



RECURSO DE APELACIÓN – Contra auto que negó la suspensión provisional / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Se confirma decisión pues para su estudio se requiere un análisis de fondo propio de la sentencia

Tal como ha sido señalado por esta Sala Electoral la fuerza ejecutiva y ejecutoria que tienen los actos administrativos una vez quedan en firme como prerrogativa y pilar fundamental de la actuación pública, determinan su impostergable cumplimiento así sean demandados judicialmente; pero al mismo tiempo y como contrapartida y garantía de los administrados implica que éstos puedan solicitar ante el juez la suspensión de sus efectos mientras se tramita el correspondiente proceso donde se cuestiona su legalidad. (...). Pues es precisamente esa posibilidad de dejar sin efecto temporal la norma, el objeto de la denominada “suspensión provisional”. (...). Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de la violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que el/los cargo(s) estén comprendidos en la demanda y que se encuentre en término para accionar- o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de la violación y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...). [E]l operador judicial debe analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento. (...). Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, no constituye prejuzgamiento ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que ab initio se adoptó. (...). [L]a designación realizada por el Concejo Municipal de Bucaramanga, de Rafael Stiwel Pincón Sarmiento como Personero Municipal del Municipio de Bucaramanga, se hizo atendiendo una circunstancia especial y que obedeció a la vacancia absoluta del cargo, la cual no pudo ser suplida con la lista de elegibles dado su vencimiento, el cual era de dos años computados a partir de la firmeza de la Resolución 008 de 10 de enero de 2016, por ende, se concluye que no estamos en presencia de un acto de nombramiento por concurso de méritos. Siendo ello así, el epicentro de la presente decisión gira en torno a la aplicación de las causales de inhabilidad sin distinción alguna frente a la forma en que se provee un determinado cargo; punto que no es de fácil decisión, basados únicamente en las disposiciones invocadas con el escrito de suspensión provisional, puesto que el demandante considera que éstas se aplican en igual sentido tanto para aquél que ocupa el cargo como consecuencia del concurso de méritos, como para el que es nombrado en encargo por una situación temporal. Al respecto, se remembra que esta Corporación de vieja data ha establecido que las inhabilidades, tanto en su marco general como en el detalle de cada una de las causales, se ciñen a un principio de taxatividad que impide la aplicación analógica de las mismas por cuanto su interpretación se debe hacer de manera restrictiva. (...). En suma, lo que se advierte en el presente caso es que no se cuentan con los suficientes elementos de juicio que permitan colegir, en esta instancia de admisión del medio de control, que las causales de inhabilidad invocadas por el demandante resultan aplicables al caso concreto, dado que, tal como se indicó en líneas anteriores, el nombramiento se realizó en encargo, circunstancia que impone un análisis normativo más acucioso y profundo, el cual resulta propio de la sentencia. Aunado lo anterior, no sobra indicar que el asunto



que es objeto de debate en el presente asunto, se erige en una situación sui generis que ofrece múltiples aristas que deben ser estudiadas de forma rigurosa, puesto que no han habido casos en los que esta Corporación haya analizado las causales de inhabilidad frente a nombramientos en encargo de personeros municipales.

NOTA DE RELATORÍA: Respecto a la fuerza ejecutiva y ejecutoria que tienen los actos administrativos, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 13 de agosto de 2014, radicación 2014-00057-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. En cuanto al encargo, consultar, entre otras: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia 18 de diciembre de 2017, radicación 11001-03-28-000-2017-00044-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y sentencia de 16 de mayo de 2019, radicación 25000-23-41-000-2018-00165-02, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Sobre el principio de taxatividad en materia de inhabilidades se pueden consultar, entre otras: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 24 de marzo de 2005, radicación 88001-23-31-000-2004-00001-02, C.P. Darío Quiñonez Pinilla, y sentencia de 07 de marzo de 2002, radicación 15001-23-31-000-2000-2856-01, C.P. Roberto Medina López. En relación con el mismo tema, ver: Corte Constitucional, sentencia de 15 de mayo de 2002, exp. C-373, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 229 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 231

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 68001-23-33-000-2019-00488-01

Actor: CARLOS FERNANDO SOTOMONTE GARAVITO

Demandado: RAFAEL STIWELL PICÓN SARMIENTO – PERSONERO MUNICIPAL ENCARGADO DE BUCARAMANGA

Referencia: NULIDAD ELECTORAL - APELACIÓN CONTRA AUTO QUE NEGÓ SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el auto de 17 de julio de 2019, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Santander negó la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo de nombramiento del señor Rafael Stiwell Picón Sarmiento como Personero Encargado del Municipio Bucaramanga.

I. ANTECEDENTES.





1. La demanda.

Carlos Fernando Sotomonte, actuando en nombre propio, promovió demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral¹, ante el Tribunal Administrativo de Santander, en la cual formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA. Que es NULO el nombramiento bajo la figura de encargo de **RAFAEL STIWELL PICÓN SARMIENTO**, identificado con cédula No. 1098627587, como Personero Municipal de Bucaramanga, efectuado mediante Resolución No. 089 del 25 de junio de 2019, proferida por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Bucaramanga.

SEGUNDO. Disponer la compulsas de copias a las autoridades disciplinarias y penales del caso, para que se investiguen los hechos irregulares imputables a los servidores que expidieron el espurio acto demandado.

TERCERO. Que se hagan las demás declaraciones y condenas a que haya lugar, conforme lo señalan las leyes y especiales circunstancias de este tipo de proceso.”

Las anteriores pretensiones encuentran asidero en los hechos plasmados en la demanda, los cuales admiten el siguiente compendio:

a) El Concejo Municipal de Bucaramanga el día 25 de junio de 2019, profirió la Resolución No. 089 de 2019, por medio de la cual resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO_ Declarar la vacancia absoluta en el cargo de Personero del Municipio de Bucaramanga, Nivel Directivo, Código 015, con ocasión de la renuncia del doctor **OMAR ALFONSO OCHOA MALDONADO**, aceptada mediante Resolución No. 088 del veintidós (22) de junio de dos mil diecinueve (2019) por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Bucaramanga.

ARTÍCULO SEGUNDO: Encargar como personero, Nivel Directivo, Código 015 de la Personería de Bucaramanga, al doctor **RAFAEL STIWELL PICÓN SARMIENTO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.098.627.587 de Bucaramanga, encargo que durará mientras se estructura y se adelanta el concurso público de méritos para la elección de personero para el periodo institucional.

ARTÍCULO TERCERO: La designación aquí efectuada rige a partir del 25 de junio de 2019.

ARTÍCULO CUARTO: Comuníquese el presente Acto Administrativo al doctor **RAFAEL STIWELL PICÓN SARMIENTO**, y una vez acepte la designación procedase de manera inmediata a posesionarlo en dicho cargo.

ARTÍCULO QUINTO: Publicar el presente acto administrativo en la página web del Concejo del Municipio de Bucaramanga para efectos de darle cumplimiento al artículo 65 del CPACA, y envíese copia del mismo al Doctor **RAFAEL STIWELL PICÓN SARMIENTO**, a la Personería Municipal y Alcaldía Municipal, para fines a que haya lugar.”

¹ Fls. 55 a 61.



b) Rafael Stiwell Picón Sarmiento tomó posesión en el cargo de Personero Municipal en Encargo del Municipio de Bucaramanga el día 25 de junio de 2019.

c) Hasta el día 24 de junio de 2019 Rafael Stiwell Picón Sarmiento, se desempeñaba como Secretario General, Código 09, Grado 08, de la Contraloría Municipal de Bucaramanga.

Conforme lo anterior, en criterio del demandante el señor Rafael Stiwell Picón Sarmiento se encuentra incurso en las siguientes causales de inhabilidad:

i) Las contempladas en los literales a), b) y g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, las cuales indican:

“Artículo 174. Inhabilidades. No podrá ser elegido personero quien:

a) Esté incurso en las causales de inhabilidad establecidas para el alcalde municipal, en lo que le sea aplicable;

b) Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio;

(...)

g) Durante el año anterior a su elección, haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros o haya celebrado por sí o por interpuesta persona contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio;”

ii) La causal consignada en el numeral 2 del artículo 95 de la citada Ley, la cual aplica en virtud de la remisión que hace el literal a) del ya referido artículo 174, que dispone:

“Artículo 95.- Inhabilidades. No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:
(...)

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

En igual sentido, el actor solicitó se decretara, como medida cautelar, la suspensión provisional del acto acusado, esto es la Resolución No. 089 de 2019, la cual se sustentó en los mismos argumentos que formula su demanda.

2. Decisión en primera instancia sobre la medida cautelar.

El Tribunal Administrativo de Santander por auto de 17 de julio de 2019 negó la solicitud de suspensión provisional, en razón a que: *“...los argumentos expuestos por el demandante y confrontados con los elementos de prueba allegados a esta etapa del proceso, teniendo en cuenta que se hacía necesaria una carga de argumentación y prueba, al menos sumaria, en cabeza del solicitante de la medida*



cautelar para que pudiera prosperar lo solicitado, circunstancia que no se dio en el caso bajo estudio razón suficiente para que la Sala deniegue la medida solicitada.”

Para arribar a la mencionada conclusión, se indicó que el nombramiento realizado a Rafael Stiwel Picón Sarmiento se hizo bajo la modalidad de encargo, figura que tiene como finalidad la provisión de cargos de manera temporal, hasta tanto se surtan las etapas pertinentes para suplir de forma definitiva la vacante; en igual sentido, resaltó que la actividad del demandado como Secretario de la Contraloría del municipio de Bucaramanga, en la cual debía suscribir contratos, no implica la inhabilidad aducida por el demandante, puesto que la misma solo se predica de los particulares que celebren contratos con el Estado.

Se resalta que el Tribunal hizo alusión al hecho que el acá demandado ocupó el cargo de Secretario General de la Contraloría Municipal de Bucaramanga, cargo que en sentir del demandante es de dirección administrativa y, por ende, configura la causal consignada en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994. No obstante lo anterior, su análisis no trascendió más allá de enunciar el panorama fáctico sin ahondar en las razones del demandante.

3. El recurso de apelación.

Mediante escrito radicado en la Secretaría del Tribunal² de fecha 22 de julio de 2019, el demandante formuló recurso de reposición contra la decisión que negó la suspensión provisional del acto acusado. Los argumentos sobre los cuales descansa su inconformidad son los siguientes:

a) Que en el presente caso la vacante que se presenta en el cargo de la Personería Municipal de Bucaramanga, es de carácter definitivo con ocasión de la renuncia que presentara el otrora Personero. Con base en dicha aseveración, indica que en el presente caso no tiene cabida aplicar el artículo 172 de la Ley 136 de 1994, en lo que refiere a las faltas temporales.

b) Que por tratarse de una vacante definitiva, es claro que la persona que ocupe el cargo en mención, así sea en encargo, debe cumplir todos los requisitos legales y, adicionalmente, no debe estar incurso en causal de inhabilidad.

c) Que la causal establecida en el numeral 3 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, referente a la inhabilidad por celebración de contratos, no hace distinción alguna frente a la calidad en la que lo suscribe, es decir que es irrelevante afirmar que Rafael Stiwel Picón Sarmiento lo hizo obrando en su condición de funcionario de la Contraloría Municipal de Bucaramanga.

A partir de los mencionados argumentos, solicita se revoque la decisión y, en consecuencia, se acceda a la medida cautelar solicitada.

Con ocasión del citado recurso, el Tribunal Administrativo de Santander por auto de 20 de agosto de 2019 rechazó por improcedente el mismo, al amparo del inciso 2 del numeral 6 del artículo 277 del CPACA³ y dispuso su remisión a esta Corporación para su resolución.

² Fls. 3 a 5.

³ En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por



II. CONSIDERACIONES.

2.1. De la competencia

De conformidad con los artículos 125⁴ y 293⁵ numeral 4 del CPACA, le corresponde a la Sala resolver el recurso contra la decisión del Tribunal Administrativo de Santander, por tratarse de un auto apelable dentro de un asunto de nulidad electoral dictado por el juez colegiado *a quo*, en armonía con el artículo 150 de la Ley 1437 de 2011 y el Reglamento del Consejo de Estado que asigna a la Sección Quinta la competencia para conocer de asuntos electorales.

Asimismo, se hace notar que el recurso de apelación fue presentado oportunamente, por cuanto la parte demandante se notificó por estado del auto que negó la solicitud de suspensión provisional el día 18 de julio de 2019 y, por ende, se tiene que el término para promover la alzada vencía el día 22 del citado mes y calenda, fecha en la cual efectivamente fue radicado el recurso.

2.2. Suspensión provisional

De manera preliminar, cabe recordar que la suspensión provisional se gobierna actualmente por lo dispuesto en el artículo 231 del C.P.A.C.A. en estos términos:

“Artículo 231.- Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)”

el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación.

⁴ Artículo 125. De la expedición de providencias. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 243 de este Código serán de la Sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica”.

⁵ Artículo 293. Trámite de la segunda instancia. El trámite de la segunda instancia se surtirá de conformidad con las siguientes reglas:

1. El reparto del negocio se hará a más tardar dentro del segundo día a su llegada al tribunal o al Consejo de Estado. El mismo día, o al siguiente, el ponente dispondrá en un solo auto sobre la admisión del recurso y que el expediente permanezca en Secretaría por tres (3) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito.

2. Vencido el término de alegatos previa entrega del expediente, el agente del Ministerio Público deberá presentar su concepto, dentro de los cinco (5) días siguientes.

3. Los términos para fallar se reducirán a la mitad de los señalados para la primera instancia.

4. La apelación contra los autos se decidirá de plano.

5. En la segunda instancia no se podrán proponer hechos constitutivos de nulidad que debieron ser alegados en primera instancia, salvo la falta de competencia funcional y la indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su representante”. (Negrita fuera de texto)



Tal como ha sido señalado por esta Sala Electoral⁶ la fuerza ejecutiva y ejecutoria que tienen los actos administrativos una vez quedan en firme como prerrogativa y pilar fundamental de la actuación pública, determinan su impostergable cumplimiento así sean demandados judicialmente; pero al mismo tiempo y como contrapartida y garantía de los administrados implica que éstos puedan solicitar ante el juez la suspensión de sus efectos mientras se tramita el correspondiente proceso donde se cuestiona su legalidad.

La herramienta fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en 1913 con la Ley 130 y perfilada posteriormente con las leyes 80 de 1935 y 167 de 1941 y el Decreto 01 de 1984. Sin embargo, constitucionalmente sólo fue consagrada hasta 1945 con el Acto Legislativo 01 en su artículo 193.

Con el cambio constitucional en el año 1991 es el artículo 238 el que establece la posibilidad de aplicar la suspensión como medida provisoria frente a la efectividad de los actos administrativos, disposición desarrollada ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011- (arts. 229 y siguientes).

El Estado de derecho supone por antonomasia el acatamiento de las normas jurídicas tanto por parte de la administración como de los particulares y nuestra tradición jurídica nos reconduce al cumplimiento de estas reglas jurídicas a través de la coherencia y congruencia normativa que implica, dentro del sistema jerárquico y piramidal, la no contradicción entre unas y otras y en caso de presentarse tal fenómeno, ya sea porque la violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, la posibilidad de desactivar, definitiva o transitoriamente, la disposición transgresora en garantía del principio de legalidad. Pues es precisamente esa posibilidad de dejar sin efecto temporal la norma, el objeto de la denominada "suspensión provisional".

Hoy en día el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagra la medida en comento exigiendo una "*petición de parte debidamente sustentada*", y el 231 impone como requisito la "*(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*".

Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar *i)* se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de la violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que el/los cargo(s) estén comprendidos en la demanda y que se encuentre en término para accionar- o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de la violación y *ii)* al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

⁶ Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 2014-00057-00 demandada: Johana Chaves García. Representante a la Cámara por el departamento de Santander. Auto admisorio de la demanda de 13 de agosto de 2014. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo CPACA, el operador judicial debe analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento⁷.

En este sentido, según lo allí dispuesto, existe la posibilidad de que en forma cautelar se suspendan los efectos jurídicos de los actos administrativos de naturaleza electoral, cuando se cumplan las siguientes exigencias: (i) que así lo pida la parte actora en la demanda o con escrito anexo a la misma; (ii) que la infracción al ordenamiento jurídico surja de la valoración que se haga al confrontar el acto con las normas invocadas por el actor; y, (iii) que para ello pueden emplearse los medios de prueba aportados por el interesado.

Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, no constituye prejuzgamiento ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que *ab initio* se adoptó.

2.3. Caso concreto.

Como primera medida, la Sala destaca que es importante tener presente que Rafael Stiwell Pincón Sarmiento fue nombrado en **encargo** como Personero Municipal del Municipio de Bucaramanga; dicha forma de proveer los cargos en la administración ha sido analizada por esta Corporación en los siguientes términos:

“El encargo es una modalidad de provisión temporal de empleos públicos, de conformidad con lo preceptuado por la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación⁸. Esta particularidad permite, en principio, parangonar esta figura jurídica al nombramiento, forma típica de acceso a la función pública.

Sin embargo, menester resulta indicar que no en todas las ocasiones los encargos deben ser comprendidos como una forma de proveer los empleos públicos, pues, no en pocas ocasiones, se encargan las funciones pero no el cargo, eventos en los cuales dicha situación administrativa no puede ser equiparada a un nombramiento.

*En otros términos, el **encargo del cargo** implica un reemplazo del titular del mismo, mientras que en el contexto del **encargo de funciones** éste continúa ocupándolo, a pesar de que por alguna situación administrativa no puede desempeñar el catálogo de funciones asignado a su empleo.”⁹*

⁷ Artículo 229 inciso segundo del CPACA.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 14 de agosto de 2009, M.P.: Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 2143-2007

⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia 18 de diciembre de 2017. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad: 11001-03-28-000-2017-00044-00. En igual sentido, se pueden consultar las siguientes decisiones: a) Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia 16 de mayo de 2019. M.P. Alberto Yepes Barreiro Rad: 25000-23-41-000-2018-00165-02; y b) Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia 13 de junio de 2019. M.P. Rocio Araújo Oñate Rad: 11001-03-28-000-2018-00111-00.



Lo anterior significa que la designación realizada por el Concejo Municipal de Bucaramanga, de Rafael Stiwel Pincón Sarmiento como Personero Municipal del Municipio de Bucaramanga, se hizo atendiendo una circunstancia especial y que obedeció a la vacancia absoluta del cargo, la cual no pudo ser suplida con la lista de elegibles dado su vencimiento, el cual era de dos años computados a partir de la firmeza de la Resolución 008 de 10 de enero de 2016¹⁰, por ende, se concluye que no estamos en presencia de un acto de nombramiento por concurso de méritos.

Siendo ello así, el epicentro de la presente decisión gira en torno a la aplicación de las causales de inhabilidad sin distinción alguna frente a la forma en que se provee un determinado cargo; punto que no es de fácil decisión, basados únicamente en las disposiciones invocadas con el escrito de suspensión provisional, puesto que el demandante considera que éstas se aplican en igual sentido tanto para aquél que ocupa el cargo como consecuencia del concurso de méritos, como para el que es nombrado en encargo por una situación temporal.

Al respecto, se remembra que esta Corporación de vieja data¹¹ ha establecido que las inhabilidades, tanto en su marco general como en el detalle de cada una de las causales, se ciñen a un principio de taxatividad que impide la aplicación analógica de las mismas por cuanto su interpretación se debe hacer de manera restrictiva.

En igual sentido, el asunto también ha sido objeto de análisis por la Corte Constitucional, la cual ha explicado que el régimen de inhabilidades tiene asidero en los siguientes aspectos:

“- La posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos es una manifestación del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político como derecho fundamental de aplicación inmediata (Artículos 40 y 85 de la C.P.).

- Como no existen derechos absolutos, la posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos está sometida a límites que procuran la realización del interés general y de los principios de la función administrativa.

- En ese marco, un régimen de inhabilidades no es más que la exigencia de especiales cualidades y condiciones en el aspirante a un cargo o función públicos con la finalidad de asegurar la primacía del interés general, para el que aquellos fueron establecidos, sobre el interés particular del aspirante.

¹⁰ El literal k de la Resolución 089 de 25 de junio de 2019 indica: “Que mediante Resolución de Mesa Directiva No. 008 de 10 de enero de 2016 “POR LA CUAL SE CONFIRMA <SIC> Y SE ADOPTA LA LISTA DE ELEGIBLES PARA PROVEER EL CARGO DE PERSONERO MUNICIPAL DE BUCARAMANGA PERIODO MARZO 1 DE 2016 A 29 DE FEBRERO DE 2020”, mediante Resolución en su artículo cuarto establece su duración: “La presente lista de elegibles conformada a través del presente acto administrativo tendrá una vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su firmeza. Tiempo que expirado y ante la vacancia definitiva del cargo se procederá a realizar nuevo concurso.”

¹¹ Sobre el tema de taxatividad en materia de inhabilidades se pueden consultar, entre otras, las siguientes decisiones del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta: i) Expediente 88001-23-31-000-2004-00001-02. Sentencia de 24 de marzo de 2005. M.P. Darío Quiñonez Pinilla, ii) Expediente 15001-23-31-000-2000-2856-01. Sentencia de 07 de marzo de 2002. M.P. Roberto Medina López, iii) Expediente 66001-23-31-000-2000-0879-01. Sentencia de 15 de noviembre de 2001. M.P. Mario Rafael Alario Méndez.



- Al establecer ese régimen, el legislador se encuentra habilitado para limitar el ejercicio de derechos fundamentales como los de igualdad, acceso al desempeño de cargo o función públicos, al trabajo y a la libertad de escogencia de profesión u oficio.

- El legislador tiene una amplia discrecionalidad para regular tanto las causales de inhabilidad como su duración en el tiempo pero debe hacerlo de manera proporcional y razonable para no desconocer los valores, principios y derechos consagrados en el Texto Fundamental. Por lo tanto, sólo aquellas inhabilidades irrazonables y desproporcionadas a los fines constitucionales pretendidos serán inexecutable.

- La inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento anterior no afectará el desempeño de la función o cargo, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del aspirante.

- Las inhabilidades intemporales tienen legitimidad constitucional pues muchas de ellas aparecen en el Texto Fundamental y el legislador bien puede, en ejercicio de su capacidad de configuración normativa, establecer otras teniendo en cuenta los propósitos buscados y manteniendo una relación de equilibrio entre ellos y la medida dispuesta para conseguirlos.”¹²

En suma, lo que se advierte en el presente caso es que no se cuentan con los suficientes elementos de juicio que permitan colegir, en esta instancia de admisión del medio de control, que las causales de inhabilidad invocadas por el demandante resultan aplicables al caso concreto, dado que, tal como se indicó en líneas anteriores, el nombramiento se realizó en encargo, circunstancia que impone un análisis normativo más acucioso y profundo, el cual resulta propio de la sentencia.

Aunado lo anterior, no sobra indicar que el asunto que es objeto de debate en el presente asunto, se erige en una situación *sui generis* que ofrece múltiples aristas que deben ser estudiadas de forma rigurosa, puesto que no han habido casos en los que esta Corporación haya analizado las causales de inhabilidad frente a nombramientos en encargo de personeros municipales.

Con base en las anteriores razones, la Sala;

RESUELVE.

PRIMERO. CONFIRMAR el auto de 17 de julio de 2019, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Santander negó la solicitud de suspensión provisional al interior del proceso de la referencia, pero por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO. Contra la presente decisión no procede recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 244 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-373 de 15 de mayo de 2002. M.P. CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime.



Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA.
Magistrado.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

