

INHABILIDAD POR DESEMPEÑAR EL CARGO DE GOBERNADOR - No se configura cuando se presenta encargo parcial de funciones / INHABILIDAD POR DESEMPEÑAR EL CARGO DE GOBERNADOR - Presupuestos para su configuración / GOBERNADOR - No es nominador de su propio empleo / GOBERNADOR - Sus funciones se pueden ejercer por elección popular, designación del Presidente de la República o por encargo del titular / ENCARGO DE FUNCIONES - Se pueden cumplir como titular del destino público por encargo de la totalidad de funciones, o como titular de otro empleo público distinto y siendo encargado parcialmente de sus funciones / ENCARGO DE FUNCIONES - Diferencias entre total y parcial / GOBERNADOR - Se accede al cargo por elección popular y por designación del Presidente de la República

Según el texto del artículo 31 de la Ley 617 de 2000, la inhabilidad en estudio está dirigida a “Los Gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo”. Debe resaltarse que, de conformidad con la Constitución Política, los gobernadores son empleados públicos de elección popular. Excepcionalmente los gobernadores se erigen en empleados públicos de nombramiento, cuya designación está a cargo del Presidente de la República. Desde la expedición del Acto Legislativo 1 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. Ahora, es importante precisar que el gobernador no es nominador de su empleo, pues si bien 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 departamento, no tiene función nominadora respecto de su propio cargo. Entonces, bien puede decirse que existen diferentes posibilidades para ejercer funciones de gobernador, bien sea i) por elección popular, ii) por designación del Presidente de la República, o iii) por encargo del titular. Aquí debe precisarse que las funciones de un empleo público por virtud del encargo se pueden cumplir como titular del destino público por encargo de la totalidad de funciones, o como titular de otro empleo público distinto y siendo encargado parcialmente de sus funciones. El primero requiere nombramiento en encargo y el segundo un acto de encargo de funciones. 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 total de funciones cuando se designa a una persona para que cumpla todas 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 parcial de funciones cuando se designa a una persona para que cumpla alguna o algunas de 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 mientras que en el segundo no. En el segundo se puede ser, por ejemplo, profesional universitario en cumplimiento de funciones de profesional especializado. Entonces, de conformidad con lo expuesto, y al no ser posible que el gobernador realice un encargo total de las funciones de su cargo por no ser nominador de su propio cargo, los destinatarios de la norma [Los Gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo] son quienes hayan ejercido el cargo de gobernador, estos son: i) los gobernadores elegidos popularmente y ii) los gobernadores designados por el Presidente de la República.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 31 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 303 INCISO 3 / ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2009 - ARTICULO 1

REGIMEN DE INHABILIDADES DE SERVIDORES PUBLICOS DE ELECCION POPULAR - Todas las causales que incorporan como elemento constitutivo el tiempo, quedaron modificadas por la Ley 1475 de 2011 y la sentencia modulativa C-490 de 2011 a 12 meses antes de la elección / REGIMEN DE INHABILIDADES DE SERVIDORES PUBLICOS DE ELECCION POPULAR - En referencia al tiempo, es el mismo previsto para los congresistas en el artículo 17- numeral 2 de la Constitución Política

El asunto que ocupa en este momento la atención de la Sala reviste gran complejidad porque de conformidad con las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en sentencia C-490 de 2011 que se ocupó de realizar el control previo de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria -luego Ley 1495 de 2011- pueden adoptarse diferentes interpretaciones de la conclusión 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” En efecto, podría pensarse que: i) del régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular solamente le es aplicable el inciso final del párrafo 3 del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 a la inhabilidad que se equipare a la de los Congresistas prevista por el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política; o que ii) los términos (en referencia al tiempo) del régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular son los mismos que el previsto para los Congresistas en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política, es decir, todas las causales tendrían un tiempo de “doce meses anteriores a la fecha de la elección”. De la comparación de los distintos regímenes de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular, se debe advertir y destacar que en todas las causales que prevén tiempo, dicho término está referido precisamente a “doce meses anteriores a la fecha de la elección”; es decir, que tiene idéntico sentido al término de la inhabilidad prevista para los Congresistas en el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución Política. De la anterior regla sólo existe una excepción y es la prevista precisamente por las normas de la Ley 617 de 2000 que el legislador denominó de manera impropia “incompatibilidades”, que son materialmente inhabilidades. En efecto, los artículos 31-7 y 32 de la Ley 617 de 2000 extienden el término para la configuración de la inhabilidad que prohíbe la inscripción durante el período constitucional y hasta por 24 meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia, en la respectiva circunscripción, de los candidatos a gobernador (y en los artículos 38-7 y 39 de la Ley 617 de 2000 para los candidatos a alcalde). Por lo dicho, es indiscutible que la única hermenéutica que le da efecto útil al último inciso del párrafo tercero del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, de conformidad con la modulación de la sentencia C-490 de 2011 de la Corte Constitucional, es precisamente la segunda [según la cual los términos (en referencia al tiempo) del régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular son los mismos que el previsto para los Congresistas en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política]. Por lo expuesto, la inhabilidad en estudio fue modificada por el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 de la forma como se condicionó su exequibilidad, y por ello su término es el previsto por el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución Política, es decir, “doce meses anteriores a la fecha de la elección”.

NOTA DE RELATORIA: Sentencia C-490 de 2011, Corte Constitucional.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 179 NUMERAL 2

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 de 2011 y la sentencia modulativa C-490 de 2011 a 12 meses antes de la elección

La Ley 1475 de 2011, 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 término 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 de 2011, se dictó en un juicio previo, automático e integral de constitucionalidad, 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, 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 prevé 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 - Por lo expuesto, para la Sala es claro que antes de la culminación del proceso administrativo electoral, es decir, previamente a la elección, por mandato del legislador estatutario y de conformidad con la modulación realizada por la Corte Constitucional, en este aspecto se modificaron los supuestos para la configuración de la inhabilidad de manera más favorable para los candidatos; por tanto después de la vigencia de la Ley Estatutaria 1475 de 2011 (14 de julio de 2011) el período inhabilitante es de “doce meses anteriores a la fecha de la elección”, y es en esos términos que debe examinarse la configuración o no de la inhabilidad. Así las cosas, se impone concluir que después de la vigencia de la Ley 1475 de 2011 para configurar la inhabilidad en estudio se requiere: (i) que la conducta se realice por un sujeto calificado: los gobernadores elegidos popularmente, así como quienes sean designados por el Presidente de la República en su reemplazo; (ii) que ese sujeto sea elegido a cualquier cargo o corporación de elección popular y; (iii) que la elección se efectúe durante el período para el cual fue elegido y hasta 12 meses después de su vencimiento o de la aceptación de la renuncia.

FUENTE FORMAL: LEY 1475 DE 2011

INHABILIDAD POR DESEMPEÑAR EL CARGO DE GOBERNADOR - La norma está dirigida a los gobernadores y a quienes han sido designados en su reemplazo / GOBERNADOR EN REEMPLAZO - No se configura cuando el Gobernador no se separa del cargo / GOBERNADOR - No es nominador de su propio empleo / INHABILIDAD POR DESEMPEÑAR EL CARGO DE GOBERNADOR - No se configura cuando se presenta encargo parcial de funciones

El actor y apelante considera que el demandado se encontraba inhabilitado para ser elegido gobernador para el período 2012-2015 en razón a que en diferentes oportunidades fue encargado de las funciones de Gobernador de Bolívar. Es decir, del plenario se tiene por probado que: i) el demandado fue encargado en

diferentes oportunidades de las funciones del despacho del Gobernador de Bolívar en razón de las comisiones y misiones oficiales del titular; ii) el demandado al momento de los encargos se encontraba desempeñando otro cargo en la Administración -Secretario Privado o de Planeación Departamental-; iii) el último encargo se realizó el 21 de enero de 2010. De conformidad con los elementos que configuran la causal, y de las pruebas obrantes en el proceso, se concluye que el demandado no está incurso en la inhabilidad que se le imputó en razón a que no fue ni gobernador elegido popularmente, ni designado por el Presidente de la República en reemplazo del titular; además, y como lo concluyó el a quo, los encargos no se presentaron dentro del término en que opera la inhabilidad. En efecto, del texto de los actos administrativos referidos se tiene que el Gobernador titular, los días de los encargos, se encontraba en ejercicio de funciones públicas pero en otro lugar -comisiones y misiones oficiales-, por consiguiente, no es posible jurídicamente afirmar que esos días coexistieron 2 gobernadores; por ende, tampoco se puede afirmar que el titular fue reemplazado por su Secretario. 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 puede hacer un nombramiento por encargo o un encargo total de funciones, es decir, no puede designar su "reemplazo". Así pues, el demandado nunca ocupó el empleo de Gobernador aunque sí cumplió funciones de ese cargo. Por otra parte, es claro que los encargos se dieron por fuera del término inhabilitante, es decir, "doce meses anteriores a la fecha de la elección", en razón a que la elección cuestionada se realizó el 30 de octubre de 2011 y el último encargo fue el 21 de enero de 2010. De lo expuesto se concluye que, en el caso concreto, el demandado no era inelegible como Gobernador de Bolívar para el período 2012 - 2015. Resta decir que el a quo en la parte resolutive de su sentencia se inhibió de hacer pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones de declarar la nulidad del acto de inscripción del demandado, así como la de realizar nuevos escrutinios. Al respecto, debe resaltar la Sala que del estudio de la demanda y su reforma no se desprende que el actor haya solicitado la nulidad del acto de inscripción de la candidatura del demandado, razón por la cual no es posible realizar respecto de ella pronunciamiento alguno. Ahora con relación a la pretensión dirigida por el actor para que se realice un nuevo escrutinio, si bien la Sala considera que le asiste razón al demandado en el sentido de que ante la prosperidad de la nulidad del acto de elección con soporte en causales subjetivas [falta de calidades, requisitos o inhabilidades] no hay lugar a realizar un nuevo escrutinio, sino de suplir la falta de conformidad con el procedimiento constitucional o legal previsto para ello [llamado, designación o nueva elección], dicha circunstancia no es un impedimento procesal para resolver la pretensión de nulidad del acto de elección demandado, sino para determinar las posibles consecuencias que se deriven de su eventual nulidad. Por consiguiente, al no prosperar la pretensión de nulidad del acto de elección cuestionado, no hay lugar a realizar pronunciamiento alguno respecto de las demás pretensiones que parten de su prosperidad; por consiguiente, la inhibición al respecto es improcedente.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá, veintiuno (21) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 13001-23-31-000-2012-00025-01

Actor: ENRIQUE IZQUIERDO PUELLO

Demandado: GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de 31 de julio de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se inhibió respecto de las pretensiones de declarar la nulidad del acto de inscripción del demandado, así como la de realizar nuevos escrutinios y denegó las demás pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

La parte actora, en ejercicio de la acción de nulidad electoral, y después de la corrección que realizó a su demanda¹, solicitó:

“Primero. Acta de Escrutinio General de los votos para la Gobernación elecciones 30 de Octubre (sic) de 2.011, de fecha 29 de Noviembre (sic) del año 2011, DECLARATORIA DE LA ELECCION del señor JUAN CARLOS GOSSAIN ROGNINI como Gobernador del Departamento de Bolívar por el periodo 2012-2015, proferido por la Comisión Escrutadora en el Departamento de Bolívar, para el periodo comprendido entre el 1 del mes de enero del año 2012 al 31 del mes de diciembre de año 2.015, acta de escrutinio de los votos para Gobernación, proferida y/o expedida por los escrutadores José Eusebio de Mendoza Martínez y Jairo Emilio Latorre Gutiérrez, secretarios María Lilia Ustariz Martínez y Joaquín Felipe Negrete Sepúlveda, Elecciones 30 de octubre 2.011, formulario E-26 GO, de fecha 29 del mes de Noviembre (sic) del 2.011.

Segundo. Que se ordene practicar y efectivamente se practique un nuevo escrutinio por parte de esa corporación, únicamente para Gobernador del Departamento de Bolívar, con base en los pliegos y registros que no se declaren afectados de nulidad en virtud de este proceso.

Tercero. Como consecuencia de lo anterior, ordenar la cancelación de la credencial expedida por el señor JUAN CARLOS GOSSAIN ROGNINI como Gobernador del Departamento de Bolívar y en su lugar disponer de decreto y/o declare la elección de quien hubiere obtenido la siguiente mayor votación, con la consiguiente expedición y entrega de la credencial respectiva.

Cuarto. Que se comuniquen a las autoridades pertinentes todas las anteriores novedades mediante oficios que deberán dirigirse y enviarse al Presidente del Consejo Nacional Electoral, al Registrador Nacional del Estado Civil, a sus delegados para el Departamento de Bolívar, al señor

¹ Folios 118 y 119.

Ministro del Interior, y a las demás autoridades que su señoría considere necesario.”

Para sustentar sus pretensiones de nulidad afirmó, en síntesis, lo siguiente:

- Que el demandado, por encargo del titular, ejerció como Gobernador del departamento de Bolívar en diferentes oportunidades según consta en los Decretos 544 de 29 de septiembre de 2009, 557 de 6 de octubre de 2009, 589 de 16 de octubre de 2009 y 25 de 21 de enero de 2010.
- Que el demandado, en el ejercicio del cargo de Gobernador, expidió diferentes actos administrativos en tal calidad.
- Que el demandado por Resolución 2682 de 25 de mayo de 2011, que no fue debidamente notificada, recibió el aval del partido Liberal para aspirar a la Gobernación de Bolívar, a pesar de que el artículo 96 de sus estatutos prevé que no se puede otorgar aval a candidatos que se encuentren inhabilitados.
- Que la Resolución 2682 de 25 de mayo de 2011 expedida por el partido Liberal viola el debido proceso porque en su texto no indicó los recursos que procedían en su contra, como lo exige el artículo 47 del C.C.A.
- Que el demandado está incurso en la incompatibilidad prevista por los artículos 31-7 y 32 de la Ley 617 de 2000 porque entre la fecha de inscripción de su candidatura a la Gobernación (19 de julio de 2011) y del Decreto 25 de 21 de enero de 2010 que lo encargó transcurrió un término inferior a 24 meses, lapso de tiempo previsto por el artículo 32 de duración de la incompatibilidad.
- Que el demandado le ocultó de manera “dolosa” al partido Liberal el hecho de que en distintas oportunidades, por encargo del titular, había ejercido funciones de Gobernador, y con ello “se violaron las exigencias establecidas en el artículo 28 inciso primero de la ley 1475 del año 2011 en el sentido que se inscribió un candidato a la Gobernación del Departamento de Bolívar sin que se hubieran realizado por parte del movimiento político que lo avaló las indagaciones pertinentes y efectivas que determinan que sobre el candidato recaía una causal de incompatibilidad.”
- Que con fundamento en los hechos descritos, le solicitó al partido Liberal que revocara el aval otorgado al demandado; igualmente le pidió al Consejo Nacional Electoral que revocara la inscripción de la candidatura del demandado.
- Que el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 prevé que ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades será superior al de los Congresistas; que el artículo 181 de la Constitución Política prevé que las incompatibilidades para Congresistas tiene vigencia durante el período constitucional respectivo, es decir, 48 meses; por consiguiente “en el caso que nos ocupa bajo la vigencia de la ley 1475 de 2011 seguiría entonces impedido el doctor Juan Carlos Gossain por cuanto su período constitucional, en el que ejerció como gobernador culminó el 31 de Diciembre (sic) del año 2011 y su inscripción como candidato a la gobernación la realizó (sic) en fecha 19 de Julio (sic) del año 2011, es decir durante el período constitucional donde ejerció como gobernador encargado en varias oportunidades...”

El actor consideró que se vulneraron los artículos 181-1, 303 y 304 de la Constitución Política; 31-7, y 32 de la Ley 617 de 2000; 10-5, 28 y 29 de la Ley 1475 de 2011, 40 de la Ley 153 de 1887, 84, 223-5, 227 y 228 del C.C.A. y; Resolución 658 de 2002 –sin indicar quién la expidió-. (fls. 1 a 23)

1.2. Contestación de la demanda.

El demandado, por intermedio de apoderado, contestó y se opuso a la prosperidad de las pretensiones; para ello, afirmó que, la primera pretensión, por la forma como fue redactada, está mal formulada; además, con la segunda pretensión se pide practicar un nuevo escrutinio cuando ello no es procedente en el caso planteado, pues en el evento de que prosperara la nulidad del acto de elección, lo procedente es la realización de una nueva elección y no un nuevo escrutinio.

Señaló que de conformidad con el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 y la sentencia C-490 de 2011 de la Corte Constitucional, ningún régimen de inhabilidades o incompatibilidades podrá ser superior al previsto para los Congresistas en el numeral 2º del artículo 179 de Constitución Política que prevé el término de 12 meses antes de la elección; por consiguiente, el término de duración de la incompatibilidad en estudio paso de 24 a 12 meses.

Recalcó que el reproche que hace el actor contra el partido Liberal por otorgarle el aval al demandado “es ajeno a las pretensiones de nulidad de una elección”.

Propuso las excepciones que denominó:

i) Ineptitud formal de la demanda porque el actor pide la nulidad del “Acta de Escrutinio General de los Votos” y no del acto administrativo que declaró la elección que constituye el acto definitivo que culmina la actuación administrativa.²

Agregó que “la demandante en la segunda petición solicita que se practique un nuevo escrutinio por parte del Tribunal “únicamente para Gobernador del Departamento de Bolívar, con base en los pliegos y registros que no se declaren afectados de nulidad...” Como si la demanda tratara de NULIDAD SUBJETIVA POR FRAUDE, que no es el caso planteado.”

ii) Inexistencia de vicios en el acto de elección se refirió al carácter fundamental de los derechos de elegir y ser elegido, a los principios *pro homine* y *pro libertatis* para manifestar que la incompatibilidad sólo se predica de quien haya sido elegido o designado gobernador por el Presidente de la República y no de quien haya sido encargado temporalmente de las funciones de Gobernador.

Reiteró que el término de la incompatibilidad se redujo de 24 a 12 meses, y que los hechos narrados por el actor para fundar su petición de nulidad no están en dicho término. (fls. 128 a 158)

1.3. Alegatos de primera instancia.

² En apoyo de sus argumentos se refirió a las sentencias de 17 de noviembre de 1995, Rad. 1468 y de 4 de junio de 2009, Rad. 2007-00082 proferidas por esta Sección.

1.3.1. El actor indicó que en su demanda solicitó la nulidad del acto declaratorio de la elección, formulario E-26 GO de 29 de noviembre de 2011; por consiguiente la excepción que refiere a este aspecto no está llamada a prosperar.

Señaló que con las pruebas recaudadas se acreditan los supuestos de hecho que expuso en su demanda. Por lo demás, reiteró las razones que presentó en su demanda como fundamento de sus pretensiones. (fls. 279 a 295)

1.3.2. El demandado, por conducto de su apoderado, insistió en los argumentos de su contestación con los que soportó las excepciones que formuló, así como en las explicaciones que realizó para oponerse a las pretensiones de la demanda. (fls. 296 a 316).

1.4. Concepto del Ministerio Público en primera instancia.

El Procurador Judicial 21 solicitó que se despachen desfavorablemente las pretensiones de la demanda, porque consideró que después del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 y de la modulación de la sentencia C-490 de 2011 de la Corte Constitucional *“los artículos 32-7 y 31 de la Ley 617 de 2000 en cuanto prohíben la inscripción como candidato a la gobernación de quienes hayan ejercido dicho cargo como electo o designado, dentro de los 24 meses posteriores a su desvinculación (18 meses en el sub lite), ya no constituye materialmente una causal de inhabilidad para ser elegido sino en el interregno de 12 meses después de finalizado el período.”* (fls. 317 a 334)

1.5. Sentencia de primera instancia.

Es la dictada el 31 de julio de 2012 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se inhibió respecto de las pretensiones de declarar la nulidad del acto de inscripción del demandado, así como la de realizar nuevos escrutinios y denegó las demás pretensiones de la demanda.

El *a quo*, estudió la excepción denominada *“ineptitud formal de la demanda”* para indicar que no está llamada a prosperar porque en el líbello inicial como en la reforma de la demanda se hace referencia al formulario E-26 GO, por medio del cual se declaró la elección del demandado. Agregó que si bien el actor presentó pretensiones relacionadas con la práctica de nuevos escrutinios a pesar de pedir la nulidad con fundamento en causales de tipo subjetivo, ello no es impedimento para que se realice un pronunciamiento de fondo respecto de la legalidad del acto de elección.

Respecto del fondo del asunto, en primer lugar, se refirió a la naturaleza de la causal alegada, para señalar que no se trata de una incompatibilidad porque no hay concurrencia o simultaneidad entre la función que el gobernador ejerció y su posterior inscripción como candidato³; por consiguiente, al tratarse de una restricción al derecho de participar en la conformación del poder público debe interpretarse de manera restrictiva.

En segundo lugar, el Tribunal se refirió al inciso final del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 así como a la sentencia interpretativa C-490 de 2011 de la Corte Constitucional que lo condicionó *“en el entendido que el régimen de*

³ Para el efecto, transcribió de manera parcial la sentencia T-343 de 2010 de la Corte Constitucional que califica esta causal como *“inhabilidad genérica”*.

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”, en el sentido de afirmar que “...la modificación introducida por la Ley 1475 de 2011, lo fue de manera fundamental en el aspecto temporal, precisamente para zanjar la disparidad de términos para las inhabilidades, a través de una regla homogénea equivalente entre las distintas clases de cargos de elección popular. Por lo anterior, a partir de la vigencia de la Ley 1475 de 2011 y frente al caso concreto de quien hubiese fungido como gobernador o designado en su reemplazo no podrá aspirar a ser elegido gobernador en la respectiva circunscripción, dentro del término de doce meses siguientes a la terminación del periodo o a la aceptación de la renuncia.”

De lo expuesto, consideró que tácitamente se derogó el término de 24 meses que extendía el período inhabilitante y lo equiparó al de 12 meses anteriores a la fecha de la elección, previsto por el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución Política. Agregó que esta interpretación es armónica y razonable, además de lo dicho por la Corte, porque *“implícitamente cobija también al régimen de incompatibilidades de los mismos congresistas previsto el artículo 181 de la Constitución Política - incompatibilidad que se mantiene durante el año siguiente a su renuncia, 12 meses-, y en ese sentido, no existe limitación constitucionalmente razonable para que la interpretación condicionada de la Corte, no cobije también la mal llamada incompatibilidad de los gobernadores prevista en el artículo 31 y 32 de la Ley 617 de 2000.”*

En conclusión, para el Tribunal, con la Ley 1475 de 2011 la causal en estudio se redujo en su término de 24 a 12 meses y *“con la entrada en vigencia de la Ley 1475 de 2011, se produjo un tránsito de legislación respecto a la Ley 617 de 2000, razón por la cual se debe aplicar el principio de favorabilidad según el cual se debe preferir aquella norma que resulte más favorable para el ciudadano.”*

En tercer lugar, señaló que la tesis en la cual las inhabilidades derivadas del ejercicio de cargo público no se configura cuando se desempeña a título de encargo ha sido recogida por el Consejo de Estado⁴ y por la Corte Constitucional⁵; por ello concluyó que *“es indiferente el título por medio del cual se accede al cargo público, esto es, si por designación del Presidente de la República ante una falta definitiva del titular, o por nombramiento del mismo titular de la Gobernación para suplir sus ausencias temporales. Lo relevante, frente a la prohibición que se estudia, es que se ejerza la función de Gobernador.”*

Después de examinadas las pruebas aportadas al proceso concluyó que efectivamente el demandado cumplió funciones como gobernador encargado, pero *“no lo hizo dentro del periodo inhabilitante.”* pues el último encargo fue el 22 de enero de 2010 y *“para el 19 de julio de 2011- fecha en que se inscribió como candidato a la Gobernación de Bolívar- ya había transcurrido el término inhabilitante previsto en la Ley Estatutaria 1475 de 2011, esto es de 12 meses....”* (fls. 355 a 418)

1.6. La apelación.

⁴ Citó sentencias de la Sección Primera de 2 de diciembre de 2010 – sin señalar su radicación; de la Sección Segunda de 21 de abril de 1992 Rad. 4134, de 9 de setiembre de 1992, Rad. 3526; de 2 de noviembre de 1995, Rad. 5672; de la Sección Quinta sentencia de 5 de octubre de 2001, Rad. 2463

⁵ Citó sentencia T-343 de 2010.

El actor insiste en las razones de nulidad que expuso en su demanda, referidas a que el demandado actuó como gobernador encargado dentro del término de 24 meses previsto por los artículos 31 y 32 de la Ley 617 de 2000, que dicha restricción fue prevista para evitar que se rompa la igualdad entre los candidatos, y que no hay duda que el demandado quebrantó dicho principio en la medida que cumplió funciones de gobernador, fue Secretario Privado y Director de Planeación de Bolívar.

Sostuvo que la Corte Constitucional con la sentencia C-490 de 2011 al modular sus efectos, dejó *“vigente las normas reguladoras de las incompatibilidades que siguen siendo de plena aplicación y que se encuentran consagradas en el caso en estudio en los artículos 31 numeral 7 y 32 de la Ley 617 de 2000. Es decir, que si un gobernador dentro del mismo periodo constitucional se inscribe y aspira al Senado de la República o a la Cámara de Representantes o a la presidencia de Colombia debe regirse por la causal consagrada en el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución Nacional que la establece en 12 meses anteriores a la fecha de la elección, pero si ese mismo Gobernador encargado o designado se inscribe dentro de su correspondiente período constitucional para aspirar a la gobernación del mismo departamento para el periodo constitucional siguiente, se aplican los artículos 31 numeral 7 y 32 del régimen de incompatibilidades de la Ley 617 de 2000.”*

Agregó que el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución Política prevé un término de 12 meses antes de la elección y la causal en estudio está referida a 24 meses antes de la inscripción; por ello, *“mal puede entonces el operador judicial, en un momento dado de análisis extensivo y amplio, subsumir una disposición legal expedida al amparo del artículo 303 de la Constitución Nacional a una constitucional reglada en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política, cuando cada una de ellas establece puntos de referencia (sic) diferentes para la realización del establecimiento de la causal en el tiempo.”*

Resaltó que la Corte Constitucional de manera alguna modificó los presupuestos de la causal en estudio porque *“... la Sentencia C-490 de 2011 que hace referencia a que ningún régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular puede ser superior a los 12 meses, no resulta aplicable al caso en estudio dado que la causal invocada en la demanda que generó el presente proceso se encuentra comprendida como causal de incompatibilidad y la sentencia de constitucionalidad referida solo se refirió a causales de inhabilidad.”*⁶

Destacó que la causal en estudio, al igual que lo expuso el Tribunal, se configura *“no solo a los gobernadores sino igualmente a aquellos que lo reemplacen en el ejercicio del cargo, es decir, a todas las personas que sin importar la causa o el origen de su nombramiento ejerzan el cargo de Gobernador.”* (fls. 420 a 447)

1.7. Alegatos de segunda instancia

1.7.1. El apoderado del demandado reiteró las razones que expuso en la contestación de la demanda y en los alegatos de primera instancia. (fls. 471 a 484)

⁶ En apoyo de sus afirmaciones transcribió apartes de las sentencias C- 349 de 1994, C-426 de 1996, C- 540 de 2001 de la Corte Constitucional, así como la proferida el 2 de diciembre de 2010, Rad. 2010-00055 (PI) por la Sección Primera de esta Corporación.

1.7.2. La parte actora presentó sus alegatos de forma extemporánea⁷. (fls. 488 a 523)

1.8. Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

El señor Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia.

Adujo que con la sentencia C-490 de 2011 la Corte Constitucional creó una regla homogénea en consideración al derecho a la igualdad, participación y acceso a los cargos públicos, en el sentido que ningún régimen de inhabilidades puede ser mayor al previsto para los congresistas en el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución Política, es decir, *“ninguno puede exceder de los 12 meses allí consignados.”*

Consideró que en atención al margen de configuración del legislador, es posible que exista distinción en *“la fecha desde la cual opera la prohibición; Así pues, en algunas restricciones, este las consagró respecto de la fecha de inscripción, y otra respecto de la fecha de elección.”*; por lo anterior, anotó que la causal en estudio opera con relación a la fecha de inscripción, es decir, el período inhabilitante es de 12 meses antes de la inscripción.

Resaltó que para el cómputo del término debe tenerse en cuenta la fecha en que finalizó el encargo y no en la que concluyó el período constitucional para el cual fue elegido el Gobernador a quien se reemplazó temporalmente. Por lo dicho, en razón a que el último encargo del demandado fue en los días 21 y 22 de enero de 2010, y que éste inscribió su candidatura el 19 de julio de 2011, es claro que la conducta no se presentó dentro del período inhabilitante, y por ello se impone denegar las pretensiones de la demanda. (fls. 524 a 535)

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Los artículos 129 y 132-8 del C.C.A., en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999 -modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 5 de agosto de 2003-, asignan a esta Sección el conocimiento en segunda instancia de los procesos de nulidad contra actos de elección de los Gobernadores.

En este caso se pretende la nulidad, entre otros, del *“formulario E-26 GO, de fecha 29 del mes de Noviembre (sic) del 2.011”* que declaró la elección del demandado como Gobernador del departamento de Bolívar para el período 2012-2015; por consiguiente, esta Sala es competente para conocer en segunda instancia del presente proceso.

2.2. Estudio del fondo del asunto.

En el caso en estudio el asunto jurídico por resolver, según el texto de la apelación, se centra en *i)* la naturaleza de la causal prevista en los artículos 31-7 y

⁷ El término venció el 16 de noviembre de 2012 (fl. 486) y el actor presentó sus alegatos el 21 de noviembre de 2012 (fl. 523)

32 de la Ley 617 de 2000; *ii*) los destinatarios de la norma y; *iii*) el término por el que se extiende la causal.

2.2.1. De la naturaleza de la causal prevista en los artículos 31-7 y 32 de la Ley 617 de 2000.

Dicen los referidos artículos:

“ARTICULO 31. 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. 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.”⁸ (Subrayas fuera del texto)

Para la Sala, lo primero que es menester dilucidar es si la causal en estudio se trata de una incompatibilidad o de una inhabilidad, y así determinar si su transgresión comporta o no la nulidad del acto de elección.

La doctrina y la jurisprudencia definen la inhabilidad como “...una circunstancia anterior a la elección, creada por la Constitución o la ley, que impiden que una persona tenga acceso a un cargo o corporación pública...”,⁹ cuyo propósito es “...evitar la utilización de los factores de poder del Estado con fines electorales e impedir, con ello, la manipulación del electorado...”¹⁰ y “lograr la moralización, idoneidad, e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos...”¹¹. Igualmente “Inhabilidad es la incapacidad, ineptitud o circunstancias que impiden a una persona ser elegida o designada en un cargo público y en ciertos casos, [inhabilidades sobrevinientes], impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentren vinculados al servicio”.¹²

⁸ Artículo declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-540 de 2001, en el sentido que la causal especial de 24 meses allí señalada no se aplica al gobernador que se inscriba como candidato a Senador, Representante a la Cámara o Presidente de la República, por tratarse de situaciones ya reguladas por los artículos 179-2 y 197 de la Constitución Política.

⁹ OSORIO SALAZAR, Liliana Rocio, Evolución legislativa del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a partir de la Constitución de 1991, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2004, p. 30

¹⁰ Sentencia de 15 de mayo de 2001, Rad. AC – 12300.

¹¹ Sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, PI-0148 de enero de 2005.

¹² Procuraduría General de la Nación. Inhabilidades e incompatibilidades para los cargos de elección popular del nivel territorial, IEMP 2011, p 11.

Según la Corte Constitucional las inhabilidades “son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.¹³

Así pues, las inhabilidades **son situaciones preexistentes** que se constituyen en limitación del derecho fundamental consagrado en el artículo 40 Superior, que buscan preservar los principios de moralidad, transparencia e imparcialidad de la función administrativa y la garantía del derecho de igualdad de oportunidades.¹⁴

Ahora, a diferencia de las inhabilidades, debe precisarse que las incompatibilidades parten de la coexistencia entre el ejercicio de una función pública y otra actividad.

Para la doctrina se trata de “la imposibilidad que el funcionario o servidor público ejerza simultáneamente otro cargo, función o actividad que desvirtúen su mandato comprometiendo su independencia”¹⁵; además, “A diferencia de las inhabilidades, que impiden que un candidato pueda ser válidamente elegido, la incompatibilidad no constituye obstáculo para la validez de la elección, pues son posteriores a esta y se configuran en ejercicio de la dignidad para la cual se resulta elegido. La incompatibilidad comporta una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado”¹⁶.

Esta Sección en distintas oportunidades se ha ocupado de señalar la diferencia entre inhabilidad e incompatibilidad “precisando que las causales de inhabilidad constituyen una prohibición para que alguien sea elegido o nombrado, y pueden dar lugar a la nulidad de la elección o nombramiento, mientras que las incompatibilidades son prohibiciones para el elegido o nombrado, cuya violación es sancionable disciplinariamente”¹⁷.

Realizada la aclaración de que la inhabilidad hace referencia a situaciones preexistentes al momento de la elección y la incompatibilidad a la simultaneidad entre la función pública y otra actividad, se examinará si la causal en estudio es materialmente inhabilidad o incompatibilidad.

¹³ Sentencias C-380 de 1997; C-200 de 2001, y C-1212 de 2001.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 31 de julio de 2009, Rad. 2007-00244-02.

¹⁵ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “Artículo 70.1 Causas de inelegibilidad e incompatibilidad y control judicial de las actas electorales”, en: Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978, Madrid, Edersa, tomo VI, 1989, p. 235.

¹⁶ Procuraduría General de la Nación. Inhabilidades e incompatibilidades para los cargos de elección popular del nivel territorial, IEMP 2011, p 101.

¹⁷ Sentencia de 6 de mayo de 1999, Rad. 2233. En ese mismo sentido pueden consultarse entre otras, sentencias de de 19 de enero de 1996 Rad. 1490; 26 de febrero de 1996, Rad. 1513; de 1° de marzo de 1996, Rad. 1529; de 3 de marzo de 1998 Rad. 1952; de 30 de noviembre de 2001, Rad. 2721.

En este punto del análisis conviene precisar que la denominada “incompatibilidad” en estudio, fue redactada en términos similares por la Ley 136 de 1994¹⁸ pero dirigida a Concejales y Alcaldes. La Corte Constitucional se pronunció respecto de su exequibilidad en la sentencia C-194 de 1995 que, en su *ratio decidendi*, determinó:

“También ha sido objeto de demanda el artículo 47 de la Ley 136 de 1994, a cuyo tenor las incompatibilidades de los concejales tendrán vigencia desde el momento de su elección y hasta seis meses posteriores al vencimiento del período respectivo. La misma norma agrega que, en caso de renuncia, dichas incompatibilidades se mantendrán durante los seis meses siguientes a su aceptación, salvo para ser nombrado en el cargo de alcalde municipal por decreto cuando las circunstancias lo exijan. También dispone que quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.

(...)

Así, pues, en la norma examinada aparece desvirtuado el concepto de incompatibilidad, cuyo alcance corresponde al ejercicio de ocupaciones simultáneas, cuando a todas luces la dualidad, inherente a aquélla, desaparece desde el momento mismo en que culmina el período o es aceptada la renuncia.

(...)

*Un debido entendimiento de la norma demandada, bajo las perspectivas dichas y en desarrollo de una interpretación constitucional sistemática, permite concluir en su exequibilidad, aunque **declarada bajo el supuesto de que, por una parte, en el texto legal se ha utilizado impropiamente el término "incompatibilidades"**, cuando se hace referencia a los seis meses que siguen a la dejación del cargo, pues en realidad se trata de prohibiciones, y, por otra, que éstas no deben interpretarse ni aplicarse como absolutas, lo que las haría inconstitucionales.*

(...)

- El artículo 96 de la Ley 136 de 1994, también parcialmente atacado en este proceso, establece las incompatibilidades para los alcaldes.

Las causales objeto de censura por parte de los demandantes son la 6 y la 7, que se refieren respectivamente a las restricciones para desempeñar otro cargo o empleo público o privado y para inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período correspondiente y durante los seis meses siguientes al mismo, así medie renuncia previa del empleo.

(...)

¹⁸ Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

El numeral 7 es constitucional por las razones dichas y, además, por la muy poderosa de que la postulación como candidato a cargos de elección popular implicaría participación en actividades de partidos, movimientos y controversias políticas por parte del alcalde, quien lo tiene prohibido expresamente en cuanto ejerce autoridad política (artículo 127 de la Constitución).

En cuanto al término de duración de las incompatibilidades, la Corte encuentra en primer lugar una contradicción interna del precepto examinado, pues éste consagra en su parágrafo 2 un término general de un año posterior a la separación definitiva del cargo, mientras que el numeral 7º señala un lapso de seis meses siguientes al vencimiento del período respectivo para la inscripción como candidato a cualquier cargo de elección popular.

*A ello se añade que la disposición examinada prescribe la aludida prolongación de las incompatibilidades contando los indicados términos de manera equívoca en cuanto al concepto de **período**, ya que unas veces le atribuye un sentido objetivo -el tiempo para el cual se contempla en abstracto la gestión de todo alcalde- y otras lo identifica **subjetivamente** -lapso efectivo de la función desempeñada por una persona en concreto-. Así, puede observarse que mientras el numeral 7 extiende la incompatibilidad al "período para el cual fue elegido y durante los seis (6) meses siguientes al mismo" (concepto objetivo), el parágrafo 2, aplicable a todas las formas de incompatibilidad, las mantiene "durante el año siguiente a la separación definitiva del cargo" (concepto subjetivo). Con ello genera incertidumbre en el entendimiento y aplicación de la norma.*

*De otra parte, la norma acusada merece la misma crítica ya consignada en relación con el artículo 47, puesto que **al ampliar, por fuera del tiempo en que se ejerce el cargo, la proscripción de una serie de ocupaciones y gestiones que en ese lapso posterior ya no pueden ser "incompatibles" con la alcaldía por no existir simultaneidad**, hace una referencia impropia, que en el caso del numeral 7 -relativo a la inscripción como candidato a cargos de elección popular- **convierte la prohibición, anexa al empleo que se venía ejerciendo, en una inhabilidad genérica**, referente a todo destino para el cual la persona pudiera ser escogida por el pueblo." (Negrillas y subrayas fuera del texto)*

Por virtud del fallo transcrito en precedencia, en razón del mandato condicionado de la Corte Constitucional, es perentorio que las referidas incompatibilidades se interpreten como inhabilidades.

La Sala en un asunto similar determinó: "En la frase final del artículo 96-7 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 5º de la Ley 177 del mismo año se dice: "y durante el año siguiente al mismo", esto es, contiene una prohibición para quienes ejercieron el cargo de alcalde o personero de inscribirse como candidatos a un cargo de elección popular sin que haya transcurrido un año entre la dejación del cargo y la fecha de inscripción de la candidatura, término que se cuenta a partir del vencimiento del período respectivo o de la aceptación de la renuncia, según lo expresó la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de dicha norma, donde igualmente precisó que se estaba utilizando impropriamente el

*término “incompatibilidad” para hacer referencia a los meses que siguen a la dejación el cargo, pues en realidad no son incompatibilidades”*¹⁹

En oportunidad más reciente, esta Sección se ocupó del análisis de estas normas y concluyó que en cuanto prohíben la inscripción de quienes hayan ejercido función pública, incluso en un período posterior a su desvinculación, no se trata de una incompatibilidad como lo determinó el legislador, sino que en razón de los términos como fue redactada la causal, por no existir simultaneidad, constituye materialmente causal de inhabilidad para ser elegido.²⁰

Por lo expuesto, es claro que el Legislador, en los artículos 31-7 y 32 de la Ley 617 de 2000, denominó de manera impropia la causal como “incompatibilidad” lo que realmente comporta inhabilidad; por consiguiente, se realizará el estudio en el entendido de que la naturaleza jurídica de la causal en estudio es de inhabilidad.

2.2.2. De los destinatarios de la norma.

Según el texto del artículo 31 de la Ley 617 de 2000, la inhabilidad en estudio está dirigida a *“Los Gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo”*.

Debe resaltarse que, de conformidad con la Constitución Política, 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”*.

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.”*²¹

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.”*

¹⁹ Sentencia de 8 de febrero de 2002, expediente 2776.

²⁰ Sentencia de 29 de enero de 2009, Rad. 76001233100020070160601. Tesis reiterada en sentencias de 31 de julio de 2009, Rad. 76001-23-31-000-2007-01477-02 y de 6 de diciembre de 2012, Rad. 54001-23-31-000-2011-00552-01.

²¹ Subrayas fuera del texto.

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”.²²

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.

Ahora, es importante precisar que el gobernador no es nominador de su empleo, pues si bien 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 departamento²³, no tiene función nominadora respecto de su propio cargo.

Entonces, bien puede decirse que existen diferentes posibilidades para ejercer funciones de gobernador, bien sea *i*) por elección popular, *ii*) por designación del Presidente de la República, o *iii*) por encargo del titular.

Aquí debe precisarse que las funciones de un empleo público por virtud del encargo se pueden cumplir como titular del destino público por encargo de la totalidad de funciones, o como titular de otro empleo público distinto y siendo encargado parcialmente 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

[...]

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...”

²² Subrayas fuera del texto.

²³ Artículo 305 de la Constitución Política.

“...”

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...” (Subrayas fuera del texto)

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 total de funciones** cuando se designa a una persona para que cumpla todas 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 parcial de funciones** cuando se designa a una persona para que cumpla alguna o algunas de 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 mientras que en el segundo no. En el segundo se puede ser, por ejemplo, profesional universitario en cumplimiento de funciones de profesional especializado.

Sobre el encargo total de funciones y el encargo parcial de funciones la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha sostenido:

*“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...”²⁴*

Por eso se dice que el encargo es “a la vez una situación administrativa [encargo total de funciones] y una forma de proveer transitoriamente los empleos vacantes [encargo parcial de cargo]....”²⁵

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto de 8 de noviembre de 1983.

²⁵ DUEÑAS QUEVEDO, Clara Cecilia, Derecho Administrativo Laboral, primera reimpresión 2009, página 203, Ediciones Gustavo Ibáñez.

Entonces, de conformidad con lo expuesto, y al no ser posible que el gobernador realice un encargo total de las funciones de su cargo por no ser nominador de su propio cargo, los destinatarios de la norma [*Los Gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo*] son quienes hayan ejercido **el cargo** de gobernador, estos son: *i)* los gobernadores elegidos popularmente y *ii)* los gobernadores designados por el Presidente de la República.

2.2.3. Del término por el que se extiende la causal.

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, pues el *a quo* consideró que la inhabilidad en estudio resultó modificada por la norma en mención, de conformidad con la sentencia modulativa C-490 de 2011, y por ello, el término por el que se extiende la causal pasó de 24 a 12 meses.

El párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011²⁶ dispuso:

“En caso de faltas absolutas de gobernadores o alcaldes, el Presidente de la República o el gobernador, según el caso, dentro de los dos (2) días siguientes a la ocurrencia de la causal, solicitará al partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato una terna integrada por ciudadanos pertenecientes al respectivo partido, movimiento o coalición. Si dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al de recibo de la solicitud no presentaren la terna, el nominador designará a un ciudadano respetando el partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato.

No podrán ser encargados o designados como gobernadores o alcaldes para proveer vacantes temporales o absolutas en tales cargos, quienes se encuentren en cualquiera de las inhabilidades a que se refieren los numerales 1, 2, 5 y 6 del artículo 30 y 1, 4 y 5 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

Ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política. (Negrillas y subrayas fuera del texto)

La Corte Constitucional en sentencia C-490 de 2011 que se ocupó de realizar el control previo de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria No. 190/10 Senado - 092/10 Cámara “*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*” -luego Ley 1495 de 2011- y en ella declaró condicionalmente exequible este artículo “*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.*”

Para llegar a esa conclusión la Corte adujo:

²⁶ 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

“108.1. Ahora bien, en lo que tiene que ver con las reglas previstas en el párrafo 3º del artículo 29 del Proyecto, encuentra la Corte que son compatibles con la Constitución. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el artículo 293 C.P. prescribe que corresponde a la ley determinar las calidades, inhabilidades, incompatibles, fecha de posesión, periodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. Por lo tanto, la regla que confiere la competencia al Presidente y al gobernador para, según el caso, proveer las faltas absolutas de los gobernadores y alcaldes, según la terna que le remita el partido o movimiento político correspondiente, es desarrollo de dicha potestad constitucional de regulación. Del mismo modo, al incorporar la actividad de postulación de las agrupaciones políticas, resulta armónica con el principio democrático representativo. En todo caso, debe resaltarse que la aplicación de ese precepto debe realizarse de manera compatible con lo previsto en los artículos 303 y 314 de la Carta, los cuales prevén reglas particulares en materia de la provisión de faltas absolutas de gobernadores y alcaldes, en aquellos eventos en que estas sucedan a más de dieciocho meses de la terminación del periodo para el que fueron elegidos. En esas circunstancias y merced la jerarquía normativa del sistema de fuentes de derecho, debe darse aplicación estricta al precepto constitucional, que exige una nueva elección.

En segundo término, debe resaltarse que la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en afirmar que el legislador es titular de un amplio margen de configuración legislativa en materia inhabilidades, estando sujeto solo a las disposiciones previstas en la Carta sobre esta materia, como a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Al respecto, en la sentencia C-348/04, a propósito del análisis de constitucionalidad de algunas reglas de la Ley 617 de 2000 sobre inhabilidades para mandatarios regionales y locales, este Tribunal señaló lo siguiente:

“3.2. Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo²⁷.

(...)

3.3. De acuerdo con los artículos 6º, 123 y 150 numeral 23 de la Constitución, salvo los eventos expresamente señalados por el Constituyente, corresponde a la ley determinar el régimen de calidades, inhabilidades, incompatibilidades y requisitos para desempeñar los empleos públicos. De ahí que, tal y como lo ha dicho esta Corte, el legislador dispone de una amplia discrecionalidad para establecer el régimen de inhabilidades para los servidores públicos, sin más

²⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-380-97; C-200-01, C-1212-01.

limitaciones que las que surgen de la propia Carta Política²⁸. Corresponde entonces a este órgano político “evaluar y definir el alcance de cada uno de los hechos, situaciones o actos constitutivos de inhabilidad o incompatibilidad, así como el tiempo durante el cual se extienden y las sanciones aplicables a quienes incurran en ellas”²⁹.

En ejercicio de esa facultad, el legislador tiene dos límites. De una parte, no podrá modificar las inhabilidades ya señaladas por el constituyente³⁰ y, en los demás asuntos, deberá hacerlo de manera razonable y proporcional, de tal suerte que no desconozca los principios, valores y derechos consagrados en la Carta Política. Según lo señaló la Corte, “el Legislador no está constitucionalmente autorizado para regular de cualquier forma los requisitos para el desempeño de la función pública, puesto que debe armonizar, de un lado, la defensa de los intereses colectivos incita en la consagración de las causales de inelegibilidad y, de otro lado, el derecho político fundamental ³¹ de acceder a los cargos públicos (C.P. art. 40-7). Por ello, tal y como esta Corporación lo ha manifestado en varias oportunidades³², las condiciones de ingreso y permanencia en el servicio público deben ceñirse a los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad de la medida, las cuales deberán determinarse teniendo en cuenta ‘el cargo de que se trate, la condición reconocida al servidor público, las atribuciones y competencias que le hayan sido asignadas y sus respectivas responsabilidades’³³”.

Para el caso planteado, se tiene que el legislador estatutario, a través del mecanismo de remisión normativa, previó un régimen particular de inhabilidades para aquellos ciudadanos que sean encargados de los cargos de gobernador o alcalde, ante su falta absoluta. Esta opción encuadra sin dificultad en el margen de configuración normativa antes aludido. Igualmente, encuentra la Sala que una disposición de esta naturaleza es razonable, habida consideración que tiene por objeto zanjar las discusiones jurisprudenciales y doctrinales sobre la materia, en especial frente a la disparidad de términos para la inhabilidades, a través de un regla homogénea, que evita inequidades entre distintas clases de

²⁸ Según lo ha señalado esta Corporación, “el Legislador tiene un margen de discrecionalidad amplio para regular las inhabilidades e incompatibilidades para acceder a la función pública, dentro de las limitaciones que la propia Carta define. Diferente es la situación del operador jurídico, quien debe interpretar estricta y restrictivamente las causales de inelegibilidad, en tanto y cuanto son excepciones legales al derecho de las personas a acceder a los cargos públicos”. Sentencia C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²⁹ Sentencia C-194-95.

³⁰ Para la Corte Constitucional, “el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos está previsto en la Constitución y la ley. El legislador no puede modificar los límites fijados directamente por el constituyente en cuanto existen varias razones que impiden a la ley ampliar este régimen, entre las cuales se destacan las siguientes: 1ª) La Constitución establece un sistema cerrado de inhabilidades e incompatibilidades por tratarse de restricciones al derecho fundamental de elegir y ser elegido (C.P., Art. 40); 2ª) La sujeción de la ley al principio de la supremacía de la Constitución Política, lo cual impide que el legislador consagre regulaciones que estén en contravía de la Carta o modifiquen los preceptos en ella dispuestos (C.P., art. 4ª); 3ª) Los límites de los derechos fundamentales tienen que ser de interpretación restrictiva; 4ª) Cuando la propia Constitución establece un límite a un derecho fundamental y se reserva tal prerrogativa, cierra la posibilidad para que la ley, en su ámbito de competencia, pueda ser más restrictiva en esa materia. De acuerdo con el principio de la supremacía de la Constitución, la ley no está facultada para dejar sin efecto práctico un principio constitucional”. Sentencia C-540-01.

³¹ Al respecto, pueden consultarse las sentencias T-181-94, T-058-97 y T-759-99

³² Sentencias C-329-95 y C-209-00, y C-618-97.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-200-01.

cargos de representación popular. Una regla de esta naturaleza en nada se opone a la Carta Política.

Sin embargo, la Corte advierte que a pesar de la exequibilidad general de la disposición, su constitucionalidad debe ser condicionada en un aspecto interpretativo particular. En efecto, resulta en criterio de la Sala necesario excluir una interpretación extensiva contraria a la Constitución y circunscribir la norma a la inhabilidad establecida en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución para los congresistas, comoquiera que la Carta Política faculta al legislador para establecer un régimen especial de inhabilidades para los cargos de elección popular en las entidades territoriales (Arts. 299 y 312 C.P.), acorde con los derechos a la igualdad, participación y acceso a los cargos públicos, que no puede desaparecer con la adopción del párrafo 3º del artículo 29 del Proyecto examinado. Para la Corte, el término de comparación que prescribe el inciso final del citado párrafo no puede aplicarse de manera plena, en razón a que no todas las causales de inhabilidad establecidas en la Constitución para los congresistas se pueden predicar en general de todos los servidores públicos de elección popular, pues en su mayoría no aplican en el nivel territorial y el mandato legal no puede desconocer la facultad conferida por el constituyente al legislador para establecer distintos regímenes de inhabilidades en el acceso a cargos de elección popular distintos a los de los senadores y representantes, para quienes el constituyente consagró un estatuto especial y unas prohibiciones específicas.

Por las consideraciones expuestas la Corte declarará la exequibilidad del artículo 29 del Proyecto de Ley Estatutaria objeto de revisión, en 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.”

Ahora, según el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución Política no podrán ser congresistas *“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.”*

El asunto que ocupa en este momento la atención de la Sala reviste gran complejidad porque de conformidad con las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional pueden adoptarse diferentes interpretaciones de la conclusión 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”*

En efecto, podría pensarse que: *i)* del régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular solamente le es aplicable el inciso final del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 a la inhabilidad que se equipare a la de los Congresistas prevista por el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución Política; o que *ii)* los términos (en referencia al tiempo) del régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular son los mismos que el previsto para los Congresistas en el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución Política, es decir, todas las causales tendrían un tiempo de *“doce meses anteriores a la fecha de la elección”*.

De las diferentes hermenéuticas expuestas en precedencia y ante la falta de claridad de la *ratio decidendi* del fallo de la Corte Constitucional para evitar “*una interpretación extensiva contraria a la Constitución*” y así “*circunscribir la norma a la inhabilidad establecida en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución para los congresistas*”, debe preferirse sin duda a aquella que la hace realmente efectiva - efecto útil –.

Sobre ese entendido, la Sala advierte que con la primera de ellas, según la cual solamente se modificarían las inhabilidades que refieren al previo ejercicio de autoridad o jurisdicción por parte de los servidores públicos de elección popular³⁴ - que es el supuesto del numeral 2º del artículo 179 de la Constitución Política- no habría mutación alguna del ordenamiento porque dichas inhabilidades están redactadas con expresiones similares y todas ellas prevén el mismo término “**doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección**”, entonces, en esas circunstancias el inciso final de parágrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 y su exequibilidad condicionada por la Corte Constitucional resultan inanes.

Ahora, con la segunda interpretación, según la cual los términos (en referencia al tiempo) del régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular son los mismos que el previsto para los Congresistas en el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución Política debe analizarse si existiría o no modificación del elemento constitutivo “término”, para ello, la Sala comparará las inhabilidades previstas por el Legislador para los cargos y corporaciones de elección popular.

³⁴ Que se encuentran reguladas en los artículos 30-3, 33-3, 37-2, 40-2 de la Ley 617 de 2000.

CONGRESISTAS (Art. 179 C.P.)	GOBERNADORES (Art. 30 Ley 617 de 2000)	DIPUTADOS (Art. 33 Ley 617 de 2000)	ALCALDES (Art. 37 Ley 617 de 2000)	CONCEJALES (Art. 40 Ley 617 de 2000)
1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.	1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos (...).	1. Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos (...).	1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos (...).	1. Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos (...).
4. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.	1. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.	1. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.	1. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.	1. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.
	1. Quienes a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.	1. Quienes a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.	1. Quienes a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.	1. Quienes a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

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

<p>3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.</p>	<p>4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.</p> <p>Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal 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.</p>	<p>4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.</p> <p>Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal 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.</p>	<p>3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.</p> <p>Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal 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 municipio.</p>	<p>3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.</p> <p>Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el</p>
---	---	---	--	--

				régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.
--	--	--	--	---

<p>5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.</p>	<p>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.</p>	<p>5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer 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.</p>	<p>4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o 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 municipio.</p>	<p>4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.</p>
---	--	---	---	---

<p>6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.</p>		<p>5. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo departamento en la misma fecha.</p>		<p>4. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha.</p>
<p>7. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.</p>	<p>2. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.</p>	<p>2. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.</p>		
	<p>6. Quien haya desempeñado el cargo de contralor departamental o procurador delegado en el respectivo departamento durante un período de doce</p>		<p>5. Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un periodo de doce (12) meses antes de la fecha de la elección.</p>	

	(12) meses antes de la elección de gobernador.			
8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente. <i>(la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales)</i>				
	7. Quien haya desempeñado los cargos a que se refiere el artículo 197 de la Constitución Nacional.			

Del cuadro anterior, de la comparación de los distintos regímenes de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular, se debe advertir y destacar que en todas las causales que prevén tiempo, dicho término está referido precisamente a “doce meses anteriores a la fecha de la elección”; es decir, que tiene idéntico sentido al término de la inhabilidad prevista para los Congresistas en el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución Política.

De la anterior regla sólo existe una excepción y es la prevista precisamente por las normas de la Ley 617 de 2000 que el legislador denominó de manera impropia “incompatibilidades”, que son materialmente inhabilidades como se explicó en precedencia. En efecto, los artículos 31-7 y 32 de la Ley 617 de 2000 extienden el término para la configuración de la inhabilidad que prohíbe la inscripción durante el período constitucional y hasta por 24 meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia, en la respectiva circunscripción, de los candidatos a gobernador (y en los artículos 38-7 y 39 de la Ley 617 de 2000 para los candidatos a alcalde).

Por lo dicho, es indiscutible que la única hermenéutica que le da efecto útil al último inciso del párrafo tercero del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, de conformidad con la modulación de la sentencia C-490 de 2011 de la Corte Constitucional, es precisamente la segunda [según la cual los términos (en referencia al tiempo) del régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular son los mismos que el previsto para los Congresistas en el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución Política].

Por lo expuesto, la inhabilidad en estudio fue modificada por el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 de la forma como se condicionó su exequibilidad, y por ello su término es el previsto por el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución Política, es decir, “doce meses anteriores a la fecha de la elección”.

Por consiguiente, la Ley 1475 de 2011, 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 término 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 de 2011, se dictó en un juicio previo, automático e integral de constitucionalidad, 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, 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 prevé 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 –

Conviene agregar que la inhabilidad es claramente una forma de limitación al derecho fundamental a ser elegido [artículo 40 de la Constitución Política] y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado³⁵ ha previsto que las normas que establecen derechos y libertades constitucionales deben interpretarse siempre de la manera que garantice su más amplio ejercicio, en tanto que aquellas normas que los limiten mediante el señalamiento de inhabilidades, incompatibilidades y calidades para el desempeño de cargos públicos, deben estar consagradas expresamente en Constitución o en la ley y no pueden interpretarse en forma extensiva sino siempre, con la finalidad enunciada, en forma restrictiva. Es el principio *pro libertatis*³⁶ al que la Corte Constitucional se refirió en la sentencia C-147 de 1998, en los siguientes términos:

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

Por lo expuesto, para la Sala es claro que antes de la culminación del proceso administrativo electoral, es decir, previamente a la elección, por mandato del legislador estatutario y de conformidad con la modulación realizada por la Corte

³⁵ Al respecto pueden consultarse, entre otras, sentencias de 14 de noviembre de 2008, Rad. 73001-23-31-000-2007-00710-01; de 26 de febrero de 2009, Rad. 50001-23-31-000-2007-01107-01; de 13 de diciembre de 2010, Rad. 17001-23-31-000-2009-00077-01.

³⁶ Este tema puede consultarse en las sentencias de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 16 de julio de 1998, expediente 175; de 17 de agosto de 2000, expediente 2342; de 19 de mayo de 2005, expediente 3688; de 15 de junio de 2006, expediente 3921 y; la sentencia C-147 de 22 de abril de 1998 dictada por la Corte Constitucional, entre otras.

Constitucional, en este aspecto se modificaron los supuestos para la configuración de la inhabilidad de manera más favorable para los candidatos; por tanto después de la vigencia de la Ley Estatutaria 1475 de 2011 (14 de julio de 2011)³⁷ el período inhabilitante es de “doce meses anteriores a la fecha de la elección”, y es en esos términos que debe examinarse la configuración o no de la inhabilidad.

Así las cosas, se impone concluir que después de la vigencia de la Ley 1475 de 2011 para configurar la inhabilidad en estudio se requiere: **(i)** que la conducta se realice por un sujeto calificado: los gobernadores elegidos popularmente, así como quienes sean designados por el Presidente de la República en su reemplazo; **(ii)** que ese sujeto sea elegido a cualquier cargo o corporación de elección popular y; **(iii)** que la elección se efectúe durante el período para el cual fue elegido y hasta 12 meses después de su vencimiento o de la aceptación de la renuncia³⁸.

Pese a lo dicho, si bien este fue el criterio de interpretación del demandado, de la sentencia del Tribunal y del Procurador Judicial Delegado ante el Consejo de Estado, la interpretación de la Sala no es uniforme en el tema y ese el objeto de aclaración al fallo por los restantes consejeros.

2.3. El caso en estudio

Realizadas las anteriores precisiones, la Sala se ocupará en concreto de la situación del demandado.

El actor y apelante considera que el demandado se encontraba inhabilitado para ser elegido gobernador para el período 2012-2015 en razón a que en diferentes oportunidades fue encargado de las funciones de Gobernador de Bolívar.

De las pruebas aportadas al proceso se tiene que el demandado cumplió funciones de gobernador encargado así:

ACTO ADMINISTRATIVO DE DESIGNACION	TEXTO DEL ENCARGO	UBICACION DE LA PRUEBA FOLIO
Decreto 464 de 24 de agosto de 2009	<i>“Encárguese del Despacho del Gobernador, los días 25 y 26 de Agosto del</i>	209

³⁷ Publicada en el Diario Oficial No. 48.130 de 14 de julio de 2011.

³⁸ Lo dicho sin perjuicio de lo expuesto por al Corte Constitucional en sentencia C-540 de 2001 que declaró exequible el artículo 32 de la Ley 617 de 2000 en el sentido de no se aplica al gobernador que se inscriba como candidato a Senador, Representante a la Cámara o Presidente de la República, por tratarse de inhabilidades ya reguladas por los artículos 179-2 y 197 de la Constitución Política.

	<i>2009, al doctor JUAN CARLOS GOSSAIN ROGNINI, Secretario Privado, por encontrarse el titular, en Comisión de Servicios en la ciudad de Bogotá.”</i>	
Decreto 544 de 29 de septiembre de 2009	<i>“Mientras dura la ausencia del Titular, quien viaja en misión oficial encárguese de las funciones del Despacho del Gobernador al doctor JUAN CARLOS GOSSAIN ROGNINI, Secretario Privado Departamental.”</i>	210
Decreto 557 6 de octubre de 2009	<i>“Mientras dura la ausencia del Titular, quien viaja en misión oficial encárguese de las funciones del Despacho del Gobernador al doctor JUAN CARLOS GOSSAIN ROGNINI, Secretario Privado Departamental.”</i>	211
Decreto 589 de 16 de octubre de 2009	<i>“Mientras dura la ausencia del Titular, quien viaja en misión oficial encárguese de las funciones del Despacho del Gobernador al doctor JUAN CARLOS GOSSAIN ROGNINI, Secretario Privado Departamental.”</i>	212
Decreto 25 de 21 de enero de 2010	<i>“Mientras dura la ausencia del Titular, quien viaja en misión oficial encárguese de las funciones del Despacho del Gobernador al doctor JUAN CARLOS GOSSAIN ROGNINI, Secretario de Planeación Departamental.”</i>	213

Es decir, del plenario se tiene por probado que: *i)* el demandado fue encargado en diferentes oportunidades de las funciones del despacho del Gobernador de Bolívar en razón de las comisiones y misiones oficiales del titular; *ii)* el demandado al momento de los encargos se encontraba desempeñando otro cargo en la Administración -Secretario Privado o de Planeación Departamental-; *iii)* el último encargo se realizó el 21 de enero de 2010.

De conformidad con los elementos que configuran la causal, y de las pruebas obrantes en el proceso, se concluye que el demandado no está incurso en la inhabilidad que se le imputó en razón a que no fue ni gobernador elegido popularmente, ni designado por el Presidente de la República en reemplazo del titular; además, y como lo concluyó el *a quo*, los encargos no se presentaron dentro del término en que opera la inhabilidad.

En efecto, del texto de los actos administrativos referidos se tiene que el Gobernador titular, los días de los encargos, se encontraba en ejercicio de funciones públicas pero en otro lugar -comisiones y misiones oficiales-, por consiguiente, no es posible jurídicamente afirmar que esos días coexistieron 2 gobernadores; por ende, tampoco se puede afirmar que el titular fue reemplazado por su Secretario.

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 puede hacer un nombramiento por encargo o un encargo total de funciones, es decir, no puede designar su "reemplazo". Así pues, el demandado nunca ocupó el empleo de Gobernador aunque sí cumplió funciones de ese cargo.

Por otra parte, es claro que los encargos se dieron por fuera del término inhabilitante, es decir, "*doce meses anteriores a la fecha de la elección*", en razón a que la elección cuestionada se realizó el 30 de octubre de 2011 y el último encargo fue el 21 de enero de 2010.

De lo expuesto se concluye que, en el caso concreto, el demandado no era inelegible como Gobernador de Bolívar para el período 2012 - 2015.

Resta decir que el *a quo* en la parte resolutive de su sentencia se inhibió de hacer pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones de declarar la nulidad del acto de inscripción del demandado, así como la de realizar nuevos escrutinios.

Al respecto, debe resaltar la Sala que del estudio de la demanda y su reforma no se desprende que el actor haya solicitado la nulidad del acto de inscripción de la candidatura del demandado, razón por la cual no es posible realizar respecto de ella pronunciamiento alguno.

Ahora con relación a la pretensión dirigida por el actor para que se realice un nuevo escrutinio, si bien la Sala considera que le asiste razón al demandado en el sentido de que ante la prosperidad de la nulidad del acto de elección con soporte en causales subjetivas [falta de calidades, requisitos o inhabilidades] no hay lugar a realizar un nuevo escrutinio, sino de suplir la falta de conformidad con el procedimiento constitucional o legal previsto para ello [llamado, designación o nueva elección], dicha circunstancia no es un impedimento procesal para resolver la pretensión de nulidad del acto de elección demandado, sino para determinar las posibles consecuencias que se deriven de su eventual nulidad. Por consiguiente, al no prosperar la pretensión de nulidad del acto de elección cuestionado, no hay lugar a realizar pronunciamiento alguno respecto de las demás pretensiones que parten de su prosperidad; por consiguiente, la inhibición al respecto es improcedente.

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

FALLA

MODIFICASE la sentencia de 31 de julio de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en el sentido de **DENEGAR** las pretensiones de la demanda, en atención a las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidente
ACLARA VOTO

MAURICIO TORRES CUERVO

ALBERT O YEPES BARREIRO
ACLARA VOTO

LEY 1475 DE 2011 - Aplicación a los comicios celebrados el 30 de octubre de 2011 / LEY 1475 DE 2011 - El inciso tercero del artículo 29 solo se aplica a la inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución

Procedo a dejar consignadas con el mayor respeto las razones que me llevaron a aclarar mi voto, sustentada en que en este fallo se consignaron argumentos que fueron en su oportunidad los motivos de aclaración que el aquí ponente esgrimió en un asunto de idéntica temática. Entonces, paso a explicar las razones que me llevaron a compartir la decisión de no acceder a declarar la nulidad del acto acusado pero a disentir de la forma como abordó algunos temas respecto de los que me he pronunciado y, que me imponen reiterar la posición asumida. El fallo que aclaro contiene en el acápite “2.2.3. Del término por el que se extiende la causal”, dos conclusiones de las cuales me aparto: Al respecto debo referir que en efecto para los comicios territoriales celebrados el 30 de octubre de 2011, ya se había promulgado la Ley 1475 de 2011; sin embargo, el proceso electoral en si

mismo considerado inició antes de dicha vigencia, lo que impedía que este trámite y en específico, la elección que aquí se acusa, se gobernara por la Ley 1475 de 2011. Sobre la aplicabilidad de esta normativa esta Sección ya precisó: “Empero, la Sala anticipa que el presente caso no se gobierna por las reformas que introdujo la Ley 1475 de 2011, pues si bien esta norma entró en vigencia el 14 de julio de 2011 (antes de los comicios que tuvieron lugar el 30 de octubre de ese mismo año), es lo cierto que gran parte de sus disposiciones no fueron aplicables debido a que la etapa preelectoral ya se encontraba en marcha y varias actuaciones (entre otras, la inscripción de candidatos) habían iniciado.” Así, el momento que estima el fallo como determinante para la aplicación de esta ley, desconoce la existencia de etapas previas en el trámite electoral y circunscribe tal hecho, únicamente al momento de surgimiento de la inhabilidad - la elección -, modificando de esta manera las reglas bajo las cuales un candidato aceptó participar en la contienda. El otro aspecto sobre el cual debo manifestar mi aclaración de voto tiene que ver con la conclusión que esboza el fallo frente a la extensión de la norma contenida en el párrafo 3° del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011. Sobre este punto dije: “(...) 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.”

ACLARACION DE VOTO

Consejera: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil trece (2013)

Procedo a dejar consignadas con el mayor respeto las razones que me llevaron a aclarar mi voto, sustentada en que en este fallo se consignaron argumentos que fueron en su oportunidad los motivos de aclaración que el aquí ponente esgrimió en un asunto de idéntica temática, decidido por esta Sección en el expediente

N°540012331000201100552 - 01³⁹. Además, porque en la providencia que aclaro, se manifestó al folio 29, de tal necesidad, en los siguientes términos: “[...] la interpretación de la Sala no es uniforme en el tema y ese el objeto de aclaración al fallo por los restantes consejeros”.

Entonces, paso a explicar las razones que me llevaron a compartir la decisión de no acceder a declarar la nulidad del acto acusado pero a disentir de la forma como abordó algunos temas respecto de los que me he pronunciado y, que me imponen reiterar la posición asumida:

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

El fallo que aclaro contiene en el acápite “**2.2.3. Del término por el que se extiende la causal**”, dos conclusiones de las cuales me aparto:

i) [...] la inhabilidad en estudio **fue modificada por el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 de la forma como se condicionó su exequibilidad, y por ello su término es el previsto por el numeral 2° del artículo 179 de la Constitución Política, es decir, “doce meses anteriores a la fecha de la elección”.** y ii) “[...] que la sentencia C-490 de 2011, se dictó en un juicio previo, automático e integral de constitucionalidad, pues se trataba de un proyecto de ley estatutaria, por lo mismo, la ley, junto con la interpretación del inciso tercero del párrafo 3° 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, 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 prevé 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 –”

³⁹ Consejo de Estado – Sección Quinta. Actor: Luis Ovidio Palacios Casadiego. Demandado: Gobernador de Norte de Santander. Sentencia del 6 de diciembre de 2012. C.P. Dra. Susana Buitrago Valencia.

Al respecto debo referir que en efecto para los comicios territoriales celebrados el 30 de octubre de 2011, ya se había promulgado la Ley 1475 de 2011; sin embargo, el proceso electoral en si mismo considerado inició antes de dicha vigencia, lo que impedía que este trámite y en específico, la elección que aquí se acusa, se gobernara por la Ley 1475 de 2011. Sobre la aplicabilidad de esta normativa esta Sección ya precisó⁴⁰: “Empero, la Sala anticipa que el presente caso no se gobierna por las reformas que introdujo la Ley 1475 de 2011, **pues si bien esta norma entró en vigencia el 14 de julio de 2011 (antes de los comicios que tuvieron lugar el 30 de octubre de ese mismo año), es lo cierto que gran parte de sus disposiciones no fueron aplicables debido a que la etapa preelectoral ya se encontraba en marcha y varias actuaciones (entre otras, la inscripción de candidatos) habían iniciado.**”

Así, el momento que estima el fallo como determinante para la aplicación de esta ley, desconoce la existencia de etapas previas en el trámite electoral y circunscribe tal hecho, únicamente al momento de surgimiento de la inhabilidad - la elección -, modificando de esta manera las reglas bajo las cuales un candidato aceptó participar en la contienda. Son etapas del proceso electoral las siguientes:

“Ahora, en el proceso de elecciones populares hay tres etapas bien definidas: una es la de la **inscripción y aceptación de candidatos** a la elección de que se trate -artículos 88 a 98 del Código Electoral-; otra es la de las **votaciones o elecciones** propiamente dichas (artículos 99 a 133 del mismo Código); y la tercera es la de **los escrutinios** (artículos 134 a 193)⁴¹.”

El otro aspecto sobre el cual debo manifestar mi aclaración de voto tiene que ver con la conclusión que esboza el fallo frente a la extensión de la norma contenida en el parágrafo 3° del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011. Sobre este punto dije:

⁴⁰ Consejo De Estado - Sección Quinta N° del proceso: 520012331000201100666-01 Radicado interno: 2011 – 0666. Actor: Luis Eduardo Gavilanes y otros. Acción Electoral. Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 1° de febrero de 2002, expediente número 15001-23-31-000-200-2289-018 (2792), demandante: Héctor Hernando Arias Galindo, demandado: Pedro José Martínez Arias (Alcalde de Viracachá – Boyacá), Consejero Ponente doctor Darío Quiñonez Pinilla.

*“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 parágrafo 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 parágrafo 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.”
(Subrayas y resaltas fuera del texto)

2. De la causal de incompatibilidad atribuida al demandado

*En lo que respecta a la naturaleza de la causal que se invoca no existe ninguna observación. La misma surge en lo relativo a la explicación que se adopta como “obiter dicta” en lo relativo a la forma en que un empleo público puede cumplirse en virtud del **encargo**⁴².*

La providencia a la que me he referido, fue reiterada mediante esta decisión en lo esencial, es decir, en el enfoque interpretativo de los elementos que tipifican la causal que se examina. En ella se dijo:

⁴² Página 14 del fallo último párrafo.

“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.”

Esta conclusión era suficiente para el análisis del caso concreto, no resultando necesario el tema del “encargo” que involucró para decir que frente a éstos la inhabilidad no se tipificaba.

*Si el demandado **no** se desempeñó como Gobernador, bien por elección o por nombramiento para el período restante como reemplazante, no incurrió en la causal alegada y, en ese orden de ideas, el argumento dicho de paso, relativo a que el **encargo** se cumple por “encargo de la totalidad de funciones” o como “titular de otro empleo público distinto y siendo encargado parcialmente de sus funciones”, no resultaba merecedor de tal distinción, pues carece de poder vinculante frente al tema decidido y si acaso, puede resultar un aspecto complementario.*

*La adición de este argumento no vinculante representó al momento de analizar la situación fáctica un contrasentido e imprecisión, pues si ya se había concluido que el “encargado” no era destinatario de la norma⁴³, la conclusión relativa a que **“los***

⁴³ Página 16 del fallo, párrafo sexto: “Entonces, [...] los destinatarios de la norma **[Los Gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo]** son quienes hayan ejercido **el cargo** de gobernador, estos son: **i)** los gobernadores elegidos popularmente y **ii)** los gobernadores designados por el Presidente de la República.” (Negrillas y mayúsculas fuera del texto)

encargos no se presentaron dentro del término en que opera la inhabilidad”⁴⁴, es impropia e inconveniente para lo antes dicho.

En estos términos dejo consignadas las razones que me condujeron a aclarar mi voto.

Atentamente,

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Consejera de Estado

LEY 1475 DE 2011 - El inciso tercero del párrafo tercero del artículo 29 solo se aplica a la inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución / EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA - Efectos de la modulación de la sentencia C-490 de 2011

Aunque las posiciones ajenas merecen todo mi respeto, expongo a continuación las razones que me llevaron a aclarar el voto frente al fallo emitido el 21 de febrero del corriente año. En primer lugar, porque la prohibición estudiada, que materialmente no es en verdad una incompatibilidad sino una inhabilidad, solamente se aplica a las personas que han sido elegidas gobernadores por voto popular, o a quienes han sido designadas por el Presidente de la República para ocupar ese cargo. Y, en segundo lugar, porque se consideró que la modulación efectuada por la Corte Constitucional sobre el inciso 3º del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 14 de julio de 2011, mediante sentencia C-490 de 23 de junio de 2011, según la cual “...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 2º del artículo 179 de la Constitución Política.”, debe entenderse del siguiente modo: “Por consiguiente, la Ley 1475 de 2011, sí modificó el régimen de inhabilidades de los servidores públicos del orden territorial en el sentido de que todas las causales de inhabilidad

⁴⁴ Página 30 del fallo, párrafo segundo.

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 término 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.” Sin embargo, observo que ese no es el verdadero alcance que la Corte Constitucional dio al inciso 3º del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 14 de julio de 2011, que por cierto expresa: “Ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política” Este inciso fue declarado exequible bajo la interpretación restrictiva según la cual se debe entender o circunscribir sólo a la inhabilidad establecida en el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución para los congresistas, es decir, la referida al ejercicio de autoridad o jurisdicción política, civil, administrativa o militar dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección. Es imprescindible precisar que cuando la Corte Constitucional declara la exequibilidad condicionada de un precepto, implica que cualquier interpretación diferente que se haga de él, es contraria a la Carta, es decir, es inexecutable. La jurisprudencia constitucional ha señalado que las sentencias interpretativas que dicta la Corte en ejercicio de su función de guardiana y máxima intérprete de la Constitución, tienen como fundamento i) el principio pro libertate, según el cual, si una norma admite varias interpretaciones debe privilegiarse aquella que garantice de la manera más amplia la libertad o el derecho en cuestión, y ii) el principio de conservación del derecho, que obliga al juez constitucional a buscar en lo posible, salvar los textos legales sometidos a su control y sólo excluir aquellos que no admitan interpretaciones conforme a la Constitución, esto, como una clara deferencia al principio democrático. El carácter vinculante que, en dichos casos generan las decisiones de constitucionalidad derivados, entre otros, de la cosa juzgada constitucional, artículo 243 de la Carta, implica que ninguna autoridad pueda reproducir el texto de la norma expulsada del ordenamiento, mientras se mantengan en el ordenamiento constitucional los fundamentos que originaron la decisión de inexecutable. Los anteriores argumentos permiten explicar, entonces, porqué no puedo ni compartir ni aceptar la interpretación que hace el ponente del inciso 3º del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 14 de julio de 2011, supuestamente bajo la idea de darle un efecto útil, pues, como ya se explicó, el juez de lo contencioso en razón de la sentencia de exequibilidad restrictiva, no está llamado a hacer una disquisición diversa a la que hizo el juez constitucional; interpretación que, por demás, deja a

la norma en el mismo estado en que se encontraba cuando fue analizada por la Corte

NOTA DE RELATORIA: Sentencia C-490 de 2011, Corte Constitucional.

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

ACLARACION DE VOTO

Consejero: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., seis (6) de marzo de dos mil trece (2013)

Aunque las posiciones ajenas merecen todo mi respeto, expongo a continuación las razones que me llevaron a aclarar el voto frente al fallo emitido el 21 de febrero del corriente año.

Mediante esa providencia la Sala determinó que la elección del señor Juan Carlos Gossain Rognini no estaba viciada de nulidad y que por ello procedía confirmar el fallo apelado, esto es la sentencia proferida el 31 de julio de 2012 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, a través de la cual se denegó la pretensión de nulidad de dicha elección.

Para arribar a esa conclusión el fallo estableció, entre otras cosas, que pese a haberse demostrado que el demandado fungió como gobernador encargado del Departamento de Bolívar, por virtud de los Decretos 464 de 24 de agosto de 2009,

544 de 29 de septiembre de 2009, 557 de 6 de octubre de 2009, 589 de 16 de octubre de 2009 y 25 de 21 de enero de 2010, expedidos por el representante legal de esa entidad territorial, no se producía la infracción a lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 31 y en el artículo 32 de la Ley 617 de 2000, que prohíbe a los gobernadores y a quienes hayan sido designados en su reemplazo inscribirse a cargos de elección popular en la misma circunscripción electoral, dentro de los 24 meses siguientes a la renuncia o la terminación del período, por las siguientes situaciones.

En primer lugar, porque esa prohibición, que materialmente no es en verdad una incompatibilidad sino una inhabilidad, solamente se aplica a las personas que han sido elegidas gobernadores por voto popular, o a quienes han sido designadas por el Presidente de la República para ocupar ese cargo. Por lo mismo, como el demandado no estuvo en ninguna de esas situaciones jurídicas, no se producía la infracción al ordenamiento jurídico, razonamiento que comparto, con la precisión que según lo dispuesto en los artículos 24, 34 y 35 del Decreto 1950 de 1973, relativos al encargo como forma de proveer temporalmente los empleos públicos, esa figura jurídica supone la vacancia temporal o definitiva del titular del cargo, de suerte que mientras ello no ocurre los mal denominados encargos en realidad corresponden a delegación de funciones, figura bien distinta y que se regula en los artículos 9º y ss de la Ley 489 de 1998.

Y, en segundo lugar, porque se consideró que la modulación efectuada por la Corte Constitucional sobre el inciso 3º del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 14 de julio de 2011, mediante sentencia C-490 de 23 de junio de 2011, según la cual *“...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 2º del artículo 179 de la Constitución Política.”, debe entenderse del siguiente modo:

“Por consiguiente, la Ley 1475 de 2011, 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 término 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.”

Sin embargo, observo que ese no es el verdadero alcance que la Corte Constitucional dio al inciso 3º del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 14 de julio de 2011, que por cierto expresa:

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

Este inciso fue declarado exequible bajo la **interpretación restrictiva**⁴⁵ según la cual se debe entender o circunscribir sólo a la inhabilidad establecida en el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución para los congresistas, es decir, la

⁴⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

referida al ejercicio de autoridad o jurisdicción política, civil, administrativa o militar dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.

Esta interpretación se hizo con el fin de no vaciar la competencia que tiene el legislador para establecer un régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades para los cargos de elección popular en las entidades territoriales, artículos 299 y 312 de la Constitución Política, al tiempo de impedir que, a futuro, este inciso se aduzca para que el órgano de representación popular pueda formular o estructurar inhabilidades o incompatibilidades diversas a las que se contemplaron para los congresistas.

Señala la Corte:

“... el término de comparación que prescribe el inciso final del citado párrafo no puede aplicarse de manera plena, en razón a que no todas las causales de inhabilidad establecidas en la Constitución para los congresistas se pueden predicar en general de todos los servidores públicos de elección popular, pues en su mayoría no aplican en el nivel territorial y el mandato legal no puede desconocer la facultad conferida por el constituyente al legislador para establecer distintos regímenes de inhabilidades en el acceso a cargos de elección popular distintos a los de los senadores y representantes, para quienes el constituyente consagró un estatuto especial y unas prohibiciones específicas.”

Es imprescindible precisar que cuando la Corte Constitucional declara la exequibilidad condicionada de un precepto, implica que **cualquier interpretación diferente que se haga de él, es contraria a la Carta, es decir, es inexecutable.**

La jurisprudencia constitucional ha señalado que las sentencias interpretativas que dicta la Corte en ejercicio de su función de guardiana y máxima intérprete de

la Constitución, tienen como fundamento **i)** el principio *pro libertate*, según el cual, si una norma admite varias interpretaciones debe privilegiarse aquella que garantice de la manera más amplia la libertad o el derecho en cuestión, y **ii)** el principio de conservación del derecho, que obliga al juez constitucional a buscar en lo posible, salvar los textos legales sometidos a su control y sólo excluir aquellos que no admitan interpretaciones conforme a la Constitución, esto, como una clara deferencia al principio democrático⁴⁶.

La competencia de la Corte para hacer dichas interpretaciones fue reconocida expresamente en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y avalada en sentencia C-037 de 1996, cuando señaló que corresponde a ese órgano fijar los efectos y sentidos de sus sentencias como una forma de garantizar plenamente su facultad de guardar la supremacía e integridad de la Constitución⁴⁷.

Así mismo, el carácter vinculante que, en dichos casos generan las decisiones de constitucionalidad derivados, entre otros, de la cosa juzgada constitucional, artículo 243 de la Carta, implica que ninguna autoridad pueda reproducir el texto de la norma expulsada del ordenamiento, mientras se mantengan en el ordenamiento constitucional los fundamentos que originaron la decisión de inexecutableidad.

⁴⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-496 de 1994, C-109 de 1995, C-445 de 1998, C-101 de 2000. C-688 de 2002, entre otras.

⁴⁷ En la sentencia C-037 de 1996 se dijo expresamente: *'Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.*

El término autoridades incluye a los jueces de cualquier jurisdicción y rango, quienes no pueden desconocer las decisiones de constitucionalidad, aupados en la autonomía e independencia judicial que les reconoce el artículo 230 Constitucional, pues estos principios no pueden servir de fundamento para desconocer la fuerza normativa que tiene la Constitución y el carácter vinculante de las decisiones que emite el tribunal constitucional.

En sentencia C-335 de 2008, en relación con las sentencias interpretativas se señaló:

“...En caso de tratarse de un fallo de exequibilidad, no le sería dable al juez recurrir a la excepción de inconstitucionalidad, en tanto que si se está ante una declaratoria de constitucionalidad condicionada, igualmente le está vedado a cualquier juez acordarle una interpretación distinta a la norma legal que ha sido sometida al control de la Corte, siendo vinculante en estos casos tanto el decisum como la ratio decidendi.” (Resaltado fuera de texto)

Los anteriores argumentos permiten explicar, entonces, porqué no puedo ni compartir ni aceptar la interpretación que hace el ponente del inciso 3º del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 14 de julio de 2011, supuestamente bajo la idea de darle un efecto útil, pues, como ya se explicó, el juez de lo contencioso en razón de la sentencia de exequibilidad restrictiva, no está llamado a hacer una disquisición diversa a la que hizo el juez constitucional; interpretación que, por demás, deja a la norma en el mismo estado en que se encontraba cuando fue analizada por la Corte, es decir:

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

En ese sentido, más allá de compartir o no la exégesis que del inciso final del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 hizo la Corte Constitucional, al circunscribir la prohibición en él contenida a la inhabilidad del numeral 2 del artículo 179 de la Constitución, es claro que la consecuencia obvia de dicha decisión, no es otra que el que **la Ley 617 de 2000, al fijar, entre otros, las inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores sigue vigente y no puede entenderse modificada por la entrada en vigencia de la Ley 1475, como parece deducirlo el fallo de la referencia.**

Por tanto, cuando el artículo 31 de la Ley 617 de 2000 señala en el numeral 7º **la incompatibilidad** consistente en que ningún gobernador podrá inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue elegido y el artículo 32 extiende los efectos de ésta, para señalar que tampoco podrá hacerlo en los veinticuatro (24) meses siguientes a la dejación del mismo, no es posible afirmar que ese lapso de 24 meses se redujo a 12 meses, en aplicación del inciso 3º del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 14 de julio de 2011, toda vez que el legislador, en ejercicio de la cláusula general de competencia, fijó dicho plazo como razonable para garantizar los principios de transparencia, moralidad e igualdad en el correspondiente territorio, al determinar una incompatibilidad para quien ejerce ese cargo, que no puede compararse con el régimen de los congresistas, pues éstos no están sometidos a esta restricción, en la medida en que pueden ser reelectos.

Es importante señalar que el mencionado período de 24 meses fue declarado exequible en forma condicionada en la sentencia C-540 de 2001⁴⁸, en el sentido según el cual el plazo de los 24 meses no podía aplicarse cuando la inscripción fuera para los cargos de Senador, Representante a la Cámara o Presidente de la República, por tratarse de situaciones reguladas expresamente por los artículos 179, numeral 2º y 197 de la Constitución Política, en los que se consagra un término de 12 y no de 24 meses para que se configure la inhabilidad que, para estos cargos, expresamente consagró el Constituyente.

En consecuencia, señalar como lo hace la sentencia, que el término de esa **incompatibilidad especial** para los gobernadores, por tratarse de una verdadera inhabilidad, debe entenderse reducida al término de 12 meses, no solo desconoce el pronunciamiento de la Corte Constitucional sino la facultad del Congreso de la República para disponer sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los órganos de elección popular en los entes territoriales. Los efectos de la exégesis que hace el ponente, en contravía de lo expuesto, no son otros que el volver las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad al pronunciamiento del juez constitucional, haciendo inane la providencia de la Corte Constitucional mencionada, que si bien tiene consecuencias a futuro, posee la importancia de dejar incólume la inhabilidad de 24 meses consagrada en los artículos 31.7 y 32 de la Ley 617 de 2000.

Finalmente, es importante señalar que, como la interpretación que hace el ponente del inciso 3º del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 en comentario no contó con el respaldo de la mayoría, **debe considerarse como una posición aislada que no genera ninguna consecuencia, es decir, carece de efectos**

⁴⁸ Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

vinculantes. En otros términos, **no es un precedente**, porque la ratio que apoyó la Sala para llegar a la decisión final no tuvo como fundamento la opinión exclusiva que hace el ponente sobre lo que, en su entender, es el “*correcto*” entendimiento de la sentencia C-490 de 2011.

En los anteriores términos dejo sentada mi oposición y mi aclaración sobre la interpretación del mencionado inciso inciso 3º del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 14 de julio de 2011.

Atentamente,

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado