

PROCESO ELECTORAL - Recurso de reposición / RECURSO DE REPOSICION - Contra el auto que admitió la demanda y negó la solicitud de suspensión provisional / SUSPENSION PROVISIONAL - Ser conjuer de la Sala no comporta desempeño de cargo público

El señor Carlos Mario Isaza, actuando en nombre propio, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral el 30 de septiembre de 2014, ante la Secretaría de la Sección Quinta, con el fin de anular el acto de elección del doctor Edgardo Jose Maya Villazon en el cargo de Contralor General de la República (2014-2018). La solicitud de suspensión provisional presentada el día 2 de octubre de 2014, en escrito separado, la fundamentó en que el acto de elección transgredió el artículo 267 de la Constitución Política y el artículo 59 de la Ley 42 de 1993, en cuanto el elegido no reunía las condiciones constitucionales de elegibilidad, pues ocupó durante el año inmediatamente a su elección como Contralor, el cargo público de conjuer de la Corte Constitucional y de la Sección Quinta del Consejo de Estado. La Sala encuentra que el recurrente plantea nuevamente su argumento sobre la calidad de cargo público que desempeña el conjuer e incluso ataca el precedente que sirvió de sustento en esta oportunidad para apoyar la decisión denegatoria de la medida cautelar. Pues bien, es claro que el recurso de reposición al ser un medio de impugnación tendiente a ser conocido por el propio operador que emitió la decisión debe contener en su postulación argumentos nuevos o por lo menos dejados de ver por el juez en su propia decisión, pero no recabar en lo ya decidido. Los argumentos invocados por el recurrente no tienen la entidad para enervar las consideraciones que se hiciera en el precedente de la Sala el cual sirvió de soporte a la decisión objeto de reposición y que implicaría un giro en la posición de la Sala tendiente a la rectificación jurisprudencial, frente a la cual no se ha observado cambio en el supuesto jurídico que se analizara en esa oportunidad pretérita. No debe olvidarse que las normas ante todo son enunciados que buscan expresar un significado con efectos jurídicos para el supuesto fáctico que en éste se encuadre y frente al cual el juez tiene poder interpretativo dentro del límite que la disposición le indica, por eso, en más de las veces y dado su contenido semántico podrá tener un mayor o menor margen de interpretación. Lo cierto es que en el presente caso lo claro es que la inhabilidad para ser elegido Contralor General de la República es haber ejercido cargo público un año antes a la elección. Pero la falta de claridad está en que no existe norma que con la misma fácil comprensión y significación indique que la calificación de cargo público es connatural a la actividad de conjuer. He ahí, se reitera, el por qué se deben hacer tantas elucubraciones, conexiones normativas y de significados –como los planteados por el demandante- para intentar evidenciar que sí lo es. (...) Ha de advertirse que hacer la deducción en los términos como lo pretende el memorialista de reputar que todo servidor público ejerce cargo público, en esta etapa de la medida cautelar y sin tener norma expresa que así lo disponga ni que sea viable interpretar a estas alturas del proceso, sí implicaría entrar en el tema del argumento falaz de accidente para aplicar en forma absoluta la generalidad del servicio público a la particularidad del cargo o empleo público, llevándose por delante la presunción de legalidad del acto administrativo, cuyo quebrantamiento impone una carga para el interesado más allá de la sola elucubración inferida. Así las cosas, lo que se advierte es la disconformidad de no haber accedido a los propósitos de la parte actora, pero no basados en argumentos nuevos que implicaran al juez revocar o modificar su decisión sino planteando los mismos argumentos de la solicitud de suspensión provisional que presentó, que ya fue decidida en el auto recurrido, sólo que en la reposición lo plantea dentro de otra órbita, como en efecto lo son los aspectos semánticos y filosóficos, en cuanto a la sugerencia de estudio de las falacias argumentativas.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00133-00

Actor: CARLOS MARIO ISAZA SERRANO

Demandado: CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA

Se decide el recurso de reposición interpuesto por la parte actora contra el auto de la Sala de 14 de mayo de 2015, mediante el cual se negó la solicitud de suspensión provisional contra el acto de elección del doctor **EDGARDO JOSE MAYA VILLAZON** en calidad de Contralor General de la República 2014-2018.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y solicitud de suspensión provisional

El señor Carlos Mario Isaza, actuando en nombre propio, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral el 30 de septiembre de 2014¹, ante la Secretaría de la Sección Quinta, con el fin de anular el acto de elección del doctor **EDGARDO JOSE MAYA VILLAZON** en el cargo de Contralor General de la República (2014-2018).

La solicitud de suspensión provisional presentada el día 2 de octubre de 2014², en escrito separado³, la fundamentó en que el acto de elección transgredió el artículo 267 de la Constitución Política y el artículo 59 de la Ley 42 de 1993, en cuanto el elegido no reunía las condiciones constitucionales de elegibilidad, pues ocupó durante el año inmediatamente a su elección como Contralor, el cargo público de conjeuz de la Corte Constitucional y de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

2. El auto recurrido

La Sala de la Sección Quinta mediante auto de 14 de mayo de 2015 negó la suspensión de los efectos del acto administrativo de elección demandado, con base en las siguientes consideraciones: i) la triple competencia de los conjeuces al interior de esta Corporación, consistente en suplir las faltas de los Magistrados

¹ Folio 23 vto.

² Folio 130.

³ Folios 127 a 130.

titulares cuando sean separados del conocimiento por impedimentos o recusaciones; desempatar las decisiones jurisdiccionales y completar el quórum decisorio (art. 61 de la Ley 270 de 1996, armonizada con el CPACA en sus artículos 115 y 116); ii) la falta de encuadramiento del cargo de conjuez en el concepto y alcance de cargo público que es el que prevé la norma inhabilitante; iii) el precedente judicial de 5 de junio de 2012 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el que se trató tema similar relacionado con el ejercicio de la actividad de conjuez en el caso de la nulidad electoral de la entonces Contralora Sandra Morelli, quien también había hecho parte del grupo de Conjueces del Consejo de Estado previamente a su elección en la entidad de control y iv) la sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional invocada por el solicitante tampoco da claridad, al emplear indistintamente para referirse al conjuez con expresiones tales como: “*calidad especial*”, “*servidor público*”, “*servidor público especial, sui generis, pero servidor público*” y “*servidor público que ejerce funciones públicas transitoriamente*”.

Por lo anterior, no se puede reputar al conjuez como titular (transitorio) de cargo público, y ello impide suspender los efectos del acto de elección, bajo el predicamento de que el elegido está incurso en la inhabilidad de haber ejercido cargo público durante el año inmediatamente anterior a su designación como Contralor, a partir de la situación de haber fungido como Conjuez en las Altas Cortes.

3. El recurso de reposición

El demandante interpuso recurso de reposición contra el citado auto. Manifestó su disconformidad con la decisión porque:

3.1. Se articuló en sentido inverso, es decir, negando la aplicación de la norma inhabilitante por extensión de un elemento normativo ajeno a la misma disposición como es la calidad de servidor público del conjuez, para ingresar a otro sofisma como en efecto es el ejercicio de funciones prescindiendo del cargo que las posibilita.

El auto da a entender que el cargo de conjuez no presenta vínculo subjetivo con el Estado de los especificados en el artículo 123 superior porque el ejercicio de funciones es temporal y no permanente, sin tener en cuenta las razones orgánicas que lo hacen posible y las funciones que cumple.

3.2. Se afirmó por la Sala que el conjuez es un particular que ejerce temporal o transitoriamente funciones públicas ante el impedimento del juez natural y ello “*es pretender la operativización de la norma inhabilitante con elementos jurídicos ajenos a su estructura para enervar su aplicación, dado que aquella no exige haberse desempeñado como servidor público sino haber ocupado cargo público..., que también es posible hacerlo a través de la calidad de particular que desempeña funciones públicas*”.

Con esa consideración se incurrió en la llamada falacia de accidente al desatender la estructura de la norma inhabilitante, pues se hace una generalización a partir de un elemento accidental ajeno a ella, como en efecto lo

es la calidad de servidor público. Indicó que está vedado para la Sala extraer conclusiones a partir de cosas que solo son ciertas accidentalmente y ajenas a la estructura de la norma prohibitiva, que llevaron a inaplicarla con el consecuente deterioro de los derechos fundamentales del recurrente, en atención a que *“el género es el cargo público y las especies son quienes lo ocupan: servidores públicos o particulares que desempeñan funciones públicas”*.

3.3. La decisión también incurrió en falacia de petición de principio, por cuanto la proposición que debía ser probada la incluyó explícitamente en las premisas de su argumentación, incurriendo en contradicciones como: i) dejar de considerar que un servidor público, especial o no, *sui generis* o no, se desempeña a través de un cargo público; ii) dejar de considerar que el juez natural solo puede ser reemplazado por otro juez de sus mismas calidades y condiciones; iii) perder de vista que cuando el conjuer asume funciones lo hace orgánica y funcionalmente, sólo que no encuadra dentro del régimen general de inhabilidades o incompatibilidades de los jueces y magistrados. Pero precisamente la norma alude a cargo público no al servidor público; cargo público que también es desempeñado por notarios y jueces de paz.

3.4. Manifestó su desacuerdo en equiparar la naturaleza jurídica del conjuer con la de un particular investido transitoriamente de la potestad de administrar justicia, porque ese particular llega a reemplazar en su cargo a un juez impedido para decidir, por ende, ocupa un cargo público.

3.5. Indicó que la norma no prevé que el cargo se desempeñe de forma permanente o transitoria, en propiedad o en provisionalidad. La norma inhabilitante no se refiere al desempeño de servidor público sino a cargo público, *“razón por la cual todo podrá afirmar la Sala, menos que un conjunto de funciones públicas atribuidas a un servidor público o a un particular que desempeña funciones públicas, no constituyen cargo público”*.

3.6. Dijo sorprenderse porqué únicamente la decisión empleó los artículos 115 y 116 del CPACA para aludir a los propósitos en la función del conjuer y sobre quiénes no pueden ser conjueres, pero dejó de lado, la segunda parte del artículo 116 sobre posesión y duración del **cargo** de conjuer (fls. 470 a 474).

4. El contra argumento de la parte demandada

El elegido, a través de apoderado, recorrió el traslado del recurso y solicitó mantener incólume la providencia recurrida, en atención a que si bien conforme al artículo 122 incisos 1º y 2º de la Constitución Política, las nociones de cargo y empleo públicos se encuentran estrechamente interrelacionadas pudiendo usarse de manera indistinta, pero siendo necesario entender el concepto de empleo público.

Para tal efecto, es indispensable acudir a la definición del artículo 19 de la Ley 909 de 2004 y la sentencia C-1174 de 2005 en el que la Corte Constitucional estimó que dentro de los elementos que componen dicha noción está la incorporación a una planta de personal y la remuneración, que no se predica de los conjueres. Finalmente indicó que el criterio de permanencia no es caprichoso y de hecho permite a los conjueres ejercer la profesión de abogado, en atención a

que la mayoría de quienes integran las listas de conjueces son litigantes, no se incorporan a la planta de personal y su pago se hará por honorarios no por remuneración, así que los conjueces no reúnen la totalidad de los elementos de la noción de empleo público.

Así las cosas y dado que la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades es restrictiva, así mismo su interpretación no puede ser extensiva, so pena de vulnerar el artículo 40 constitucional (fls. 479 a 486).

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia

Esta Sala es competente para conocer de la reposición del auto que negó el decreto de suspensión provisional, toda vez que se trata de un proceso de única instancia, conforme a las voces del artículo 149 numeral 4º del CPACA y por el hecho de que el auto fue proferido por la Sala, conforme al artículo 125 ibídem.

2. El caso concreto

La Sala encuentra que el recurrente plantea nuevamente su argumento sobre la calidad de cargo público que desempeña el conjuez e incluso ataca el precedente que sirvió de sustento en esta oportunidad para apoyar la decisión denegatoria de la medida cautelar.

Pues bien, es claro que el recurso de reposición al ser un medio de impugnación tendiente a ser conocido por el propio operador que emitió la decisión debe contener en su postulación argumentos nuevos o por lo menos dejados de ver por el juez en su propia decisión, pero no recabar en lo ya decidido.

En efecto, el actor acusa la decisión de falaz (de accidente y de petición de principio) y llena de sofismas, al considerar que la Sección Quinta con el auto recurrido se apartó en forma inversa de la norma, ante el concepto de que indefectiblemente el cargo de conjuez es cargo público.

En primer lugar, la Sala recuerda que se está frente a la medida cautelar de suspensión y no a la sentencia con la que se define el fondo del asunto.

Las solas disertaciones de ambas partes, tanto del recurrente como del demandado al responder a la impugnación en reposición, evidencian que el tema no es de aquellos que se advierta violatorio de las normas invocadas como transgredidas o del estudio de las pruebas allegadas, en atención acceder a la intención del recurrente implica la concatenación de varias normas y la deducción de conceptos y alcances semióticos de varias expresiones que resultan en este momento conceptos flexibles para adecuar y armonizar que en nada beneficiarían al análisis objetivo propio de la medida para hacer cesar los efectos del acto presumido de legal.

Además, los argumentos invocados por el recurrente tampoco tienen la entidad para enervar las consideraciones que se hiciera en el precedente de la Sala el cual sirvió de soporte a la decisión objeto de reposición y que implicaría un giro en

la posición de la Sala tendiente a la rectificación jurisprudencial, frente a la cual no se ha observado cambio en el supuesto jurídico que se analizara en esa oportunidad pretérita.

No debe olvidarse que las normas ante todo son enunciados que buscan expresar un significado con efectos jurídicos para el supuesto fáctico que en éste se encuadre y frente al cual el juez tiene poder interpretativo dentro del límite que la disposición le indica, por eso, en más de las veces y dado su contenido semántico podrá tener un mayor o menor margen de interpretación.

Lo cierto es que en el presente caso lo claro es que la inhabilidad para ser elegido Contralor General de la República es haber ejercido cargo público un año antes a la elección. Pero la falta de claridad está en que no existe norma que con la misma fácil comprensión y significación indique que la calificación de cargo público es connatural a la actividad de conjuer.

He ahí, se reitera, el por qué se deben hacer tantas elucubraciones, conexiones normativas y de significados –como los planteados por el demandante- para intentar evidenciar que sí lo es.

Es claro entonces, que dejar la suerte de la medida cautelar sobre todo tratándose de los efectos de la presunción de legalidad del acto de elección de un funcionario cabeza de uno de los entes de control, a tantas concatenaciones asociativas entre conceptos y elucubraciones sí constituiría una afectación a la legitimidad y legalidad de un sector del Estado, pues mientras no se observe en forma determinada o por lo menos determinable que el acto es violatorio del ordenamiento superior, mal podría el juez de la nulidad electoral quitarle los efectos al acto en la adopción de una medida que ha sido instituida, como toda cautelar, en una decisión inmediata, necesaria y preventiva de los efectos nocivos del acto administrativo que se advierte con cierta certeza contra *legem* o por fuera de la ley, por exceso o por defecto.

Sobre la interesante, pero no compartida, argumentación de que el pronunciamiento incurrió en las falacias por accidente inverso y de petición por principio, valga aclarar que dentro de las falacias materiales o frente a la cosa significada, aunque constituyen una importante herramienta dentro de la lógica argumentativa y filosófica, siempre deben aplicarse conforme al contexto procesal y jurídico de la etapa del juicio de que se trate.

Se afirma de ese modo porque analizar si el razonamiento es errado (falaz) por aplicar a una excepción o a un caso particular de poca ocurrencia una regla general, para entrar en la llamada falacia de accidente inverso no es lo acontecido en este caso, pues precisamente como se indicó en la providencia recurrida, la claridad normativa se advierte del contenido del significante "*servidor público*", que no siempre conlleva el ejercicio de los propósitos misionales de la figura de "*cargo público*".

Ha de advertirse que hacer la deducción en los términos como lo pretende el memorialista de reputar que todo servidor público ejerce cargo público, en esta etapa de la medida cautelar y sin tener norma expresa que así lo disponga ni que sea viable interpretar a estas alturas del proceso, sí implicaría entrar en el tema

del argumento falaz de accidente para aplicar en forma absoluta la generalidad del servicio público a la particularidad del cargo o empleo público, llevándose por delante la presunción de legalidad del acto administrativo, cuyo quebrantamiento impone una carga para el interesado más allá de la sola elucubración inferida.

Tampoco encuentra la Sala que la decisión esté sustentada en otra de las falacias materiales que invoca el memorialista, como en efecto lo es la falacia de “petición de principio”, y no puede serlo porque es un tema de probanza argumentativa en la que se incurre por dos vías, a saber: la demostración de una cosa por virtud de ella misma o cuando la argumentación se sustenta en premisa que también necesita ser probada. Es claro que razonamientos válidos o inválidos, correctos o incorrectos, falaces o no, en materia indirecta o probatoria sólo podrán ver su sentido y alcance al momento de contar con todo el acervo probatorio, todo el ámbito argumentativo normativo y jurídico y todo el panorama que las postulaciones de las partes para dar claridad al operador jurídico.

No en vano sectores de la doctrina con buen criterio afirman respecto de la mencionada falacia lo siguiente: *“Podríamos decir simplemente que la información que nos provee la conclusión está contenida (o incluida) en la información que nos proveen las premisas, o algo por el estilo. Pero nos damos cuenta inmediatamente de que este movimiento terminará por acarrear más problemas ya que nos enfrenta directamente con el viejo resultado de que **todos los argumentos lógicamente válidos cometen una petición de principio**. Hay quienes enfrentados a estas y otras dificultades, han decidido abandonar de caracterizar de modo apropiado a la petición de principio... **debemos limitarnos a inspeccionar la validez de los argumentos por un lado y la verdad o grado de probabilidad de sus premisas, por el otro. No existe nada más que debiera preocuparnos a la hora de juzgar la virtud de un argumento**”⁴.*

La acusación del memorialista de haber dejado de considerar que un servidor público, especial o no, *sui generis* o no, se desempeña a través de un cargo público; así como que el juez natural solo puede ser reemplazado por otro juez de sus mismas calidades y condiciones o perder de vista que cuando el conjuer asume funciones lo hace orgánica y funcionalmente, sólo que no encuadra dentro del régimen general de inhabilidades o incompatibilidades de los jueces y magistrados, como manifestaciones indicativas de que se trata del ejercicio de cargo público, excede los límites del análisis de la suspensión provisional y se advierte muy adelantada en el tiempo respecto de la decisión de fondo.

Se recaba entonces que no se trató de un argumento considerativo circular - propio del tipo de falacia- como lo entiende el recurrente entre las expresiones servidor público y/o cargo público sino devenido de que no todos los presupuestos que caracterizan y dan nombre al “cargo público” se reúnen en la figura del conjuer, siendo esta la expresión contenida en la norma que fija la inhabilidad del Contralor General de la República.

⁴ VILLARÓ, Ignacio. “Una definición pragmática de la falacia de petición de principio”. *ARETÉ. Revista de Filosofía*. Vol. XXII. N° 1. 2010. P.p. 107-127. Instituto de Investigaciones Filosóficas. UNAM.

Así las cosas, lo que se advierte es la disconformidad de no haber accedido a los propósitos de la parte actora, pero no basados en argumentos nuevos que implicaran al juez revocar o modificar su decisión sino planteando los mismos argumentos de la solicitud de suspensión provisional que presentó, que ya fue decidida en el auto recurrido, sólo que en la reposición lo plantea dentro de otra órbita, como en efecto lo son los aspectos semánticos y filosóficos, en cuanto a la sugerencia de estudio de las falacias argumentativas.

En consecuencia, la decisión no se repondrá.

Por lo expuesto, **EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA,**

RESUELVE:

NO REPONER el auto de 14 de mayo de 2015 proferido por la Sección Quinta, en el que se negó el decreto de suspensión provisional del acto de elección del doctor **EDGARDO JOSE MAYA VILLAZON** como Contralor General de la República 2014-2018.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ
Presidenta

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero

JAIME CORDOBA TRIVIÑO
Conjuez

AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA
Conjuez