Concepto No. 0013

Doctora
ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada Sustanciadora
Consejo de Estado - Sección Quinta
E. S. D.

RADICACIÓN N°: 11001-03-28-000-2020-000011-00

DEMANDANTE: JOSÉ BASANTE MUÑOZ

DEMANDADO: BUANERGES FLORENCIO ROSERO – GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL PUTUMAYO 2020-2023

Respetada señora Magistrada:

Dentro del término concedido por auto de 23 de enero de 2020, intervengo como agente del Ministerio Público dentro del trámite de solicitud de medida cautelar de suspensión provisional del acto de elección del demandado como Gobernador del Putumayo para el período 2020-2023.

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos

1.1.1. El 27 de octubre de 2019 se celebraron las elecciones para la escogencia de mandatarios departamentales, distritales y municipales.

1.1.2. En el departamento del Putumayo se declaró como gobernador a **BUANERGES FLORENCIO ROSERO PEÑA**.

1.1.3. Desde el 12 de enero de 2016 y, por lo menos hasta el 2 de diciembre de 2019 –fecha de expedición de la certificación que obra en el proceso- **MARÍA**



YANNETH ROSERO PEÑA desempeñaba el cargo de libre nombramiento y remoción denominado profesional especializado, código 2028, grado 19, área funcional: **control interno, de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía.**

1.2. Argumentos y normas que sustentan la solicitud de la medida cautelar

En un acápite de la demanda, el ciudadano **BASANTE MUÑOZ** presentó solicitud de suspensión provisional del acto por medio del cual se declaró la elección de **BUANERGES FLORENCIO ROSERO PEÑA** como gobernador del Putumayo.

Según el demandante, el gobernador electo **ROSERO PEÑA** estaba incurso en la inhabilidad del numeral 5º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, por cuanto **MARÍA YANNETH ROSERO PEÑA, hermana del demandado**, desde el 12 de enero de 2016 ocupa el cargo de profesional especializado, código 2028, grado 19, área funcional: control interno, de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía, cuya jurisdicción está en el departamento del Putumayo, por lo que **desde dicha fecha ejerce autoridad administrativa y tiene potestad sancionatoria**, lo que impedía que su hermano fuera electo gobernador, en tanto aquella ejercía autoridad al momento de la elección de aquel.

II. CONSIDERACIONES DE LA PROCURADURÍA SÉPTIMA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO

2.1. Problema jurídico

Corresponde determinar si es procedente la suspensión provisional del acto de elección de **BUANERGES FLORENCIO ROSERO PEÑA** como gobernador del Putumayo 2020-2023, por estar inhabilitado con fundamento en la causal consagrada en el numeral 5º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, por el ejercicio de **autoridad administrativa** por parte de **MARÍA YANNETH ROSERO PEÑA**, de quien se dice es su hermana.



2.2. Suspensión provisional

Esta Delegada ha sostenido que una de las más importantes modificaciones que se introdujo al Código Contencioso Administrativo fue en cuanto al tema de la suspensión provisional de los actos administrativos y electorales, en tanto se hizo una regulación que cambió la teleología frente a la procedencia de esta medida cautelar.

No es necesario ahondar en este aspecto, en tanto el Consejo de Estado, pero específicamente la Sección Quinta, ha analizado a profundidad el asunto para señalar las condiciones y requisitos que se deben agotar para la procedencia de esta.

En ese orden, por ejemplo, se indicó que, si bien tratándose de la medida cautelar del acto electoral no se reguló la medida provisional de urgencia, nada se opone para que la misma se decrete cuando se cumplan los requisitos para ello, en los términos del artículo 234 del CPACA.

Igualmente, el legislador no previó un traslado previo de la solicitud de medida cautelar. Sin embargo, la Sección Quinta, en aras de revestir de mayores garantías al demandante y partes intervinientes, encontró que nada se oponía a dar traslado de la solicitud de medida, antes de ordenar la admisión de la demanda, para escuchar a unos y otros sobre la procedencia de esta, la cual debe ser decidida en el auto admisorio. Por tanto, se ha acudido al artículo 233 del CPACA para ordenar el traslado allí previsto.

En consecuencia, la mayoría de la Sala Electoral corre el traslado de esta solicitud y luego decide sobre la misma en el auto admisorio. Diferencia con los otros medios de control regulados en el CPACA, en tanto, en el resto de los procesos declarativos la solicitud de medida cautelar se puede hacer en cualquier momento.

En cuanto a los requisitos que se deben observar para que se suspenda un acto electoral se ha indicado que: “i) La medida cautelar se debe solicitar (no es oficiosa), ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo



que el actor sustente en escrito separado presentado con esta u otro posterior, siempre y cuando se pida antes de admitir la misma. Lo anterior exige que la petición contenga una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el mismo concepto de violación. ii) Que la infracción al ordenamiento jurídico surja de la valoración que se haga al confrontar el acto con las normas invocadas por el actor, desde esta instancia procesal, es decir, cuando el proceso apenas comienza. iii) Para ello pueden emplearse los medios de prueba aportados por el interesado”.¹

Igualmente, se ha advertido que, para resolver la solicitud de medida cautelar, el juez de lo contencioso “...debe efectuar un estudio, un análisis de los argumentos expuestos y confrontarlos junto con los elementos de prueba arrojados al proceso para llegar al convencimiento sobre la procedencia o no de la medida, a diferencia de lo que ocurría en vigencia del artículo 152 del C.C.A., en donde la infracción debía ser **manifiesta**”² (negrillas del texto original que se transcribe).

En consecuencia, con las pruebas presentadas en la demanda y los argumentos expuestos para solicitar la medida cautelar, al juez le corresponde efectuar un **juicio previo de legalidad**, el cual es provisional y, por tanto, puede variar al resolver el asunto de fondo, según la dinámica del proceso, razón por la que el artículo 229 del CPACA señala que la decisión sobre la medida cautelar no implica **prejuzgamiento**.

A partir de ese análisis, la medida cautelar se puede decretar en el auto que admita la demanda si i) del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas se advierte violación de las mismas; o, ii) si del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, se demuestra que el acto es contrario al ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, corresponde analizar el cargo en que se sustenta la solicitud de la medida cautelar y las pruebas allegadas, para determinar su procedencia.

¹Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto de 09 de abril de 2015. Radicación: 19001-23-33-000-2015-00044-01. Demandante: Luis Guillermo Céspedes Solano. Demandada: Paola Andrea Umaña Aedo. Rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca. Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro.

² Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto 18 de febrero de 2015. Radicación número: 11001 03 28 000 2015 00003 00. Actor: Nación-Ministerio de Educación Nacional. Demandado: Jaime Alberto Leal Afanador. Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro.



2.3. Análisis del caso concreto

Como se indicó en el acapite anterior y a la luz del criterio jurisprudencial expuesto, para el Ministerio Público es claro que la solicitud de suspensión del acto electoral acusado que presentó el ciudadano **BASANTE MUÑOZ** carece de respaldo probatorio que, permita en este estado procesal, tener la certeza sobre si se configura la inhabilidad que se alega como fundamento de la medida cautelar.

Veamos:

El argumento en que se soporta el requerimiento de la medida cautelar, está en que el electo gobernador del Putumayo estaba inhabilitado porque **su hermana**, dentro de los 12 meses anteriores a la elección, ejerció autoridad administrativa en dicho departamento, por ocupar, desde el año 2016, el cargo de profesional especializado de control interno en la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía, según certificación que obra en el proceso.

No obstante, de las pruebas que aportó el demandante, no es posible para el Ministerio Público tener la certeza sobre la configuración de la inhabilidad que se alega, en tanto se carece de una prueba esencial para demostrar uno de los elementos que configuran esta causal.

En los términos del artículo 30, numeral 5 de la Ley 617 de 2000 la causal que se alega en el presente caso es del siguiente contenido:

“Artículo 30. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador:

“5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.



En ese orden, la jurisprudencia de la Sección Quinta ha señalado como elemento de esta causal los siguientes³:

- a. Que exista **parentesco o vínculo por matrimonio, o unión permanente** con un funcionario (elemento de parentesco o vínculo);
- b. Que el referido funcionario haya ejercido autoridad **dentro de los doce meses anteriores a la elección** (elemento temporal);
- c. Que el ejercicio de la autoridad haya tenido lugar **en el respectivo departamento** (elemento espacial o territorial).
- d. Que haya un **ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar** en las condiciones anteriores (elemento objetivo o de autoridad).

Si bien el demandante aportó un certificado sobre la vinculación y las funciones de la **MARÍA YANNETH ROSERO PEÑA** para demostrar el ejercicio de autoridad administrativa y la potestad sancionatoria, **no aportó prueba alguna del parentesco de esta con el demandado**, parentesco que debe ser demostrado con la copia correspondiente del registro civil o con la aceptación que sobre él hiciera el demandado.

Es claro, entonces, que la inhabilidad en que se sustenta la solicitud de medida cautelar de la referencia requiere de la prueba del vínculo de parentesco que, en este caso, corresponde al vínculo en segundo grado de consanguinidad: hermanos.

El demandante no aportó elemento probatorio alguno respecto de la relación de consanguinidad que, según la demanda existe entre **MARÍA YANNETH ROSERO PEÑA y el demandado**. Es más, en el acápite de pruebas solicitó requerir a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que remita al proceso los registros civiles de nacimiento de dichas personas.

Es decir, no es posible establecer en este momento procesal si los señores **MARÍA YANNETH ROSERO PEÑA y BUANERGES FLORENCIO ROSERO** son hermanos razón por la que ningún sentido tiene hacer otro análisis, en tanto, mientras el

³ **CONSEJO DE ESTADO**. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Magistrado ponente: Alberto Yepes Barreiro. Sentencia de 6 de mayo de 2013. Radicación número: 17001-23-31-000-2011-00637-01. Actor: Pilar Rosario Ruiz Castaño y otro - Demandado: Guido Echeverry Piedrahita-Gobernador de Caldas 2012-2015.



parentesco no se demuestre no es posible avanzar en la determinación de si se configuró o no la inhabilidad alegada.

Por tanto, al no estar demostrado, hasta este momento procesal, el primero de los elementos que configuran la inhabilidad alegada, resulta inane el estudio de los demás

Para esta delegada es claro que el decreto de la suspensión provisional del acto demandado requiere prueba de los hechos en que se funda el cargo de violación, en este caso, los elementos de la inhabilidad alegada y, como en el asunto de la referencia en esta etapa, se carece de los elementos para el efecto, será necesario avanzar en el trámite procesal, para que la parte demandante pueda demostrarlos o, por el contrario, la parte demandada pueda desvirtuarlos. Es decir, agotadas las etapas del proceso electoral, corresponderá analizar la procedencia o no de la nulidad que se alega.

III. CONCLUSIÓN

Con fundamento en lo expuesto, esta Delegada solicita **NEGAR** la medida cautelar con el acto de elección de **BUANERGES FLORENCIO ROSERO PEÑA** como gobernador del Putumayo para el período 2020-2023.

Respetuosamente,


SONIA PATRICIA TELLEZ BELTRÁN
Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado