

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de designación de gobernador en encargo / ACTO DE DESIGNACIÓN EN ENCARGO – Naturaleza / ACTO DE DESIGNACIÓN EN ENCARGO – Constituye un acto definitivo susceptible de control judicial

En el caso concreto, tal y como se desprende de la parte motiva del acto acusado, se encontró que en la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se presentó una falta temporal que, en principio, debía ser provista por el presidente de la república de la terna que al respecto formularan los partidos que inscribieron a quien ganó las elecciones territoriales. No obstante, el gobierno nacional encontró que, mientras las colectividades políticas conformaban la terna y se verificaba el cumplimiento de los demás requisitos de los candidatos, era necesario designar a un gobernador encargado. En este contexto surge la pregunta ¿cuál es la naturaleza del acto que designa un gobernador encargado? Para resolver este cuestionamiento la Sección Quinta ha adoptado diversas posturas. Así, en un primer momento, se consideró que este era un acto preparatorio o de trámite del que sería el definitivo, esto es, el que designaba de la terna enviada por los partidos políticos, y que por consiguiente, al no tener carácter definitivo no era susceptible de control judicial. (...). Sin embargo, la Sección reconsideró la citada posición, y años después concluyó que los actos de encargo de gobernadores y alcaldes sí son actos definitivos, solo que se trata de designaciones de urgencia y transitorias que tienen como propósito no dejar acéfala la entidad territorial mientras aquéllas eran provistas de manera definitiva de conformidad con la Constitución y la ley. (...). [A]ctualmente los actos de designación de un cargo uninominal en encargo -alcalde o gobernador- se entienden como actos definitivos de carácter urgente y transitorio que tienen como propósito evitar vacíos de poder mientras se realiza la designación definitiva de la terna enviada por los partidos políticos.

NOTA DE RELATORÍA: Con respecto al control de legalidad de un acto que produjo efectos y no se encuentra vigente, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de unificación del 24 de mayo de 2018, radicación 47001-23-33-000-2017-00191-02, C.P. Rocío Araújo Oñate. En cuanto al procedimiento para suplir faltas temporales de los gobernadores, consultar, entre otros: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de septiembre de 2017, radicación 11001-03-28-000-2017-00012-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Acerca de los pronunciamientos que inicialmente consideraban que la designación en encargo del gobernador no era susceptible de control judicial, consultar entre otros: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 20 de noviembre de 2013, radicación 11001-03-28-000-2012-00023-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Sobre el tema antes mencionado, pero de tesis contraria y posterior a la antes señalada en la que se consideró que los actos de designación en encargo del gobernador si es susceptible de control judicial, consultar entre otros: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación 76001-23-33-004-2016-00193-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 303 / ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2009 / LEY 1475 DE 2011 – ARTÍCULO 29 PARÁGRAFO 3 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULOS 98 A 106

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de designación de gobernador en encargo por ejercicio de autoridad militar / AUTORIDAD MILITAR – Causal no aplicable a los gobernadores en encargo

Ahora bien, pese a que en el caso concreto está demostrado, según la certificación allegada al plenario por la Armada de Colombia, que el señor Leal Herrera: i) tiene la calidad de contraalmirante de esa fuerza; ii) que ha estado en esa institución desde 1988 hasta la fecha y iii) ha ejercido como comandante; lo cierto es que la inhabilidad endilgada [ejercicio de autoridad militar] no se materializó, toda vez que, tal y como precisó esta Sección al momento de analizar la suspensión provisional esta prohibición en especial no es aplicable a los gobernadores en encargo. En efecto, por disposición expresa del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 la inhabilidad de ejercicio de autoridad fue excluida por el legislador para los casos en los que se encargan o designan gobernadores o alcaldes para proveer vacantes temporales o absolutas. (...). Como puede observarse, según esta disposición no pueden ser encargados o designados para proveer las citadas vacantes quienes estén incurso en las inhabilidades previstas en los numerales 1º, 2º, 5º y 6º del artículo 30 (en el caso de gobernadores) y 1º, 4º y 5º del artículo 37 (en el caso de alcaldes) de la Ley 617 de 2000. Es decir, el legislador de manera expresa determinó cuál de las inhabilidades previstas en la ley sería aplicable a los gobernadores o alcaldes encargados y en ese análisis decidió excluir la relativa al ejercicio de autoridad. Así se desprende de la simple lectura de la norma en cita, y en especial, del hecho de que se haya decidido hacer un listado taxativo para establecer las causales que sí serían plenamente aplicables para las designaciones en encargo. (...). Lo expuesto además se refuerza si se tiene en cuenta que esta Sección ha concluido que “los encargos temporales originados en situaciones de urgencia no pueden estar sujetos a los mismos requisitos y ritualidades que debe cumplir el posterior acto electoral definitivo por el cual se suple la falta absoluta o temporal, ya que dichas exigencias podrían impedir a la autoridad competente designar prontamente a las autoridades territoriales y evitar de esa manera perturbaciones al orden público originadas en la ausencia del gobernante”. (...). En otras palabras, la inhabilidad de ejercicio de autoridad militar atribuida al señor Herrera Leal no se configuró, razón por la que las pretensiones de las demandas respecto de esta censura deben ser negadas.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la autoridad militar, consultar: consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de febrero de 2019, radicación 11001-03-28-000-2018-00048-00 (acumulado), C.P. Alberto Yepes Barreiro. Con respecto al hecho de que los encargos temporales no pueden estar sujetos a los mismos requisitos y ritualidades que debe cumplir el posterior acto electoral definitivo por el cual se suple la falta absoluta o temporal, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de septiembre de 2017, radicación 11001-03-28-000-2017-00012-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de designación de gobernador en encargo / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – El cargo por doble asignación no comporta inhabilidad sino incompatibilidad que no constituye causal de nulidad del acto acusado

Para uno de los demandantes se vulneró el artículo 128 constitucional, y por ende, el acto debe declararse nulo debido a que el demandado no solo ejerce dos cargos públicos, sino que, además, recibe dos asignaciones una relacionada con su empleo en la Armada Nacional y otra por su labor en la gobernación del archipiélago. Al respecto, la Sección anticipa que dicho reproche no está llamado a prosperar, porque dicha censura no es una causal de nulidad del acto de nombramiento. En efecto, la Sala reitera lo concluido en la medida cautelar, esto es, que la violación de dicho artículo no se erige como una causal de nulidad del acto de nombramiento, pues aquel no establece una limitación de acceso al cargo

de gobernador en encargo, es decir no contiene una inhabilidad, sino una incompatibilidad que, en principio, no se constituye como causal de nulidad del acto acusado. (...). Por supuesto, escapa a la órbita del juez electoral establecer si dicha prohibición se materializó o no, comoquiera que aquella no tiene la potencialidad de viciar de nulidad el acto de designación demandado, pues no solo no está relacionado con sus elementos de validez, ni tampoco se consagró como una de las causales de nulidad de los actos electorales, sino que, además, esta Sección ha sido enfática en sostener que la transgresión de dicha incompatibilidad no da lugar a la nulidad de la elección.

NOTA DE RELATORÍA: Con respecto a un caso en el que se estableció que una incompatibilidad no constituye causal de nulidad del acto de nombramiento, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de octubre de 2016, radicación 76001-23-33-000-2016-00192-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-28-000-2019-00002-00

Actor: LEANDRO PÁJARO BALSEIRO Y ARMIN JOSEF SATTLER GONZÁLEZ

Demandado: JUAN FRANCISCO HERRERA LEAL - GOBERNADOR ENCARGADO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

Referencia: NULIDAD ELECTORAL Gobernadores en encargo

Sentencia de única instancia

Surtido el trámite legal correspondiente, procede la Sala dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1.1. Las demandas

De manera independiente y separada los señores Leandro Pájaro Balseiro y Armin Josef Sattler González demandaron, en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 del CPACA, la nulidad del Decreto 1963 de 19 de octubre de 2018 a través del cual se encargó al señor Juan Francisco Herrera Leal como Gobernador del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Al efecto el señor Pájaro Balseiro formuló las siguientes pretensiones:

“1. Que se declare la nulidad del Decreto 1936 de 19 de octubre de 2018 emitido por el Ministerio del Interior por medio del cual se ordena “encargar como gobernador del departamento del Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina al contralmirante Juan Francisco Herrera Leal (...) mientras se presenta la terna de la coalición programática y política (...)

2. Se declare la nulidad del nombramiento y acta de posesión como gobernador encargado del departamento del Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina del señor contralmirante Juan Francisco Herrera Leal, oficial insignia de la armada nacional (...) y en su efecto se solicite la destitución inmediata del cargo de gobernador encargado.

3. Se de acogida a la terna presentada por el Partido Liberal Colombiano presentada ante el Presidente de la República el 9 de noviembre de 2018 y se designe como gobernador encargado a uno de sus integrantes.”¹

Por su parte el señor SATTLER GONZÁLEZ solicitó:

“que se declare nulo el artículo 2º del Decreto número 1963 de 19 de octubre de 2018, expedido por el presidente de la república (...) y el Ministerio del Interior mediante el cual se designa gobernador encargado del departamento de archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina al contralmirante en servicio Juan Francisco Herrera Leal (...)”

Aunque las demandas se formularon de manera separada, todos los demandantes coincidieron en narrar la siguiente situación fáctica:

1.1.1. En el año 2015 el señor Ronald Housni Jaller resultó electo como Gobernador del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

1.1.2 El 16 de octubre de 2018 se allegó al Ministerio del Interior auto expedido por el Tribunal Superior de Bogotá en el que se informaba la imposición de medida de aseguramiento en detención preventiva en establecimiento carcelario del señor Ronald Housni Jaller.

1.1.3 Como consecuencia de lo anterior, el Gobierno Nacional mediante Decreto 1963 de 19 de octubre de 2018 determinó: i) suspender al señor Ronald Housni Jaller en su calidad de gobernador y ii) encargar al contralmirante Juan Francisco Herrera Leal como Gobernador del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

1.2 Normas violadas y concepto de la violación

¹ Se transcriben las de la subsanación de la demanda visible a folio 34.

A juicio de la parte actora, el acto acusado se encuentra viciado de nulidad por las siguientes razones:

1.2.1 Expediente 2019-2:

El señor Pájaro Balseiro sostuvo que el demandado no podía ejercer como gobernador encargado, habida cuenta que se encontraba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, en especial porque previo a su designación ejerció como contralmirante de la fuerza naval, es decir, ejerció autoridad militar.

Igualmente, indicó que con la designación realizada se transgredieron los artículos 197 y 303 de la Constitución, en especial esta última disposición porque el demandado no fue postulado como integrante de la terna integrada por el partido del gobernador electo en el año 2015. En este sentido, explicó que dichas colectividades ya enviaron la terna respectiva para que el gobierno nacional procediera a realizar la respectiva designación, sin que ello hubiere ocurrido.

1.2.2 Expediente 2018-627

Por su parte, el señor Sattler González también señaló que el demandado estaba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, toda vez que aquel es contralmirante en servicio activo de la Armada Nacional, debido a que tiene la calidad de comandante del comando específico de San Andrés, esto es, la autoridad naval más importante de ese departamento.

Explicó que se transgredió el artículo 197 Superior, toda vez que se designó como gobernador a quien desempeñó cargos con autoridad militar, pese a que así lo proscribió el artículo 30 de la Ley 617 de 2000.

Igualmente, para la parte actora se violó el artículo 128 de la Constitución, esto es, la disposición que consagra que ningún servidor público puede desempeñar más de dos empleos públicos, ni recibir más de una asignación proveniente del tesoro, siendo claro, a juicio del actor, que el demandado desempeña más de dos funciones y recibe dos remuneraciones.

Finalmente, señaló que se infringió el artículo 219 de la Carta Política, habida cuenta que se nombró a un militar pese a que ellos tienen prohibido inmiscuirse en política o pertenecer a algún partido político.

1.3. Admisiones de las demandas

1.3.1 Mediante auto del 7 de febrero de 2019, la Sección Quinta del Consejo de Estado admitió la demanda N° 2018-627 promovida por el señor Sattler Gonzalez, negó la suspensión provisional del acto acusado y ordenó las notificaciones correspondientes de las que trata el artículo 277 del CPACA.

1.3.2 En auto del 23 de enero de 2019 se inadmitió la demanda presentada por el señor Pájaro Balseiro. Una vez hechas las correcciones pertinentes, el escrito introductorio N° 2019-0002 se admitió por el ponente el día 31 de enero del año en curso, en esa misma providencia se ordenaron las notificaciones correspondientes de las que trata el artículo 277 del CPACA.

1.4. Contestaciones

Aunque las demandas se contestaron de forma independiente para cada proceso acumulado, atendiendo a que sus argumentos son similares estos se referenciarán de manera conjunta.

1.4.1. El demandado

No contestó ninguna de las demandas.

1.4.2. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República- en adelante DAPRE-

Dicha autoridad contestó la demanda en escrito en el que defendió la legalidad del acto acusado. En especial, explicó que aquel se expidió con el propósito de evitar vacíos de poder, debido a la medida de aseguramiento que se decretó respecto de quien ostentaba el cargo de gobernador de San Andrés. Para reforzar su postura citó, además, otros casos en los que también se ha encargado gobernadores en departamentos como La Guajira, así como apartes de la sentencia C-448 de 1997 sobre el punto.

Explicó que el encargo se realiza antes de la provisión definitiva en el que sí tiene incidencia la terna que envíe el partido correspondiente. En este sentido, aseveró que el señor Herrera Leal no podía estar incurso en ninguna de las inhabilidades atribuidas, debido a que para ser gobernador encargado bastaba con ser colombiano en ejercicio y residir en alguno de los municipios del departamento sin que el encargado pudiera tener filiación política alguna, comoquiera que solo le correspondería dar continuidad al programa de gobierno que fue elegido popularmente.

Aseguró que el acto de encargo no está sometido a las mismas reglas restrictivas previstas para la designación del reemplazo definitivo, toda vez que este es un acto de urgencia, intermedio y con una vigencia limitada en el tiempo. Por ello, señaló que la inhabilidad atribuida no es aplicable, comoquiera que no se trata de la designación definitiva, sino meramente en encargo.

Indicó que no es posible que el acto acusado haya violado el artículo 30 de la Ley 617 de 2000, ya que esta normatividad no es aplicable a los nombramientos de

urgencia y en encargo². Sostuvo que tampoco lo era por la supuesta violación del artículo 197 Superior, debido a que el demandado no desempeñó ninguno de los cargos a los que alude la citada norma.

1.4.3 El Ministerio del Interior

A través de apoderado judicial, dicho carterista se opuso a las pretensiones de las demandas para lo cual en, primer lugar, señaló que la inhabilidad atribuida al señor Herrera Leal, esto es la de autoridad militar, no le era aplicable, habida cuenta que por disposición del parágrafo 3° del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 aquella no rige a las designaciones en encargo; excepción avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-490 de 2011 y en otras providencias expedidas por la Sección Quinta del Consejo de Estado³.

En segundo lugar y en lo que atañe a la violación de los artículos 128 y 219 de la Constitución, el apoderado de dicha carterista indicó que dichas disposiciones contienen incompatibilidades, más no inhabilidades, razón por la que, a su juicio, estas no pueden convertirse en fundamento de la nulidad electoral. Para sustentar su postura, el Ministerio del Interior reiteró lo concluido dentro del auto que admitió la demanda 2018-627 y negó la suspensión provisional del acto acusado.

1.5. Trámite del proceso en primera instancia

1.5.1 La acumulación de procesos

En auto del 26 de marzo de 2019 se ordenó la acumulación de las demandas presentadas por los señores Leandro Pájaro Balseiro y Armin Josef Sattler González.

El 4 de abril de 2019 se sorteó el magistrado ponente del proceso de la referencia, correspondiéndole conocer el asunto al magistrado Yepes Barreiro⁴.

1.5.2 La audiencia inicial

El día 25 de abril de 2019 se celebró la audiencia inicial dentro del proceso de la referencia, y en ella se: i) saneó el proceso; ii) se indicó que no se formularon excepciones previas o mixtas y se fijó el litigio en los términos que serán expuestos más adelante. Igualmente, se decretaron las pruebas solicitadas, se prescindió de la audiencia de pruebas, comoquiera que todos los medios de convicción decretados tenían carácter documental y se ordenó presentar por escrito los alegatos de conclusión.

1.6. Alegatos de conclusión

² Para reforzar su postura citó: Consejo de Estado, auto de 25 de mayo de 2017, radicación: 11001-03-28-000-2017-00112-00 MP. Rocío Araújo Oñate (sic).

³ Al efecto citó: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de mayo de 2018, radicación 54001-23-33-000-2018-00006-01 MP. Carlos Enrique Moreno Rubio.

⁴ Folio 132 expediente 2019-2.

Durante el lapso para alegar se presentaron las siguientes manifestaciones:

1.6.1 Los demandantes

a) El señor Pájaro Balseiro

En escrito del 21 de mayo de 2019, alegó de conclusión y señaló que con la designación acusada se irrespetaron las reglas de competencia para el ejercicio de función pública, en especial la “soberanía”, “la democracia” y “estado social de derecho”.

Para reforzar su postura presentó varias consideraciones respecto de lo que, a su juicio, debería ser el ideal democrático y los valores propios de la democracia. Al efecto transcribió en su integridad el texto denominado “*de la soberanía popular a la democracia*” de Luis Salazar y José Woldenberg.

Finalmente, anexó copia del impedimento que el demandado radicó ante la procuraduría regional, con el objetivo de que designara gobernador de San Andrés ad hoc en los trámites o actuaciones iniciadas por la ciudadana Corine Beverly Duffis ante dicha gobernación.

b) el señor Armin Josef Satler

Mediante escrito de 22 de mayo de 2019, el actor alegó de conclusión e insistió en que el acto acusado sí está viciado de nulidad.

Para el efecto, señaló que estaba demostrado que el señor Herrera Leal sí ejerció autoridad militar dentro del año anterior a su designación como gobernador encargado; situación que, a su juicio, configura sin lugar a dudas la causal de inhabilidad. Al respecto sostuvo que los argumentos de la contraparte orientados a sostener que el demandado solo está encargado, desconocen que se designó al señor Herrera Leal con todas las facultades del gobernador, y por ende, esa distinción resulta excesiva.

Sobre el segundo punto de la fijación del litigio sostuvo que lo que se buscaba es darle al Consejo de Estado la oportunidad de pronunciarse sobre una práctica “pre constitucional”, esto es nombrar militares activos en funciones netamente civiles, sin embargo dicha práctica, a su juicio, va en contravía de la separación de poderes que, según su criterio no se agota en la distinción entre las tres ramas del poder público, sino también en la separación del estamento militar y civil.

1.6.2 El demandado

A través de apoderada judicial, el señor Herrera Leal señaló que el decreto acusado dejó de tener existencia jurídica, comoquiera que mediante Decreto 508 de 21 de marzo de 2019 la Presidencia de la República aceptó la renuncia del señor Housin Jaller y efectuó un nuevo encargo a nombre del señor Herrera Leal.

Igualmente y frente al desconocimiento del artículo 128 constitucional en lo que a la doble asignación se refiere señaló que mediante oficio del 24 de octubre de 2018, el señor Herrera Leal renunció a su sueldo como contralmirante de forma que, a su juicio, debe entenderse que dimitió a su “cargo como contralmirante”.

1.6.3 EI DAPRE

Mediante memorial radicado el 15 de mayo de 2018⁵, dicho departamento administrativo reiteró su solicitud de que las pretensiones de la demanda fueran negadas. Para sustentar su posición retomó íntegramente los argumentos de la contestación de la demanda, razón por la que la Sala se remite a lo ya referenciado.

1.7 Concepto del Ministerio Público

Mediante memorial del 16 de mayo⁶ de 2019, la Procuradora Séptima delegada ante el Consejo de Estado solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda.

1.7.1 Para el efecto, en primer lugar se pronunció respecto a la competencia de la Sección para conocer de la demanda de la referencia y explicó que los alcaldes y gobernadores, así como los miembros de las corporaciones de elección popular no son empleados públicos sino funcionarios o servidores de elección popular.

Por consiguiente, indicó que no era posible aplicar en el caso concreto la cláusula de competencia del artículo 152.9 de la Ley 1437 de 2011 ya que, según el criterio de la vista fiscal, al no existir una regla de competencia para conocer de los actos a través de los cuales el presidente hace una designación de un cargo de elección popular en encargo se imponía aplicar la contenida en el numeral 14 del artículo 149 del CPACA, esto es, la que atribuye la competencia al Consejo de Estado y en especial a la Sección Quinta.

1.7.2 En segundo lugar, la delegada de la Procuraduría se refirió, de un lado, a la naturaleza jurídica de las designaciones en encargo, para lo cual aludió a lo reglado en el artículo 34 del Decreto 1950 de 1973 y el artículo 2.2.5.9.7 del Decreto 1083 de 2015, y de otro, a la competencia del Presidente de la República para suspender, destituir o designar el remplazo de alcaldes distritales y gobernadores.

Sobre este último punto explicó que el acto acusado se enmarca en aquellos casos en los cuales mientras el partido o movimiento político prepara y envía la terna, el Presidente de la República encarga al ciudadano que él considere, a

⁵ Se entiende radicado el siguiente día hábil.

⁶ *Ibidem*.

efectos de evitar distorsiones y vacíos en la administración territorial, en lo que se ha denominado como nombramientos de urgencia⁷.

1.7.3 En tercer lugar, y frente a la inhabilidad endilgada, la Procuradora concluyó que según lo estipulado en el numeral 2º del parágrafo 3º del artículo 29 la Ley 1475 de 2011 aquella no era aplicable al demandado, toda vez que el señor Herrera Leal accedió al cargo en encargo, esto es, mientras se provee la vacante temporal que se presentó.

1.7.4 Lo propio coligió respecto a la violación de los artículos 128, 197, 219 y 303 de la Constitución Política. Así frente a la violación del artículo 197 explicó que aquel no estaba vulnerado, comoquiera que contemplaba las inhabilidades para ser electo Presidente y/o Vicepresidente de la República, sin que estas pudieran ser aplicadas al cargo de gobernador.

Respecto a la vulneración del artículo 219 Superior, aseguró que este no se transgredió porque no prohíbe que a los miembros activos de la fuerza pública se les designe en otros cargos públicos si así lo dispone el Presidente de la República, dado que esos nombramientos en nada desconocen el carácter no deliberante de estos.

Finalmente, en lo que atañe al desconocimiento del artículo 128 de la Constitución concluyó que dicha disposición no puede entenderse como una prohibición que impida el acceso a cargo público, es decir, en ella no se consagra una causal inhabilitante que pueda dar origen a la nulidad del respectivo acto, en los términos del numeral 5º del artículo 275 de la CPACA.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

En los términos del numeral 14º del artículo 149 del CPACA y el artículo 13 del Acuerdo 058 de 1999 -Reglamento Interno de esta Corporación-, el Consejo de Estado a través de su Sección Quinta, es competente para conocer y fallar el asunto de la referencia en única instancia⁸. Lo anterior, porque lo que se cuestiona es el acto a través del cual el Gobierno Nacional encargó al señor **Juan Francisco Herrera Leal** como Gobernador del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

2.2. Acto demandado

⁷ Al efecto referenció: Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 14 de septiembre de 2017. Expediente 11001-03-28-000-2017-00012-00. MP: Alberto Yepes Barreiro y sentencia C-011 de 1994.

⁸ De igual manera lo concluyó la Sección en: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de septiembre de 2017, Rad. 11001-03-28-000-2017-00012-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro. Ddo. Gobernador encargado de La Guajira y Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de sala del 7 de febrero de 2019, radicación 11001-03-28-000-2018-00627-00 MP. Rocío Araújo Oñate.

Corresponde al Decreto 1963 de 19 de octubre de 2018 expedido por el Gobierno Nacional visible a folios 5 a 8 del expediente 2019-2 y 6 a 9 del expediente 2018-627.

2.3. Problema jurídico

Conforme a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial corresponde a la Sala establecer:

1. *¿Se materializó en el caso concreto la causal de nulidad contenida en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA por la supuesta transgresión al numeral 3º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, toda vez que, previo a su designación como gobernador encargado el señor Herrera Leal, ostentó autoridad militar?*
2. *¿Se encuentra viciado de nulidad el acto acusado por la transgresión a los artículos 128, 197, 219 y 303 de la Constitución Política por el hecho de que se haya encargado en la gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a un miembro de la Armada Nacional?*

Por efectos metodológicos, la Sala en primer lugar se referirá a la naturaleza jurídica del acto acusado, para después examinar las censuras endilgadas al acto acusado, esto es lo relativo al presunto acaecimiento de una inhabilidad, así como lo relacionado con la infracción de las normas constitucionales.

Debe resaltarse que los argumentos de uno de los demandantes en sus alegatos de conclusión concernientes al impedimento formulado por el demandado no serán analizados, pues aquellos desbordan los límites de la fijación del litigio antes expuesta.

2.4 Cuestión previa

El demandado sostiene que el acto acusado “dejó de existir” porque aquel quedó derogado por el Decreto 508 (sic) de 21 de marzo de 2019⁹, esto es, a través del cual se aceptó la renuncia del titular del cargo de gobernador y se encargó al señor Herrera Leal en dicha dignidad.

Sin embargo, conforme a la postura mayoritaria de la Sección¹⁰ en sentencia de unificación, dicha circunstancia no impide hacer un control de legalidad sobre el acto, pues se ha entendido que incluso si aquel ya no está produciendo efectos es totalmente viable que el juez controle su validez. Expresamente, la Sección coligió:

“si el acto acusado produjo efectos y no se encuentra vigente, el juez contencioso administrativo aún en el evento en que haya sido retirado del

⁹ Se refiere en realidad al Decreto 500 del 21 de marzo de 2019 disponible en <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20500%20DEL%2021%20DE%20MARZO%20DE%202019.pdf> consultado el 22 de mayo de 2019.

¹⁰ El suscrito consejero ponente salvó su voto a dicha postura.

ordenamiento jurídico¹¹, mantiene su competencia para conocer de su legalidad porque, su exclusión jurídica impide que el acto se aplique hacia el futuro, empero, no desvirtúa la presunción de legalidad que sirvió de sustento para producir los efectos jurídicos que se dieron cuando el acto tuvo eficacia”¹².

En este contexto, según la posición mayoritaria de la Sala incluso si se aceptara que el acto acusado fue derogado por la expedición de un nuevo acto de encargo, esta vez para suplir temporalmente la vacante absoluta generada por la dimisión del señor Ronald Housni Jaller, es totalmente viable examinar la legalidad del Decreto 1963 de 2018, puesto que aquel produjo plenos efectos jurídicos.

2.5 Sobre la naturaleza jurídica de los actos de designación en encargo

En el trasegar de los cargos públicos es usual que se presenten vacantes absolutas o temporales; sin que por supuesto los cargos de elección popular sean la excepción. Cuando una de esas situaciones se presenta en tales cargos, el ordenamiento jurídico dispuso de manera expresa como suplirlos, así pues tratándose de los gobernadores el artículo 303 de la Constitución estipuló:

“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.”

Como puede observarse, dependiendo del momento en el que la vacante absoluta se presente esta podrá suplirse, bien a través de nuevas elecciones o en su defecto a través de la designación hecha por el presidente de la República. Lo propio se replicó en el parágrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 en el que se dispuso:

“PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo **CONDICIONALMENTE** exequible> *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.*

(...)

¹¹ Como en el caso en concreto, que el acto demandado fue revocado por el Concejo Distrital de Santa Marta.

¹² Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de unificación del 24 de mayo de 2018, radicación 47001-23-33-000-2017-00191-02 MP. Rocío Araújo Oñate.

Con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2009 que modificó el artículo 107 Superior se estableció un régimen sancionatorio que exceptúa la aplicación del artículo 303 Superior, cuando los gobernadores *“hubieren sido o fueren condenados mediante sentencias ejecutoriadas en Colombia o en el extranjero por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico, cometidos con anterioridad a la expedición del aval correspondiente cometidos por quienes fueron electos para cargos uninominales.”*

Ahora bien, debe advertirse ni en la Constitución Política ni en la ley se previó la forma de suplir las **faltas temporales de los gobernadores**, lo que ha llevado a la Sección a concluir que para tal fin el Presidente debe solicitar al partido, movimiento o coalición que inscribió al titular una terna integrada por ciudadanos pertenecientes a la respectiva agrupación política¹³. Lo anterior en una aplicación “analógica” de lo reglado en los artículos 98 a 106 de la Ley 136 de 1994 los cuales establecen, de un lado, cuando se presentan las faltas absolutas y temporales, y, de otro, el procedimiento que debe seguir la autoridad respectiva para suplir la vacante generada.

Por ello, se ha concluido que *“para suplir las faltas temporales de los gobernadores, el Presidente de la República debe solicitar al partido o movimiento político, grupo significativo de ciudadanos o coalición que inscribió el gobernador titular una terna para realizar la respectiva designación, excepto en el caso dispuesto en el artículo 107 Superior.”*¹⁴

En el caso concreto, tal y como se desprende de la parte motiva del acto acusado, se encontró que en la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se presentó una falta temporal que, en principio, debía ser provista por el presidente de la república de la terna que al respecto formularan los partidos que inscribieron a quien ganó las elecciones territoriales. No obstante, el gobierno nacional encontró que, mientras las colectividades políticas conformaban la terna y se verificaba el cumplimiento de los demás requisitos de los candidatos, era necesario designar a un gobernador encargado.

En este contexto surge la pregunta ¿cuál es la naturaleza del acto que designa un gobernador encargado? Para resolver este cuestionamiento la Sección Quinta ha adoptado diversas posturas. Así, en un primer momento, se consideró que este era un acto preparatorio o de trámite del que sería el definitivo, esto es, el que designaba de la terna enviada por los partidos políticos, y que por consiguiente, al no tener carácter definitivo no era susceptible de control judicial.

¹³ Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de septiembre de 2017, Rad. 11001-03-28-000-2017-00012-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro. Ddo. Gobernador encargado de La Guajira; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 6 de noviembre de 1997, número de radicado 1692. C.P. Miren de la Lombana de Magyaroff Ddo. Gobernador de Cundinamarca; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 30 de agosto de 2002, número de radicado 11001-03-28-000-2001-0056-01 (2778-2779) acumulado 11001-03-28-000-2001-00057-01 M.P. Darío Quiñones Pinilla Ddo. Gobernador de Boyacá. Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 23 de febrero de 2012, radicado 2010 – 00125 (Acumulado) MP. Susana Buitrago Valencia

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de septiembre de 2017, Rad. 11001-03-28-000-2017-00012-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro. Ddo. Gobernador encargado de La Guajira.

Entre las providencias que avalaban esta postura se encuentran:

- **Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia del 20 de noviembre de 2013, radicación 11001-03-28-000-2012-00023-01.** En este caso, al conocer de la demanda contra el acto a través del cual se encargó al señor Aurelio Iragorri Valencia como gobernador del Valle del Cauca, la Sección profirió sentencia inhibitoria, habida cuenta que encontró que el acto demandado, esto es, a través del cual se encargó al citado ciudadano de la gobernación no era susceptible de control judicial de manera directa, toda vez que no suplía de manera concluyente el vacío del poder en el departamento, sino simplemente allanaba el camino hacia el pronunciamiento definitivo.
- **Consejo de estado, Sección Quinta, auto de ponente del 19 de septiembre de 2014, radicación 11001-03-28-000-2014-00102-00:** A través de este auto se rechazó la demanda que buscaba controvertir la legalidad del acto a través del cual se encargó a una funcionaria del Ministerio del Interior como gobernadora del departamento del Caquetá, bajo el argumento de que ***“el encargo que se realiza de manera temporal, para evitar el vacío de poder mientras se encarga al definitivo para el periodo que faltare, es un acto de trámite, y en consecuencia no es enjuiciable ante esta jurisdicción.” (Negritas en original)***

Sin embargo, la Sección reconsideró la citada posición, y años después concluyó que los actos de encargo de gobernadores y alcaldes sí son actos definitivos, solo que se trata de designaciones de urgencia y transitorias que tienen como propósito no dejar acéfala la entidad territorial mientras aquéllas eran provistas de manera definitiva de conformidad con la Constitución y la ley. Por consiguiente, conoció y tramitó demandas electorales contra esta clase de designaciones así:

- **Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 25 de agosto de 2016, Rad. 76001-23-33-004-2016-00193-01:** En esta oportunidad la Sección confirmó la sentencia que negó las pretensiones de la demanda que pretendía la nulidad del acto mediante el cual se encargó a un secretario del despacho de la gobernación del Valle del Cauca como alcalde del Municipio de Guadalajara de Buga.
- **Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de septiembre de 2017, Radicación: 11001-03-28-000-2017-00012-00:** En este caso, la Sala Electoral admitió, tramitó y falló la demanda contra el acto a través del cual se encargó al señor Weidler Antonio Guerra Curvelo como gobernador de La Guajira.

La línea jurisprudencial descrita se evidencia de forma más clara mediante el siguiente esquema:

	¿Cuál es la naturaleza jurídica del acto a través del cual se encarga a un servidor como gobernador o alcalde?	
De trámite o preparatorio	<p>X</p> <p>Sentencia de 20 de noviembre de 2013 11001-03-28-000-2012-00023-01</p> <p>X</p> <p>auto de ponente del 19 de septiembre de 2014, 11001-03-28-000-2014-00102-00</p> <p>X</p> <p>sentencia del 25 de agosto de 2016, 76001-23-33-004-2016-00193-01</p> <p>X</p> <p>sentencia del 14 de septiembre de 2017 11001-03-28-000-2017-00012-00</p>	Definitivo con carácter de urgencia

En este contexto, es claro que **actualmente** los actos de designación de un cargo uninominal en encargo -alcalde o gobernador- se entienden como actos definitivos de carácter urgente y transitorio que tienen como propósito evitar vacíos de poder mientras se realiza la designación definitiva de la terna enviada por los partidos políticos y a través de los cuales la autoridad encargada *“reviste a una persona de todas las facultades para ser el jefe de la administración y representante legal de la entidad territorial (arts. 303 y 314 de la C.P.), sin que el hecho de que el carácter temporal o transitorio de tal nombramiento impida considerar que existe una decisión definitiva sobre el particular, pues con la misma se está impidiendo que exista un vacío en el poder, se está resolviendo de manera inmediata la situación de urgencia generada por la vacancia^{15”16}.*

2.6 Caso concreto

Decantado lo anterior corresponde examinar las censuras endilgadas al acto acusado.

¹⁵ Ahora bien, vale la pena destacar que si bien la designación de urgencia tiene como propósito cubrir de manera inmediata la vacancia en la entidad territorial respectiva y por ende se presenta como una solución eficaz para hacer frente a una situación apremiante, ello no es óbice para que las autoridades competentes en el menor tiempo posible adelanten las gestiones pertinentes a fin de que se brinde una solución definitiva al vacío en el poder, ya sea mediante las nuevas elecciones o través de la designación de un alcalde o gobernador (según el caso) respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el inicialmente elegido, pues tales son los mecanismos idóneos, legítimos y válidos que legal y constitucionalmente se han previsto para tal efecto.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de sala del 7 de febrero de 2019, radicación 11001-03-28-000-2018-00627-00 MP. Rocío Araújo Oñate.

2.6.1 Sobre la inhabilidad de autoridad militar

Para la parte actora se vulneró el numeral 3° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 el cual establece:

“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.”

Para los demandantes dicha disposición se transgredió, habida cuenta que el gobernador encargado previo a su designación tenía la calidad de contraalmirante de la Armada Nacional, es decir, a su juicio, aquel ostentó autoridad militar. Respecto a esta clase de autoridad, la Sección¹⁷ recientemente señaló:

*“la **autoridad militar** es la que menos desarrollo jurisprudencial ha tenido. Sin embargo, ha sido entendida como la capacidad para comandar y disponer del Ejército Nacional y de todos los componentes de la fuerza pública. Los cargos con autoridad militar son todos los pertenecientes a dicha fuerza y los cuales, según el artículo 216 de la Constitución, tienen jerarquía y mando militar¹⁸.”*

Ahora bien, pese a que en el caso concreto está demostrado, según la certificación allegada al plenario por la Armada de Colombia¹⁹, que el señor Leal Herrera: i) tiene la calidad de contraalmirante de esa fuerza; ii) que ha estado en esa institución desde 1988 hasta la fecha y iii) ha ejercido como comandante; lo cierto es que **la inhabilidad endilgada no se materializó, toda vez que, tal y como precisó esta Sección al momento de analizar la suspensión provisional esta prohibición en especial no es aplicable a los gobernadores en encargo.**

En efecto, por disposición expresa del párrafo 3° del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 la inhabilidad de ejercicio de autoridad fue excluida por el legislador para los casos en los que se encargan o designan gobernadores o alcaldes para proveer vacantes temporales o absolutas. El tenor literal de la citada norma dispone:

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.

¹⁷Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de febrero de 2019, radicación 11001-03-28-000-2018-00048-00 (acumulado) MP. Alberto Yepes Barreiro.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 5 de noviembre de 1991. Rad. No. 413.

¹⁹Folio 185 del expediente 2019-2

Como puede observarse, según esta disposición **no** pueden ser encargados o designados para proveer las citadas vacantes quienes estén incurso en la inhabilidades previstas en los numerales 1º, 2º, 5º y 6º del artículo 30 (en el caso de gobernadores) y 1º, 4º y 5º del artículo 37 (en el caso de alcaldes) de la Ley 617 de 2000.

Es decir, el legislador de manera **expresa** determinó cuál de las inhabilidades previstas en la ley sería aplicable a los gobernadores o alcaldes encargados y en ese análisis decidió **excluir** la relativa al ejercicio de autoridad. Así se desprende de la simple lectura de la norma en cita, y en especial, del hecho de que se haya decidido hacer un listado taxativo para establecer las causales que sí serían plenamente aplicables para las designaciones en encargo.

En este punto cobra especial relevancia lo señalado en la suspensión provisional, cuando la Sección concluyó:

“si el legislador hubiese querido que las mismas causales de inhabilidad que se predicán para los alcaldes y gobernadores elegidos popularmente, fueran aplicables a quienes son encargados o designados en dichos cargos ante vacantes temporales o absolutas, simplemente en la norma antes señalada habría hecho referencia a los artículos 30 y 37 de la Ley 617 de 2000, sin distinguir qué numerales de tales preceptos deben tenerse en cuenta.”

Ahora bien, el hecho de que se haya decidido excluir para alcaldes y gobernadores ciertas causales de inhabilidad que sí están previstas para aquellos que acceden a dichos cargos por voto popular no se erige como una irregularidad; por el contrario, se encuadra dentro de la libertad de configuración del legislador tal y como lo concluyó la Corte Constitucional al examinar la legalidad de dicho precepto:

“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 cargos de representación popular. Una regla de esta naturaleza en nada se opone a la Carta Política.”²⁰

Lo expuesto además se refuerza si se tiene en cuenta que esta Sección ha concluido que *“los encargos temporales originados en situaciones de urgencia no pueden estar sujetos a los mismos requisitos y ritualidades que debe cumplir el posterior acto electoral definitivo por el cual se suple la falta absoluta o temporal,*

²⁰ Corte Constitucional Sentencia C-490 de 2011

ya que dichas exigencias podrían impedir a la autoridad competente designar prontamente a las autoridades territoriales y evitar de esa manera perturbaciones al orden público originadas en la ausencia del gobernante”²¹.

Así las cosas y atendiendo a que el demandado fue designado como gobernador encargado, precisamente, para suplir la vacante temporal producida en la gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina hasta tanto el presidente elija de la terna enviada por las respectivas organizaciones políticas, no cabe duda que, en virtud de lo consagrado en el parágrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, la inhabilidad endilgada no le es aplicable.

En otras palabras, la inhabilidad de ejercicio de autoridad militar atribuida al señor Herrera Leal no se configuró, razón por la que las pretensiones de las demandas respecto de esta censura deben ser negadas.

2.6.2 Respecto a la infracción de las normas constitucionales

Para la parte actora el hecho de que se haya encargado a un miembro de la fuerza armada como gobernador viola los artículos 128, 197, 219 y 303 de la Carta Política; en consecuencia, corresponde establecer si en efecto con la designación en encargo se transgredieron tales postulados constitucionales.

2.6.2.1 Para uno de los demandantes se vulneró el artículo 128 constitucional, y por ende, el acto debe declararse nulo debido a que el demandado no solo ejerce dos cargos públicos, sino que, además, recibe dos asignaciones una relacionada con su empleo en la Armada Nacional y otra por su labor en la gobernación del archipiélago.

Al respecto, la Sección anticipa que dicho reproche no está llamado a prosperar, porque dicha censura no es una causal de nulidad del acto de nombramiento. En efecto, la Sala reitera lo concluido en la medida cautelar, esto es, que la violación de dicho artículo no se erige como una causal de nulidad del acto de nombramiento, pues aquel no establece una limitación de acceso al cargo de gobernador en encargo, es decir no contiene una inhabilidad, sino una incompatibilidad que, en principio, **no** se constituye como causal de nulidad del acto acusado²².

En efecto, recuérdese que por definición la incompatibilidad es una prohibición de efectuar *“determinada actuación o contratación, por parte de una persona que*

²¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de septiembre de 2017, Radicación 11001-03-28-000-2017-00012-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

²² Debe precisarse que por regla general el estudio de las causales de incompatibilidad escapan al control del juez electoral. Sin embargo, en algunas oportunidades las situaciones relativas a las incompatibilidades en el ejercicio de un cargo público, pueden derivar en una inhabilidad para ser elegido y/o designado en otro, al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de junio de 2016, Rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de diciembre de 2017, Rad. 11001-03-28-000-2017-00019-00, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

*ocupa un cargo de servidor público*²³. En palabras, de la Corte constitucional es “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 por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado”²⁴. (...)”²⁵.

Conforme con estas definiciones es evidente que lo que contempla la norma presuntamente desconocida es una incompatibilidad, pues prohíbe que un servidor público desempeñe simultáneamente otro empleo o reciba más de una asignación con cargo al erario.

Por supuesto, escapa a la órbita del juez electoral establecer si dicha prohibición se materializó o no, comoquiera que aquella no tiene la potencialidad de viciar de nulidad el acto de designación demandado, pues no solo no está relacionado con sus elementos de validez, ni tampoco se consagró como una de las causales de nulidad de los actos electorales, sino que, además, esta Sección ha sido enfática en sostener que la transgresión de dicha incompatibilidad no da lugar a la nulidad de la elección.

Así, en fallo del 27 de octubre de 2016 esta misma Sala coligió:

“Por su parte, el Tribunal en la sentencia de primera instancia, consideró que la regla contenida en el artículo 128 de la Constitución es una causal de incompatibilidad, no de inelegibilidad y por tanto, no afecta o enerva el acto de nombramiento de un empleado público, porque se enfoca en impedir al servidor desempeñar ciertas acciones contrarias a la función pública, no en prohibir a la autoridad nominadora su designación en un cargo público y que la existencia de la comisión no es un requisito de validez del acto de nombramiento.

Para resolver si le asiste o no razón al recurrente, se observa lo siguiente: El artículo 128 de la Constitución Política, dispone: “...” Frente al alcance del artículo 128, la Corte Constitucional en la sentencia C- 133 de 1993, expuso: “(...) Este mandato constitucional consagra una incompatibilidad que consiste en la prohibición de desempeñar simultáneamente dos o más cargos públicos y de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, además de

²³ Como también lo resaltó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 27 de agosto de 2015, Rad. 11001-03-06-000-2015-00129-00(2264), C.P. Álvaro Namén Vargas, a su vez teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Sección Tercera de la misma Corporación (en tal sentido se hizo referencia a los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. n.º 10989. Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. N.º 25.646).

²⁴ Sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C- 903 del 17 de septiembre de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.

autorizar a la ley para fijar los casos en que no opera dicha prohibición”. (...)

En conclusión, el artículo 128 de la Constitución Política prohíbe (i) la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona y (ii) recibir más de una asignación que provenga del erario, pero como se señaló líneas atrás, estas prohibiciones generan una incompatibilidad.

Acerca de la finalidad que persiguen las causales de incompatibilidad, la Corte Constitucional ha señalado:²⁶ “De ahí que las incompatibilidades legales tengan como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública.”

Por consiguiente, el hecho de que el demandado haya incurrido en esta prohibición, podría constituir verbigracia una falta susceptible de ser investigada disciplinariamente, mas no una causal que dé lugar a la anulación del acto de nombramiento.

En ese sentido, dentro de las causales previstas por el artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, se consagra en el numeral 5° como causal de anulación electoral, (i) la elección de candidatos o el nombramiento de personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad, [cargo que en el caso concreto se analizará a continuación], o (ii) que se hallen incursas en causales de inhabilidad, lo que aquí no se configura.

Así las cosas, la falta de concesión oportuna de la comisión, escapa al control del juez electoral y no tiene la entidad de constituir la nulidad del acto de nombramiento pretendido.

Por lo anterior, no le asiste razón al demandante cuando alega que se vulneró el artículo 128 superior y en consecuencia el cargo no está llamado a prosperar”²⁷.

En este contexto, no cabe duda que la supuesta²⁸ infracción a dicho precepto constitucional podría dar lugar a acciones disciplinarias o penales, pero en ningún evento materializarían una causal de nulidad, razón por la que esta censura no está llamada a prosperar.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 1996. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de octubre de 2016, Rad. 76001-23-33-000-2016-00192-01, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

²⁸ Se trata de supuesta comoquiera que en el expediente se allegó prueba de que el demandado renunció a la asignación que le correspondía por el cargo de contralmirante de la Armada de Colombia.

2.6.2.2 El artículo 197 constitucional²⁹ contempla las inhabilidades para acceder al cargo de presidente y vicepresidente, razón por la que la simple lectura de la norma en comento descarta su transgresión, pues con la designación acusada se proveyó en encargo el cargo de gobernador y no las dignidades a las que alude el dispositivo constitucional.

En consecuencia, el hecho de que el demandado sea miembro activo de la fuerza naval no significa la transgresión de dicha norma, pues se insiste, dicha disposición solo es aplicable a presidente y vicepresidente de la república.

Ahora bien, el demandante del expediente 2018-627 aseguró que dicha disposición se violó porque el artículo 30 de la Ley 617 de 2000 dispone que *“no podrá ser designado gobernador quien haya desempeñado cargos con autoridad militar a que se refiere el artículo 197 de la Constitución”*. En efecto, según el numeral 7º de la referida norma consagra que no podrá ser gobernador *“quien haya desempeñado los cargos a que se refiere el artículo 197 de la Constitución Nacional.”*

Sin embargo, tal y como se explicó en el acápite que precede, por disposición del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 dicha inhabilidad también fue **excluida** de las prohibiciones que se les aplican a quienes sean designados como gobernadores encargados; argumento suficiente para descartar la transgresión de la norma constitucional bajo ese supuesto.

2.6.2.3 Para los demandantes con la designación acusada y en especial con la condición de miembro de la armada del demandado se desconoció el artículo 219 de la Carta Política que prohíbe a los miembros de las Fuerzas Militares participar en política, particularmente que ejerzan el sufragio mientras permanecen en servicio activo o intervengan en actividades o debates de partidos o movimientos políticos.

Lo primero a precisar es que al igual que la prohibición contemplada en el artículo 128 superior antes estudiada, dicha norma consagra una incompatibilidad que por su naturaleza especial escapa al objeto de la nulidad electoral, comoquiera que no es una circunstancia que tenga la virtualidad de anular el acto electoral.

²⁹ **ARTICULO 197.** *No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia. Esta prohibición no cobija al Vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio. La prohibición de la reelección solo podrá ser reformada o derogada mediante referendo de iniciativa popular o asamblea constituyente.*

No podrá ser elegido Presidente de la República o Vicepresidente quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179, ni el ciudadano que un año antes de la elección haya tenido la investidura de Vicepresidente o ejercido cualquiera de los siguientes cargos: Ministro, Director de Departamento Administrativo, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, Comisión Nacional de Disciplina Judicial, o del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Comandantes de las Fuerzas Militares, Auditor General de la República, Director General de la Policía, Gobernador de departamento o Alcalde”.

En consecuencia, si bien está acreditada la condición de militar del demandado tal y como consta en la certificación de la Armada allegada al proceso, lo cierto es que no es posible decretar la nulidad del acto de encargo, habida cuenta que las incompatibilidades no se erigieron como causal de nulidad de los actos electorales, y por ende, se insiste, la infracción de dicha disposición podría dar lugar al inicio de acciones disciplinarias, penales o de otra índole pero no configura causal de nulidad alguna, razón por la que con fundamento en esta censura tampoco es posible acceder a las pretensiones de la demanda.

2.6.2.4 Para los demandantes se vulneró el artículo 303 de la Constitución Política, porque no se nombró a alguien proveniente del partido político del señor Ronald Housni Jaller; sino a un miembro de la armada nacional.

Esta censura no está llamada a prosperar ya que, como se explicó en el capítulo 2.5 de esta providencia es totalmente posible que mientras se conforma la terna y se verifican los requisitos de los candidatos se designe provisionalmente y en encargo a un servidor público en el cargo de gobernador a efectos de evitar que la entidad territorial quede acéfala.

De hecho, así lo reconoce el acto acusado, pues en su parte motiva dispone que mientras los partidos de la Unidad Nacional y Liberal Colombiano presentan la terna requerida se realizaría un encargo de vocación estrictamente temporal de forma que *“una vez se produzca la designación de uno de los ternados, inmediatamente concluirá el encargo que por el presente decreto se realiza”*³⁰. Lo propio, se replicó en la parte resolutive del decreto demandado, en la que expresamente se señaló que el encargo tendría vigencia hasta tanto las referidas colectividades presentaran la terna respectiva.

Ahora bien, para uno de los demandantes el acto es nulo por violación de dicha norma, habida cuenta que la terna ya se presentó pero a la fecha no se ha realizado la designación respectiva. Aunque en el expediente obra del documento a través del cual el 8 de noviembre de 2018 el Partido Liberal formuló una terna y el 20 de diciembre de esa misma anualidad el partido de la U remitió al Ministerio del Interior un nuevo miembro para esa triada³¹, lo cierto es que dicha circunstancia ataca la eficacia del acto acusado, precisamente cuestionando el momento hasta cual debía producir efectos jurídicos, pero no atacan su validez; que es lo que se analiza desde la perspectiva de la nulidad electoral.

En efecto, escapa al juez electoral determinar si acaeció la condición de la que trata el acto acusado respecto al elemento temporal del encargo, pues aquella no cuestiona su legalidad, sino su eficacia; aspecto que no es susceptible de control.

Así las cosas, la Sala concluye que no se acreditó la vulneración del artículo 303 de la Carta Política, comoquiera que el Gobierno Nacional estaba autorizado a designar un gobernador encargado mientras se hace la designación de la terna enviada por los partidos políticos.

³⁰ Folio 8 del expediente 2018-627.

³¹ Folios 36 y 39 del expediente 2019-2.

2.6.2.5 En suma, el hecho de que se haya encargado en la gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a un miembro de la armada nacional no transgredió los artículos 128, 197, 219 y 303 de la Constitución Política como sostienen los demandantes, al punto sea viable decretar la nulidad del decreto demandado.

2.7 Conclusión

Conforme con lo expuesto y teniendo en cuenta que ninguna de las causales de nulidad alegadas por los demandantes se materializaron, la Sala negará las pretensiones de la demanda que buscaban la anulación del Decreto 1963 de 19 de octubre de 2018 a través del cual se encargó al señor Juan Francisco Herrera Leal como Gobernador del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

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,

3. FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de las demandas de nulidad electoral instauradas por los señores Leandro Pájaro Balseiro y Armin Josef Sattler González contra el Decreto 1963 de 19 de octubre de 2018 a través del cual se encargó al señor Juan Francisco Herrera Leal como Gobernador del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

SEGUNDO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Magistrada

ALBERTO YEPES BARREIRO
Magistrado