

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Contra acto de contenido electoral / ACTO DE CONTENIDO ELECTORAL - Decreto que convoca a elecciones / SENTENCIA INHIBITORIA - Por ineptitud sustantiva de la demanda / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - No procede cuando el restablecimiento que se persigue no se genera con la nulidad del acto acusado sino con la de otro acto que no fue objeto de demanda.

Por conducto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el actor pretende la nulidad del artículo 1° del Decreto 930 del 4 de mayo de 2012 en cuanto convocó para el 1° de julio de 2012 las elecciones para Gobernador del departamento de Valle del Cauca. A título de restablecimiento del derecho, pide declarar que no se ha producido la vacante definitiva en dicho cargo. Precisadas las razones que el actor expone para pedir la nulidad del acto acusado y como restablecimiento del derecho de carácter "político", que se declare que no se ha producido la vacante definitiva en el cargo de Gobernador del departamento del Valle, se concluye que toda la argumentación tiene por objeto demostrar que, por virtud del fallo de responsabilidad fiscal del 23 de marzo de 2013, no podía ser retirado del cargo, que tampoco podía configurarse la falta absoluta en este y, por ende, que no había lugar a convocar a elecciones. De la lectura del acto acusado se advierte que no es posible atribuirle todos los efectos que el demandante alega, concretamente en lo relacionado con el retiro del cargo, habida cuenta de que la disposición demandada se limitó a "(...) convocar a elecciones para elegir Gobernador del departamento del Valle del Cauca, para el día 1° de julio de 2012, en los términos del artículo 30 de la Ley 1475 de 2011, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente decreto (...)". En efecto, se llama la atención en cuanto a que la disposición transcrita nada dice sobre el retiro o separación del demandante en el cargo de Gobernador del departamento del Valle del Cauca. Por el contrario fue el Decreto 680 del 30 de marzo de 2012 del Gobierno Nacional, que decidió sobre la separación del cargo del demandante. Vistas las consideraciones del Decreto 680 de 2012 se destaca que precisamente estas responden a los cuestionamientos propuestos por el demandante, en lo que tiene que ver con el porqué de la inhabilidad sobreviviente y la necesidad de la separación del cargo. Se advierte de manera palmaria que el acto que decidió sobre la separación del servicio del demandante fue el Decreto 680 del 30 de marzo de 2012 y no el acto acusado, es decir, el Decreto 930 del 4 de mayo de 2012. De manera que, no resulta posible hacer un pronunciamiento de fondo sobre las censuras expresadas por el demandante, pues estas no pueden ser objeto de control por vía de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Decreto 930 del 4 de mayo de 2012, sino contra el acto que en realidad las produjo, esto es el referido Decreto 680 de 2012. Nótese que el restablecimiento del derecho de "carácter político" que el demandante persigue es: "(...) se declare que no se ha producido vacante definitiva del cargo de Gobernador del Valle del Cauca al cual accedió el Dr. Héctor Fabio Useche De La Cruz, por elección popular para el período constitucional 2012-2015". En ese orden de ideas, como la demanda que aquí se resuelve se dirige contra el acto administrativo que no produjo la ilegalidad que advierte el actor, y como en el evento de que se llegara a acceder a la declaratoria de nulidad el restablecimiento del derecho que el demandante persigue no podría darse en virtud de la expulsión del ordenamiento jurídico del artículo 1 del Decreto 930 del 4 de mayo de 2012, la Sala se declarará inhibida para decidir la demanda de la referencia. En efecto, dada la ineptitud que se advierte frente a la demanda, pues el estudio de los cargos propuestos por el actor y el restablecimiento del derecho que se persigue no podrían darse frente al acto acusado sino frente al Decreto 680 del 30 de

marzo de 2012, la Sala no podría dictar decisión de fondo en el asunto de la referencia.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, treinta y uno (31) de octubre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00031-00

Actor: HECTOR FABIO USECHE DE LA CRUZ

Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

La Sala procede a decidir la demanda que, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó el señor Héctor Fabio Useche de la Cruz contra el Decreto 930 del 4 de mayo de 2012 del Gobierno Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor **Héctor Fabio Useche de la Cruz**, mediante apoderado, ejerció acción de nulidad y restablecimiento del derecho *“de carácter político”* para obtener la nulidad parcial del Decreto 930 del 4 de mayo de 2012 *“Por el cual se convoca a elecciones para elegir Gobernador del Departamento del Valle del Cauca y se hace un encargo”*.

1.1. Pretensiones

Solicitó:

“PRIMERA: Se declare la nulidad del acto administrativo, contenido en el Decreto 0930 de fecha 4 de mayo de 2012, en lo atinente a la convocatoria a elecciones para el 1º de Julio (sic) de 2012, para elegir gobernador (sic) del departamento del Valle del Cauca, en reemplazo del Dr. Héctor Fabio Useche de la Cruz quien fue elegido popularmente en las elecciones celebradas el 30 de octubre de 2011.

SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho de carácter político, se declare que no se ha producido vacante definitiva del cargo de Gobernador del Valle del Cauca al cual accedió el Dr. HECTOR FABIO USECHE DE LA CRUZ, por elección popular para el período constitucional 2012-2015”.

1.2. Hechos y Argumentos

El demandante narró, en síntesis, los siguientes:

1.2.1. El Movimiento de Inclusión y Oportunidades –MIO- lo inscribió como candidato a la Gobernación del departamento del Valle del Cauca, periodo 2012-2015, y resultó elegido en las elecciones realizadas el 30 de octubre de 2011.

1.2.2. Antes de la elección, ejerció el cargo de Secretario de Salud del departamento del Valle del Cauca. Por gestiones adelantadas en el desempeño de ese cargo, la Contraloría General de la República le inició proceso de responsabilidad fiscal con radicado 6-007-11, que fue decidido definitivamente mediante fallo de segunda instancia el 23 de marzo de 2012, que declaró la responsabilidad a título de culpa grave del procesado por el detrimento que sufrió el referido departamento por la suma de \$40.767’369.566.

1.2.3 La Contraloría General de la República, mediante comunicación del 26 de marzo de 2012, precisó que la responsabilidad fiscal atribuida al señor Useche de la Cruz, de conformidad con el artículo 38 [4] de la Ley 734 de 2002¹ “*genera inhabilidad sobreviniente al mencionado servidor público para desempeñar cargos públicos a partir de la ejecutoria del fallo que lo declaró responsable fiscal*”.

1.2.4. En consecuencia, el Gobierno Nacional, mediante Decreto 680 del 30 de marzo de 2012, lo separó del cargo de Gobernador del departamento del Valle del Cauca.

¹ ARTÍCULO 38. OTRAS INHABILIDADES. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes: (...) 4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

1.2.5. Como existía duda en relación con la clase de falta que generaba dicha inhabilidad, esto es, si se trataba de una **falta absoluta o temporal**, el Gobierno Nacional pidió concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Dicha Sala, mediante Concepto 2099 de 24 de abril de 2012, precisó que en este caso se presentaba **falta absoluta** en el cargo de Gobernador del departamento de Valle del Cauca, que como sucedió 18 meses antes de la terminación del periodo constitucional era necesario convocar a elecciones; también, que la inhabilidad generada por el fallo de responsabilidad fiscal podía cesar con el respectivo reintegro de los dineros, no obstante que tal circunstancia solo podía tener efectos a futuro, de manera que el señor Useche de la Cruz no podía regresar al ejercicio del cargo de Gobernador.

1.2.6. Expresó el accionante que, aunque el concepto en mención no es obligatorio el Gobierno Nacional lo acogió y, en consecuencia, dictó el Decreto 930 de 4 de mayo de 2012, en virtud del cual convocó a elecciones el 1 de julio de 2012 *“(...) para elegir Gobernador del departamento de Valle del Cauca (...) en los términos del artículo 30 de la Ley 1475 de 2011 (...)”*; también encargó de las funciones de Gobernador a la señora Adriana Carabalí Zapata, mientras se cumplía con lo primero.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

El demandante sostiene que el acto administrativo demandado contravino los artículos 1, 2, 3, 29, 40, 303 y 304 de la Constitución Política; 29 y 30 de la Ley 1475 de 2011; 37 y 38 de la Ley 734 de 2002; y, 6 de la Ley 190 de 1995.

En el extenso capítulo sobre el concepto de violación la parte actora se remite a los textos de las normas invocadas y argumenta que la obligación de las autoridades es proteger, respetar y hacer respetar los derechos que el pueblo concede a través del voto popular a los candidatos y a los partidos y movimientos políticos triunfantes en las elecciones, y cuando ello no ocurre, los actos administrativos expedidos por las autoridades públicas resultan contrarios a los preceptos constitucionales y legales que los desarrollan.

Los cargos contra el acto acusado que se advierten del mencionado escrito son:

a. Que es contrario a las normas constitucionales y legales en que debió fundarse:

Las autoridades están obligadas a proteger y respetar los derechos que el pueblo concede, por conducto del voto, a los candidatos, partidos y movimientos políticos triunfantes en las elecciones, de manera que cualquier acto administrativo que desconozca dicho mandato popular resulta contrario a los preceptos constitucionales y legales.

Más aun, cuando se presentan dudas sobre asuntos de carácter electoral, como lo enseña la jurisprudencia constitucional, por respeto al mandato popular se debe aplicar el principio *"in dubio pro democracia"*, esto es, el deber de privilegiar siempre la voluntad popular contenida en el voto, si es que esta llega a entrar en pugna con normas restrictivas de la manifestación democrática.

Entonces, si el Gobierno Nacional tenía dudas respecto de la clase de falta que generaba la inhabilidad sobreviniente del señor Useche de la Cruz, esto es, si se trataba de una falta temporal o absoluta, debió aplicar el principio referido y, por ende, resolver la situación en favor del funcionario elegido por voto popular.

Asimismo, el acto acusado resulta contrario al ordenamiento puesto que el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República se materializa en decisiones que declaran la responsabilidad fiscal de los servidores públicos, pero no puede extenderse al punto de disponer la desvinculación del servicio, como si se tratara de una sanción.

De acuerdo con el artículo 38 de la Ley 734 de 2002, la declaración de responsabilidad fiscal ha sido tipificada como inhabilidad, que para el caso del señor Useche de la Cruz, por estar ejerciendo cargo diferente a aquel que motivó la aludida declaratoria, se vuelve inhabilidad sobreviniente, en los términos del artículo 37 *ejusdem*². No obstante, dicha inhabilidad para que tenga el alcance de

² Artículo 37 de la Ley 734 de 2002: *"(...) INHABILIDADES SOBREVINIENTES. Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias (...)"*.

desvincular del cargo al afectado debe ser el resultado de una sanción disciplinaria y no de la simple declaratoria de responsabilidad fiscal.

En el mismo sentido, si es que la inhabilidad prevista por el artículo 38 [4] de la Ley 734 de 2002 genera la suspensión del cargo, para que esta tenga carácter definitivo, se requiere “(...) *del agotamiento del procedimiento disciplinario, en donde se disponga la destitución del servidor público investigado (...)*”.

Por tanto, en el presente caso es evidente que no se produjo la **falta absoluta** del cargo de Gobernador, porque “(...) *las declaraciones de responsabilidad fiscal, no tienen la categoría de sanción. En consecuencia, no pueden generar una separación definitiva del cargo por sí sola (...)*”.

De manera coherente con el anterior aserto, la Corte Constitucional, en sentencia C-484 de 2000 de la Corte Constitucional [que se ocupó de estudiar la constitucionalidad de los artículos 99, 100, 101 y 102 de la Ley 42 de 1993 “*sobre organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que ejercen*”], precisó que: “(...) *la remoción del cargo, la terminación del contrato administrativo y la suspensión de funciones no pueden tipificarse como sanciones que impone directa e indirectamente el órgano de control fiscal, pues al hacerlo invade competencias exclusivas del funcionario disciplinario competente (...)*”.

Para los servidores elegidos por voto popular en cargos y corporaciones públicas la normativa de desvinculación del servicio se encuentra en la Ley 734 de 2002. Entonces, a estos servidores no se les aplican disposiciones como las contenidas en Ley 909 de 2004, pues esta rige únicamente para empleados públicos que ingresan al servicio mediante nombramiento.

Y, concretamente frente a los gobernadores, si bien el artículo 304 de la Constitución Política faculta al Presidente de la República para ordenar la suspensión en el ejercicio de sus funciones, esta disposición no se extiende al punto de destituir a dichos servidores, pues su elección es de origen popular.

En consecuencia, la única autoridad competente para imponer sanción de destitución o de retiro del servicio a los gobernadores es la Procuraduría General de la Nación, previo proceso disciplinario.

Ahora bien, la Sección Quinta del Consejo de Estado³ ha sostenido que: “(...) cuando se trata de cargos de elección popular, las inhabilidades sobrevinientes no afectan el acto de elección (...)”, de allí que “(...) resulta plenamente demostrado que la declaratoria de responsabilidad fiscal como inhabilidad sobreviniente, no tiene efectos de sanción, menos de retiro definitivo, ni afecta los actos de elección por voto popular, como es el caso del Presidente de la República, los Gobernadores y los Alcaldes, por lo que siendo este el caso del Dr. Hector (sic) Fabio Useche de la Cruz, quien fue declarado responsable fiscalmente, con posterioridad a su elección como Gobernador del Departamento (sic) del Valle del Cauca toda vez que la Procuraduría no ha decretado destitución del cargo en su contra, en consecuencia NO SE HA PRODUCIDO LA VACANTE DEFINITIVA (...)”.

b. El acto acusado resulta contrario a lo dispuesto por la sentencia C-233 de 2002 de la Corte Constitucional, decisión cuyos efectos se extienden al artículo 38 [4] de la Ley 734 de 2002 a manera de “inconstitucionalidad vinculante o extensiva”.

La Corte Constitucional, en sentencia C-233 de 2002, declaró inexecutable el artículo 17 de la Ley 678 de 2001 “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”.

La norma en comentario establecía en lo que interesa al caso, que el servidor o exservidor condenado en ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía debía ser desvinculado del servicio, aun si estaba vinculado en otro cargo y que, en todo caso, quedaba inhabilitado para el desempeño de cargos públicos por el lapso de 5 años, sin perjuicio de las otras sanciones a que hubiere lugar.

Dado que el contenido normativo descrito es sustancialmente similar a lo dispuesto por el artículo 38 [4] parágrafo de la Ley 734 de 2002, las razones que llevaron a la Corte Constitucional a declarar la inexecutable de la primera norma se deben extender también para considerar que la segunda es inconstitucional.

³ Sentencia del 21 de abril de 2005, exp. 66001-23-31-000-2003-0987-01 (3460).

Comoquiera que el acto acusado tuvo como fundamento el artículo 38 [4] párrafo de la Ley 734 de 2002, norma de contenido normativo similar a la que fue declarada inexecutable, resulta evidente su contravención por la normativa constitucional, razón por la cual debe ser expulsado del ordenamiento jurídico.

c. El acto acusado fue expedido con desviación y abuso de poder, en la medida en que por no existir vacancia definitiva en el cargo de Gobernador del Valle del Cauca, no podía disponerse la separación del cargo ni el retiro definitivo del señor Useche de la Cruz, mucho menos la convocatoria a elecciones.

“(…) De lo expuesto hasta el momento es evidente que el Gobierno Nacional, (sic) incurrió en desviación y abuso de su poder para remover gobernadores establecido en los artículos 303 y 304 de la Constitución Nacional (sic) y de la función de convocar a elecciones en casos de vacancias definitivas, consagrado en la ley (sic) 1475, artículos 29 y 30, pues no encontrándose vacante en forma definitiva el cargo de gobernador del Valle del Cauca, por cuanto el legalmente elegido el 30 de octubre de 2012, Dr. Hector (sic) Fabio Useche no ha sido destituido ni su elección anulada por las autoridades competentes, el Presidente no podía, como equivocadamente lo hizo, separarlo en forma definitiva de su cargo y mucho menos convocar a elecciones para su reemplazo, por carecer de competencia, violando de esta forma el debido proceso contenido en la ley (sic) 734 y el procedimiento especial electoral consagrado en los artículos 223 y ss del C.C.A (…).”

d. El acto acusado contiene falsa motivación, comoquiera que se funda en la previsión del artículo 6 de la Ley 190 de 1995, a pesar de que esa norma no se aplica a los servidores elegidos por voto popular.

“(…) Así mismo, el Gobierno con la expedición del Decreto 0930 de 2012, incurrió en falsa motivación, al utilizar el artículo 6° de la ley 190 de 1995, para retirar a un gobernador elegido popularmente, cuando dicha ley consagra un régimen que no le es aplicable por las razones que hemos expuesto (…).”

1.4. Solicitud de suspensión provisional

En escrito adicional, el actor solicitó la suspensión provisional del Decreto No. 0930 de 2012, por considerar que este era contrario a los artículos 1, 2, 3, 29, 40, 303 y 304 de la Constitución Política; 37 y 38 de la Ley 734 de 2002; 6 de la Ley 190 de 1995 y 29 y 30 de la Ley 1475 de 2011.

1.5. Admisión de la demanda y negación de la solicitud de suspensión provisional

Por auto de 25 de junio de 2012 el Despacho sustanciador admitió la demanda.

En contraste, la suspensión provisional del decreto demandado fue negada porque se consideró que *“los argumentos esbozados [por el accionante] requieren del sistemático estudio jurídico tendiente a establecer, entre otros, si la declaración de responsabilidad fiscal genera o no falta absoluta en el cargo y, por ende, si es viable la separación definitiva del servicio. Además, si para efecto de la suspensión basta con la ejecutoria de la decisión de responsabilidad fiscal o si debe iniciarse con posterioridad un proceso disciplinario (...). En consecuencia, no es evidente la manifiesta y ostensible infracción que exige el artículo 152 del CCA para que proceda la medida deprecada (...).”*

1.6. Contestación de la demanda

1.6.1. El apoderado del Ministerio del Interior se opuso a las súplicas de la demanda y al efecto alegó:

El Decreto 930 del 4 de mayo de 2012 se aviene a las disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales aplicables a los eventos en que por existir *“(...) sanción a un Gobernador que configura una inhabilidad sobreviniente y consecuentemente una falta de carácter absoluta que en tratándose de servidores públicos de elección popular exige su retiro inmediato y disponer lo necesario para efectos de evitar vacíos de poder en la administración departamental (...).”*

La separación del cargo del demandante dispuesta por el Decreto 680 del 30 de marzo de 2012 produjo la falta absoluta del Gobernador en el departamento del Valle del Cauca, tal como lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto 2099 del 24 de abril de 2012.

No podía ser de otra forma, en razón del fallo del 23 de marzo de 2012 que, a título de culpa grave, declaró fiscalmente responsable al demandante por el detrimento patrimonial sufrido por el departamento del Valle del Cauca, que si bien es cierto no constituye una sanción disciplinaria que genere el retiro del cargo, sí implica una inhabilidad sobreviniente.

Y, aunque la Contraloría declarara recibir el pago, conforme con el parágrafo del artículo 38 [4] de la Ley 734 de 2002, el demandante podría vincularse a futuro en el servicio público, pero no podría regresar al cargo que desempeñaba, pues el pago no tiene por efecto quitar la inhabilidad de manera retroactiva.

Por tratarse de falta absoluta en el cargo, que se presentó 18 meses antes de la terminación del respectivo periodo, acorde con lo ordenado por el artículo 303 [3] de la Constitución Política, era necesario convocar a elecciones para elegir el Gobernador del departamento de Valle del Cauca.

Entonces, resulta incuestionable que el Presidente de la República tenía la competencia para tomar las medidas necesarias tendientes a garantizar la continuidad en la administración departamental, primero mediante el encargo, después, con la convocatoria a elecciones.

1.7. Posible acumulación de procesos dirigidos contra el Decreto 0930 de 2012

Mediante auto de 2 de noviembre de 2012 el Consejero Alberto Yepes Barreiro resolvió no decretar la acumulación de los procesos con radicado 11001-03-28-000-2012-00031-00, promovido por Héctor Fabio Useche de la cruz contra la Presidencia de la República, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Torres Cuervo; 11001-03-28-000-2012-00032-00, promovido por el Movimiento de Inclusión y Oportunidades contra la Presidencia de la República, Consejero Ponente: Dr. Alberto Yepes Barreiro; y, 11001-03-28-000-2012-00040-00, promovido por Heriberto Arrechea Banguera contra la Presidencia de la República, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Torres Cuervo.

En esa decisión se consideró que la acumulación de los procesos de la referencia no era viable porque:

i) El artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los asuntos de la referencia, exige que para que proceda la acumulación es requisito indispensable que obre solicitud de parte a esos efectos; y, en el caso bajo estudio no obra solicitud de acumulación alguna, razón por la cual no se pudo declarar la misma, pues su decreto de oficio resulta improcedente.

ii) Pese a que las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento se tramitan por la cuerda del procedimiento ordinario, mediante la interposición de una demanda de simple nulidad se busca la defensa del ordenamiento jurídico en abstracto, mientras que con el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se persigue el reconocimiento de un derecho subjetivo, en este caso, uno de tipo político.

Por lo anterior, coligió que las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho no pueden acumularse para ser tramitadas en un mismo proceso, en razón a que la finalidad perseguida por cada una de las acciones es distinta.

iii) En relación con los procesos 2012-031 y 2012-032 en los que la acción ejercida es la de nulidad y restablecimiento, las pretensiones de cada negocio se excluyen entre sí.

Se llegó a la anterior conclusión en razón a que dentro del proceso 2012-031 adelantado por Héctor Fabio Useche de la Cruz contra la Presidencia de la República, se pretende “(...) a título de restablecimiento del derecho de carácter político, se declare que no se ha producido vacante definitiva del cargo de Gobernador del Valle del Cauca al cual accedió el Dr. HECTOR FABIO USECHE DE LA CRUZ (...)”.⁴

A su vez dentro del proceso 2012-032 adelantado por el MIO contra la presidencia de la República, se pretende “(...) a título de restablecimiento del derecho político, se declare que no se ha producido vacante definitiva en el cargo de gobernador que ocupa, en nombre de nuestro movimiento, el Dr. HECTOR FABIO USECHE DE LA CRUZ, por elección popular para el periodo constitucional 2012-2015 **y que como consecuencia de ello el MOVIMIENTO DE INCLUSION Y OPORTUNIDADES MIO, conserva el derecho a la conformación y control político en el departamento del Valle, por haberse aprobado el programa de**

⁴ Folio 10.

gobierno presentado a la ciudadanía en las elecciones celebradas el 30 de octubre de 2012.⁵

Así las cosas, se observa que la pretensión dentro del proceso 2012-031 conlleva que se le restablezca al actor, como persona elegida, su derecho político de fungir como Gobernador del Valle del Cauca, mientras que en el 2012-032, se pretende recuperar el derecho político del MIO a mantener el control político en el mismo departamento.

Por estos motivos, no se acumularon los anteriores procesos, pues se concluyó en esa ocasión, que lo contrario vulneraría lo estipulado en el artículo 157 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que las pretensiones resultan excluyentes entre sí.

1.8. Alegatos de conclusión

La parte demandante de manera confusa presentó las alegaciones, pero sus argumentos nada tienen que ver con el acto acusado, sino que están encaminados a desvirtuar la legalidad del Decreto 680 del 30 de marzo de 2012, es decir, el acto que separó del ejercicio del cargo al señor Useche de la Cruz y encargó de las funciones de Gobernador al señor Aurelio Iragorri Valencia.

Reprocha el hecho de que, contrario al precedente jurisprudencial de la Sección Quinta del Consejo de Estado, contenido en la sentencia del 30 de marzo de 2012, expediente 2010-00125 y acumulados, el Gobierno Nacional debió encargar de las funciones de Gobernador a un miembro del Movimiento de Inclusión y Oportunidades –MIO-, al cual no pertenece el doctor Iragorri.

1.9. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público rindió concepto en el que pidió denegar las pretensiones de la demanda con base en los argumentos que se sintetizan así:

Destacó la disconformidad entre los hechos y razones jurídicas de la demanda y los argumentos de los alegatos de conclusión presentados por el demandante, razón por la cual pidió no tener en cuenta los últimos.

⁵ Folio 13 y 14.

En relación con el **primer cargo**, esto es, la contradicción entre el acto acusado y las normas constitucionales y legales en que debió fundarse, indicó que el actor se equivoca al invocar la aplicación del principio *in dubio pro democracia*, pues, mientras este pretende favorecer la voluntad de la ciudadanía materializada en el voto, la presente controversia radica en cuestiones subjetivas del funcionario elegido. Cosa diferente es que con base en el principio *pro libertatis*, en materia electoral y frente a posibles interpretaciones, verbigracia, sobre inhabilidades, se prefiera la interpretación más favorable sobre una prohibición que limita el acceso a cargos públicos.

Pero tal no es la circunstancia del presente asunto, toda vez que el acto acusado no limita el ejercicio de derechos políticos del demandante sino que fijó la fecha de realización de elecciones para Gobernador del departamento del Valle del Cauca, a raíz de la falta absoluta que se dispuso en acto administrativo diferente al acusado [no precisó cuál].

Que por el concepto solicitado por el Ministro del Interior a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado respecto de la clase de falta generada por la inhabilidad sobreviniente del demandante, no se sigue la existencia de dos posibles interpretaciones y, por ende, la obligatoriedad de solucionar la controversia con la que resulte "*menos restrictiva*". La petición del concepto no obedece a motivación distinta de la facultad que tiene el Gobierno para acudir a su órgano consultivo por excelencia.

Que si bien es cierto que la función de control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República no implica facultad sancionatoria sino la restauración del patrimonio público, esto no excluye que la declaratoria de responsabilidad fiscal genere consecuencias jurídicas como la inhabilidad de que trata el artículo 38 [4] de la Ley 734 de 2002 que para el demandante se volvió sobreviniente, en virtud del artículo 37 *ejusdem*, dado que desempeñaba cargo distinto al que produjo la declaratoria de responsabilidad. Por esta razón, precisamente se dictó el Decreto 680 de 2012 que lo separó del cargo.

Que, de conformidad con el artículo 304 de la Constitución Política, el Presidente de la República tenía el deber y la competencia para suspender del cargo al demandante. Y, como, en efecto, se presentó la falta absoluta, como lo indicó el Concepto 2099 del 24 de abril de 2012 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, era procedente la convocatoria a elecciones, por estar satisfechos los presupuestos del artículo 303 [3] *ejusdem*.

Respecto del **segundo cargo**, indicó que no es posible hacer extensiva la inconstitucionalidad que alega el demandante, pues el contenido normativo del artículo 17 inexecutable de la Ley 678 de 2001, dispuesto así por la sentencia C-233 de 2002, no es similar al contenido del artículo 38 [4] de la Ley 734 de 2002.

El **tercer cargo** no debe prosperar, pues no puede existir desviación y abuso de poder en razón del llamamiento a elecciones, por cuanto la falta absoluta sí existió.

Tampoco el **cuarto cargo** debe prosperar, porque el artículo 6 de la Ley 190 de 1995 sí se aplica a todos los funcionarios públicos, incluso a los de elección popular, pues en la normativa no hay distinción alguna sobre el ámbito de aplicación.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer de esta acción, está fijada en el numeral 2º del artículo 128 del C.C.A.⁶ al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 de 2003 expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

2.2. Prueba del acto acusado

En los folios 225 al 227 se encuentra la copia auténtica del Decreto 930 del 4 de mayo de 2012 del Gobierno Nacional que, en lo que es objeto de demanda, dispuso: "**Artículo 1.- Elecciones.** *Convocar a elecciones para elegir Gobernador del departamento del Valle del Cauca, para el día 1º de julio de 2012, en los términos del artículo 30 de la Ley 1475 de 2011, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente decreto (...)*".

2.3. Caso concreto

Por conducto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el actor pretende la nulidad del artículo 1º del Decreto 930 del 4 de mayo de 2012 en cuanto convocó para el 1º de julio de 2012 las elecciones para Gobernador del

⁶ Modificado por el Decreto 597 de 1988 artículo 2 y por la Ley 446 de 1998, artículo 37.

departamento de Valle del Cauca. A título de restablecimiento del derecho, pide declarar que no se ha producido la vacante definitiva en dicho cargo.

Como fundamento de estas pretensiones en la demandada se proponen 4 cargos, que se pueden determinar según el cargo así:

Primer cargo, esto es, de la supuesta contradicción del acto acusado con las normas en que debía fundarse, en que:

a) Si el Gobierno Nacional tenía duda respecto de la clase de falta que produjo la inhabilidad sobreviniente con ocasión del fallo de responsabilidad fiscal del 23 de marzo de 2012, debió aplicar el principio *in dubio pro democracia*, pues al existir dos posibles interpretaciones era necesario acoger la más favorable a la voluntad popular expresada en el voto.

b) Que el fallo que lo declaró fiscalmente responsable no tiene el alcance de desvincularlo del servicio, como si se tratara de una sanción, pues, su consecuencia fue la inhabilidad sobreviniente, pero no el retiro del servicio ni mucho menos la configuración de la **falta absoluta en el cargo**, lo cual solo podía darse por virtud de un fallo disciplinario.

c) Asimismo, que el Presidente de la República no podía destituirlo, pues el cargo de Gobernador es de elección popular.

En relación con el **segundo cargo**, es decir, el supuesto desconocimiento del acto acusado de los efectos de la sentencia de la Corte Constitucional C-233 de 2002, según el demandante el contenido normativo del artículo 17 de la Ley 678 de 2001 es sustancialmente similar al del párrafo del artículo 38 [4] de la Ley 734 de 2002, de manera que el acto acusado no podía tener este último artículo como uno de sus fundamentos, toda vez que de la norma en mención se predicen las mismas razones de inexecutable que la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-233 de 2002 frente al artículo referido de la Ley 678 de 2001.

Para sustentar el **tercer cargo**, el demandante alega que el acto acusado fue expedido con desviación y abuso de poder, porque no existía la vacancia definitiva en el cargo, en razón de que no ha sido destituido ni su elección declarada nula, de manera que el Presidente de la República no podía separarlo del cargo ni hacer la convocatoria a elecciones.

Y, en punto del **cuarto cargo**, el demandante sostiene que el acto acusado está falsamente motivado, en la medida en que acude al artículo 6 de la Ley 190 de 1995 para justificar el retiro inmediato del cargo, a pesar de ser una norma que no se aplica a los servidores de elección popular.

Precisadas las razones que el actor expone para pedir la nulidad del acto acusado y como restablecimiento del derecho de carácter “político”, que se declare que no se ha producido la vacante definitiva en el cargo de Gobernador del departamento del Valle, se concluye que toda la argumentación tiene por objeto demostrar que, por virtud del fallo de responsabilidad fiscal del 23 de marzo de 2013, no podía ser retirado del cargo, que tampoco podía configurarse la falta absoluta en este y, por ende, que no había lugar a convocar a elecciones.

Para proveer sobre los anteriores reproches es necesario precisar si, en efecto, el Decreto 930 del 4 de mayo de 2012 tuvo los alcances que el actor invoca, pues, solo en la medida en que esto sea así, el pronunciamiento de la Sala podrá atender lo pedido en la demanda.

De la lectura del acto acusado se advierte que no es posible atribuirle todos los efectos que el demandante alega, concretamente en lo relacionado con **el retiro del cargo**, habida cuenta de que la disposición demandada se limitó a “(...) convocar a elecciones para elegir Gobernador del departamento del Valle del Cauca, para el día 1° de julio de 2012, en los términos del artículo 30 de la Ley 1475 de 2011, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente decreto (...)”.

En efecto, se llama la atención en cuanto a que la disposición transcrita **nada dice sobre el retiro o separación** del demandante en el cargo de Gobernador del departamento del Valle del Cauca. Por el contrario fue el Decreto 680 del 30 de marzo de 2012 del Gobierno Nacional, que **decidió** sobre la **separación del cargo del demandante**, así:

“Artículo 1. Separar del cargo de Gobernador del Departamento (sic) del Valle del Cauca al señor Héctor Fabio Useche de la Cruz, identificado con la cédula de ciudadanía No. 94.388.439, atendiendo al fallo de segunda instancia proferido dentro del proceso de responsabilidad fiscal radicado bajo el No. 6-007-11 del 23 de marzo de

2012, y de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente decreto, en concordancia con los artículos 38, numeral 4 de la Ley 734 de 2002 y 6 de la Ley 190 de 1995 (...)" (negrilla y subraya fuera del texto).

Aun más, la disposición transcrita hace explícitas las razones por las que **ordena la separación del cargo**, a saber: i) el fallo del 23 de marzo de 2012 que declaró fiscalmente responsable al demandante; ii) la inhabilidad generada por dicho fallo, en los términos del artículo 38 [4] de la Ley 734 de 2002, conforme al cual: "(...) *También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes: (...) 4. **Haber sido declarado responsable fiscalmente** (...)" y; iii) el porqué de la separación **inmediata del cargo**, comoquiera que el artículo 6 de la Ley 190 de 1995, con la constitucionalidad condicionada declarada por la Corte Constitucional en sentencia C 038 del 5 de febrero de 1996, dispone que en caso de inhabilidad sobreviniente, como la que afectó al demandante, si esta se dio por conducta dolosa o **gravemente culposa**, el retiro debe ser inmediato. Recuérdese que el referido fallo de responsabilidad fiscal se dio a título de **culpa grave**.*

Vistas las consideraciones del Decreto 680 de 2012 se destaca que precisamente estas responden a **los cuestionamientos propuestos por el demandante**, en lo que tiene que ver con el porqué de la inhabilidad sobreviviente y la necesidad de la separación del cargo, como se pasa a demostrar:

"(...) Que mediante comunicación de fecha 26 de marzo de 2012, la Contraloría General de la República remitió al señor Presidente de la República copia del fallo de segunda instancia de fecha 23 de marzo de 2012, proferido dentro del proceso de responsabilidad fiscal 6-007-11, por el cual la Contraloría General de la República declaro con responsabilidad fiscal solidaria a título de culpa grave y por una cuantía de (...) al señor Héctor Fabio Useche de la Cruz, actual Gobernador del departamento del Valle del Cauca (...)

Que en comunicación radicada bajo (sic) el número 2012EE18114 O 1 de fecha 26 de marzo de 2012, la Contralora General de la República precisó, en relación con la responsabilidad fiscal atribuida al señor Héctor Fabio Useche de la Cruz, que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, "dicha situación genera inhabilidad

sobreviniente al mencionado servidor público para desempeñar cargos públicos a partir de la ejecutoria del fallo que lo declaro (sic) responsable fiscal (...)

Que según constancia de ejecutoria de fecha 29 de marzo de 2012 (...) el fallo de segunda instancia de fecha 23 de marzo de 2012 (...) quedó en firme para el doctor Héctor Fabio Useche de la Cruz el día 29 de marzo de 2012 (...)

Que la Ley 734 de 2002, en su artículo 38, establece que constituye inhabilidad para desempeñar cargos públicos a partir de la ejecutoria del fallo, “haber sido declarado responsable fiscalmente (...)

*“(...) Que en la medida que el fallo de segunda instancia de fecha 23 de marzo de 2012, proferido dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 6-007-11, declaró al señor Héctor Fabio Useche de la Cruz con responsabilidad fiscal solidaria a título de culpa grave, dicha circunstancia descarta de plano toda posibilidad de aplicar el término de tres meses previsto en el inciso segundo del artículo 6° de la Ley 190 de 1995, y que por ende, se impone **su separación inmediata del servicio en su calidad de Gobernador del Departamento del Valle del Cauca**, como consecuencia de la inhabilidad sobreviniente que se configura a la luz del artículo 38, numeral 4 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el precitado artículo 6 de la Ley 190 de 1995 (...)* (negrilla y subraya fuera del texto).

Entonces, en verdad, tanto de la parte resolutive como la considerativa de las que se hizo transcripción, se advierte de manera palmaria que el **acto que decidió sobre la separación del servicio del demandante fue el Decreto 680 del 30 de marzo de 2012** y no el acto acusado, es decir, **el Decreto 930 del 4 de mayo de 2012**.

De manera que, no resulta posible hacer un pronunciamiento de fondo sobre las censuras expresadas por el demandante, pues estas no pueden ser objeto de control por vía de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Decreto 930 del 4 de mayo de 2012, sino contra el acto que en realidad las produjo, esto es el referido Decreto 680 de 2012.

Nótese que el restablecimiento del derecho de “*carácter político*” que el demandante persigue es: “(...) *se declare que no se ha producido vacante definitiva del cargo de Gobernador del Valle del Cauca al cual accedió el Dr. HECTOR FABIO USECHE DE LA CRUZ, por elección popular para el período constitucional 2012-2015*”.

En ese orden de ideas, como la demanda que aquí se resuelve se dirige contra el acto administrativo **que no produjo la ilegalidad que advierte el actor**, y como en el evento de que se llegara a acceder a la declaratoria de nulidad el restablecimiento del derecho que el demandante persigue **no podría darse en virtud de la expulsión del ordenamiento jurídico del artículo 1 del Decreto 930 del 4 de mayo de 2012**, la Sala se declarará inhibida para decidir la demanda de la referencia.

En efecto, dada la ineptitud que se advierte frente a la demanda, pues el estudio de los cargos propuestos por el actor y el restablecimiento del derecho que se persigue no podrían darse frente al acto acusado sino frente al Decreto 680 del 30 de marzo de 2012, la Sala no podría dictar decisión de fondo en el asunto de la referencia.

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

FALLA

Primero: DECLARASE INHIBIDA la Sala para pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones, por ineptitud sustantiva de la demanda de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: en firme esta providencia, **archívese** el expediente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Presidente

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

ALBERTO YEPES BARREIRO