

LEY 1475 DE 2011 - Rige a partir del día de su promulgación / LEY 1475 DE 2011 - Su aplicación no es retroactiva / LEY 1475 DE 2011 - Desde su vigencia el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular referido en el inciso final del párrafo 3, no será superior al establecido para los congresistas en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política / REGIMEN DE INHABILIDADES - Fue modificado por la Ley 1475 de 2011

Para resolver cómo opera la aplicación de la ley 1475 de 2011 en el tiempo, la Sala empieza por referirse a la regla general de la prohibición de su aplicación retroactiva, salvo cuando excepcionalmente ésta así lo disponga señalando de manera expresa que sus efectos cobijan situaciones acaecidas en vigencia de la ley anterior -retroactividad-. Según su artículo 55, rige a partir del día de su promulgación, esto es, desde el día 14 de julio de ese año 2011, pues en esa fecha se efectuó su publicación en el Diario Oficial. El Estatuto no contiene ninguna disposición que disponga que tiene efectos retroactivos. Además, a título meramente ilustrativo, cabe resaltar que a partir del condicionamiento de exequibilidad que le impuso la Corte Constitucional en la Sentencia C-490 de 2011 al inciso final del párrafo 3 del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, “bajo el entendido que el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular referido en el inciso final del párrafo 3, no será superior al establecido para los congresistas en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política”, no es posible afirmar de manera categórica que la equivalencia del rigor de las prohibiciones durante la época de candidatura entre Congresistas y miembros de Corporaciones Públicas Territoriales, se extienda a todas las clases de inhabilidades, puesto que según el aparte de la providencia de constitucionalidad, solo se refiere o aplica a la inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 179 constitucional, esto es, a la que concierne a “quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección”. Siendo así, el referido inciso de la citada ley no tiene incidencia respecto de las demás inhabilidades incluida la del caso sub-examine.

FUENTE FORMAL: LEY 1475 DE 2011 - ARTICULO 29 PARAGRAFO 3

INHABILIDAD DE GOBERNADOR - Inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue elegido y hasta 24 meses después / GOBERNADOR ENCARGADO - Prohibición de inscribirse como candidato durante el período para el cual fue elegido y hasta 24 meses después / INHABILIDAD POR DESEMPEÑAR EL CARGO DE GOBERNADOR - La norma está dirigida a los gobernadores y a quienes han sido designados en su reemplazo entonces, haber sido encargado del despacho no comporta la inhabilidad / REEMPLAZO DE GOBERNADOR - Es aquél que accede al cargo por elección o nombramiento para sustituir al titular para el periodo restante

La causal de incompatibilidad atribuida al demandado corresponde a la que consagra el numeral 7 del artículo 31 de la Ley 617 de 2000, que prohíbe a los Gobernadores, así como a quienes sean designados en su reemplazo: (...) “Inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue elegido.” (...) “En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción”. Al respecto de esta prohibición la tesis mayoritaria de esta Sala ha considerado, partiendo de clarificar que la causal en realidad comporta una inhabilidad y no una incompatibilidad porque se trata de una

prohibición que aplica para antes de la inscripción, que basta con haber desempeñado el cargo de Gobernador “a cualquier título” para que se estructure la causal de inhabilidad. Así, ha estimado que ocasiona inhabilidad haber desempeñado el cargo como titular (por designación o por elección), o ya con carácter provisional a título de la figura administrativa del encargo. Sin embargo, y pese a que en su momento fueron analizados de manera juiciosa los presupuestos configurativos de este motivo de inelegibilidad con ese alcance, la Sala varía ahora el enfoque interpretativo antes adoptado sobre esta causal para, en adelante, desentrañando la verdadera significación de los elementos que tipifican la prohibición, señalar de manera diferente su verdadero alcance. La inhabilidad del artículo 31 de la Ley 617 de 2000 está dirigida a los Gobernadores, así como a quienes han sido designados en su “reemplazo”. A todos ellos les está vedado inscribirse como candidatos a cualquier cargo de elección popular durante el periodo para el cual fue elegido y hasta 24 meses después. Por ello, la noción de “reemplazante” impone considerarse en directa conexidad con la expresión “periodo para el cual fue elegido”, a la cual está atada. En este entendido, la conclusión obligada es que quien en realidad “reemplaza” al Gobernador es aquél que ya por nombramiento, ya por elección, sustituye al titular para el periodo restante. Entonces, bajo esta comprensión que es la que merece la disposición, la limitante de los 24 meses sólo opera cuando se ocupa el cargo de Gobernador por elección o por designación con ocasión de suceder por el resto del período (siempre institucional), al inicialmente elegido, ya fruto de elección (si faltaren más de 18 meses para la terminación del periodo) o como consecuencia de ser designado por el Presidente de la República (para el evento en que el periodo del titular saliente esté a menos de 18 meses). En este orden de ideas, haber sido meramente encargado del despacho del Gobernador no significa haberlo reemplazado. No es posible reemplazar a quien no se ha desvinculado del cargo, a quien continúa siendo el titular pero se encuentra en comisión, o está en licencia, o en vacaciones, o suspendido provisionalmente. Solo es posible reemplazar, en toda la extensión de la palabra, y más aún para el periodo para el cual fue elegido, cuando realmente se sustituye al titular, quien deja de serlo.

NOTA DE RELATORIA: En el sentido de que la causal comporta una inhabilidad y no una incompatibilidad porque se trata de una prohibición que aplica para antes de la inscripción, existen entre otras las providencias de fecha 5 de octubre de 2001, Radicación: 11001-03-28-000-2001-0003-01(2463), Ponente: Roberto Medina López; de 11 de diciembre de 2003, Radicación: 11001-03-28-000-2003-0014-01(3111), Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón; de 29 de enero de 2009, Radicación: 76001-23-31-000-2007-01606-01, Ponente: Mauricio Torres cuervo y, de 31 de julio de 2009, Radicación: 76001-23-31-000-2007-01477-02, Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón. Sección Quinta. Consejo de Estado

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 31 NUMERAL 7

ENCARGO - Se caracteriza la transitoriedad y la brevedad en el servicio / ENCARGO - Genera inhabilidad si comporta el ejercicio de atribuciones que admitan alguna de las clases de autoridad que prohíbe el numeral 3° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 / INHABILIDAD POR DESEMPEÑAR EL CARGO DE GOBERNADOR - Para reemplazar al gobernador se requiere que el titular esté desvinculado de su cargo

La situación administrativa del encargo la caracteriza la transitoriedad y la brevedad en el servicio. Obedece a esta particular condición, que es diferente a cuando el cargo se ejerce en condición de titular, ya por elección, ya por designación, que es el verdaderamente reemplazante “para el resto del periodo”. El encargo puede llegar a significar otra clase de inhabilidad si ha comportado

ejercicio de atribuciones que admitan alguna de las clases de autoridad que prohíbe el numeral 3° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000. Se advierte claramente que la razón de ser de erigir la situación del reemplazo como prohibición, se soporta en la necesidad de evitar que quien se desempeñó como titular del primer cargo del departamento ya por original elección para iniciar el periodo institucional, ya como reemplazante para concluir el iniciado (por elección o por designación), y aspire a lanzarse nuevamente como candidato, únicamente lo pueda hacer luego de transcurridos 24 meses, pues un tiempo menor le permitiría hacer valer logros de su gestión y ventajas derivadas de su cercanía a los elementos de poder de los que fue actor, en desmedro de los demás candidatos, con evidente desequilibrio de la igualdad que debe caracterizar la contienda. No estaría acorde con la garantía de que debe gozar el derecho fundamental de participar en el ejercicio del poder político que se extendiera a quien solo fue encargado, como su nombre lo indica, con carácter de transitoriedad y coexistiendo con el titular del despacho quien no se ha desvinculado y por lo tanto no reemplazante, la exigencia de que debe esperar 24 meses para inscribirse válidamente como candidato a la siguiente elección de gobernador de la respectiva circunscripción territorial. El esquema constitucional y legal que regula los regímenes de inhabilidades en tanto constituyen limitantes al desarrollo del derecho político, se caracteriza por ser cerrado y las causales taxativas tienen interpretación restrictiva. Por ello, en el análisis sobre su alcance - por tratarse de motivos que ocasionan sanción-, el principio de legalidad adquiere carácter superlativo: nula es la pena sin clara y precisa ley preexistente al hecho que la ocasione. Entonces, acorde con lo expresado sobre los alcances de la causal endilgada prevista en el artículo 31 de la Ley 617 de 2000, el supuesto fáctico en el que la demanda se apoya, no estructura la prohibición pues el demandado no fue gobernador "reemplazante", solamente estuvo "encargado" y por el término de un día, no sustituyó al titular. Para haberlo reemplazado se requería que el titular estuviere desvinculado de su cargo como tal y que hubiese sido elegido o designado para concluir el periodo, situación que no ocurrió.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 30 NUMERAL 3

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D.C., seis (6) de diciembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 54001-23-31-000-2011-00552-01

Actor: LUIS OVIDIO PALACIOS CASADIEGO

Demandado: GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación que formularon el señor Procurador 24 para Asuntos Administrativos de Cúcuta, el señor Jorge Heriberto Moreno Granados (coadyuvante) y el señor Luis Palacios Casadiego (actor) contra

la sentencia de 25 de mayo de 2012, dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral del acto que declaró la elección del señor Edgar Jesús Díaz Contreras como Gobernador del departamento de Norte de Santander para el período 2012-2015.

I. ANTECEDENTES.

1. PRETENSIONES.

El señor Luis Ovidio Palacios Casadiego, actuando en nombre propio y en ejercicio de la acción electoral, presentó demanda en la que solicitó la nulidad del acto que declaró la elección del señor Edgar Jesús Díaz Contreras, como Gobernador del departamento de Norte de Santander para el período 2012-2015, contenido en el "*Acto Administrativo de la Comisión Escrutadora Departamental de fecha 12 de noviembre de 2011*".

2. HECHOS.

Como fundamento fáctico de las pretensiones, en síntesis sostuvo lo siguiente:

- Que el señor Edgar Jesús Díaz Contreras ejerció funciones de Secretario de Educación del departamento de Norte de Santander entre el 2 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009.
- Que en dicho periodo, el señor Díaz fue encargado de la Gobernación del departamento de Norte de Santander a través del Decreto No. 00273 del 15 de septiembre de 2009.
- Que el demandado se inscribió como candidato para la Gobernación de dicho ente territorial el día 5 de julio de 2011 (fl. 18 c.1.).
- Que al momento de la inscripción como candidato para la Gobernación del departamento de Norte de Santander por el Movimiento "*Norte Pa'lante*", el señor Edgar Díaz se encontraba incurso en la causal de incompatibilidad prevista en el numeral 7 del artículo 31 de la Ley 617 de 2000, como quiera que no habían transcurrido aún los 24 meses de que trata el artículo 32 *ibídem*, siguientes al ejercicio de las funciones de Gobernador encargado.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.

El actor funda la existencia de la causal contra el acto de elección en lo siguiente:

1. Que el señor Díaz Contreras al haber sido designado como Gobernador encargado, no podía haberse inscrito como candidato a la Gobernación sino solo después de veinticuatro (24) meses siguientes a tal situación.
2. Que por lo anterior se vulneró el régimen de incompatibilidades previsto en el numeral 7 del artículo 31 de la Ley 617 de 2000 en concordancia con el artículo 32 de la misma norma, al configurarse los siguientes elementos:

- “1. Que se trate del Gobernador o de quien sea designado en su reemplazo.*
- 2. Que éste se inscriba como candidato a cualquier cargo de elección popular en la misma circunscripción.*
- 3. Que la inscripción se efectúe durante el periodo para el cual fue elegido y hasta veinticuatro (24) meses después de ejercido dicho cargo.”*

4. TRAMITE EN PRIMERA INSTANCIA.

4.1. La demanda se presentó ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, y fue admitida por auto del 14 de diciembre de 2011, ordenándose las notificaciones de rigor (fl. 19 c.1.).

4.2. Por intermedio de apoderado judicial, el señor Edgar Díaz Contreras **contestó la demanda**, oponiéndose a las pretensiones del libelo bajo los siguientes argumentos (fls. 24-34 c.1.):

4.2.1. Que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es taxativo y no tiene aplicación extensiva. Que la causal alegada, solo está regulada frente a quienes ocuparon la dignidad de Gobernador o para quienes fueron *“designados en su reemplazo”*, pero no para aquellos que fueron *“encargados de las funciones de Gobernador del departamento”*.

4.2.2. Que no se presentó la incompatibilidad atribuida *–tratada como inhabilidad por la jurisprudencia–*, habida cuenta que el señor Díaz fue encargado el día 16 de

septiembre 2009 a través del Decreto 00273 del 15 de septiembre 2009, *“tiempo dentro del cual el titular cumpliría funciones de su cargo en la ciudad de Bogotá”*.

4.2.3. Expuso que el inciso final del párrafo tercero del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 que dispone que *“ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política”* fue objeto de análisis de constitucionalidad en la sentencia C-490 de 2011, en la que la Corte *“quiso homogeneizar lo correspondiente al término de inhabilidades y zanjar las diferentes interpretaciones jurisprudencias sobre el tema, estableciendo un solo término referencial que no es otro que el previsto en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Nacional”*, por lo que concluyó que el término de la inhabilidad que se le endilga al demandado no puede superar los doce (12) meses, razón por la cual le es aplicable el término de veinticuatro (24) de la inhabilidad que se le atribuye.

4.2.3.1. Por lo anterior, enfatizó en que entonces, si el encargo de funciones del despacho de gobernador del que surge la presunta inhabilidad ocurrió el día 15 de septiembre de 2009 (con ocasión de la emisión del Decreto 00273), el señor Edgar Díaz solo podía inscribirse como candidato a la Gobernación, transcurridos 12 meses, esto es, a partir del 15 de septiembre de 2010, y que este hecho se produjo el 5 de julio de 2011, mucho tiempo después de la veda legislativa, razón por la cual no está incurso en la causal de inelegibilidad.

4.3. Con escrito calendado 19 de enero de 2012, el señor Jorge Heriberto Moreno Granados presentó **coadyuvancia** con el ánimo de reforzar los hechos y las pretensiones presentadas por el actor (fls. 35-53 c.1.).

4.3.1. Expresó que entre el 15 de septiembre de 2009 (fecha en que el demandado ocupó la Gobernación por encargo), y el 5 de julio de 2011 (fecha en que se inscribió como candidato a la Gobernación), no había transcurrido el término de 24 meses previsto en el artículo 32 de la Ley 617 de 2000, razón por la cual debe declararse la nulidad de la elección habida cuenta de la incursión en la causal de incompatibilidad atribuida.

4.3.2. Refirió que con la declaratoria de exequibilidad condicionada del inciso final del párrafo tercero del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, la incompatibilidad

que pesaba sobre los candidatos a ser elegidos popularmente como Gobernadores, disminuyó de veinticuatro (24) a doce (12) meses. No obstante, afirmó que este beneficio se presenta únicamente para aquellos que hubiesen inscrito su candidatura después del 14 de julio de 2011 (fecha en que cobró vigencia dicha norma), por lo que aseveró que el objeto de la ley no le era aplicable al caso concreto y deben contarse los veinticuatro (24) meses.

4.4. Por auto del 20 de enero de 2012 se **abrió el proceso a pruebas** decretando las solicitadas por las partes y se tuvo como coadyuvante al señor Jorge Moreno Granados (fl. 187 c.1.).

4.5. En proveído calendado 17 de febrero de 2012, el Tribunal ordenó correr traslado a las partes para **alegar de conclusión** (fl. 206 c.1.).

5. LA SENTENCIA APELADA.-

El Tribunal A quo profirió sentencia el 25 de mayo de 2012, en la cual se denegó la pretensión de la demanda (fls. 271-285 c.1.).

Como fundamento de tal decisión, explicó lo siguiente frente al cargo imputado:

5.1. Que la entrada en vigencia de la Ley 1475 de 2011 que ocurrió el día 14 de julio de ese año, afectó el término de veinticuatro (24) meses establecido para la incompatibilidad endilgada, como quiera que el inciso que se refiere a que ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades sería superior al establecido para los congresistas, fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional bajo el entendido que dicho régimen no sería superior al establecido para los congresistas en el numeral segundo del artículo 179 de la Constitución Nacional. Que la sentencia de la Corte lo que buscó fue establecer una regla homogénea (igualdad de términos) para las inhabilidades e incompatibilidades y fijarla *en un término de doce (12) meses anteriores a la elección* y, que pese a que la sentencia de constitucionalidad solo se refiriera a las inhabilidades, lo cierto era que la incompatibilidad contenida en el numeral 7 del artículo 31 de la Ley 617 de 2000 debe ser considerada como una inhabilidad. Sobre su aplicación al caso concreto, el a-quo señaló lo siguiente:

“La tesis de la Sala para resolver el caso concreto es la siguiente: Con la entrada en vigencia el 14 de julio de 2011, del inciso final del

parágrafo 3° del artículo 29, en concordancia con el artículo 55 de la Ley 1475 de 2011, la cual es de aplicación inmediata, el señor Edgar Jesús Díaz Contreras no está inhabilitado para ser elegido Gobernador del Departamento de Norte de Santander en el periodo 2012-2015 y por lo tanto, deben negarse las súplicas de la demanda.

(...)

En consecuencia, para la Sala si bien al realizarse la inscripción del señor Jesús Díaz Contreras, el día 5 de julio de 2011, como candidato a Gobernador del Departamento Norte de Santander para el periodo 2012-2015, no habían transcurrido 24 meses desde que había ejercido el mismo cargo en calidad de encargado, al entrar en vigencia el inciso final del parágrafo del artículo 29 de la Ley 1475 del 14 de julio de 2011, quedó derogado por ser contrario a la misma, el artículo 32 de la Ley 617 de 2000, en relación con el término de vigencia de la incompatibilidad contenida en el numeral 7° del artículo 31 de dicha ley, el cual se redujo a doce (12) meses.

Además como quiera que el artículo 179 y 180 de la constitución Política no habla de inscripción sino de elección, realizando una interpretación sistemática de las normas, se concluye que dichas incompatibilidades e inhabilidades deben tenerse en cuenta desde el momento de la elección porque contar los términos desde la inscripción, señalaría un régimen superior al de los congresistas, lo cual, ya no es posible a partir de la vigencia de la Ley 1475 de 2011.”

5.4. Por lo anterior concluyó que el señor Edgar Jesús Díaz Contreras no incurrió en la causal de inhabilidad genérica que lo haga inelegible para ocupar el cargo de Gobernador, habida cuenta que el encargo que se le realizó, se produjo fuera de los doce (12) meses a su inscripción como candidato y elección como Gobernador.

6. RECURSO DE APELACION.-

6.1. La **Procuraduría 24 Judicial II para Asuntos Administrativos** interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Solicitó su revocatoria conforme a los siguientes argumentos (fls. 285-291 c.1.):

6.1.1. Que la Ley 1475 de 2011 no es susceptible de aplicarse al caso concreto, pues la conducta que se reprocha se produjo en vigencia de la Ley 617 de 2000. Que el régimen jurídico que rige el caso es el que se encontraba vigente en el momento en el que se produce la inscripción como candidato a la Gobernación.

6.1.2. Que el cómputo de términos para determinar la presunta inhabilidad se debe contar a partir de la fecha de la inscripción del candidato y no de la de su elección.

6.2. El señor Jorge Heriberto Moreno Granados, **coadyuvante** de las pretensiones, igualmente apeló. Sustentó el recurso de la siguiente manera (fls. 292-301 c.1.):

6.2.1. Que al momento en que el demandado inscribió su candidatura para la Gobernación del departamento de Norte de Santander, la Ley 1475 de 2011 era inexistente, por lo que considera que haberla aplicado constituye un defecto sustantivo de la sentencia, que impone su revocatoria.

6.2.2. Que no acceder a las pretensiones de la demanda causó un daño irremediable a la democracia, ya que violó el derecho a la igualdad de los demás candidatos que compitieron por la aspiración de ser elegidos Gobernador.

6.3. El **actor** también apeló la sentencia del 25 de mayo de 2012. Solicitó se revoque la decisión porque el demandado sí encontraba incurso en la causal de incompatibilidad contenida en el numeral 7 del artículo 31 de la Ley 617 de 2000 (fls. 302-309 c.1.).

6.3.1. Que la Ley 1475 de 2011 tiene aplicación hacia adelante y por tanto sus efectos debieron aplicarse a partir del 14 de julio de ese año y no de manera retroactiva, tal y como fue dispuesto en el fallo impugnado.

7. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA.-

El recurso de apelación se admitió por auto del 8 de agosto de 2012, en el cual se dispuso la fijación en lista para que las partes alegaran de conclusión. Igualmente, se ordenó notificar personalmente al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

8. ALEGATOS DE LAS PARTES.-

8.1. Dentro de la oportunidad procesal, el apoderado del **demandado** presentó escrito de alegatos que se pueden sintetizar de la siguiente manera (fls. 320-339 c.1.):

8.1.1. Explica que el problema jurídico que plantean las apelaciones se circunscribe al tránsito de la Ley 1475 de 2011, el cual, expone, debe ser solucionado a la luz del concepto desarrollado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (rad. 2011-00040 M.P. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo), en el que se analizaron los efectos de la aplicación en el tiempo de dicha norma.

8.1.2. Sostiene que la Ley 1475 de 2011 tiene una connotación de orden procesal y por ende de aplicación inmediata. Que la regla *“establece que ningún régimen será más gravoso que el de aquellos, es desarrollo directo del artículo 13 constitucional (...) y por ende dicho régimen de inhabilidades limitado a un periodo de veda de doce meses anteriores a la elección deber ser de aplicación inmediata, pues con ello no se sacrifica el derecho de participación, que como ya se dijo, tiene protección constitucional”*.

8.1.3. Concluye que su representado no estaba inhabilitado para ser elegido Gobernador, por cuanto dentro de los doce meses anteriores a su elección, no fue designado ni estuvo encargado de la Gobernación del departamento de Norte de Santander, ni ejerció como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar.

8.2. En el alegato de conclusión el **actor** insiste en la imposibilidad de aplicar una norma de manera retroactiva y solicita la aplicación de la Ley 617 de 2000 al caso concreto, de manera que se contabilice el término de la incompatibilidad en veinticuatro (24) meses previos a la inscripción como candidato a la Gobernación (fls. 341-343 c.1.).

8.3. El **coadyuvante** presentó igualmente su alegato, en el que fundamentalmente reiteró los argumentos que expuso en el recurso de apelación (fls. 344-347 c.1.).

9. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.-

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, recorrió el traslado especial. En su concepto puntualizó:

1. Que los argumentos de los apelantes no tienen vocación de prosperidad en atención a que cuando la ley nueva regula temas eminentemente *sustantivos*, su aplicación es inmediata, absoluta y preferente a la anterior.

2. Que comoquiera que la Ley 1475 de 2011 corresponde a una norma de carácter sustancial (de utilidad y moralidad pública) debe aplicarse de manera inmediata al caso concreto, pese a que la inscripción del demandado para aspirar a la Gobernación se produjo con anterioridad a su entrada en vigencia.

3. Que la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del inciso final del párrafo tercero del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, bajo el entendido que el régimen de incompatibilidades especiales no puede exceder en doce (12) meses el régimen de inhabilidades e incompatibilidades fijado para los congresistas. Por lo anterior, expone que en el caso particular, la prohibición en que pudo haber incurrido el demandado debe contarse en doce (12) meses a partir del momento de su inscripción como candidato, y en consecuencia, éste no vulneró dicho régimen.

Con fundamento en tales razonamientos solicita se desestimen los argumentos de los apelantes y se confirme la decisión de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 129 y 231 del Código Contencioso Administrativo y 13 del Acuerdo 58 de 1999¹ –Reglamento del Consejo de Estado-, a esta Sala compete conocer del recurso de apelación propuesto contra la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander.

2. EL ACTO ACUSADO.

Lo constituye el “*Acto Administrativo de la Comisión Escrutadora Departamental de fecha 12 de noviembre de 2011*” que declaró la elección del señor Edgar Jesús Díaz Contreras, como Gobernador del departamento de Norte de Santander para el período 2012-2015 (fls. 15-16 c.p.).

¹ Modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 de 2003.

3. DEL PROBLEMA JURIDICO.

Se trata de resolver si la decisión del Tribunal a quo que no halló probada la causal de incompatibilidad que el demandante le atribuyó al acto de elección debe confirmarse, o, como lo sostienen los apelantes, procede ser revocada, según se establezca la aplicación o no al caso concreto del inciso final del párrafo 3° del artículo 29 de 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”*, y los alcances del entendimiento que debe recibir la noción de “gobernador reemplazante para el resto del periodo” aspecto sustancial de la prohibición que contempla el numeral 7° del artículo 31 y el artículo 32 de la Ley 617 de 2000².

La Sala anticipa que el fallo apelado será confirmado, pero por razones diferentes a las que sirvieron de apoyo al Tribunal para encontrar no configurada la inhabilidad.

Para desarrollar tal conclusión, inicialmente se analizará si la Ley 1475 de 2011 representa incidencia respecto de la situación que constituye reproche de la demanda y, a reglón seguido, se explicarán las razones por las cuales el encargo del despacho de la Gobernación que por espacio de un día desempeñó el demandado, 22 meses antes de su inscripción como candidato a la Gobernación del departamento de Norte de Santander, no configura la incompatibilidad que se le atribuyó.

3.1. De la incidencia del inciso final del párrafo 3° del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 para el caso concreto.

El actor alega que el demandado está incurso en la incompatibilidad establecida en el numeral 7 del artículo 31 de la Ley 617 de 2000³ porque pese a haber sido

² 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.

³ *“ARTÍCULO 31. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS GOBERNADORES. Los Gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo no podrán:*

(...)

7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue elegido.”

encargado de la Gobernación del departamento de Norte de Santander por virtud del Decreto Departamental No. 00279 del 15 de septiembre de 2009, inscribió su candidatura para la Gobernación de dicho departamento el día 5 de julio de 2011, esto es, antes de que transcurrieran veinticuatro (24) meses, como lo impone el artículo 32 de la precitada Ley 617 de 2000.

El Tribunal a quo negó las súplicas de la demanda y para el efecto, acogió el argumento de la defensa según el cual el término de veinticuatro (24) meses de que trata el artículo el artículo 32 de la Ley 617 de 2000, se vio afectado por la entrada en vigencia de la Ley 1475 de 2011 que ahora lo disminuyó a doce (12) meses. Ello en consideración al contenido del inciso final del artículo 29 de dicho estatuto, según el cual *“ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos de elección popular, será superior al establecido para los congresistas”*, y al señalamiento que para declararlo exequible explicó y determinó la Corte Constitucional.

Para el Tribunal a-quo el inciso final del párrafo tercero del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 tiene el claro sentido de equiparar los términos de las inhabilidades entre los cargos de elección popular, y cubre la situación sub examine, sin explicar los alcances de su aplicación en el tiempo al ser un estatuto posterior al acto de inscripción del demandado. Sostiene que acorde con dicha preceptiva, no se estructura la inhabilidad deprecada puesto que entre la fecha del desempeño como encargado del despacho de la Gobernación y la inscripción al cargo de elección popular transcurrieron más de doce (12) meses.

Los apelantes se oponen a este argumento que sustenta la sentencia, pues a su juicio el señalamiento que contiene el inciso final del párrafo tercero del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 rige hacia adelante, a partir de su entrada en vigencia, razón por la cual no puede cobijar situaciones acaecidas y consolidadas antes. Argumentan que para la época de la inscripción de la candidatura a la Gobernación por parte del demandado señor Edgar Jesús Díaz Contreras, no

*“ARTÍCULO 32. DURACIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS GOBERNADORES. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Las incompatibilidades de los gobernadores a que se refieren los numerales 1 y 4 tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta por doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. **En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.***
(...)”

regía esta nueva ley sino la 617 de 2000, por lo que éste estaba obligado a dejar transcurrir como mínimo 24 meses para que su inscripción y elección a la Gobernación del departamento de Norte de Santander fueran válidas.

Para resolver cómo opera la aplicación de esta ley en el tiempo, la Sala empieza por referirse a la regla general de la prohibición de su aplicación retroactiva, salvo cuando excepcionalmente ésta así lo disponga señalando de manera expresa que sus efectos cobijan situaciones acaecidas en vigencia de la ley anterior -retroactividad-.

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”*, según su artículo 55, rige a partir del día de su promulgación, esto es, desde el día **14 de julio** de ese año 2011, pues en esa fecha se efectuó su publicación en el Diario Oficial No. 48.130⁴. El Estatuto no contiene ninguna disposición que disponga que tiene efectos retroactivos.

El encargo del despacho de la Gobernación al demandado acaeció el día 9 de septiembre de 2009 y la inscripción de su candidatura como aspirante a la Gobernación del departamento de Norte de Santander se produjo el día 5 de julio de 2011. Para entonces aún no regía la Ley 1475 de 2011.

Además, a título meramente ilustrativo, cabe resaltar que a partir del condicionamiento de exequibilidad que le impuso la Corte Constitucional en la Sentencia C-490 de 2011 al inciso final del párrafo 3° del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, *“bajo el entendido que el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular referido en el inciso final del párrafo 3°, no será superior al establecido para los congresistas en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política”*, no es posible afirmar de manera categórica que la equivalencia del rigor de las prohibiciones durante la época de candidatura entre Congresistas y miembros de Corporaciones Públicas Territoriales, se extienda a todas las clases de inhabilidades, puesto que según el aparte de la providencia de constitucionalidad, solo se refiere o aplica a la inhabilidad prevista en el numeral 2° del artículo 179 constitucional, esto es, a la que concierne a *“quienes hubieren*

⁴ Valga señalar que esta publicación fue objeto de corrección en el Diario Oficial No. 48.140 de 24 de julio de 2011, en atención a que se había incurrido en un error de transcripción respecto del segundo renglón del artículo 55, lo cual dejaba su texto sin sentido alguno.

ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección". Siendo así, el referido inciso de la citada ley no tiene incidencia respecto de las demás inhabilidades incluida la del caso sub-examine.

3.2. La causal de incompatibilidad atribuida al demandado.

Corresponde a la que consagra el numeral 7 del artículo 31 de la Ley 617 de 2000, que prohíbe a los Gobernadores, así como a quienes sean designados en su reemplazo:

"ARTICULO 31. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS GOBERNADORES. Los Gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo no podrán:

7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue elegido."

*"ARTICULO 32. DURACION DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS GOBERNADORES. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Las incompatibilidades de los gobernadores a que se refieren los numerales 1 y 4 tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta por doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. **En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.***

Quien fuere designado como Gobernador, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.

PARAGRAFO. Para estos efectos, la circunscripción nacional, coincide con cada una de las circunscripciones territoriales."

Al respecto de esta prohibición la tesis mayoritaria de esta Sala ha considerado, partiendo de clarificar que la causal en realidad comporta una inhabilidad y no una incompatibilidad porque se trata de una prohibición que aplica para antes de la inscripción, que basta con haber desempeñado el cargo de Gobernador "a cualquier título" para que se estructure la causal de inhabilidad. Así, ha estimado que ocasiona inhabilidad haber desempeñado el cargo como titular (por designación o por elección), o ya con carácter provisional a título de la figura administrativa del encargo.

En tal sentido existen entre otras las providencias de fecha 5 de octubre de 2001⁵, 11 de diciembre de 2003⁶, 29 de enero de 2009⁷ y, 31 de julio de 2009⁸.

⁵ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente: Roberto Medina López. Sentencia del 5 de octubre de 2001. Exp. N° 11001-03-

Sin embargo, y pese a que en su momento fueron analizados de manera juiciosa los presupuestos configurativos de este motivo de inelegibilidad con ese alcance, la Sala varía ahora el enfoque interpretativo antes adoptado sobre esta causal para, en adelante, desentrañando la verdadera significación de los elementos que tipifican la prohibición, señalar de manera diferente su verdadero alcance.

La inhabilidad del artículo 31 de la Ley 617 de 2000 está dirigida a los Gobernadores, así como a quienes han sido designados en su "reemplazo". A todos ellos les está vedado inscribirse como candidatos a cualquier cargo de elección popular durante el periodo para el cual fue elegido y hasta 24 meses después. Por ello, la noción de "reemplazante" impone considerarse en directa conexidad con la expresión "*periodo para el cual fue elegido*", a la cual está atada.

En este entendido, la conclusión obligada es que quien en realidad "reemplaza" al Gobernador es aquél que ya por nombramiento, ya por elección, sustituye al titular para el periodo restante.

Entonces, bajo esta comprensión que es la que merece la disposición, la limitante de los 24 meses sólo opera cuando se ocupa el cargo de Gobernador por elección o por designación con ocasión de suceder por el resto del período (siempre institucional), al inicialmente elegido, ya fruto de elección (si faltaren más de 18 meses para la terminación del periodo) o como consecuencia de ser designado por el Presidente de la República (para el evento en que el periodo del titular saliente esté a menos de 18 meses).

28-000-2001-0003-01 (2463) Actor: Elmer Ramiro Silva Rodríguez. Demandado: Gobernador de Arauca.

⁶ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón. Sentencia del 11 de diciembre de 2003. Exp. N° 11001-03-28-000-2003-0014-01 (3111) Actor: Gloria Vásquez. Demandado: Gobernador de Arauca.

⁷ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente: Mauricio Torres cuervo. Sentencia del 29 de enero de 2009. Exp. N° 76001-23-31-000-2007-01606-01. Actor: John Enrique Vargas Ordóñez. Demandado: Alcalde de Jamundí.

Valga señalar que este pronunciamiento fundamentó otras decisiones de Sala Plena en materia de Pérdida de Investidura por violación el Régimen de Inhabilidades e incompatibilidades. Exp. N° 41001-23-31-000-2010-00055-01.

⁸ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón. Sentencia del 31 de julio de 2009. Exp. N° 76001-23-31-000-2007-01477-02. Actor: Daisy Narcisa Mancilla Angulo. Demandado: Alcalde de Yumbo.

En este orden de ideas, haber sido meramente encargado del despacho del Gobernador no significa haberlo reemplazado. No es posible reemplazar a quien no se ha desvinculado del cargo, a quien continúa siendo el titular pero se encuentra en comisión, o está en licencia, o en vacaciones, o suspendido provisionalmente.

Solo es posible reemplazar, en toda la extensión de la palabra, y más aún para el periodo para el cual fue elegido, cuando realmente se sustituye al titular, quien deja de serlo.

La validez de esta interpretación no sólo consulta la lógica, la razonabilidad y la proporcionalidad de la prohibición, sino que corresponde al sentido natural y obvio de las palabras, como lo preceptúa el artículo 28 del Código Civil, contenidas en la norma. Esta expresamente consagra, se reitera, *“que los Gobernadores (se refiere a quienes siéndolo aspiren a ser nuevamente titulares de ese empleo) así como los que “los remplacen” (se refiere a quienes para iniciar período o para continuar uno ya comenzado, según sea el caso, suceden a los principales), no pueden inscribirse como candidatos “a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido” y hasta 24 meses posteriores a dicho evento”*.

Por su parte a la situación administrativa del encargo la caracteriza la transitoriedad y la brevedad en el servicio. Obedece a esta particular condición, que es diferente a cuando el cargo se ejerce en condición de titular, ya por elección, ya por designación, que es el verdaderamente reemplazante “para el resto del periodo”.

El encargo puede llegar a significar otra clase de inhabilidad si ha comportado ejercicio de atribuciones que admitan alguna de las clases de autoridad que prohíbe el numeral 3º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000⁹.

⁹ **ARTÍCULO 30. DE LAS INHABILIDADES DE LOS GOBERNADORES. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador:**

3. 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 departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o

Se advierte claramente que la razón de ser de erigir la situación del reemplazo como prohibición, se soporta en la necesidad de evitar que quien se desempeñó como titular del primer cargo del departamento ya por original elección para iniciar el periodo institucional, ya como reemplazante para concluir el iniciado (por elección o por designación), y aspire a lanzarse nuevamente como candidato, únicamente lo pueda hacer luego de transcurridos 24 meses, pues un tiempo menor le permitiría hacer valer logros de su gestión y ventajas derivadas de su cercanía a los elementos de poder de los que fue actor, en desmedro de los demás candidatos, con evidente desequilibrio de la igualdad que debe caracterizar la contienda.

No estaría acorde con la garantía de que debe gozar el derecho fundamental de participar en el ejercicio del poder político que se extendiera a quien solo fue encargado, como su nombre lo indica, con carácter de transitoriedad y coexistiendo con el titular del despacho quien no se ha desvinculado y por lo tanto no reemplazante, la exigencia de que debe esperar 24 meses para inscribirse válidamente como candidato a la siguiente elección de gobernador de la respectiva circunscripción territorial. El esquema constitucional y legal que regula los regímenes de inhabilidades en tanto constituyen limitantes al desarrollo del derecho político, se caracteriza por ser cerrado y las causales taxativas tienen interpretación restrictiva. Por ello, en el análisis sobre su alcance -por tratarse de motivos que ocasionan sanción-, el principio de legalidad adquiere carácter superlativo: nula es la pena sin clara y precisa ley preexistente al hecho que la ocasione.

4. CASO CONCRETO

La parte actora pretende que se declare nula la elección del señor Edgar Jesús Díaz Contreras como Gobernador del departamento de Norte de Santander, pues considera que se encontraba inhabilitado de conformidad con lo consagrado en los artículos 31, numeral 7º y 32 de la ley 617 de 2000, debido a que para el día 15 de septiembre de 2009 fue encargado del Despacho de la Gobernación en virtud del Decreto Departamental 279 de 2009, cuando el titular debió desplazarse a Bogotá a cumplir una misión propia de sus funciones. Alega que el encargo se presentó

celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.”

antes de 24 meses de la fecha de la inscripción de su candidatura y que por tal razón la inhabilidad se configuró.

Acorde con las pruebas que obran en el expediente se tiene que:

a) Mediante Decreto 000279 del 15 de septiembre de 2009, el Gobernador del departamento de Norte de Santander “encargó” del Despacho de la Gobernación por el día 16 del mismo mes y año al señor Edgar Jesús Díaz Contreras, mientras él cumplía funciones propias al cargo en la ciudad de Bogotá D.C. El acto administrativo señala lo siguiente (fls. 188 c.p.):

*“Decreto No. 000279 del 15 de septiembre de 2009
Por medio del cual se hace un encargo*

EL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER, en uso de sus facultades constitucionales y legales, y CONSIDERANDO:

Que el titular de este Despacho se desplazará a la ciudad de Bogotá D.C., durante el día miércoles 16 de septiembre de 2009, con el fin de asistir a la sesión del Consejo Directivo de Gobernadores de Frontera. Así como también asistirá a la Junta del Consejo Nacional de Planeación.

ARTICULO PRIMERO: Encárguese del Despacho de la Gobernación del Departamento al Doctor Edgar Jesús Díaz Contreras, con cédula de ciudadanía No. 13.454.021 de Cúcuta, Secretario de Educación del Departamento, durante el día miércoles 16 de septiembre de 2009, tiempo durante el cual el titular cumplirá funciones de su cargo en la ciudad de Bogotá D.C.

PARAGRAFO: Los viáticos y gastos de viaje que genere la presente comisión, será con cargo a la parte pertinente del presupuesto de gastos del Departamento Norte de Santander”.

b) El demandado tomó posesión como encargado del despacho de la Gobernación por el día 16 de septiembre de 2009 (fls. 189 c.p.).

c) El cinco (5) de julio de 2011, un año y 10 meses después, el señor Díaz Contreras, inscribió su candidatura para la Gobernación del departamento de Norte de Santander por el Movimiento Social “Un Norte Pa’lante” ante los funcionarios electorales de la Registraduría Nacional del Estado Civil (fl. 14 c.p.).

d) El 30 de octubre 2011 se llevaron a cabo las elecciones que dieron lugar a la declaratoria de la elección del señor Edgar Jesús Díaz Contreras como Gobernador del departamento de Norte de Santander para el período 2012-2015 por parte de la Comisión Escrutadora Departamental, según el formulario E26-GOB (fls. 15-16 c.p.).

Entonces, acorde con lo expresado sobre los alcances de la causal endilgada prevista en el artículo 31 de la Ley 617 de 2000, el supuesto fáctico en el que la demanda se apoya, no estructura la prohibición pues el demandado no fue gobernador “reemplazante”, solamente estuvo “encargado” y por el término de un día, no sustituyó al titular.

Para haberlo reemplazado se requería que el titular estuviere desvinculado de su cargo como tal y que hubiese sido elegido o designado para concluir el periodo, situación que no ocurrió.

Bastan estas razones esenciales para concluir que se impone confirmar la decisión apelada, que negó las súplicas de la demanda.

Por lo expuesto, **EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia dictada el 25 de mayo de 2012 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, atendiendo a las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- En firme esta decisión, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidente

MAURICIO TORRES CUERVO
(Aclara Voto)

ALBERTO YEPES BARREIRO
(Aclara Voto)

INHABILIDAD POR DESEMPEÑAR EL CARGO DE GOBERNADOR - No se configura cuando se ha realizado delegación de funciones / DELEGACION DE FUNCIONES - El delegatario no detenta el cargo sino desempeña algunas de sus funciones

Para confirmar el fallo de 25 de mayo de 2012, en el que el Tribunal Administrativo de Norte de Santander negó las pretensiones de la demanda electoral instaurada contra la elección del demandado como gobernador de ese departamento, la Sección Quinta sostuvo, en esencia, que la inhabilidad prevista en el numeral 7 del artículo 31 de la Ley 617 de 2000, en concordancia con el artículo 32 ibídem, está dirigida a quienes reemplacen al gobernador titular, “ya por nombramiento, ya por elección... para el período restante”, por lo que “haber sido meramente encargado del despacho del Gobernador no significa haberlo reemplazado.” El suscrito, respetuosamente, considera que la inaplicación de la inhabilidad al demandado se explica, no por el argumento dado por la Sala, sino más bien por la situación administrativa en virtud de la cual fungió como gobernador del departamento de Norte de Santander el 16 de septiembre de 2009. De modo que es la naturaleza de la delegación de funciones la que impide que al demandado pueda considerársele un “reemplazo” del gobernador elegido y, por lo tanto, destinatario de la prohibición del numeral 7 del artículo 31 de la Ley 617 de 2000, pues como delegatario no detentó aquel cargo, sino que tan solo desempeñó algunas funciones inherentes al mismo por el brevísimo término de un día, sin que el titular perdiera su calidad de gobernador ni el propio demandado la de secretario de Educación del departamento.

ACLARACION DE VOTO

Consejero: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., enero 11 de 2013.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sección, me permito exponer los argumentos jurídicos por los cuales, si bien comparto el sentido de la providencia que se aclara, considero que en la parte motiva de la misma dejaron de explicarse las verdaderas razones por las cuales no se configuraba la inhabilidad alegada por la parte demandante.

Para confirmar el fallo de 25 de mayo de 2012, en el que el Tribunal Administrativo de Norte de Santander negó las pretensiones de la demanda electoral instaurada contra la elección del demandado como gobernador de ese departamento, la Sección Quinta sostuvo, en esencia, que la inhabilidad prevista en el numeral 7 del artículo 31 de la Ley 617 de 2000, en concordancia con el artículo 32 ibídem, está dirigida a quienes reemplacen al gobernador titular, “*ya por nombramiento, ya por*

elección... para el período restante”, por lo que “haber sido meramente encargado del despacho del Gobernador no significa haberlo reemplazado.”

El suscrito, respetuosamente, considera que la inaplicación de la inhabilidad al demandado se explica, no por el argumento dado por la Sala, sino más bien por la situación administrativa en virtud de la cual fungió como gobernador del departamento de Norte de Santander el 16 de septiembre de 2009.

De modo que es la naturaleza de la delegación de funciones la que impide que al demandado pueda considerársele un “reemplazo” del gobernador elegido y, por lo tanto, destinatario de la prohibición del numeral 7 del artículo 31 de la Ley 617 de 2000, pues como delegatario no detentó aquel cargo, sino que tan solo desempeñó algunas funciones inherentes al mismo por el brevísimo término de un día, sin que el titular perdiera su calidad de gobernador ni el propio demandado la de secretario de Educación del departamento.

En estos términos dejo constancia de los argumentos jurídicos que, a mi juicio, debieron conducir a la confirmación de la sentencia apelada en el proceso electoral de la referencia.

Atentamente,

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

INHABILIDAD POR DESEMPEÑAR EL CARGO DE GOBERNADOR - No se configura cuando el Gobernador no se separa del cargo / GOBERNADOR - Imposibilidad de desempeñar el cargo de manera simultánea por dos personas / GOBERNADOR - No es nominador de su propio empleo / INHABILIDAD POR DESEMPEÑAR EL CARGO DE GOBERNADOR - No se configura cuando se presenta encargo de funciones / / INHABILIDAD POR DESEMPEÑAR EL CARGO DE GOBERNADOR - Presupuestos para su configuración

Conforme con las pruebas allegadas al proceso el demandado ocupó el empleo de Secretario de Educación de la Gobernación de Norte de Santander entre el 2 de enero de 2008 y 31 de diciembre de 2009 y estando en ejercicio de las funciones del citado destino público, fue encargado de las del cargo de gobernador por el día 16 de septiembre de 2009, por medio de Decreto No. 000279 de 15 de septiembre de 2009. Del texto se tiene que si el titular, ese día, se encontraba en ejercicio de

funciones en Bogotá, no es viable jurídicamente sostener que coexisten 2 gobernadores a la vez. Por ende tampoco se puede afirmar que el titular fue reemplazado por el Secretario. Así pues, el demandado nunca ocupó el empleo de Gobernador aunque sí cumplió funciones de ese cargo el día 16 de septiembre de 2009. Aquí debe precisarse que las funciones de un empleo por virtud del encargo se pueden cumplir: i) como titular del destino público por encargo de cargo, y ii) como titular de otro empleo público distinto y siendo encargado de sus funciones. El primero requiere nombramiento en encargo y el segundo un acto de encargo de funciones. En el sub lite lo que se dio fue un encargo de funciones pues éste fue ordenado por el Gobernador titular, quien como se dijo no es nominador de su propio empleo, por lo que no puedo hacer un nombramiento por encargo o un encargo de cargo. Se reitera, lo que hizo fue un encargo de funciones en los siguientes términos: “Encárguese del Despacho de la Gobernación del departamento al Doctor Edgar Jesús Díaz [...] Secretario de Educación durante el día miércoles 16 de septiembre de 2009, tiempo durante el cual el titular cumplirá funciones de su cargo en la ciudad de Bogotá D.C.,...”. Entonces si la “incompatibilidad - inhabilidad” que se le achacó al demandado, la contenida en el numeral 7 del artículo 31 y en el artículo 32 de la Ley 617 de 2000, tiene 2 presupuestos, a saber: i) haber sido Gobernador y ii) haberse inscrito dentro del periodo en el que se tiene la precitada condición o dentro de los 12 meses siguientes al retiro del servicio, para la elección de gobernador, es claro que no se hallaba probado el primer supuesto legal y ante tal situación la sentencia apelada, que negó las pretensiones de la demanda, debía confirmarse, por las razones antes expuestas.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 31 NUMERAL 7 / LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 32

REGIMEN DE INHABILIDADES - Es el contenido en las normas jurídicas vigentes para la época de la elección / LEY 1475 DE 2011 - Aplicación en el tiempo / REGIMEN DE INHABILIDADES DE SERVIDORES PUBLICOS DEL ORDEN TERRITORIAL - Todas las causales que incorporan como elemento constitutivo el tiempo, quedaron modificadas por la Ley 1475 d3e 2011 y la sentencia modulativa C-490 de 2011 a 12 meses antes de la elección.

Como la sentencia de primer grado y la apelación gravitaron en torno a la aplicación del inciso tercero del párrafo 3 del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, aspecto del cual también se ocupó el proyecto aprobado, y así mismo, como la sentencia de segunda instancia contiene una rectificación de la jurisprudencia de la Sala en cuanto al alcance de la incompatibilidad - inhabilidad en la que se edificó la demanda, es necesario hacer algunas precisiones sobre tales aspectos en los que se contiene la “razón de lo decidido” - ratio decidendi -. El proyecto aprobado por la Sala al ocuparse de los argumentos esgrimidos por el apelante en torno a la aplicación de la Ley 1475, sostuvo que ésta, con la modulación de la Corte, no era aplicable en el sub lite porque la inscripción del demandado se cumplió el 5 de julio de 2011, cuando la citada norma aún no entraba en vigencia. (Entró a regir el 14 de julio de 2011). Así, concluyó que su situación debía examinarse considerando la Ley 617 de 2000 (artículos 31 y 32). Sobre el particular hay que aclarar que el anterior fundamento no es consecuente con el hecho de que la incompatibilidad establecida en el numeral 7º del artículo 31 y en el artículo 32 de la Ley 617 de 2000, fue calificada como “inhabilidad” - respecto de ella en la sentencia C -194/95 se dijo que contiene una prohibición y que las inhabilidades son prohibiciones por lo que más que incompatibilidad es causal de inelegibilidad - y que frente a éstas lo relevante es la fecha de la elección, en tal virtud el régimen de inhabilidades para acceder a un cargo público es el contenido

en las normas jurídicas vigentes para la época de la elección. En el asunto de la referencia en las disposiciones que regían para el 30 de octubre de 2011, por lo que la Ley 1475 sí era aplicable al caso. Del mismo modo, y en la medida en que el proyecto, a manera de argumento de apoyo u “obiter dicta”, sostuvo que la Ley 1475 sólo modificó el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular del orden territorial en cuanto a la causal que refiere haber sido empleado público y en esa condición haber ejercido autoridad, estimo de la mayor importancia precisar que el referido dispositivo normativo, junto la sentencia modulativa C-490/11, sí modificó el régimen de inhabilidades de los servidores públicos del orden territorial en el sentido de que todas las causales de inhabilidad que incorporan como elemento constitutivo “el tiempo”, quedaron modificadas en ese aspecto y ahora se configuran cuando la circunstancia respectiva (aspecto propio de la causal) se verifica en el plazo aludido en el numeral 2 del artículo 179 de la Carta, es decir, doce (12) meses (aspecto común de las diferentes causales de inhabilidad para congresistas y servidores públicos de elección popular del orden territorial) y esa modificación afectó el proceso electoral de 2011, porque se dio antes de que se cumpliera la jornada electoral

ACLARACION DE VOTO

Consejero: MAURICIO TORRES CUERVO

Con mi acostumbrado respeto explico las razones de mi voto respecto del proyecto de fallo aprobado por la Sala en el proceso de la referencia.

1. El sentido de mi voto

Sea lo primero precisar que estoy de acuerdo con la decisión de confirmar el fallo apelado en cuanto denegó las pretensiones de la demanda, en especial y de manera exclusiva, con fundamento en que *“el supuesto fáctico en el que la demanda se apoya, no estructura la prohibición pues el demandado no fue gobernador ‘reemplazante’, solamente estuvo ‘encargado’ y por el término de un día (sic) no sustituyó al titular...” (fl. 20).*

En lo demás, el proyecto, sólo alcanzó 2 votos y no constituye jurisprudencia de la Sala, máxime cuando se trata de *obiter dicta*, que no son fundamento de la decisión.

2. Premisas normativas para el entendimiento de esta salvedad

2.1. Los gobernadores son empleados públicos de elección popular.

En efecto el inciso primero del artículo 303, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 2 de 2002, de la Constitución Política prevé que:

“Los gobernadores serán elegidos popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años”.

2.2 Excepcionalmente los gobernadores se erigen en empleados públicos de nombramiento, cuya designación está a cargo del Presidente de la República.

Ello por cuanto el inciso 3º del artículo 303 Superior, adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2002, dispuso:

“Siempre que se presente *falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período*, se elegirá gobernador para el tiempo que reste. *En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses*, el presidente de la república designará un gobernador para lo que reste del período, *respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador elegido.*”

(Destaco).

2.3. La facultad nominadora del Presidente de la República respecto del empleo de gobernador se amplió por razón de la expedición del Acto Legislativo 1 de 2009.

Habida cuenta de que el inciso noveno del artículo 107 de la Carta, con las modificaciones introducidas por el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2009, prevé:

“Las sanciones podrán consistir en multas, devolución de los recursos públicos percibidos mediante el sistema de reposición de votos, hasta la cancelación de la personería jurídica. Cuando se trate de estas condenas a quienes fueron electos *para cargos uninominales*, el partido o movimiento que avaló al condenado, no podrá presentar candidatos para las siguientes elecciones en esa Circunscripción. *Si faltan menos de 18 meses para las siguientes elecciones, no podrán presentar terna, caso en el cual, el nominador podrá libremente designar el reemplazo.*”

(Destaco).

Desde la enmienda constitucional de 2009, la facultad nominadora del Presidente respecto del empleo de Gobernador se extiende 18 meses antes de las nuevas elecciones y no de la iniciación del nuevo período.

2.4. El gobernador no es nominador de su empleo.

El Gobernador es jefe de la administración seccional y representante legal del departamento y en virtud de ello tiene la función de dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento¹⁰, pero no tiene función nominadora respecto de su propio cargo.

3. Otros fundamentos en los que se debió apoyar la decisión confirmatoria

Tal como aparece en los antecedentes de la ponencia aprobada por la Sala, en el *sub lite* se demandó la nulidad del acto de elección de Gobernador del departamento de Norte de Santander, periodo 2012 - 2015, contenido en el “*en el Acto Administrativo de la Comisión Escrutadora Departamental de fecha 12 de noviembre de 2011*”, por el cual se declaró elegido a Edgar Jesús Díaz Contreras, por la presunta inhabilidad del demandado en cuanto fue encargado “*de la Gobernación del departamento de Norte de Santander*” dentro de los veinticuatro (24) meses anteriores a la inscripción de su candidatura como gobernador, por lo que en criterio del demandante incurrió en la violación de la incompatibilidad establecida en el numeral 7º del artículo 31 y en el artículo 32 de la Ley 617 de 2000, según los cuales “*Artículo 31. Los gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo, no podrán: [...] 7. Inscribirse como candidatos a*

¹⁰ Artículo 305 de la Constitución Política.

cualquier cargo o corporación de elección popular durante el periodo para el cual fue elegido... y "Artículo 32. Las incompatibilidades de los gobernadores a las que se refieren los numerales 1º y 4º tendrán vigencia durante el periodo constitucional y hasta por doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7º tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción...", que la jurisprudencia Constitucional y Contencioso Administrativa, han considerado como una inhabilidad¹¹.

Conforme con las pruebas allegadas al proceso el demandado ocupó el empleo de Secretario de Educación de la Gobernación de Norte de Santander entre el 2 de enero de 2008 y 31 de diciembre de 2009 y estando en ejercicio de las funciones del citado destino público, fue encargado de las del cargo de gobernador por el día 16 de septiembre de 2009, por medio de Decreto No. 000279 de 15 de septiembre de 2009.

En efecto, el citado acto administrativo dispuso:

"Encárguese (sic) del Despacho de la Gobernación del departamento al Doctor Edgar Jesús Díaz [...] Secretario de Educación durante el día miércoles 16 de septiembre de 2009, tiempo durante el cual el titular cumplirá funciones de su cargo en la ciudad de Bogotá D.C...." - destaca fuera del texto - (fl. 20).

Del texto se tiene que si el titular, ese día, se encontraba en ejercicio de funciones en Bogotá, no es viable jurídicamente sostener que coexisten 2 gobernadores a la vez. Por ende tampoco se puede afirmar que el titular fue reemplazado por el Secretario.

Así pues, el demandado nunca ocupó el empleo de Gobernador aunque sí cumplió funciones de ese cargo el día 16 de septiembre de 2009.

Aquí debe precisarse que las funciones de un empleo por virtud del encargo se pueden cumplir: i) como titular del destino público por encargo de cargo, y ii) como titular de otro empleo público distinto y siendo encargado de sus funciones. El primero requiere nombramiento en encargo y el segundo un acto de encargo de funciones.

De hecho la situación administrativa denominada encargo, cuyos orígenes se encuentran en el Decreto Ley 2400 de 1968 y su reglamentario el 1950 de 1973, fue regulada como sigue:

"Decreto 2400 de 1968

Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

[...]

TITULO II

De las condiciones para el ejercicio del empleo

[...]

¹¹ Ver entre otras las sentencias C-194/95 dictada por la H. Corte Constitucional y las dictadas por esta Sala en los procesos radicados bajo los números 76001-23-31-000-2007-01606-01 y 76001-23-31-000-2007-1477-02.

CAPITULO V
De las situaciones administrativas.

Artículo 18. Los empleados vinculados regularmente a la administración pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas: en uso de licencia o permiso; en comisión; ejerciendo las funciones de un empleo por encargo; prestando servicio militar obligatorio, o en servicio activo.

[...]

Artículo 23. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal definitiva del titular...

“...”

Decreto 1950 de 1973

Por el cual se reglamentan los decretos - leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración de personal civil

[...]

TITULO II

[...]

CAPITULO IV

[...]

DEL ENCARGO

Artículo 34. Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo...

(Destaco).

En la medida en que el encargo implica una designación temporal para cumplir las funciones de un empleo distinto a aquel que se desempeña en forma ordinaria, que puede disponerse con desvinculación o no del cargo propio y en atención a que nadie puede desempeñar dos (2) destinos públicos a la vez, 1) hay **encargo de cargo** cuando se designa a una persona para que cumpla, en forma total, las funciones de un empleo distinto de aquel del que es titular y la designación impone la desvinculación de las funciones propias de su cargo, y 2) hay **encargo de funciones** cuando se designa a una persona para que cumpla, en forma parcial, las funciones de un empleo distinto de aquel en el que se halla nombrado, sin separarse de éste.

En el primer caso se es realmente titular temporal del respectivo destino público (en el caso de autos gobernador) mientras que en el segundo no. En el segundo se puede ser, por ejemplo, profesional universitario en cumplimiento de funciones de profesional especializado (o como en el *sub iudice*, secretario de educación en cumplimiento de funciones de gobernador).

Sobre el encargo de cargo y el encargo de funciones la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha sostenido¹²:

*“Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, **total o parcialmente**, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose no de las propias de su cargo. Es claro pues que el encargo es para un empleado público a quien temporalmente se asignan funciones que corresponde a otro cargo, en las circunstancias contempladas en la norma...”*

Por eso se dice que el encargo es “a la vez una situación administrativa [encargo de funciones] y una forma de proveer transitoriamente los empleos vacantes [encargo de cargo]...”¹³

En el *sub lite* lo que se dio fue un encargo de funciones pues éste fue ordenado por el Gobernador titular, quien como se dijo no es nominador de su propio empleo, por lo que no puedo hacer un nombramiento por encargo o un encargo de cargo. Se reitera, lo que hizo fue un encargo de funciones en los siguientes términos: “Encárguese (sic) del Despacho de la Gobernación del departamento al Doctor Edgar Jesús Díaz [...] Secretario de Educación durante el día miércoles 16 de septiembre de 2009, tiempo durante el cual el titular cumplirá funciones de su cargo en la ciudad de Bogotá D.C.,...”

Entonces si la “incompatibilidad - inhabilidad” que se le achacó al demandado, la contenida en el numeral 7º del artículo 31 y en el artículo 32 de la Ley 617 de 2000, tiene 2 presupuestos, a saber: i) haber sido Gobernador y ii) haberse inscrito dentro del periodo en el que se tiene la precitada condición o dentro de los 12 meses¹⁴ siguientes al retiro del servicio, para la elección de gobernador, es claro que no se hallaba probado el primer supuesto legal y ante tal situación la sentencia apelada, que negó las pretensiones de la demanda, debía confirmarse, por las razones antes expuestas.

4. Sobre otros fundamentos del proyecto aprobado

Como la sentencia de primer grado y la apelación gravitaron en torno a la aplicación del inciso tercero del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, aspecto del cual también se ocupó el proyecto aprobado, y así mismo, como la sentencia de segunda instancia contiene una rectificación de la jurisprudencia de la Sala en cuanto al alcance de la incompatibilidad - inhabilidad en la que se edificó la demanda, es necesario hacer algunas precisiones sobre tales aspectos en los que se contiene la “razón de lo decidido” - *ratio decidendi* –.

4.1 De la aplicación de la Ley 1475 de 2011

La sentencia de primer grado, que en este particular acogió los planteamientos de la contestación de la demanda, sostuvo que la incompatibilidad - inhabilidad prevista en el numeral 7º del artículo 31 y en el artículo 32 de la Ley 617 de 2000,

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto de 8 de noviembre de 1983.

¹³ DUEÑAS QUEVEDO, Clara Cecilia, Derecho Administrativo Laboral, primera reimpresión 2009, página 203, Ediciones Gustavo Ibáñez.

¹⁴ Sobre el término al que se refiere la parte *in fine* del artículo 32 de la Ley 617 de 2000, remitirse al aparte de aplicación de la Ley 1475 de 2011.

resultó modificada por el inciso tercero del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 y con la sentencia modulativa C-490/11, en cuanto el primero precisó que “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 la segunda dispuso “**Undécimo.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 29 del Proyecto de Ley Estatutaria objeto de revisión, bajo el entendido que el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular referido en el inciso final del párrafo 3º, no será superior al establecido para los congresistas en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política**”, por lo que luego de las citadas determinaciones se extendía por el tiempo en que se fungiera como Gobernador y por los doce (12) meses posteriores a la dejación del cargo, y en la medida en que el demandado cumplió funciones de Gobernador el 16 de septiembre de 2009, los 12 meses “inhabilitantes” habrían vencido el 16 de septiembre de 2010, mucho tiempo antes de la fecha en que se inscribió como candidato a la gobernación - 5 de julio de 2011- por lo que no estaba impedido para el efecto.

El proyecto aprobado por la Sala al ocuparse de los argumentos esgrimidos por el apelante en torno a la aplicación de la Ley 1475, sostuvo que ésta, con la modulación de la Corte, no era aplicable en el *sub lite* porque la inscripción del demandado se cumplió el 5 de julio de 2011, cuando la citada norma aún no entraba en vigencia. (Entró a regir el 14 de julio de 2011). Así, concluyó que su situación debía examinarse considerando la Ley 617 de 2000 (artículos 31 y 32).

Sobre el particular hay que aclarar que el anterior fundamento no es consecuente con el hecho de que la incompatibilidad establecida en el numeral 7º del artículo 31 y en el artículo 32 de la Ley 617 de 2000, fue calificada como “inhabilidad” - respecto de ella en la sentencia C -194/95 se dijo que contiene una prohibición y que las inhabilidades son prohibiciones por lo que más que incompatibilidad es causal de inelegibilidad - y que frente a éstas lo relevante es la fecha de la elección, en tal virtud el régimen de inhabilidades para acceder a un cargo público es el contenido en las normas jurídicas vigentes para la época de la elección. En el asunto de la referencia en las disposiciones que regían para el 30 de octubre de 2011, por lo que la Ley 1475 sí era aplicable al caso.

Del mismo modo, y en la medida en que el proyecto, a manera de argumento de apoyo u “*obiter dicta*”, sostuvo que la Ley 1475 sólo modificó el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular del orden territorial en cuanto a la causal que refiere haber sido empleado público y en esa condición haber ejercido autoridad, estimo de la mayor importancia precisar que el referido dispositivo normativo, junto la sentencia modulativa C-490/11, sí modificó el régimen de inhabilidades de los servidores públicos del orden territorial en el sentido de que todas las causales de inhabilidad que incorporan como elemento constitutivo “*el tiempo*”, quedaron modificadas en ese aspecto y ahora se configuran cuando la circunstancia respectiva (aspecto propio de la causal) se verifica en el plazo aludido en el numeral 2º del artículo 179 de la Carta, es decir, doce (12) meses (aspecto común de las diferentes causales de inhabilidad para congresistas y servidores públicos de elección popular del orden territorial) y esa modificación afectó el proceso electoral de 2011, porque se dio antes de que se cumpliera la jornada electoral.

Repárese en que la sentencia C-490/11, se dictó en un juicio previo, automático e integral de constitucionalidad del proyecto de ley, pues se trataba de un proyecto de ley estatutaria, por lo mismo, la ley, junto con la interpretación del inciso tercero del párrafo 3º del artículo 29, que la Corte halló conforme con la constitución, rigen desde el 14 de julio de 2011, cuando ésta fue publicada en el Diario Oficial, y

aplica a las elecciones de 30 de octubre de 2011, en el tema que interesa, o sea en el de inhabilidades, pues las inhabilidades relevantes son las vigentes para la época de la elección, porque como lo ha dicho esta Corporación, son impedimentos para ser **elegido** o como lo dice la Ley 5ª de 1992 “*Por inhabilidad se entiende todo acto o situación que invalida la elección de Congresista o impide serlo...*”, así mismo que, entre dos interpretaciones posibles de una norma debe tenerse en cuenta aquella que la hace efectiva - efecto útil –, cosa que no se logra con la hermenéutica propuesta por el proyecto aprobado habida consideración de que la inhabilidad por el ejercicio de autoridad en condición de empleado público tanto en el régimen de inhabilidades para los congresistas (artículo 179 - 2 de la Carta) como en el de los servidores públicos de elección popular del orden territorial (contenido en la Ley 617 de 2000) es de doce (12) meses.

4.2. De la reinterpretación de la causal de “incompatibilidad - inhabilidad” prevista en el numeral 7º del artículo 31 y en el artículo 32 de la Ley 617 de 2000

El proyecto que resultó aprobado, al abordar el examen de la causal de incompatibilidad - inhabilidad endilgada, es decir, la de inscribirse para la elección en el cargo de gobernador dentro del periodo constitucional en que se funge como gobernador o dentro de los 24 meses siguientes a la fecha en que se hace dejación del citado cargo, ante la evidencia de que la jurisprudencia de la Sala venía diciendo que esta incompatibilidad - inhabilidad era aplicable a quienes ocupaban el cargo de gobernador sin importar de qué forma: por elección, por nombramiento por el Presidente para terminar un periodo constitucional institucional ante la falta absoluta del titular a menos de 18 meses de la terminación del periodo - o últimamente de las nuevas elecciones - o por nombramiento por el mismo funcionario para un periodo distinto, precisó que sólo era predicable respecto de quienes ocupan ese empleo por razón de elección o de nombramiento efectuado para efectos de terminar el periodo, no para quienes desempeñaran el cargo en forma temporal, por ejemplo por “*encargo*”.

Para el efecto pretexto una interpretación “*sistemática - gramatical*” de los 2 apartes que a continuación se transcriben y se resaltan del artículo 31, a saber: el contenido en inciso primero en cuanto precisa “**Los gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo, no podrán...**” y el que aparece en la parte final del numeral 7º ibídem, que refiere “**7. Inscribirse como candidatos a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el periodo para el cual fue elegido...**” conforme con la cual, sostuvo, la incompatibilidad - inhabilidad sólo se predica de quien ha ocupado el cargo de gobernador por elección o nombramiento para terminar un periodo, ante la falta definitiva del elegido popularmente.

Al respecto debe repararse en que el anterior fundamento, que como se dijo contiene una reinterpretación de la “*incompatibilidad - inhabilidad*” estudiada, no es consecuente con el hecho de que las inhabilidades como circunstancias que limitan el acceso a los destinos públicos deben ser expresas y que en su interpretación ha de atenderse al texto de la norma en el que se contienen, así, en la medida en el artículo 31 no distingue entre los gobernadores que acceden al empleo por elección o por designación del presidente para terminar un período constitucional, la causal de inelegibilidad que se estudia es relevante respecto de quienes, **por cualquier medio**, han ocupado el respectivo cargo, independiente de que lo hagan por elección, por nombramiento para terminar un periodo o por nombramiento para un término menor.

Igualmente que el aparte del numeral 7º al que se hizo referencia, no tiene la virtud de incorporarle a la inhabilidad un aspecto cualitativo sino uno cuantitativo, a saber: una parte del tiempo relevante para que se estructure, así: el periodo en que se cumple la función, y alude al periodo **“para el cual se fue elegido”** porque los gobernadores son empleados públicos de elección popular. La otra parte del aspecto cuantitativo del tiempo es la prevista en el aparte final del artículo 32 de la Ley 617 de 2000, con las modificaciones que respecto de la misma hizo la Ley 1475, tal como se explicó.

Una interpretación como la propuesta implicaría que uno fuera el régimen de inhabilidades para quienes ocupan el empleo de gobernador en forma permanente y otro para quienes lo ocupan en forma temporal, lo que resulta inadmisibile a la luz del principio constitucional de igualdad.

También permitiría otra interpretación contra evidente pues al sacar del contexto antes precisado - el cuantitativo del tiempo - el aparte **“durante el periodo para el cual se fue elegido”**, siguiendo la misma lógica del proyecto aprobado, sería posible aseverar que la incompatibilidad - inhabilidad que se adujo en la demanda sólo sería predicable de quienes han ocupado el empleo de gobernador por **elección** y dentro de periodo para el cual fueron elegidos o dentro de los doce (12) meses posteriores a la dejación del cargo se inscriben y son elegidos gobernadores, más no respecto de quienes ocupen el empleo de gobernador por nombramiento para terminar el periodo y en los tiempos antes descritos, es decir, durante el periodo o los 12 meses posteriores a la separación del empleo, se inscriban y logren la elección como gobernador, en tanto éstos no fueron gobernadores por **“elección”**.

En los anteriores términos dejo expuestas mis observaciones a los fundamentos del proyecto aprobado por la Sala.

Fecha ut supra.

MAURICIO TORRES CUERVO