

PROCESO ELECTORAL - Acción electoral es la adecuada para controvertir legalidad de acto de nombramiento / INEPTA DEMANDA - Inexistencia. Acción electoral es la idónea para demandar nombramiento. Marco legal / NULIDAD NOMBRAMIENTO DE SERVIDOR PUBLICO - Acción procedente para controvertir su legalidad / ACTO DE NOMBRAMIENTO - Concepto. Acción electoral es la adecuada para controvertir su legalidad / NOMBRAMIENTO - Concepto. Acción adecuada para controvertir su legalidad / ACCION ELECTORAL - Procedencia para controvertir legalidad de nombramiento de servidor público

La mandataria judicial del Departamento del Tolima finca esta excepción en que el contencioso de nulidad electoral no es el medio procesal idóneo para juzgar la legalidad del Decreto 062 de 2006, expedido por el Gobernador del Tolima, a través del cual se nombró a la Dra. Nubia Yazmín Ramírez Sánchez en el cargo de Directora Administrativa de la Secretaría de Educación y Cultura de esa entidad territorial, puesto que objeto único de la acción de nulidad electoral son los actos electorales y el acusado no lo es. Considera, además, que el nombramiento en cuestión debió demandarse a través de la cuerda del proceso de nulidad simple. Revisadas las competencias que en torno al proceso electoral tienen las distintas autoridades que integran la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no cabe la menor duda que ese proceso especial está instituido, y lo ha estado desde tiempos inmemoriales, para juzgar los actos expedidos por la administración atinentes a la declaración de elecciones populares o colegiadas, e igualmente para someter a examen de legalidad los actos de nombramientos expedidos por las distintas autoridades administrativas de todos los niveles, todo lo cual se confirma irrefutablemente al haber previsto un mismo término de caducidad para la acción que juzga unos y otros actos, como así se puede apreciar en el numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998 artículo 44. Arriba la Sala a la conclusión de que el proceso electoral, contrario a lo sostenido por la parte excepcionante, sí se instituyó con el propósito de juzgar actos de nombramiento, motivo por el que el reparo de improcedencia de la acción consignado en la excepción estudiada resulta infundado

LEY DE GARANTIAS ELECTORALES - Alcance de la expresión elecciones a cargos de elección popular / SERVIDOR PUBLICO - Prohibición de modificar nómina. Artículo 38 de la ley 996 de 2005 / ENTIDAD PUBLICA - Prohibición de modificar nómina. Artículo 38 de la ley 996 de 2006

El cargo de nulidad que se presenta contra el Decreto 062 del 26 de enero de 2006, mediante el cual el Gobernador (e) del Departamento del Tolima nombró a la Dra. Nubia Yazmín Ramírez Sánchez, como Directora Administrativa de la Secretaría de Educación y Cultura, se edifica sobre la supuesta violación del inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 del 24 de noviembre de 2005. La Ley 996 de 2005 se expidió en desarrollo del Acto Legislativo 02 de 2004, por medio del cual se hicieron algunas reformas a la Constitución Política de 1991, para permitir la Reelección del Presidente y Vicepresidente de la República por un período más, entre otros. La regulación que se expidió a través de referida Ley, para evitar que la participación en política de los servidores públicos dañara la pureza del sufragio al poderlo someter a las interferencias propias del empleo inapropiado del poder público, no cobijaba únicamente los procesos de elección de Presidente y Vicepresidente de la República, aún cuando se aspirara a su reelección, sino que también se extendió a los otros procesos de elección, valga decir que se aplica igualmente a las elecciones de Congresistas de la República, Gobernadores, Alcaldes, Diputados, Concejales y Ediles. Prueba de ello se aprecia en los antecedentes legislativos de la conocida Ley de Garantías, donde

en el curso de los debates se fue consolidando la idea de que la enmienda debía extenderse en ese sentido, y así se aprobó. Las razones expuestas llevan a la Sala a inferir que la expresión “elecciones a cargos de elección popular”, contenida en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, no puede dársele un sentido restringido, como lo propone la parte demandada, para quien debe aplicarse únicamente a las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República, puesto que forma parte del Título III de la mencionada ley, que busca regular la participación en política de los servidores públicos, en certámenes electorales para cargos de elección popular, esto es para la elección de cualquiera de las dignidades mencionadas en el artículo 260 de la Constitución Política. Por último, la Ley 996 de 2005, que es de naturaleza estatutaria, tuvo control previo, integral y definitivo de exequibilidad, y en lo que respecta al inciso final del párrafo de su artículo 38, se decretó su conformidad con el ordenamiento constitucional.

NULIDAD NOMBRAMIENTO DE SERVIDOR PUBLICO - Procedencia. Nombramiento quebrantando prohibición de la ley de garantías electorales / CONGRESISTA - Naturaleza del cargo / LEY DE GARANTIAS ELECTORALES - Violación del artículo 38 de la ley genera nulidad de nombramiento / ELECCION DE CONGRESISTAS - Prohibición de modificar nómina. Artículo 38 de la ley 996 de 2006

Con la demanda de nulidad electoral, se acusa de inválido el nombramiento que el Gobernador (e) del Departamento del Tolima hizo en la persona de la Dra. Nubia Yazmín Ramírez Sánchez, para que se desempeñara como Directora Administrativa de la Secretaría de Educación y Cultura, porque en su opinión se descató lo dispuesto en el inciso final del artículo 38 de la Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, es decir la designación se hizo contra la prohibición de legal implementada en la Ley de Garantías. En primer lugar encuentra la Sala, que el argumento de la apoderada del Departamento del Tolima no es de recibo y que la expresión cargos de elección popular no puede asimilarse a la de empleados públicos, puesto que dentro de los primeros están comprendidos todos los cargos o autoridades citados en el artículo 260 Constitucional, como son el Presidente y Vicepresidente de la República, senadores, representantes, gobernadores, diputados, alcaldes, concejales municipales y distritales, miembros de juntas administradoras locales y miembros de la asamblea constituyente cuando decida integrarse. En segundo lugar, habiéndose determinado que la prohibición consagrada en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, aplica para los cargos de elección popular, y que entre ellos se cuenta la elección de Senadores de la República y de Representantes a la Cámara, no hay duda que los gobernadores de departamentos están llamados a respetar la prohibición de no modificar la nómina de su respectiva entidad dentro de los cuatro meses anteriores a la elección de Congresistas, restricción que de ser descatada conduce a la nulidad de la respectiva actuación administrativa por configurarse la causal de nulidad de infracción de normas superiores contenida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto 2304 de 1989 artículo 14. En este orden de ideas, al haberse realizado las elecciones para Congreso de la República, período 2006-2010, el 12 de marzo de 2006, encuentra la Sala configurada la nulidad del Decreto 0062 del 26 de enero de 2006, expedido por el Gobernador (e) del Tolima, puesto que la demandada, fue nombrada en el cargo de Directora Administrativa de la Secretaría de Educación y Cultura de esa entidad territorial, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones Congresales. Por tanto, se confirmará el fallo impugnado.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Consejera ponente: MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

Bogotá D. C., diez (10) de mayo de dos mil siete (2007)

Radicación número: 73001-23-31-000-2006-00419-01(0419)

Actor: DOHOR EDWIN VARON VIVAS

Demandado: DIRECTOR ADMINISTRATIVO DE LA SECRETARIA EDUCACION Y CULTURA DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia anulatoria proferida el veintinueve (29) de enero de dos mil siete (2007), por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Lo Pedido

Con la demanda se solicitó el siguiente pronunciamiento:

“La nulidad del Decreto No. 062 de enero 26 de 2006, mediante el cual se nombró a la Dra. **NUBIA YAZMIN RAMIREZ SANCHEZ**, en el cargo de Directora Administrativo (sic) de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento, Nivel Directivo, Código 009, Grado 01, habida consideración de la violación del artículo 38 de la Ley 996 de 2005”

1.2. Soporte Fático

Bajo este capítulo se dice que:

1. El Congreso de la República expidió la Ley 996 de 2005 por medio de la cual se reglamenta la elección del Presidente de la República, según lo dispuesto en el artículo 152 literal f) de la Constitución y en el Acto Legislativo 02 de 2004.

2. Cita literalmente las prohibiciones plasmadas en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

3. Con el Decreto No. 062 de enero 26 de 2006 el Gobernador del Tolima nombró a la Dra. NUBIA YAZMIN RAMIREZ SANCHEZ como Directora Administrativa de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento, nivel directivo, código 009, grado 01.

4. Antes de dicha designación el cargo venía siendo ocupado por el Dr. EDUARDO RAMIREZ PEÑA, quien nunca renunció al mismo.

5. El 12 de marzo de 2006 se cumplirá la elección de miembros del Congreso de la Republica, la cual “reviste la condición de ser una **elección a cargos de elección popular**”.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

El accionante invoca como norma violada el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 y señala que de ella se desprende que a los Gobernadores les está prohibido modificar la nómina de la respectiva entidad territorial dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones populares, salvo que se trate de la provisión de cargos por faltas definitivas o por efectos de la carrera administrativa. Cita además apartes del fallo de la Corte Constitucional que revisó la enmienda constitucional que permitió la reelección presidencial, agregando:

“De tal suerte que si al expedirse el acto demandado se desatendió la prohibición de la norma en mención, habida consideración que el día 12 de marzo se llevará a cabo elección a cargo popular de congresistas de la República, tal circunstancia imposibilitaba la acción que acometió el ente demandado, esto es la remoción de personal.

Cabe destacar que la ley 996 de 2005, trae dos (2) prohibiciones a la vinculación de personal la primera de ellas consagrada en el artículo 32 que a su letra dice: Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente, que como podrá advertirse es una disposición que solo (sic) se aplica para el caso de la elección de Presidente y Vicepresidente de la República, pero en lo que toca con cualquier cargo elección (sic) popular está el artículo 38 arriba citado, que es general”

Encuentra que aplicando el principio del efecto útil el artículo 32 aplica para la elección de Presidente de la República, en tanto que el artículo 38 lo es para las demás elecciones populares, dentro de los cuatro meses anteriores a su realización. Con fundamento en los principios de que donde el legislador no haya distinguido al intérprete no le es permitido hacerlo y el de no poderse desatender el tenor literal de una norma so pretexto de consultar su espíritu, se ratifica el libelista en la apreciación anterior. Por último, trae las definiciones que del concepto Nómina se hallan en el diccionario.

1.4. Suspensión Provisional

Con la demanda el accionante pidió la suspensión provisional del acto acusado, la cual fue negada por el Tribunal Administrativo del Tolima con auto del 2 de mayo de 2006. Esta decisión quedó ejecutoriada pese a la presentación de recurso de apelación en su contra por el demandante, puesto que oportunamente desistió de él.

1.5. Contestación

La apoderada judicial del DEPARTAMENTO DEL TOLIMA contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que el acto acusado goza de la presunción de legalidad y de la presunción de certeza. Citando apartes de la sentencia dictada por esta Sección el 14 de mayo de 1992, expediente 672, considera la apoderada que la acción electoral es procedente a condición de que se demande el acto por medio del cual se declara una elección, con base en cualquiera de las causales de nulidad previstas en el artículo 223 del C.C.A. Por tanto:

“En la situación que nos ocupa, tenemos que, la acción invocada por el accionante es improcedente, como quiera que no cumple con las exigencias normativas para su viabilidad, ya que con la acción no se busca la nulidad de un acto emanado de una corporación electoral, relacionado con la elección de un funcionario a quien se le otorga su investidura a través de tal mecanismo; lo que se pretende atacar es un acto discrecional del Señor Gobernador del Tolima, Decreto 062 de 2006, por el cual se nombró a la Dra. NUBIA YAZMIN RAMIREZ SANCHEZ, en el cargo de DIRECTOR ADMINISTRATIVO, NIVEL DIRECTIVO, CODIGO 009 GRADO 01, DIRECCION DE ADMINISTRACION EDUCATIVA, que está clasificado como un empleo público de libre nombramiento y remoción, según la Ley 909 de 2004, artículo 5, y el Decreto 770 de 2005 por ser de dirección, conducción y orientación

institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción y formulación de políticas institucionales y de planes, programas y proyectos.

Como el cargo desempeñado por la Doctora RAMIREZ SANCHEZ, no es de aquellos que por disposición legal deban ser provistos mediante ELECCION, ni en la situación que nos ocupa tiene ocurrencia alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 223 del C.C.A.; siendo éstos los presupuestos para que sea procedente la acción electoral, la pretensión de nulidad del nombramiento de la citada funcionaria carece de fundamento”

Al referirse a los hechos dijo del primero y segundo que no son hechos, tratan de una norma jurídica, el artículo 38 de la Ley 996 de 2005. Los hechos tercero y cuarto son ciertos, pero lo sucedido con el antecesor de la demandada debe demostrarse. El quinto, es cierto y agrega que la elección de Congresistas no puede calificarse como elección a Cargos de Elección Popular, lo cual se clarifica con los conceptos de servidor público (Art. 123 C.N.), empleados públicos, cargo o empleo público (D.L. 1042/1978 arts. 1 y 2; Dto. 770 de 2005 art. 2), e igualmente con lo previsto en el artículo 124 Constitucional según el cual los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, exceptuados los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción y los de trabajadores oficiales. Infiere de lo anterior:

“..., tenemos que si bien, los Congresistas por ser miembros de Corporaciones Públicas, son servidores públicos; no es menos cierto que, los mismos no ostentan un cargo público de elección popular, pues el cargo o empleo público es ejercido por los servidores públicos denominados EMPLEADOS PUBLICOS, los cuales según la Constitución, pueden ser de elección popular, como los Gobernadores y Alcaldes, cuyos cargos están contemplados en las respectivas plantas de personal y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, tal y como lo exige el artículo 122 Constitucional.

Según el artículo 133 de la C.P., y al tenor del artículo 7 de la Ley 5 de 1992, los Senadores y Representantes, **son miembros de cuerpos colegiados de elección directa** que representan al pueblo y son responsables ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura, por lo tanto, no ostentan un cargo o empleo público propiamente dicho.

Como ya se advirtió, el fin de la Ley 996 de 2005, es reglamentar la elección de Presidente de la República y no de los Senadores y Representantes, siendo la misma Ley, la que en su artículo 41, **excluye a los miembros de corporaciones de elección popular, como son los Congresistas**, de las limitaciones establecidas en el Título III, dentro del cual hallamos el artículo 38, es claro que, la entidad al expedir el Decreto 062 del 26 de enero de 2006, no ha vulnerado dicho artículo, como lo quiere hacer ver el accionante en demanda”

Al referirse al acápite de normas violadas y concepto de la violación la apoderada designada por el Departamento del Tolima reitera lo dicho en torno a la

improcedencia de la acción por no ser el cargo desempeñado por la demandada un cargo de elección popular. De otro lado, sostiene que para hallar el verdadero sentido del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 es necesario recurrir a un análisis que contemple: (i) el título dado a la respectiva ley; (ii) la ubicación que dentro de la misma tiene el citado artículo; (iii) el párrafo alude a gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas de los órdenes departamental, distrital o municipal; (iv) la prohibición de modificar la nómina dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, se refiere a las elecciones que se deban cumplir dentro de la respectiva entidad territorial, para evitar que la nómina de las entidades territoriales no se tome para influir en la voluntad popular; (v) se llegaría al extremo de paralizar la administración de departamentos e incluso de la Nación porque se fueran a realizar elecciones atípicas en cualquier municipio; (vi) los cuatro meses previstos en la ley se cuentan desde la fecha de elección de Presidente de la República, esto es comenzaron a correr el 28 de enero de 2006, como así lo precisó el Procurador General de la Nación en la Directiva Unificada No. 003 de enero 27 de 2006, sin que cobije al acto acusado; (vii) según el artículo 41 de la citada ley, están excluidos de sus prohibiciones los miembros de las Corporaciones de elección popular.

Con el mismo escrito la apoderada formuló las siguientes excepciones:

1. Inepta demanda por ausencia de fundamentos legales que hagan prosperar la acción. Improcedencia de la acción: Como la excepción se fundamenta en las mismas razones dadas arriba para demostrar que la acción es improcedente porque no se demanda un acto de elección sino un nombramiento, para el cual no está prevista la acción de nulidad electoral, la Sala se atiene a lo resumido al efecto.

2. Absoluta legalidad del decreto 062 de 2006: Bajo este acápite la abogada reitera literalmente los argumentos expuestos en defensa del acto acusado cuando contestó el capítulo de normas violadas y concepto de la violación, razón suficiente para que la Sala se exima de hacer nueva síntesis de ello y se atenga a lo que sobre el punto ya está contenido en esta providencia.

Por último invocó la excepción genérica.

II. EL FALLO IMPUGNADO

Se trata de la sentencia dictada el 29 de enero de 2007 por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se falló el proceso en los siguientes términos:

“1.- DECLARESE no probadas las excepciones de INEPTA DEMANDA POR AUSENCIA DE FUNDAMENTOS LEGALES QUE HAGAN PROSPERAR LA ACCION. IMPROCEDENCIA DE ACCION; LEGALIDAD DEL DECRETO No. 062 DE 2006; GENERICA. propuestas (sic) por la apoderada judicial de la entidad demandada.

2. DECLARESE la nulidad del Decreto No. 0062 del 26 de enero de 2006, expedido por el Gobernador del Departamento del Tolima (e), mediante el cual se nombró a la Dra. NUBIA YAZMIN RAMIREZ SANCHEZ en el cargo de Directora Administrativa, Nivel Directivo, Código 009, Grado 01, Secretaría de Educación y Cultura.

3. REMITASE por secretaría copia de la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación, para que se adelante la investigación disciplinaria a que haya lugar, por violación de la prohibición establecida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la citada ley, como se dijo en parte considerativa”

En su parte motiva el fallo impugnado trató los diferentes aspectos del debate en los siguientes términos:

1. Excepción de inepta demanda por ausencia de fundamentos legales que hagan prosperar la acción. Improcedencia de la acción: La discusión sobre si la acción electoral sirve igualmente para juzgar actos de nombramiento ya fue superada por la jurisprudencia de esta Sección, para lo cual invoca las sentencias proferidas el 29 de junio de 2001 (expediente 2552) y el 24 de abril de 2003 (expediente 3105). Esto bastó para denegarla.

2. Legalidad del Decreto No. 062 de 2006: No constituye un medio exceptivo sino razones de la defensa, que serán estudiadas junto con el fondo del tema planteado.

3. La Genérica: El Tribunal no halló ninguna excepción que debiera declararse oficiosamente.

4. El Asunto de Fondo: Inicia el Tribunal el análisis de la situación incorporando los textos de los artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005, deduciendo de la primera la

suspensión de toda forma de vinculación en la Rama Ejecutiva del Poder Público dentro de los cuatro meses anteriores a la elección de Presidente y hasta la segunda vuelta, de presentarse; de ello se exceptúan situaciones como la renuncia, licencia o muerte. Al realizarse la elección de Presidente de la República el 28 de mayo de 2006, la anterior prohibición operaba desde el 27 de enero de 2006, pero como el acto acusado se expidió el 26 de los mismos mes y año, respecto del artículo 32 no se presenta ninguna objeción.

No ocurre lo mismo respecto del artículo 38 que trae una serie de limitaciones al ejercicio de la actividad política, enlistando en su párrafo prohibiciones dirigidas a gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas, dentro de los cuatro meses que anteceden a las elecciones. De su contenido derivó:

“En efecto, el artículo 38 mencionado, tiene un alcance general mientras que el artículo 32 es de contenido particular, pues este último se limita a determinar las prohibiciones con anterioridad a las elecciones de presidente, mientras que el primero de los citados, extiende las prohibiciones a los cargos de elección popular, tales como congreso, gobernación, alcaldías entre otros, y en su párrafo limitó la modificación de las nóminas en las entidades territoriales dentro de los 4 meses anteriores a la elección de cargos de elección popular.

En estas condiciones, las elecciones del Congreso de la República que se llevaron a cabo el **12 de marzo de 2006**, llevan consigo la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a dichas elecciones.

Tenemos que la prohibición se inició 4 meses a tras (sic), esto es el 12 de noviembre de 2005, (o en gracia de discusión el 24 de noviembre fecha de publicación de la Ley 996), y el nombramiento cuestionado se realizó el 26 de enero de 2006, es decir dentro del término de la prohibición”

Como apoyo a su decisión el Tribunal citó apartes del Concepto 1720 expedido el 17 de febrero de 2006 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Finalmente dijo compartir el concepto que en esa instancia rindió la agente del Ministerio Público, agregando que ninguna irregularidad existió en la vinculación procesal de la demandada Dra. NUBIA YAZMIN RAMIREZ SANCHEZ y que el Departamento del Tolima no demostró que su nombramiento se hubiera efectuado al amparo de alguna de las excepciones señaladas en el artículo 38.

Salvamento de Voto: Uno de los Magistrados que integran el Tribunal Administrativo del Tolima no acompañó la decisión mayoritaria por considerar que el acto acusado era “un acto discrecional del gobierno territorial por el cual nombra a uno de sus funcionarios de libre nombramiento y remoción, por lo que estamos frente a un acto administrativo común y corriente, es decir no es un acto de elección ni de nombramiento sometido a reglas de concurso, razones suficientes para considerar que la acción legalmente válida (sic) sería una de Simple Nulidad si lo que se pretende es salvaguardar el ordenamiento jurídico, y no una Acción Electoral como en efecto se hizo”. Tampoco era válido hacer el análisis a la luz de la Ley 996 de 2005, por no regular la acción electoral, que por el contrario se halla regida por los artículos 223 y ss., del C.C.A. Por lo dicho, ha debido prosperar la excepción de Improcedencia de la Acción.

III. EL RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial del Departamento del Tolima se refirió a la parte de las consideraciones del fallo impugnado donde se dijo que lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 tiene alcance general, en tanto que lo previsto en el artículo 32 ibídem tiene alcance particular, referido el último a las elecciones presidenciales, para aducir en contra que según lo prescrito en el artículo 133 de la Constitución y en el artículo 7 de la Ley 5ª de 1992, los Congresistas integran cuerpos colegiados de elección directa que representan al pueblo y son responsables ante la sociedad y sus electores por el cumplimiento de las obligaciones inherentes a su investidura, motivo por el cual no desempeñan un cargo o empleo público, no siendo aplicable para su elección la prohibición del inciso 4 del párrafo del artículo 38 mencionado.

Habiendo citado apartes de la sentencia C-349 de 1994 proferida por la Corte Constitucional, sostuvo la memorialista que siendo una de las prohibiciones para los Congresistas el desempeñar cualquier cargo o empleo público o privado, si el constituyente hubiera considerado esa dignidad como un cargo se habría referido en la prohibición a otro cargo o empleo público, pero no fue así.

La dignidad de Congresista no encaja en la definición que de cargo o empleo público trae el artículo 2 del Decreto 770 de 2005, lo cual pretende demostrar con apartes del fallo de julio 2 de 2002, dictada por la Sala Plena del Consejo de

Estado dentro de la Acción de Pérdida de Investidura, invocado por el Consejo Nacional Electoral en la Consulta 2892 del 6 de octubre de 2006.

Debe considerarse igualmente lo previsto en el artículo 41 de la Ley 996 de 2005, porque excluye a los miembros de las corporaciones de elección popular de las limitaciones establecidas en su artículo 38, lo cual se explica en el hecho de que ellos no ejercen un empleo o cargo público de elección popular. También debe tenerse en cuenta lo consignado en la Directiva Unificada No. 003 del 27 de enero de 2006, expedida por el Procurador General de la Nación, ya que en su numeral 6.1 se observa: “La afectación de la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público estará suspendida desde el 28 de enero de 2006 y hasta la realización de la primera o segunda vuelta presidencial, según el caso”. Así, la prohibición de modificar la nómina para las distintas entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, operaba a partir del 28 de enero de 2006 y no del 24 de noviembre de 2005, como lo tomó el Tribunal. Por último, dice acogerse a los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

IV. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes guardaron silencio.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El señor Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado no emitió concepto de fondo dentro de la presente acción.

VI. TRAMITE DEL RECURSO

El recurso de apelación fue concedido por el Tribunal Administrativo del Tolima con auto del 26 de febrero de 2007 y por la Consejera sustanciadora se admitió con auto del 10 de abril de 2007, en el que se ordenó la fijación del proceso en lista por el término de tres días, así como dar traslado por un término igual para presentación de alegatos de conclusión, al concluir el anterior; también se ordenó notificar al señor Procurador Delegado ante el Consejo de Estado, para que si a bien tenía emitiera concepto final. Concluyeron las fases anteriores, con silencio total de las partes y del agente del Ministerio Público, entrando el expediente al

Despacho para proferir sentencia de segundo grado, lo cual resulta procedente por no advertirse la existencia de vicio procesal que afecte la actuación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La competencia de esta Corporación para conocer de esta acción electoral está fijada por lo dispuesto en el artículo 129 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998, artículo 37; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 del 5 de Agosto de 2003 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. El Acto Acusado

El nombramiento de la Dra. NUBIA YAZMIN RAMIREZ SANCHEZ en el cargo de Directora Administrativa, Nivel Directivo, Código 009, grado 01, de la Dirección de Administración Educativa de la Secretaría de Educación y Cultura, se acreditó con copia auténtica del Decreto No. 0062 del 26 de enero de 2006, expedido por el Gobernador (E) del Departamento del Tolima (fl. 16).

3. Problema Jurídico

Compete a la Sala revisar la sentencia del 29 de enero de 2007, por medio de la cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima declaró infundadas las excepciones propuestas por el Departamento del Tolima y declaró la nulidad del Decreto 062 del 26 de enero de 2006 a través del cual se nombró a la Dra. NUBIA YAZMIN RAMIREZ SANCHEZ en el cargo de Directora Administrativa de la Secretaría de Educación y Cultura de dicha entidad territorial.

Dado que con el recurso de alzada se esgrimen razones que discuten la validez de los razonamientos expuestos para anular el acto enjuiciado, e igualmente se reiteran los argumentos dados en el escrito de contestación, considera la Sala que su competencia se extiende no solo respecto de la imputación de invalidez del acto administrativo de nombramiento, y por supuesto los contra argumentos de la parte demandada, sino también a las excepciones que en su momento propuso el Departamento del Tolima.

Así las cosas, se estudiará lo concerniente a las excepciones de Inepta Demanda por Ausencia de Fundamentos Legales que hagan Prosperar la Acción - Improcedencia de la Acción y la de Legalidad del Decreto No. 062 de 2006. Y, según la suerte que corran las excepciones, se ocupará la Sala del estudio del cargo de nulidad por infracción del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, concretado en que por acercarse las elecciones del 12 de marzo de 2006 para escoger Senadores de la República y Representantes a la Cámara, no podía el Gobernador del Tolima expedir el nombramiento demandado, temario que desde luego comprenderá las tesis de la parte demandada, para quien las restricciones de la denominada Ley de Garantías no pueden desbordar el marco de la Reección Presidencial, además de que los Congresistas no ocupan cargos en estricto derecho y por ello no les resulta aplicable la restricción que para el demandante se violó.

4. Las Excepciones

4.1. Excepción de inepta demanda por ausencia de fundamentos legales que hagan prosperar la acción - Improcedencia de la acción

La mandataria judicial del Departamento del Tolima finca esta excepción en que el contencioso de nulidad electoral no es el medio procesal idóneo para juzgar la legalidad del Decreto No. 062 del 26 de enero de 2006, expedido por el Gobernador del Tolima, a través del cual se nombró a la Dra. NUBIA YAZMIN RAMIREZ SANCHEZ en el cargo de Directora Administrativa de la Secretaría de Educación y Cultura de esa entidad territorial, puesto que objeto único de la acción de nulidad electoral son los actos electorales y el acusado no lo es. Considera, además, que el nombramiento en cuestión debió demandarse a través de la cuerda del proceso de nulidad simple.

El problema jurídico planteado con la excepción ha sido aclarado por el legislador desde los tiempos en que se expidieron los primeros Códigos Contencioso Administrativo y aún con el que rige actualmente, expedido a través del Decreto Ley 01 del 2 de enero de 1984, dictado por el Presidente de la República. En efecto, desde cuando se expidió el Código referido, por medio de la Ley 167 del 24 de diciembre de 1941 "Sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa", el legislador no dejó la menor duda sobre que el proceso especial de nulidad electoral, allí denominados "juicios electorales", servía a un doble

propósito, juzgar la legalidad de los actos electorales, e igualmente juzgar la legalidad de los nombramientos expedidos por las autoridades administrativas. Muestra de lo anterior se aprecia en el siguiente articulado del primer Código Contencioso Administrativo:

“**Artículo 189.** El Consejo de Estado conoce privativamente y en una sola instancia de los juicios contra las elecciones de Presidente de la República, Senadores y Representantes a la Cámara.

Igualmente conoce de los juicios que se susciten con motivo de las elecciones **o nombramientos** hechos por el Congreso, las Cámaras, la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno o por cualquier autoridad, funcionario o corporación del orden nacional”

“**Artículo 191.** Los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia y el Consejo de Estado en última, de los juicios referentes a las elecciones de Diputados a las Asambleas, de Concejeros Municipales, así como de las elecciones **o nombramientos** hechos por las mismas entidades, o por el Gobernador y demás autoridades, funcionarios o corporaciones del orden departamental, municipal o de una Intendencia o Comisaría. (...)”

“**Artículo 192.** La elección **o nombramiento** de Juntas de carácter nacional, departamental, municipal o de una Intendencia o Comisaría, o de personas que deban actuar en representación de cualesquiera de estas entidades públicas, son acusables en la misma forma y por los mismos motivos en que lo son las elecciones o nombramientos de empleados o funcionarios propiamente dichos, según las reglas de competencia anteriores”

Desde 1941 el legislador ha querido que los actos expedidos por los funcionarios públicos para la provisión de los distintos empleos de la administración pública, sean no sólo judicializables sino que también su conocimiento se asuma por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de un proceso especial, apartándolo del proceso ordinario de nulidad simple, desde luego por obvias razones, ya que desde entonces la naturaleza especial del juicio electoral lo ha dotado de una celeridad y brevedad que no acompañan al proceso ordinario de nulidad simple, concebido con términos más extensos en su trámite y con una notable diferencia frente al juicio especial electoral, consistente en que el proceso de simple nulidad no estaba sujeto a caducidad¹, en tanto que el juicio electoral

¹ *En el artículo 83 de la Ley 167 de 1941 se regulaba la acción de nulidad así: “La acción de nulidad de un acto administrativo puede ejercitarse en cualquier tiempo, a partir de su expedición o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar a regir” (Subraya la Sala)*

debía formularse a más tardar dentro de los diez días siguientes a la declaración de la elección o la expedición del nombramiento².

De ese entonces a esta parte el objeto del juicio electoral y el tratamiento que el legislador le ha brindado a su trámite no han variado significativamente. En el capítulo IV del Título XXVI del Código Contencioso Administrativo expedido por el Presidente de la República a través del Decreto Ley 01 del 2 de enero de 1984, se halla la regulación de los Procesos Electorales y aunque mayoritariamente allí se refiere a actos electorales, también existen normas en esa parte del Código que dan a entender que su objeto también abarca los actos de nombramiento, como así se vislumbra, por ejemplo, en las siguientes disposiciones: (i) el numeral 3º del artículo 233, modificado por el Decreto 2304 de 1989 art. 60, al señalar: “**Si se trata de nombrado** o elegido por junta, consejo o entidad colegiada,...”; (ii) el numeral 1º del artículo 238 que ordena fallar en una sola sentencia los procesos electorales “Cuando se ejercite la acción de nulidad contra unas mismas elecciones, un mismo registro de escrutinio **o un mismo nombramiento**, aunque sean distintas las causales de las respectivas demandas”. (Las negrillas son de la Sala).

Pero no solo en el capítulo concerniente a los Procesos Electorales existen normas que demuestran la tesis de que los nombramientos sí son acusables por esa cuerda, pues normas ubicadas en otras partes del Código Contencioso Administrativo actualmente vigente también corroboran lo anterior. En efecto, un vistazo a las competencias asignadas tanto al Consejo de Estado, como a los Tribunales y Jueces Administrativos, ponen de presente que por medio del proceso electoral han de juzgarse los actos electorales y los nombramientos. Así, en el artículo 128, modificado por la Ley 446 de 1998 art. 36, se consagran las competencias del Consejo de Estado en única instancia, previéndose en su numeral 3º:

“De los de nulidad de elecciones del Presidente y Vicepresidente de la República, Senadores, Representantes a la Cámara, así como de los de nulidad de las elecciones **o nombramientos** hechos por el Presidente de la República, el

² *Por su parte, en el artículo 209 de la citada Ley se regulaba lo relativo a la caducidad del proceso electoral en los siguientes términos: “Toda demanda en relación con alguna de las acciones concedidas en los artículos anteriores [juicio electoral], deberá presentarse ante la entidad competente dentro del término de diez días hábiles a contar del siguiente al en que se verifique el acto por medio del cual la elección se declara. Dentro del mismo término deberá presentarse la demanda contra un nombramiento y en tal caso los diez días se cuentan desde el siguiente a la fecha de la expedición de aquél” (Subraya la Sala)*

Congreso de la República, las Cámaras, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, el Gobierno Nacional o por cualquier autoridad, funcionario, corporación o entidad descentralizada, del orden nacional” (Negrillas de la Sala)

En lo que respecta a las competencias de los Tribunales Contencioso Administrativos en primera instancia, basta consultar el artículo 132, modificado por la Ley 446 de 1998 art. 40, en cuyo numeral 8º se lee:

“De los relativos a la acción de nulidad electoral de los Gobernadores, de los Diputados a las Asambleas Departamentales, de cualquier otra elección celebrada dentro del respectivo Departamento, de los Alcaldes y miembros de los Concejos de los municipios capital de Departamento o poblaciones de más de setenta mil (70.000) habitantes de acuerdo con la certificación que expida el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, del Alcalde Mayor, Concejales y Ediles de Santa Fe de Bogotá. Cuando se trate de elecciones nacionales, la competencia será del Tribunal correspondiente al lugar donde se haga la declaratoria de elección

Igualmente de los relativos a la acción de nulidad electoral que se promuevan con motivo de las elecciones **o nombramientos** hechos por estas corporaciones o funcionarios de que trata el inciso anterior o por cualquier organismo o servidor de los departamentos, de los citados municipios o del Distrito Capital” (Destaca la Sala)

Y, en cuanto tiene que ver con las competencias de los Jueces Administrativos en primera instancia, la consulta del artículo 134-B, adicionado por la Ley 446 de 1998 art. 42, también demuestra que el proceso electoral sirve para juzgar actos de elección o nombramientos, al poder conocer, según su numeral 9º:

“De los relativos a la acción de nulidad electoral de los Alcaldes y miembros de los Concejos de los municipios que no sean Capital de Departamento, como también de los miembros de las Juntas Administradoras Locales de cualquier Municipio y demás elecciones celebradas dentro del respectivo territorio municipal.

Igualmente de los relativos a la acción de nulidad electoral que se promuevan con motivo de las elecciones **o nombramientos** hechos por las Corporaciones o funcionarios de que trata el inciso anterior o por cualquier organismo o servidor de los citados municipios” (Negrillas fuera del original)

Revisadas las competencias que en torno al proceso electoral tienen las distintas autoridades que integran la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no cabe la menor duda que ese proceso especial está instituido, y lo ha estado desde tiempos inmemoriales, para juzgar los actos expedidos por la administración atinentes a la declaración de elecciones populares o colegiadas, e igualmente para someter a examen de legalidad los actos de nombramientos expedidos por

las distintas autoridades administrativas de todos los niveles, todo lo cual se confirma irrefutablemente al haber previsto un mismo término de caducidad para la acción que juzga unos y otros actos, como así se puede apreciar en el numeral 12 del artículo 136 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998 art. 44, al prescribir que “La acción electoral caducará en veinte (20) días, contados a partir del siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección **o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata...**” (Destaca la Sala).

Arriba la Sala a la conclusión de que el proceso electoral, contrario a lo sostenido por la parte excepcionante, sí se instituyó con el propósito de juzgar actos como el nombramiento recaído en la persona de la Dra. NUBIA YAZMIN RAMIREZ SANCHEZ al ser designada como Directora Administrativa de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, motivo por el que el reparo de improcedencia de la acción consignado en la excepción estudiada resulta infundado, como acertadamente lo dedujo el Tribunal Administrativo del Tolima. Por tanto, la decisión será confirmada en esta parte.

4.2. Excepción de Legalidad del Decreto No. 062 de 2006

Con este medio exceptivo la parte demandada no hace cosa distinta a reiterar los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda para refutar la sustentación jurídica del concepto de violación del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, es decir no acude a hechos nuevos que puedan tomarse como medios exceptivos, por manera que al coincidir estas razones con las expresadas frente al fondo del asunto debatido, lo que se enfrenta ahora por la Sala no constituye en estricto derecho una excepción sino razones en pro de amparar la legalidad del acto enjuiciado, razón suficiente para que su estudio se realice junto con el cargo único de la demanda.

5. Cargo Unico: Nulidad del Decreto No. 062 del 26 de enero de 2006 mediante el cual el Gobernador del Tolima (e) nombró a la Dra. NUBIA YAZMIN RAMIREZ SANCHEZ en el cargo de Directora Administrativa de la Secretaría de Educación y Cultura, por violación del artículo 38 de la ley 996 de 2005

Como así lo revela el encabezado del cargo único de la demanda de nulidad electoral promovida por el ciudadano DOHOR EDWIN VARON VIVAS, se acusa de inválido el nombramiento que el Gobernador (e) del Departamento del Tolima hizo en la persona de la Dra. NUBIA YAZMIN RAMIREZ SANCHEZ, para que se desempeñara como Directora Administrativa de la Secretaría de Educación y Cultura, porque en su opinión se desacató lo dispuesto en el inciso final del artículo 38 de la Ley 996 del 24 de noviembre de 2005 “Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”.

El hecho que según la acusación activa la violación a la prohibición normativa allí contenida, está representado en que el nombramiento de la Dra. NUBIA YAZMIN RAMIREZ SANCHEZ se produjo a menos de cuatro (4) meses de llevarse a cabo las elecciones del 12 de marzo de 2006, para escoger Senadores de la República y Representantes a la Cámara, es decir la designación se hizo contra la prohibición de legal implementada en la Ley de Garantías.

Como el Departamento del Tolima defiende la validez de su actuación aduciendo que los Congresistas no ejercen un cargo y que el objeto de la Ley de Garantías impide extender sus efectos a situaciones diferentes a la Reelección Presidencial, la Sala abordará cada uno de esos planteamientos.

5.1. De la actividad Congresal como ejercicio de un cargo

En opinión de la apoderada judicial del Departamento del Tolima no puede considerarse que el Decreto No. 062 del 26 de enero de 2006 viole lo previsto en el inciso final del artículo 38 de la Ley 996 del 24 de noviembre de 2005 “Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”³, debido a que la calidad de Congresista no puede asimilarse a la de cargos de elección popular, puesto que el cargo o empleo público sólo es ejercido por los servidores públicos que tengan la calidad de empleados públicos y según lo dispuesto en los artículos 133 Constitucional y 7 de la Ley 5ª de 1992 los Senadores y Representantes son miembros de cuerpos colegiados de elección

³ *Publicada en el Diario Oficial 46.102 del 24 de noviembre de 2005.*

directa. Antes de desarrollar el análisis de la tesis conviene citar el contenido de la norma supuestamente infringida:

“Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

.....

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa”

La prohibición que aparece contenida en la norma anterior, según la libelista, no aplica para las elecciones de miembros del Congreso de la República, porque como “cargos de elección popular” no pueden tomarse quienes ejercen actividad Congresal, sino aquellos que se asimilan a la calidad de empleados públicos. La Sala no participa de este pensamiento, el cual encuentra contrario a precisas normas del ordenamiento Constitucional, demostrativas de que los cargos de elección popular son todos aquellos cuyo arribo a la administración pública está precedida del favor popular expresado en las urnas.

En el artículo 260 de la Constitución aparecen claramente mencionados las autoridades que son elegidas por voto directo del pueblo, siendo ellos el “Presidente y Vicepresidente de la República, senadores, representantes, gobernadores, diputados, alcaldes, concejales municipales y distritales, miembros de las juntas administradoras locales, y en su oportunidad, los miembros de la asamblea constituyente y las demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale”. Es decir, por definición expresa del propio constituyente solamente a las anteriores dignidades se puede acceder por el voto directo de los ciudadanos, las cuales vienen caracterizadas porque algunas de ellas son uninominales, como en el caso del Presidente, Gobernadores y Alcaldes, en tanto que en las demás el proceso de elección se surte con el propósito de escoger los integrantes de cuerpos colegiados, como así ocurre frente a los Congresistas, diputados, concejales y ediles.

La idea de que solamente como cargos de elección popular pueden tomarse aquellos desempeñados por servidores denominados empleados públicos, riñe con la naturaleza misma del acto administrativo por medio del cual se llega a la administración por la ruta democrática, puesto que el empleado público se

caracteriza, primordialmente, porque su contacto con la administración está precedida de una relación legal y reglamentaria, de modo que es necesario que anteladamente se haya proferido a su favor un acto de nombramiento, luego formalizado con la respectiva posesión.

Por tanto, los cargos de elección popular no pueden interpretarse bajo la lógica de la naturaleza jurídica de los empleados públicos, entre otras razones porque su ligamen con la administración no es el fruto de una voluntad unilateral, como ocurre con los actos de nombramiento, sino que es la resultante de una voluntad mayoritaria expresada a través de un certamen democrático.

De aceptarse el planteamiento de la parte apelante se llegaría al punto de violar el principio de igualdad frente a diversas prohibiciones contempladas por el Constituyente. Por ejemplo, la inhabilidad general prevista en el inciso final del artículo 122⁴ de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2004, artículo 1, según la cual no pueden ser inscritos ni elegidos “a cargos de elección popular” quienes hayan sido condenados en cualquier tiempo por la realización de conductas que afecten el patrimonio del Estado, de acuerdo con la visión de la apoderada del Departamento del Tolima tendría que aplicarse en forma sesgada, cobijando tan solo al Presidente y Vicepresidente de la República, a los Gobernadores y Alcaldes Municipales y Distritales, pero no a los Congresistas, Diputados, Concejales y Ediles por no ejercer un cargo de elección popular sino por conformar una corporación pública de elección popular.

Lo mismo ocurriría respecto de la prohibición consagrada en el inciso 5º del artículo 267 de la Constitución, que impide a quien haya ejercido en propiedad el cargo de Contralor General de la República “aspirar a cargo de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones”, puesto que bajo esa lógica el Ex Contralor solamente estaría inhabilitado para aspirar a cargos de elección popular como los de Presidente y Vicepresidente de la República,

⁴ *Esta norma dispone: “Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culpable, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.*

Gobernador y Alcalde Distrital o Municipal, sin que lo estuviera para acceder a dignidades como la de Congresista, Diputado, Concejal Distrital o Municipal o Edil. La inhabilidad no podría activarse frente a los primeros cargos y desvanecerse para los segundos, ya que el fin perseguido por el legislador, consistente en evitar que se emplee la imagen institucional del cargo recientemente dejado para cautivar mayores votantes, vale por igual para todos los cargos en mención.

Ahora, la noción de empleo⁵ traída por el artículo 2 del Decreto 770 del 17 de marzo de 2005 “Por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004”, no puede aplicarse al sub lite para definir la naturaleza jurídica de los cargos de elección popular, en particular de los Congresistas, puesto que se trata de una definición prevista por el legislador para empleos públicos adscritos a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Entes Universitarios Autónomos, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta sometidas al régimen de esas empresas, del orden nacional (Art. 1º), que por supuesto no cobija a los Senadores de la República ni a los Representantes a la Cámara.

Tampoco podría tomarse en cuenta la acepción del artículo 2 del Decreto 770 de 2005 para entender la naturaleza de los cargos de elección popular cuando de corporaciones públicas se trata, puesto que allí se define el empleo desde un punto de vista individual, esto es como el conjunto de funciones “que se asignan a una persona”. Recuérdese que las corporaciones públicas de elección popular, entre ellas el Congreso de la República, se integra por un número plural de personas, afiliadas a distintas vertientes políticas y que responden a las directrices ideológicas de su colectividad para a través de ellas buscar la justicia y el bien común (Art. 133 C.N.), las cuales no tienen asignadas funciones de manera individual sino colectiva, como así se demuestra con la función primera de ese órgano legislativo al que corresponde hacer las leyes (Art. 150 C.N.).

⁵ *Tampoco puede tomarse en consideración lo previsto en el artículo 2 del Decreto 1042 de 1978, invocado por la apoderada del Departamento del Tolima, puesto que el mismo fue derogado por el artículo 11 del Decreto 2503 de 1998.*

Ahora, como las palabras empleadas por el legislador deben tomarse en su sentido natural y obvio⁶, salvo que para esa materia se haya previsto una definición en particular, resulta apropiado acudir a la definición que de cargo trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, donde se le concibe como “Dignidad, empleo, oficio. Persona que lo desempeña. Obligación de hacer o cumplir una cosa”. Por tanto, los cargos de elección popular vienen a ser todos aquellos a los que los ciudadanos pueden acceder a través del ejercicio democrático, bien sea que correspondan a cargos uninominales con funciones y responsabilidades claramente atribuidas al elegido, como persona individualmente considerada, o ya sea que se trate de cargos plurinominales, con funciones y responsabilidades asignadas de manera conjunta o compartida con otras personas igualmente elegidas para las corporaciones públicas.

Siendo consecuentes con lo discurrido, encuentra la Sala que el argumento esgrimido por la apoderada del Departamento del Tolima no es de recibo y que la expresión Cargos de Elección Popular no puede asimilarse a la de Empleados Públicos, puesto que dentro de los primeros están comprendidos todos los cargos o autoridades citados en el artículo 260 Constitucional, como son el Presidente y Vicepresidente de la República, senadores, representantes, gobernadores, diputados, alcaldes, concejales municipales y distritales, miembros de juntas administradoras locales y miembros de la asamblea constituyente cuando decida integrarse.

Con todo, la conclusión anterior no debe llevar a pensar que el punto siguiente, atinente al objeto de la Ley de Garantías y por supuesto al alcance de la expresión “cargos de elección popular”, consignada en el inciso final del artículo 38 de la misma codificación, ha sido igualmente aclarado y que la restricción que allí se trata aplica para todo tipo de elecciones, no solo las relativas a la Reelección Presidencial, debido a que ella debe ser analizada en el contexto de la Reforma Constitucional contenida en el Acto Legislativo 02 de 2004 y de la Ley 996 de 2005, a las cuales debe su existencia.

⁶ El artículo 28 del Código Civil dice al respecto: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

5.2. Del alcance de la expresión “elecciones a cargos de elección popular” del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, según el objeto de la enmienda constitucional referida a la Reelección Presidencial

El cargo de nulidad que se presenta contra el Decreto No. 062 del 26 de enero de 2006, mediante el cual el Gobernador (e) del Departamento del Tolima nombró a la Dra. NUBIA YAZMIN RAMIREZ SANCHEZ como Directora Administrativa de la Secretaría de Educación y Cultura, se edifica sobre la supuesta violación del inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 del 24 de noviembre de 2005 “Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”⁷, que prescribe:

“Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

.....

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa” (Subraya la Sala)

Considera el ciudadano DOHOR EDWIN VARON VIVAS que la prohibición dirigida a las entidades territoriales o entidades públicas, de no modificar su nómina dentro de los cuatros meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, aplica para todo tipo de elecciones, no solo para la elección de Presidente y Vicepresidente de la República, de modo que cuando el artículo 38 alude a “elecciones a cargos de elección popular”, se está refiriendo por igual a toda elección que deba hacerse por votación directa de los ciudadanos y para cualquiera de los cargos previstos en el artículo 260 de la Constitución. Así, al acercarse las elecciones para escoger Senadores de la República y Representantes a la Cámara el 12 de marzo de 2006, el acto de nombramiento acusado, que se fechó el 26 de enero de 2006, se expidió dentro de los cuatro meses anteriores a dichas elecciones, cuando en criterio del accionante el Gobernador del Departamento del Tolima tenía prohibido hacer cualquier modificación a la nómina de esa entidad territorial.

⁷ *Publicada en el Diario Oficial 46.102 del 24 de noviembre de 2005.*

Encuentra el libelista que el punto ya fue definido por La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, a través de su concepto No. 110010306000200600019-00 (1720), del 17 de febrero de 2006, rendido a solicitud del Ministerio del Interior y de Justicia, con ponencia del Consejero Dr. Luís Fernando Álvarez Jaramillo⁸. No obstante lo respetable del criterio que sobre la materia tiene la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, dado que sus funciones son eminentemente consultivas⁹, sin atribuciones jurisdiccionales,

⁸ *En esta oportunidad el Organo de Consulta del Consejo de Estado emitió su comprensión de la norma acudiendo a los siguientes razonamientos: “En este orden de ideas, la interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley—incluido el de Presidente de la República - ; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38. El hecho de que los artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2.005 contengan prohibiciones y restricciones aplicables, las primeras en la Rama Ejecutiva; las segundas a todos los entes del Estado, específicamente para el periodo que precede las elecciones presidenciales, mientras que el parágrafo del artículo 38 ibídem, abarca un periodo preelectoral más genérico, con prohibiciones aplicables sólo a autoridades territoriales, hace que en sana hermenéutica no sea posible hacer extensivas las excepciones que el artículo 33 consagra para las prohibiciones y restricciones de los artículos 32 y 33, a las prohibiciones del artículo 38 parágrafo, pues no sólo se refiere a dos postulados de conducta diferentes, sino que se trata de normas de carácter negativo cuya interpretación es restrictiva; y además no puede olvidarse que el legislador en el artículo 32 de la ley en comento, expresamente extendió la excepción a las restricciones contenidas en el artículo 33, únicamente para los casos de prohibición enunciados por dicho artículo 32”*

⁹ *Estas funciones aparecen consagradas en el artículo 38 de la Ley 270 de 1996 y corresponden a: “1. Absolver las consultas jurídicas generales o particulares, que le formule el Gobierno Nacional. 2. Preparar los proyectos de ley y de códigos que le encomiende el Gobierno Nacional. El proyecto se entregará al Gobierno por conducto del Ministro o Director de Departamento Administrativo correspondiente, para su presentación a la consideración del Congreso. 3. Revisar los contratos y conceptuar sobre las cuestiones jurídicas relativas al Servicio Civil, en los casos previstos por la ley. 4. Conceptuar sobre los contratos que se proyecte celebrar con empresas privadas colombianas, escogidas por concurso público de méritos, en los casos especiales autorizados por la ley, para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa nacional. 5. Verificar, de conformidad con el Código Electoral, si cada candidato a la Presidencia de la República reúne o no los*

esta Sala al no estar sujeta a ese punto de vista por no configurar cosa juzgada, abordará la materia para determinar a cuál de las dos partes le asiste razón en sus planteamientos.

Ahora bien, para determinar cuál es el alcance de la expresión “elecciones a cargos de elección popular” contenida en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, si ella puede ser leída de manera amplia, cobijando por igual a todas las elecciones populares que se cumplen en el territorio nacional, o si debe entenderse de manera restringida, es necesario hacer un recorrido por los antecedentes legislativos y normativos que llevaron a su expedición, de donde saldrá cuál es el ámbito de su aplicación.

Como bien lo indica el título dado a la Ley 996 de 2005 a través de ella se “...reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones” (Subraya la Sala). El objeto de la anterior disposición se anuncia en el encabezado mismo de la Ley, pero también se ratifica en su artículo primero al definirlo en los siguientes términos:

“Artículo 1º. Objeto de la Ley. La presente ley tiene como propósito definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley. Igualmente se reglamenta la Participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición”¹⁰ (Subraya la Sala)

La Ley 996 de 2005 se expidió en desarrollo del Acto Legislativo 02 del 27 de diciembre de 2004, por medio del cual se hicieron algunas reformas a la Constitución Política de 1991, para permitir la Reelección del Presidente y Vicepresidente de la República por un período más. Dicha enmienda

requisitos constitucionales y expedir la correspondiente certificación. 6. Ejercer las demás funciones que le prescriban la Constitución y la ley”

¹⁰ *La Corte Constitucional, al examinar la exequibilidad de esta norma concluyó su perfecta armonía con la enmienda constitucional que inspiró la Ley 996 de 2005, al precisar: “Así las cosas, el campo de aplicación que el proyecto de ley estatutaria describe en su primer artículo no excede el espectro jurídico fijado por la Constitución Política pues ésta le encomendó a la ley estatutaria que fijara las pautas de equilibrio electoral en todo tipo de elecciones presidenciales, incluso en las que el presidente decida no proponer su nombre para una reelección” (Sentencia C-1153 de 2005)*

constitucional se ocupó, además de lo anterior, de materias tales como la participación de los servidores públicos en política, prohibiendo absolutamente que los empleados públicos al servicio de la Rama Judicial, Organos Electorales, de Control y de Seguridad tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos así como en las controversias políticas, sin que ello les impida ejercer su derecho al voto; los demás empleados sólo podrán intervenir en política en los términos que lo precise la ley. También reglamenta la intervención del Presidente y Vicepresidente de la República cuando formalicen su intención de aspirar a un segundo período de gobierno (Art. 1º, modificatorio de los incisos 2º y 3º del art. 127).

Igualmente se ocupó esa reforma constitucional de fijar el régimen de inhabilidades para acceder a los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República, precisando que la posibilidad de ocupar esas dignidades por un período más, cobijaba igualmente a quienes habían sido Presidentes de la República con anterioridad a la vigencia del acto legislativo (Art. 2, modificatorio del art. 197). Fijó también las calidades para ser Vicepresidente de la República y determinó que podía ser reelegido para el período siguiente siempre que integrara la misma fórmula del Presidente en ejercicio; y le permite ser elegido Presidente de la República a condición de que quien ejerce el cargo no se postule nuevamente (Art. 3, modificatorio del art. 204).

Y en el artículo 4º del Acto Legislativo 02 de 2004 se adicionó el artículo 152 de la Constitución para que fuera objeto de reglamentación por una ley estatutaria lo relativo a la igualdad electoral entre los candidatos que aspiraran a la primera magistratura del Estado, entre otros temas. Allí se dispuso:

“Artículo 4º Adiciónanse al artículo 152 de la Constitución un literal f) y un párrafo transitorio así:

f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.

PARAGRAFO TRANSITORIO. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1o de marzo de 2005, un Proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle el literal f) del artículo 152 de la Constitución y regule además, entre otras, las siguientes materias: Garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre

inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República. (...)” (Subrayas no son del original)

Las normas que hasta el momento ha citado la Sala dejan ver que el constituyente tuvo un propósito claro en torno a la consagración de la Reelección del Presidente y Vicepresidente de la República, consistente en que dicho proceso electoral estuviera rodeado de las garantías suficientes para que el principio de igualdad constitucional previsto en el artículo 13 superior, que desde luego se había alterado con la presencia de esos dignatarios en un certamen reeleccionista, fuera de nuevo restablecido con miras a que los distintos candidatos a la primera magistratura del Estado volvieran a estar en plano de igualdad. Sin embargo, ese no fue el único propósito de la reforma constitucional y legislativa que se cita, puesto que allí estuvo inmerso el deseo de erradicar de las prácticas políticas las costumbres enderezadas a emplear los factores estatales de poder para favorecer ciertas campañas electorales.

Desde la expedición del Acto Legislativo 02 de 2004 se evidenció dicho propósito, puesto que en el párrafo transitorio de su artículo 4 se impuso al legislador el deber de expedir una ley estatutaria que regulara el recién adicionado literal f) del artículo 152 de la Constitución, por medio de la cual se debían regular “entre otras” materias, la atinente a la “participación en política de servidores públicos”, es decir que esa reforma constitucional se empeñó además en conjurar las prácticas clandestinas de ciertos funcionarios públicos quienes ejercían su autoridad o poder de dirección administrativa para favorecer a determinados candidatos. Así lo entendió el legislador al expedir la Ley 996 de 2005, ya que en su artículo 1º se fijó su objeto no solo por lo relativo a la Reelección del Presidente y Vicepresidente de la República, sino que al mismo tiempo se ocupó de temas relativos a garantizar la imparcialidad de los servidores públicos en los procesos electorales, tal como así se estipuló al dicho artículo al precisar que con la mencionada ley “Igualmente se reglamenta la Participación en política de los servidores públicos”.

Empero, la regulación que se expidió a través de la Ley 996 de 2005 para evitar que la participación en política de los servidores públicos dañara la pureza del sufragio al poderlo someter a las interferencias propias del empleo inapropiado del poder público, no cobijaba únicamente los procesos de elección de Presidente y Vicepresidente de la República, aún cuando se aspirara a su reelección, sino que también se extendió a los otros procesos de elección, valga decir que se aplica igualmente a las elecciones de Congresistas de la República, Gobernadores,

Alcaldes, Diputados, Concejales y Ediles. Prueba de ello se aprecia en los antecedentes legislativos de la conocida Ley de Garantías, donde en el curso de los debates se fue consolidando la idea de que la enmienda debía extenderse en ese sentido, y así se aprobó.

Aunque ninguno de los proyectos de ley estatutaria que fueron radicados en el Congreso de la República traía un texto igual al contenido en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2006¹¹, el mismo empezó a considerarse, en esos términos, en el Acta de Conciliación al Proyecto de Ley 216 de 2005 Senado, 352 de 2005 Cámara, acumulado con los demás que se habían radicado al efecto, cuando los H. Congresistas Carlos Holguín Sardi, José Renán Trujillo, Senadores de la República; Eduardo Enríquez Maya, César Negret Mosquera, Representantes a la Cámara, se dirigieron por escrito a los Presidentes de ambas Cámaras para hacerles saber que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 161 de la Constitución se habían reunido y que por unanimidad habían llegado a un texto consensuado “en el cual se tuvieron en cuenta los artículos que fueron aprobados como venían en los pliegos de modificaciones radicados en las dos corporaciones; llegándose a un acuerdo en los artículos que tuvieron diferencias, adoptándose artículos aprobados tanto en Senado como en Cámara”. Fruto de esa conciliación surgió un texto igual al que ahora se examina, respecto del cual los conciliadores acotaron:

“Artículo 38. Prohibición para los servidores públicos. Para una mejor redacción y entendimiento del artículo, se suprimió la segunda parte de este, por cuanto ya que su esencia estaba contemplada en otra parte del articulado. Igualmente se adiciona a este artículo, una propuesta del Representante César Negret en el sentido que los Gobernadores, Alcaldes Municipales, Distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, tengan **también** limitaciones claras y expresas para la contratación, vinculación, inauguración de obras públicas, utilización de bienes muebles e inmuebles de sus respectivas entidades”¹² (Destaca la Sala)

El empleo del adverbio también, que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española “Se usa para afirmar la igualdad, semejanza, conformidad o relación de una cosa con otra ya nombrada”, denota con claridad que para el legislador era igualmente importante que esas autoridades (Gobernadores, Alcaldes Municipales, Distritales, Secretarios, Gerentes y Directores de Entidades

¹¹ Al efecto se radicaron los siguientes proyectos de ley estatutaria: (i) 352 de 2005 Cámara, (ii) 216 de 2005 Senado, (iii) 351 de 2005 Cámara, (iv) 215 de 2005 Senado, (v) 259 de 2005 Senado, y (vi) 301 de 2005 Cámara.

¹² Gaceta del Congreso No. 374 del 15 de junio de 2005. Pág. 1 y 2.

Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital), tuvieran limitados sus poderes de contratación, vinculación de personal, inauguración de obras públicas, en fin los distintos factores de poder que indebidamente empleados podían conducir a inclinar las preferencias de electorado a favor del candidato patrocinado desde la administración pública.

Lo anterior se hace aún más claro con lo acontecido en la Sesión Plenaria de la Cámara de Representantes llevada a cabo el 14 de junio de 2005, donde a petición del Representante Dr. César Laureano Negret Mosquera se reabrió el debate en torno al “artículo 38 y su parágrafo”, advirtiéndose allí:

“Palabras del honorable Representante César Laureano Negret Mosquera:

Señora Presidente, la proposición es en el sentido de incluir a los gobernadores y alcaldes municipales y distritales en las prohibiciones para participar activamente en la promoción de candidatos a elecciones de Presidente, Vicepresidente, Congreso, concejales y asambleas, y a promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, y también prohibirles que inauguren obras en presencia de candidatos a las mismas corporaciones, lo mismo que congelar la nómina durante los cuatro meses anteriores, salvo los cargos de carrera y vacancias definitivas, y lo mismo prohibir que autoricen el uso de inmuebles o vehículos para el servicio de campañas proselitistas, señora Presidenta.

Palabras del honorable Representante Carlos Enrique Soto Jaramillo:

Señora Presidenta, respeto y aprecio infinitamente al doctor Negret y él lo sabe, pero con el mayor respeto lo que estamos haciendo, si aprobamos este parágrafo, no es otra cosa distinta que paralizar el país durante cuatro meses en todos los 1098 municipios y en las 33 gobernaciones de Colombia...

Palabras del honorable Representante César Laureano Negret Mosquera:

Señora Presidente, en ninguna parte se busca paralizar el país, lo que se busca es que los alcaldes y gobernadores no inicien programas en presencia de candidatos a la Presidencia de la República o al Congreso de la República o a alcaldías o a la misma gobernación, que no inauguren obras en presencia de ellos, ni con voceros de los candidatos, porque si no, cuál va a ser el equilibrio...

Dirección de la sesión por la Presidencia, doctora Zulema Jattin Corrales:

¿Aprueba la plenaria el artículo 38 con el parágrafo aditivo? Las constancias de votos negativos se pueden dejar en Secretaría.

La Secretaría General informa, doctor Jesús Alfonso Rodríguez:

Así lo aprueba, por las mayorías exigidas en la Constitución”¹³

De manera irrefutable surge de los antecedentes legislativos de la Ley 996 de 2005 que el inciso final de su artículo 38, cuando prohíbe modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, dentro de los cuatro meses que preceden “a

¹³ *Gaceta del Congreso No. 503 del 8 de agosto de 2005. Págs. 34 y 35.*

las elecciones a cargos de elección popular”, no se está refiriendo a las elecciones para los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República, sino que la prohibición está dirigida a las demás justas democráticas para cargos de elección popular, como son las elecciones de Congresistas, Gobernadores, Alcaldes Municipales o Distritales, Diputados a las Asambleas Departamentales, Concejales Distritales o Municipales y Miembros de Juntas Administradoras Locales.

Una interpretación a rúbrica de la Ley 996 de 2005 permite contar con razones adicionales en apoyo de la anterior conclusión. El Título II denominado “REGLAMENTACION ESPECIAL DE LA CAMPAÑA PRESIDENCIAL”, contiene el Capítulo VII llamado “REGULACIONES ESPECIALES DURANTE LA CAMPAÑA PRESIDENCIAL”, donde aparecen las distintas prohibiciones que deben observarse durante la campaña presidencial. En su artículo 32 se suspende, dentro de los cuatro meses anteriores a la elección Presidencial y hasta la segunda vuelta de presentarse, “cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público”. En el artículo 33 se dice que dentro del mismo período “queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado”. En ambos casos salvo algunas excepciones que allí se citan.

Pues bien, no incurriría el legislador en la incorrección de regular dos veces una misma materia, que es lo que surgiría de aceptar la tesis de que las normas consagradas en el Título III sobre “PARTICIPACION EN POLITICA DE LOS SERVIDORES PUBLICOS”, aplican solamente para la elección de Presidente y Vicepresidente de la República, pues si se repara detenidamente en el contenido del párrafo del artículo 38 se advertirá que allí también se consagran restricciones en torno a los poderes de contratación y de nominación que ostentan algunos servidores públicos. Por lo mismo, y en aplicación del principio del efecto útil, debe entenderse que las elecciones tratadas en el Capítulo VII del Título II no coinciden con las elecciones de que trata el Título III de la Ley 996 de 2005, de modo que a las últimas debe dárseles un alcance distinto al que se vislumbra en las primeras.

Prueba de esa falta de coincidencia, además de lo que hasta el momento se ha dicho, se explica en el texto mismo de algunas de las disposiciones consagradas

en el párrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías. Allí, por ejemplo, se tiene su inciso 2º en el que se lee:

“Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos” (Subraya la Sala)

Ahora, si la norma anterior prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, inaugurar obras o iniciar programas de carácter social en eventos donde intervengan candidatos al “Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales”, es porque las restricciones consagradas en dicho párrafo se han previsto para ese tipo de elecciones, de modo que cuando el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad dentro de los cuatro meses que preceden “a las elecciones a cargos de elección popular”, es porque dichas elecciones no son otras que las indicadas en este párrafo, por supuesto diferentes a las de Presidente y Vicepresidente de la República.

Si la última expresión en verdad aludiera a las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República, el legislador hubiera sido tan preciso como lo fue, por ejemplo, en el Capítulo VII del Título II de la memorada ley, donde el período restrictivo se circunscribió “a la fecha de votación en primera vuelta, y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso” (Art. 30), o donde se dijo que la prohibición de vinculación a la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, sería cuatro meses antes “a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso” (Art. 32), fórmula que es reiterada en las restricciones a la contratación pública (Art. 33). Sin embargo, en el párrafo del artículo 38 el parámetro fáctico no tomó en cuenta dichos referentes sino que apropió uno acorde a lo que allí se reguló, consistente en las elecciones a cargos de elección popular, es decir las elecciones que se cumplen en una misma fecha, sin posibilidad de segunda vuelta, como son todas las que se han mencionado y que son distintas de las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República.

Las razones que hasta el momento se han dado llevan a la Sala a inferir que la expresión “elecciones a cargos de elección popular”, contenida en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, no puede dársele un sentido restringido, como lo propone la parte demandada, para quien debe aplicarse únicamente a las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República, puesto que forma parte del Título III de la mencionada ley, que busca regular la participación en política de los servidores públicos, en certámenes electorales para cargos de elección popular, esto es para la elección de cualquiera de las dignidades mencionadas en el artículo 260 de la Constitución Política.

Por último, la Ley 996 de 2005, que es de naturaleza estatutaria, tuvo control previo, integral y definitivo de exequibilidad, y en lo que respecta al inciso final del párrafo de su artículo 38, su conformidad con el ordenamiento constitucional se respaldó en los siguientes razonamientos:

“b. Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos

.....

La Sala observa que todas las limitaciones previstas en el artículo 38 están claramente encaminadas a garantizar los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución, en particular la moralidad, la imparcialidad y la eficacia en el cumplimiento de las funciones. En esa medida, en términos generales, el artículo 38 no contraría disposición alguna de la Carta, sino que la desarrolla.

.....

Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas

de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.

Por último, el límite de tiempo para la prohibición de modificación de nómina es razonable, pues en los cuatro meses indicados, época de campaña, es que se presentan el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos.

Por tanto, el inciso cuarto del párrafo del artículo 38 será declarado exequible”¹⁴

Habiéndose aclarado que la prohibición consagrada en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, aplica para los cargos de elección popular, y que entre ellos se cuenta la elección de Senadores de la República y de Representantes a la Cámara, no hay duda que los gobernadores de departamentos están llamados a respetar la prohibición de no modificar la nómina de su respectiva entidad dentro de los cuatro meses anteriores a la elección de Congresistas, restricción que de ser desacatada conduce a la nulidad de la respectiva actuación administrativa por configurarse la causal de nulidad de infracción de normas superiores contenida en el artículo 84 del C.C.A., modificado por el Decreto 2304 de 1989 artículo 14.

En este orden de ideas, al haberse realizado las elecciones para Congreso de la República, período 2006-2010, el 12 de marzo de 2006, encuentra la Sala configurada la nulidad del Decreto 0062 del 26 de enero de 2006, expedido por el Gobernador (e) del Tolima, puesto que la Dra. NUBIA YAZMIN RAMIREZ SANCHEZ fue nombrada en el cargo de Directora Administrativa de la Secretaría de Educación y Cultura de esa entidad territorial, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones Congresales. Por tanto, se confirmará el fallo impugnado.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia anulatoria proferida el veintinueve (29) de enero de dos mil siete (2007), por el Tribunal Contencioso Administrativo del

¹⁴ *Corte Constitucional. Sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.*

Tolima, dentro de la acción de NULIDAD ELECTORAL promovida por el ciudadano DOHOR EDWIN VARON VIVAS.

SEGUNDO: En firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON
Presidenta

FILEMON JIMENEZ OCHOA

REINALDO CHAVARRO BURITICA

DARIO QUIÑONES PINILLA