



MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de designación del Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena / EJERCICIO SIMULTÁNEO DE EMPLEOS PÚBLICOS – La prohibición de recibir doble asignación no constituye inhabilidad sino incompatibilidad / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

[S]e debe determinar si la prohibición consagrada en el artículo 128 de la Constitución Política constituye una inhabilidad para acceder a cargos públicos y por consiguiente, si configura una causal de nulidad electoral o no. (...). Teniendo en cuenta la relevancia que reviste desempeñar un empleo público y las obligaciones y responsabilidades que de ello se derivan, las cuales implican que la persona que asuma este tipo de cargos cuente con las calidades necesarias para su correcto ejercicio -lo que incluye tener la disponibilidad necesaria para ejercer en debida forma la dignidad encomendada-; así como la importancia del erario público, el constituyente prohibió tener de manera simultánea más de un empleo de esta naturaleza, salvo excepciones expresamente consagradas en la ley. (...). Así las cosas, es claro que salvo las excepciones de ley, nadie puede tener a la vez más de un empleo público. Además, que dicha prohibición constituye una incompatibilidad y no una inhabilidad, por cuanto es una limitación al ejercicio de otro empleo público mientras ya se desempeñe alguno. (...). Conforme con el criterio adoptado por la Sala de antaño, el cual se acoge y reitera íntegramente en este caso, es claro que según lo establecido en el numeral 5 del artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo constituye una causal de nulidad electoral estar incurso en causal de inhabilidad, pero no de incompatibilidad. Razón por la cual el hecho de que el demandado haya incurrido o no en la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política resulta irrelevante desde el punto de vista electoral. Ahora bien, en este caso la nulidad del acto acusado no fue declarada por parte del Tribunal a quo por haber incurrido el demandado en la causal 5 del precitado artículo 275 de la Ley 1437 de 2011 sino por desconocimiento de norma superior. Al respecto, resulta del caso precisar que no toda violación de norma superior conlleva per se la declaratoria de la nulidad de un acto de elección o nombramiento, toda vez que para que esta causal genérica de nulidad, consagrada en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 prospere, debe demostrarse que la norma infringida debía fundar el acto acusado. (...). [S]i bien es cierto que las causales de nulidad electoral no son únicamente las enlistadas en el artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sino que además, también resultan aplicables las causales genéricas de nulidad consagradas en el artículo 137 de la referida codificación, según la misma norma lo establece, es claro que para que la referente a la violación de las normas de orden superior prospere, se requiere que efectivamente el acto acusado haya debido fundarse en la norma invocada, por cuanto, se reitera, no cualquier desconocimiento de norma constitucional conlleva la nulidad del acto electoral o de nombramiento, tal y como ocurre en el presente caso. En este evento es claro que el precitado artículo 128 Constitucional no es una norma en la que deba fundarse el acto de designación de un decano, por cuanto, como se mencionó contiene una prohibición que en nada se relaciona con las normas en virtud de las cuales se efectúa este tipo de elecciones. Por lo tanto, como el único fundamento de la demanda y del fallo de primera instancia fue el desconocimiento de la prohibición del artículo 128 Constitucional, el análisis anteriormente expuesto resulta suficiente para revocar la decisión del a quo sin que sea necesario analizar las demás normas invocadas por el actor, toda vez que aquellas se refieren a la misma situación fáctica y jurídica, concretamente a las excepciones a la prohibición en mención.





NOTA DE RELATORÍA: Acerca de la prohibición de desempeñar dos o más cargos públicos, contemplada en el artículo 128 de la Constitución Política, ver: Corte Constitucional, sentencia de 4 de febrero de 2010, exp. T-066, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En cuanto a la diferencia entre inhabilidades e incompatibilidades y su incidencia en materia electoral, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia de 26 de febrero de 1996, radicación 1097, M.P. Miren de la Lombana de Magyaroff.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 128 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 275 NUMERAL 5 / LEY 1952 DE 2019 – ARTÍCULO 39

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 13001-23-33-000-2018-00496-02

Actor: ELKIN RAFAEL OSPINO JULIO

Demandado: FREDY POMARES HERRERA – DECANO DE LA FACULTAD DE MEDICINA DE LA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

Referencia: NULIDAD ELECTORAL

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la Universidad de Cartagena y del señor Fredy Pomares Herrera, contra la sentencia del 10 de julio de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en la que se decidió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial del artículo 1 del acto de designación del señor **FREDY POMARES HERRERA**, como decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena, contenido en la Resolución No. 1234 de 6 de junio de 2018 expedido por la Universidad de Cartagena, con fundamento en los motivos expuestos en esta providencia.

(...)”¹

Lo anterior, con base en los siguientes

¹ Folios 586 a 594 del expediente





I. ANTECEDENTES

1. Pretensión

El ciudadano Elkin Rafael Ospino Julio, por conducto de apoderada, presentó demanda² en ejercicio del medio de control de nulidad electoral contra la Resolución 01234 del 6 de junio de 2018 proferida por la Universidad de Cartagena.

En la demanda se elevó la siguiente pretensión:

*“Que se declare la nulidad parcial del artículo 1 de la Resolución No. 234 (sic) de 6 de junio de 2018 en lo referente a la designación del doctor **FREDDY POMARES HERRERA**, como Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena.”*

2. Hechos

Señaló que los días 26 y 28 de abril de 2018 se adelantaron las votaciones al interior de la Universidad de Cartagena con el fin de conformar la lista para la escogencia de los decanos de las facultades y los directores de programa en dicha institución de educación superior.

Indicó que de conformidad con lo establecido en las normas internas le corresponde al rector nombrar a los decanos y directores de programa de una lista conformada por aquellos docentes que hubieran obtenido más del 30% de los votos de los profesores y estudiantes de pregrado y posgrado.

Manifestó que el señor Fredy Pomares Herrera es docente de tiempo completo de la Universidad de Cartagena, escalafón profesor titular de las asignaturas de anatomía humana y macroscópica en el programa de medicina; y de morfología en los programas de química y farmacia, enfermería y odontología, por lo que dicta un total de 40 horas semanales según consta en el certificado correspondiente.

Adujo que el demandado también se encuentra vinculado a la E.S.E. Hospital Local de Cartagena de Indias como médico general, código 211, grado 17 con una intensidad de 4 horas diarias, según consta en certificado expedido por el gerente de dicha institución.

Sostuvo que al ser profesor tiempo completo de la Universidad de Cartagena no puede laborar en otra entidad pública, por lo que se encuentra inhabilitado para ejercer el cargo para el cual fue elegido.

Mencionó que dicha situación fue puesta en conocimiento de la universidad el 8 de junio de 2018, sin embargo, el demandado se posesionó ese mismo día como decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena.

² La demanda se presentó el 28 de junio de 2018.



3. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante señaló como vulnerados los artículos 128 y 179 numeral 8 de la Constitución Política; 3 de la Ley 78 de 1931; 19 de la Ley 4 de 1992; 3 de la Ley 268 de 1996; 23, 108, 109 y 113 del Acuerdo 3 del 26 de febrero de 2003; 33 del Acuerdo 24 del 4 de diciembre de 2008 y el Acuerdo 40 del 5 de diciembre de 1996.

Señaló que el demandado infringió la norma de la carta política que establece que nadie puede desempeñar simultáneamente más de un cargo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

Indicó que su caso no se encuadra en ninguna de las excepciones consagradas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 por lo que se encuentra inhabilitado para ejercer el cargo de decano en la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena.

Reiteró que al ser profesor de tiempo completo en la referida universidad no puede trabajar en otra entidad pública, recibir dos asignaciones del Estado ni superar las horas laborales diarias y semanales.

Agregó que el artículo 3 de la Ley 268 de 1996 prohíbe la concurrencia de horarios a quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público, con excepción de quienes realizan actividades docentes de carácter asistencial.

Afirmó que el acto demandado debe ser declarado nulo por haber sido expedido con infracción de las normas en que debía fundarse.

Explicó que el artículo 3 de la Ley 78 de 1931 dispone que es nulo todo nombramiento que se realice contrariando la Constitución y la ley.

Recordó que de conformidad con lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es taxativo, por lo que únicamente el legislador se encuentra facultado para fijarlo y en consecuencia, una norma de menor jerarquía no puede modificarlo.

Manifestó que, sin embargo, en virtud de la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política y desarrollada en la Ley 30 de 1992 las universidades pueden establecer en sus estatutos causales de inhabilidad.

En la reforma de la demanda, agregó que con la elección del demandado se desconoció el artículo 179 numeral 8 de la Carta Política, que aunque en principio va dirigido a congresistas resulta aplicable a todas las personas que pretendan ocupar un cargo público.

Sostuvo que jurisprudencialmente se ha explicado que la razón de ser de la





prohibición de simultaneidad en el desempeño de funciones públicas radica en el buen ejercicio y efectividad que debe tener un funcionario en el desarrollo de sus funciones, aspectos que se pueden ver mermados con la prestación simultánea de un servicio.

Adujo que es imposible que una persona que tenga una vinculación de tiempo completo con una entidad pueda atender en debida forma otro cargo, así sea de medio tiempo.

4. Contestaciones de la demanda

La Universidad de Cartagena y el señor Fredy Pomares Herrera contestaron la demanda en los siguientes términos:

4.1. De la Universidad de Cartagena

Manifestó su oposición a la pretensión de la demanda al considerar que carece de fundamento fáctico y jurídico.

Propuso la excepción de *“inexistencia absoluta de causal de anulación en la designación de decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena, por estar ajustada al ordenamiento jurídico”*, con sustento en que las normas invocadas por el demandante no son aplicables al caso bajo examen.

Refirió que el ente universitario llevó a cabo el proceso de designación en cumplimiento del principio de autonomía universitaria previsto en el artículo 69 de la Constitución Política y en el artículo 28 de la Ley 30 de 1992 así como en los estatutos internos, por lo que de presentarse irregularidades en las consultas para escoger directivos de las universidades públicas debe analizarse estos últimos contrastados con el acto de convocatoria y demás resoluciones que regulen la materia.

Señaló que existe precedente judicial que establece que el análisis de legalidad de la elección de directivos de las universidades oficiales debe hacerse con base en los estatutos de la entidad y el acto de convocatoria respectivo: sentencia de esta Sección del 4 de octubre de 2013 dentro del expediente 540001233100020120021401.

Recordó que el proceso de consulta para la elección de directivos de la Universidad de Cartagena está regulado por normas internas, las cuales reseñó con el fin de demostrar que el acto demandado fue proferido con pleno apego a la normativa aplicable.

Expuso que a través de la Resolución Rectoral *ad-hoc* 00393 de 1º de marzo de 2018, se efectuó la convocatoria a personal docente, administrativo y estudiantes de la Universidad de Cartagena para participar en el proceso de consulta de las directivas universitarias y de elección de los representantes de docentes ante el Consejo Superior, Consejo Académico y Consejos de Facultad periodo 2018-





2022, y se estableció el cronograma del proceso conforme a los términos previstos en las normas estatutarias, al tiempo que se fijaron fechas para los foros en los que los aspirantes a cargos directivos expondrían sus propuestas, para las votaciones y para el escrutinio.

Sostuvo que el señor Freddy Pomares se inscribió para aspirar al cargo de decano del ente universitario, cuyos requisitos están consagrados en el artículo 20 del Acuerdo 04 de 18 de junio de 2018, previa manifestación bajo la gravedad del juramento de que no se encontraba incurso en causales de nulidad o incompatibilidad, la cual se encuentra contenida en el acta de inscripción de 14 de marzo de 2018.

Destacó que a la Universidad de Cartagena no le correspondía declarar la presunta inhabilidad en la que incurrió el señor Freddy Pomares Herrera, hoy decano de la Facultad de Medicina, pues dentro del proceso de consulta interna hay un comité encargado de resolver las impugnaciones contra los candidatos y en este caso puntual, no se impugnó en momento alguno la postulación del demandado.

Comentó que las inhabilidades e incompatibilidades fueron señaladas de forma taxativa en el ordenamiento jurídico, razón por la cual no se puede aplicar una inhabilidad por extensión, analogía o interpretación; y, en este caso, la inhabilidad invocada por el demandante no existe como causal de exclusión de un aspirante, dado que el ordenamiento legal no previó el retiro *ipso facto* por violación de los artículos 128 de la Constitución Política, 19 de la Ley 4ª de 1992, 3º de la Ley 268 de 1996, 23, 108, 109 y 113 del Acuerdo 03 de 2003, Estatuto Docente, y 33 del Acuerdo 24 de 2008, Código de Buen Gobierno, normas señaladas en la demanda que además solo fueron previstas como prohibiciones.

Mencionó que el artículo 91 del Estatuto General estableció que el cargo de decano es académico administrativo y conforme al artículo 20 del referido estatuto debe ser designado de los docentes de planta, lo que descarta la posibilidad de nombrar a otro tipo de empleados.

Aclaró que quien ejerce la función mencionada no inicia otro vínculo laboral con la universidad por cuanto su vinculación es sin solución de continuidad, por lo que las prerrogativas adquiridas no las pierde por el desempeño del nuevo cargo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 53 de la Carta Política.

Señaló que la parte actora considera que el docente Freddy Pomares Herrera incurrió en la prohibición prevista en los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la Ley 4ª de 1992, esto es, por ejercer simultáneamente el cargo de decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena, y el cargo de médico general en la E.S.E. Hospital Local de Cartagena; no obstante, el Departamento Administrativo de la Función Pública, en concepto de 31 de agosto de 2009 emitido con sustento en la sentencia C-206 de 2003, manifestó que no hay impedimento legal para que un profesional del área de la salud vinculado a una entidad estatal tenga otra vinculación con otra institución pública siempre que no





haya cruce de horario, como es el caso.

Frente a la presunta violación del artículo 3º de la Ley 296 de 1996 debido a la concurrencia de horarios de quienes prestan servicios en salud en entidades de derecho público, resaltó que al expedirse el acto demandado no hubo objeción por parte de ciudadanos o participantes en el proceso de consulta por la existencia de cruce de horarios del decano demandado.

Afirmó que la posesión en el cargo es un hecho posterior al acto administrativo que no lo invalida ni le quita eficacia, puesto que este está amparado por presunción de legalidad y para ese momento, no existía decisión de autoridades judiciales o administrativas que afectaran su ejecución.

Aseveró que el oficio de 8 de junio de 2018 radicado por el señor Jaison Brochero De La Hoz, a través del cual puso de presente la presunta inhabilidad del señor Pomares Herrera basada en el artículo 128 de la Constitución Política, se le dio el trámite correspondiente al remitirse a la Oficina de Control Disciplinario.

Explicó que el demandado, al momento de inscribir su candidatura como decano, manifestó no estar incurso en inhabilidad o incompatibilidad alguna por cruce o concurrencia de horarios, circunstancia que no estaba acreditada al expedirse el acto objeto de demanda.

Agregó que el acto administrativo atacado no lesionó las normas invocadas por la parte actora, y reiteró que no se está en presencia de inhabilidad, incompatibilidad, impedimento, recusación o conflicto de interés alguno que reste validez y eficacia a la decisión cuestionada.

4.2. Del señor Fredy Pomares Herrera

Señaló que su situación se encuentra encuadrada en la excepción consagrada en el literal e) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992 referida a los honorarios percibidos por conceptos de servicios profesionales de salud por lo que la demanda presentada en su contra no tiene fundamento legal.

Reconoció que es un profesional de la salud que presta sus servicios de manera directa, en misión asistencial como médico general de la E.S.E. Hospital Local de Cartagena de Indias.

Explicó que la Ley 268 de 1996 busca que los profesionales de la salud puedan garantizar la prestación del servicio público de salud, sin perjuicio de que desarrollen otras actividades producto de otro empleo público.

Indicó que el artículo 2 de la Ley 268 de 1996 autoriza al personal asistencial que presta directamente servicios de salud a desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público con una jornada de máximo 12 horas diarias sin exceder las 66 semanales.





Acusó al actor de invocar de manera equivocada las normas fundamento de la demanda con el fin de hacer incurrir en error al juzgador.

Mencionó que el demandado tiene una jornada de 8 horas diarias en la Universidad de Cartagena y 4 en el Hospital Local de Cartagena, lo que indica que se encuentra en el máximo permitido en la norma.

Agregó que el artículo 3 de la norma en cita, prohíbe la concurrencia de horarios con excepción de las actividades de carácter docente asistencial que se realicen en las mismas instituciones en las cuales se encuentra vinculado el profesional de la salud que ejerce simultáneamente la docencia y la prestación directa de servicios de salud.

Sostuvo que el actor se limita a la frase de prohibición de la concurrencia de horarios sin tener en cuenta la excepción fijada en la norma para los docentes.

Puso de presente que el artículo 5 de la Ley 268 de 1996 consagra la posibilidad de ajustar los horarios de los prestadores de servicios de salud e incluso ajustar la relación laboral de los trabajadores oficiales y empleados públicos conforme las necesidades del servicio, por lo que en su criterio, es claro que la inhabilidad planteada por el actor no se configura en este caso.

Afirmó que el demandante no precisa en su demanda cuál es la inhabilidad en la que presuntamente está incurso el señor Pomares Herrera, con todo, aseguró que el demandado no se encuentra incurso en ninguna de las inhabilidades establecidas en la Constitución Política y la ley.

Refirió la normativa interna de la Universidad de Cartagena que regula el proceso de elección de los decanos de sus facultades para destacar que aquellas se cumplieron rigurosamente en este evento.

Aseveró que el actor se limitó a citar una serie de normas sin desarrollar el concepto de su violación y sin demostrar la configuración de alguna de las causales de nulidad específicas en materia electoral consagradas en el artículo 275 de la Ley 1437 de 2011 ni las generales del artículo 137 de la misma ley.

Con base en dichos argumentos, propuso como excepción previa la de inepta demanda.

Agregó como respuesta a la reforma de la demanda que el cargo relacionado con la presunta vulneración del numeral 8 del artículo 179 Constitucional es nuevo, presentado fuera del término de caducidad por lo que acertó el Tribunal de primera instancia al haber rechazado dicha actuación frente al mismo.

5. Actuación procesal en la primera instancia

El 11 de julio de 2018, el Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la demanda y negó el decreto de la medida cautelar solicitada. (fols. 36 a 39 del cuaderno 1 del





expediente).

Dentro del término legal la apoderada de la parte actora reformó la demanda, reforma que fue admitida parcialmente mediante auto del 17 de septiembre de 2018. (fols. 368 y 369 del cuaderno 2 del expediente).

Dentro del término de ley, la Universidad de Cartagena y el demandado contestaron la demanda y se pronunciaron frente a su reforma mediante memoriales visibles a folios 57 a 81, 248 a 263 y 372 a 374 de los cuadernos 1 y 2 del expediente).

En proveído del 25 de octubre de 2018, se fijó fecha para celebrar la audiencia inicial prevista en el artículo 283 de la Ley 1437 de 2011, la cual se llevó a cabo el día 7 de noviembre siguiente. (fols. 392 y 398 a 399 del cuaderno 2 del expediente).

En la audiencia se adelantaron las siguientes actuaciones: (i) se saneó el proceso; (ii) se resolvió negativamente la excepción previa de inepta demanda formulada por el apoderado del demandado, decisión que fue apelada y confirmada por esta Sección mediante providencia del 24 de enero de 2019. (fols. 417 a 433 del cuaderno 3 del expediente).

El 4 de marzo de 2019 continuó la audiencia inicial y se fijó el litigio, se resolvió sobre las pruebas aportadas y solicitadas por las partes, se decretaron pruebas de oficio y se fijó fecha para la realización de la audiencia de pruebas. (fols. 447 a 450 del cuaderno 3 del expediente).

El 2 de abril de 2019 se llevó a cabo la audiencia de pruebas en la cual se practicaron los medios de prueba decretados durante la audiencia inicial y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito. (fols. 470 a 472 del cuaderno 3 del expediente).

6. Fijación del litigio en primera instancia

En la audiencia inicial celebrada el 4 de marzo de 2019 se fijó el litigio en los siguientes términos:

“¿Está viciada de nulidad la Resolución No. 234 del 6 de junio de 2018 por infracción a las normas en que debía fundarse al nombrarse al señor FREDY POMARES HERRERA como decano de la facultad de medicina de la Universidad de Cartagena quien se encontraba inhabilitado para el ejercicio del cargo?

Para resolver el anterior problema se deberá determinar si i) el señor FREDY POMARES HERRERA para el momento de la elección como decano de la facultad de medicina de la Universidad de Cartagena y su posesión se encontraba desempeñando otro empleo público en la ESE HOSPITAL LOCAL DE CARTAGENA sin estar amparado por excepción





legal y en caso de ser positiva la respuesta a este interrogante se deberá establecer ii) si el hecho de estar desempeñando otro empleo público constituye una inhabilidad para el ejercicio del cargo para el cual fue nombrado.”

7. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 10 de julio de 2019 el Tribunal Administrativo de Bolívar declaró la nulidad parcial del artículo 1 de la Resolución 1234 del 6 de junio de 2018 a través de la cual se designó al señor Fredy Pomares Herrera como decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena.

Como fundamento de la decisión, manifestó en resumen lo siguiente:

Recordó que por mandato constitucional las universidades cuentan con autonomía para darse sus propias reglas de organización y funcionamiento, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, conflicto de intereses y prohibiciones en sus estatutos, siempre y cuando se respete el marco de garantías de carácter constitucional y el principio de reserva legal.

Señaló que jurisprudencialmente se ha aceptado que se incorporen normas que en principio no serían aplicables a los entes universitarios, siempre y cuando se haya previsto dicha posibilidad en los estatutos.

Indicó que en este caso se probó que el señor Fredy Pomares Herrera es docente de planta, tiempo completo grado 02 de la Facultad de Medicina en el área de anatomía de la Universidad de Cartagena con una intensidad horaria de 40 horas semanales.

Además, que presta sus servicios como médico general desde el 1 de octubre de 2011 en la E.S.E. Hospital Local de Cartagena con una jornada de 4 horas diarias.

Explicó que conforme el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 un empleado público puede excepcionalmente recibir remuneración proveniente de dos entidades del Estado, siempre que la situación se encuadre en la excepciones consagradas en la norma, dentro de las cuales se incluyen los honorarios recibidos por concepto de servicios profesionales de salud o de docentes que presten sus servicios en entidades del Estado mediante la modalidad de hora cátedra.

Aclaró que la excepción en comento se refiere a vinculación por contratos de prestación de servicios y no de naturaleza laboral.

Adujo que según lo establecido en el Acuerdo 03 de 2003 mediante el cual la Universidad de Cartagena expidió el Estatuto del Profesor Universitario, el régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de los empleados públicos del orden nacional, se aplica a los docentes de dicha institución universitaria.

Expuso que en dicho estatuto se prevé que existen 4 tipos de docentes: de





dedicación exclusiva, de tiempo completo, de medio tiempo y de cátedra.

Aclaró que los docentes de tiempo completo dedican la totalidad de la jornada laboral que es de 40 horas semanales al servicio de la universidad, son empleados públicos y se rigen por la Ley 30 de 1992; mientras que los docentes de cátedra no son ni empleados públicos ni trabajadores oficiales, son contratistas y su vinculación se hace a través de un contrato de prestación de servicios.

Sostuvo que por lo tanto, el señor Fredy Pomares Herrera se encuentra vinculado a través de una relación legal y reglamentaria como médico de la E.S.E. Hospital Local de Cartagena y con la Universidad de Cartagena, lo que demuestra que su vínculo es de naturaleza laboral, por lo que recibe un salario y no honorarios.

Afirmó que en tales condiciones está acreditado que el demandado ocupa dos cargos públicos que se concretan en dos vinculaciones de naturaleza laboral con el Estado, por lo que percibe más de una asignación proveniente del tesoro público y por ende, está infringiendo la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política.

Adujo que, en consecuencia, el demandado no se encuentra cobijado por la excepción consagrada en el literal e) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992, toda vez que la misma se refiere a contratistas que perciben honorarios y no salario.

Concluyó que el acto demandado fue proferido con infracción de las normas en que debía fundarse, para el caso concreto los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la Ley 4 de 1992 y por lo tanto, declaró su nulidad.

8. Los recursos de apelación

Inconformes con la decisión adoptada, tanto el demandado como la Universidad de Cartagena interpusieron recurso de apelación a través de escritos del 18 y el 19 de julio de 2019, respectivamente, los cuales se concedieron mediante providencia del día 23 del mismo mes y año.

Los argumentos de los escritos de apelación se pueden sintetizar, de la siguiente manera:

8.1 Fredy Pomares Herrera

El apoderado del demandado solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia y que, en su lugar, se denieguen las pretensiones de la demanda.

Recordó que las inhabilidades e incompatibilidades para desempeñar un cargo público deben ser taxativas, por lo que su aplicación debe regirse exclusivamente por las normas vigentes.

Adujo que el fallador de primera instancia omitió analizar lo previsto en la Ley 269





de 1996 que regula el artículo 128 de la Constitución Política en relación con quienes prestan servicios de salud en entidades de derecho público y establece que quienes presten directamente servicios de salud podrán desempeñar más de un empleo en las entidades de derecho público.

Afirmó que la Corte Constitucional en sentencia C-206 de 1996 ratificó que la referida norma es una excepción a la prohibición constitucional de tener más de un empleo en las entidades de derecho público, mientras no exista cruce de horarios a fin de garantizar el acceso permanente al servicio público de salud.

Aseveró que de conformidad con el Departamento Administrativo de la Función Pública no existe impedimento para que un profesional del área de la salud que presta sus servicios en un Empresa Social del Estado se vincule con otra institución pública, como por ejemplo, una universidad pública.

Agregó que la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en concepto 880 del 27 de agosto de 1996 también aceptó que los médicos que prestan servicios de salud pueden desempeñar más de un empleo de su especialidad en diversas entidades de derecho público.

Sostuvo que el artículo 128 de la Constitución Política no consagra una limitación para acceder a un cargo público.

Señaló que el demandado cumplía con todas las calidades, requisitos constitucionales y legales para ser designado y elegido como decano.

Indicó que esta Sección en sentencia del 4 de diciembre de 2014 dentro del radicado 2014-006 sostuvo que el artículo 128 constitucional no se enmarca dentro de las inhabilidades consagradas en la Constitución y la ley, sino de las incompatibilidades, las cuales no constituyen una causal de nulidad electoral a la luz de lo establecido en el artículo 275 de la Ley 1437 de 2011.

Recordó que tanto la Corte Constitucional como esta Corporación han señalado que las normas que establecen derechos y libertades deben interpretarse de manera que se garantice su más amplio ejercicio y aquellas que los limiten a través de inhabilidades e incompatibilidades no pueden interpretarse de manera extensiva, sino siempre restrictiva.

Mencionó que existen dos normas que desarrollan el artículo 128 de la Carta Política: la Ley 4 de 1992 y la Ley 269 de 1996, sin embargo, el Tribunal *a quo* olvidó tener en cuenta esta última que regula de manera específica el caso concreto.

8.2 Universidad de Cartagena

El apoderado de la institución educativa solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se denieguen las pretensiones de la demanda.





Acusó al Tribunal de primera instancia de no tener en cuenta las pruebas aportadas al expediente específicamente en lo que tiene que ver con el argumento según la cual no existe solución de continuidad al momento en que un docente es designado decano.

Manifestó que en atención a que el cargo de decano es un cargo académico administrativo por disposición del artículo 91 del Acuerdo 40 de 1996 del Consejo Superior de la Universidad de Cartagena, cuando lo ejerce un docente se entiende que éste se encuentra en comisión.

Reiteró que en estos casos no hay solución de continuidad por cuanto el docente no inicia un nuevo vínculo laboral con la universidad por lo que al posesionarse como decano no pierde su calidad de docente.

Señaló que el fallador de primera instancia no tuvo en cuenta el artículo 3 de la Ley 269 de 1996 que establece que una persona puede tener más de un cargo público siempre y cuando no se crucen los horarios.

Sostuvo que la infracción de los artículos 128 de la Constitución Política, 19 de la Ley 4 de 1992, 3 de la Ley 269 de 1996 y demás normas invocadas en la demanda, no constituye una inhabilidad a la luz de los estatutos de la universidad.

Recordó que las causales de inhabilidad son de reserva legal y de interpretación restrictiva por lo que no puede ampliarse su alcance a través de una decisión judicial.

Adujo que las normas invocadas por el demandante constituyen una prohibición al servidor público que es una situación jurídica diferente a las inhabilidades e incompatibilidades.

Aseveró que el demandado se encuentra amparado por la excepción consagrada en el literal e) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992 referente a los honorarios por la prestación de servicios médicos profesionales.

Indicó que la Corte Constitucional en la sentencia C-206 de 2003 se pronunció sobre la Ley 269 de 1996 en el sentido de avalar la flexibilización de la prohibición de tener más de un cargo público en materia de salud.

Concluyó que en este caso no hay impedimento legal para que el profesional del área de la salud que presta sus servicios a una entidad del Estado se vincule con otra institución pública o con la misma, independientemente de cuál sea la modalidad de la relación, siempre y cuando no se crucen los horarios ni se exceda de las 12 horas diarias y 66 semanales, tal y como lo establece la norma.

9. Actuación procesal en segunda instancia

Mediante auto del 15 de agosto de 2019 el magistrado ponente de la Sección Quinta del Consejo de Estado: **(i)** admitió el recurso; **(ii)** ordenó a la secretaría de





la Sección que lo pusiera a disposición de la parte demandada por el término de 3 días; **(iii)** ordenó que vencido el plazo anterior, permaneciera el expediente en secretaría por otros 3 días para que las partes presentaran alegatos de conclusión, **(iv)** ordenó poner el expediente a disposición del Ministerio Público con el fin de que rindiera concepto dentro de los 5 días siguientes y **(v)** advirtió una serie de irregularidades en el trámite de primera instancia por lo que llamó la atención al Tribunal Administrativo del Bolívar con el fin de que adopte las medidas necesarias para evitar volver a incurrir en ellas en el futuro.

En atención a la solicitud presentada por la procuradora delegada en el escrito a través del cual rindió concepto en esta instancia, el 23 de septiembre de 2019 se requirió a la Universidad de Cartagena con el fin de que aportara copia del acto de confirmación de la elección del demandado como decano de la Facultad de Medicina de dicha institución universitaria.

10. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Dentro del término concedido, el demandado a través de apoderado presentó sus alegatos de conclusión en los que reiteró íntegramente los argumentos expuestos en los recursos de apelación.

El 23 de septiembre de 2019 el demandante, presentó un escrito de alegatos de conclusión, sin embargo, el mismo no puede ser tenido en cuenta dada su extemporaneidad³.

La Universidad de Cartagena no alegó de conclusión en esta instancia.

11. Concepto del Ministerio Público

La procuradora séptima delegada ante el Consejo de Estado, rindió concepto en los siguientes términos:

Señaló que de conformidad con lo establecido en el artículo 2 del acto demandado se requiere la ratificación de la elección o nombramiento de los decanos por parte del Consejo Superior de la Universidad de Cartagena.

Indicó que la ratificación de la designación de los decanos de la Universidad de Cartagena implica que esos actos de elección o nombramiento sean complejos por cuanto interviene en su formación la voluntad de dos autoridades: el rector y el Consejo Superior.

Puso de presente que el referido acto de ratificación no fue aportado al expediente por lo que debe verificarse su existencia previo a emitir sentencia de segunda instancia.

³ El término para alegar de conclusión venció el 27 de agosto de 2019 según constancia secretarial visible a folio 645 del expediente.



Adujo que en el evento en que el acto de ratificación no exista, la designación del demandado no se perfeccionó y por tanto, su elección no puede ser objeto de control judicial.

Manifestó que en caso de que dicho acto sí exista, la demanda sería inepta por cuanto no se dirigió contra la totalidad de decisiones que conforman el acto complejo de elección.

Agregó que, sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 102 del Código General del Proceso, la referida irregularidad debe entenderse saneada.

Frente al fondo del asunto, afirmó que de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-133 de 1993 la prohibición consagrada en el artículo 128 de la Constitución Política es una incompatibilidad y no una inhabilidad, por lo que conforme reiterada jurisprudencia de esta Sección no es causal de nulidad electoral.

Sostuvo que de conformidad con lo anterior, el hecho de que una persona incurra en la referida prohibición puede constituir una falta susceptible de ser investigada disciplinariamente pero no una causal de nulidad del acto de nombramiento.

Con todo, agregó que la situación jurídica del demandado no se enmarca en el artículo 2 de la Ley 269 de 1996 por cuanto la norma se refiere a que el personal asistencial que preste directamente servicios de salud puede desempeñar más de un cargo de esa naturaleza, con el fin de que se garantice la prestación de dicho servicio público esencial.

Afirmó que dicha norma no habilita al demandado a estar vinculado con una empresa social del Estado y a la vez con la Universidad de Cartagena como decano, toda vez que con esta última vinculación no cumple funciones asistenciales del sector salud.

Recordó que el demandado es docente de la Universidad de Cartagena y médico de una empresa social del Estado desde hace varios años, por lo que la trasgresión del artículo 128 Constitucional no se origina en su designación como decano sino en su vinculación como docente.

Solicitó revocar la sentencia apelada y en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

Surtidos los trámites legales pertinentes, el proceso se adelantó con la observancia de las ritualidades previstas en la ley procesal y sin que obre causal de nulidad que afecte la actuación, procede la Sala a resolver previas las siguientes





II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos por el señor Fredy Pomares Herrera y la Universidad de Cartagena contra la sentencia del 10 de julio de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar de conformidad con lo establecido en los artículos 150 y 152 numeral 9 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Cuestión previa

La señora agente del Ministerio Público dentro del concepto rendido en el trámite de esta instancia puso de presente que no se había incluido en la demanda el acto a través del cual se confirmó la designación del demandado como decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena.

Según se tiene, el artículo 56 del Acuerdo 40 del 5 de diciembre de 2018, por medio del cual se modificaron los Estatutos de la Universidad de Cartagena, establece que la designación de los decanos de esta institución universitaria debe ser ratificada por el Consejo Superior, sin embargo, revisado el expediente efectivamente se evidenció que dicho acto no había sido aportado.

De manera concreta la norma dispone:

“Los decanos serán escogidos por el Rector de una lista conformada por aquellos docentes que hubieren obtenido más del 30% de los votos de los profesores y estudiantes de pre y postgrado, debidamente matriculados, que sufraguen, por separado, en su respectiva Facultad, en las elecciones que para ese propósito se efectúen.

La designación de los decanos será ratificada por el Consejo Superior...”⁴

En tales condiciones, mediante auto del 23 de septiembre de 2019 se requirió a la universidad con el fin de que se informara si dicha ratificación tuvo lugar o no, y en caso afirmativo, remitir el acto correspondiente.

La secretaria del Consejo Superior de la Universidad de Cartagena atendió el referido requerimiento en el sentido remitir copia del Acta 8 de la sesión extraordinaria del 8 de junio de 2018 en la cual consta que todos los decanos designados para el período 2018 – 2022, dentro de los cuales se encuentra el demandado, fueron ratificados. (fols. 695 a 705 del expediente).

Conforme con lo anterior, advierte la Sala que efectivamente el acto de

⁴<https://www.unicartagena.edu.co/inicio/transparencia-y-acceso-a-la-informacion/normatividad/normatividad/list/17?resetfilters=0&clearordering=0&clearfilters=0>





designación de un decano, según los Estatutos de la Universidad de Cartagena están sujetos a ratificación por parte del Consejo Superior de la institución.

Por lo tanto, es claro que la designación de un decano en dicha universidad requiere de la intervención de la voluntad del rector y además, del Consejo Superior, por lo que en este caso debió haberse demandado no sólo el acto de designación sino también el de ratificación, so pena de presentarse una situación de proposición jurídica incompleta.

No obstante, dicha irregularidad no fue puesta de presente por ninguno de los sujetos procesales en las oportunidades legalmente otorgadas para el efecto, por lo que de conformidad con lo establecido en los artículos 180 numeral 6, 207 y 283 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo puede entenderse que la misma quedó saneada.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que en la audiencia inicial celebrada en este caso se agotó la etapa de saneamiento sin que ninguno de los intervinientes hiciera manifestación alguna, razón por la cual el proceso quedó saneado sin que se presentara oposición alguna.

Además, de la lectura de la demanda y de sus contestaciones es claro que el acto acusado es el de designación del señor Fredy Pomares Herrera como decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena, acusación frente a la cual el demandado tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa por lo que no se advierte que la irregularidad antes señalada haya afectado el debido proceso.

Entonces, en atención a que se encuentra en trámite la segunda instancia del asunto y a que es obligación de los jueces dar prevalencia al derecho sustancial sobre el simplemente formal, garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia y adoptar todas las medidas necesarias para evitar fallos inhibitorios, la Sala tendrá por subsanada la referida irregularidad, de conformidad con las normas en cita y por tanto, se pronunciará sobre el fondo de la controversia.

3. Problema jurídico

Precisado lo anterior, le corresponde a esta Sección resolver, en los precisos términos expuestos en los recursos de apelación, si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 10 de julio de 2019.

Para el efecto, se debe determinar si la prohibición consagrada en el artículo 128 de la Constitución Política constituye una inhabilidad para acceder a cargos públicos y por consiguiente, si configura una causal de nulidad electoral o no.

En caso afirmativo, se debe establecer si las excepciones consagradas en los artículos 19 literal e) de la Ley 4 de 1992 y 3 de la Ley 269 de 1996 resultan o no aplicables al caso concreto.





4. El caso concreto

Teniendo en cuenta la relevancia que reviste desempeñar un empleo público y las obligaciones y responsabilidades que de ello se derivan, las cuales implican que la persona que asuma este tipo de cargos cuente con las calidades necesarias para su correcto ejercicio -lo que incluye tener la disponibilidad necesaria para ejercer en debida forma la dignidad encomendada-; así como la importancia del erario público, el constituyente prohibió tener de manera simultánea más de un empleo de esta naturaleza, salvo excepciones expresamente consagradas en la ley.

De manera concreta, el referido artículo 128 constitucional dispone:

“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresa o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados en la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho:

“Este mandato constitucional consagra una incompatibilidad que consiste en la prohibición de desempeñar simultáneamente dos o más cargos públicos y de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, además de autorizar a la ley para fijar los casos en que no opera dicha prohibición”⁵.

“La evolución normativa de la anterior prohibición tiene como referente la Constitución Política de 1886, que en el artículo 64 prescribía: nadie podrá recibir dos sueldos del tesoro público, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Este precepto, como se lee en los antecedentes legislativos (texto del acta de la Comisión Octava del Senado correspondiente a la sesión del día 14 de noviembre de 1935), obedeció al deseo del constituyente de evitar posibles abusos por parte de los empleados públicos, si se les permitía la acumulación de cargos y, por ende, de sueldos.

Razones de moralidad de la administración y del poder público llevaron a la modificación del texto anterior, mediante la expedición el acto legislativo No. 1 de 1936, cuyo artículo 23 reformó expresamente el artículo 64 de la Carta de 1886, en el sentido de cambiar el término sueldo por el de asignación con el fin de incluir allí toda clase de remuneraciones, emolumentos, honorarios, mesadas pensionales, etc., que pudieren percibirse con cargo al erario público. Este artículo también amplió el campo de cobertura de la disposición y extendió su aplicación a las

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 133 de abril 1 de 1993. M.P. Dr. Vladimiro Mesa Naranja.



empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado. Así mismo, precisó el significado y alcance de la expresión tesoro público en el sentido de comprender el tesoro de la nación, los departamentos y los municipios; sin embargo, dejó incólume la parte de la norma que autorizaba a la ley para señalar excepciones a dicha regla general.

La Constitución de 1991 conserva este mandato en su integridad, y le agrega la prohibición de que cualquier persona desempeñe más de un cargo público. También adecua el texto del mandato a la nueva normativa, y extiende la definición de tesoro público al patrimonio de las entidades descentralizadas (artículo 128 superior).

El artículo 128 consagra una clara incompatibilidad, estrechamente relacionada con la remuneración de los servidores estatales: en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, así como la recepción de más de una asignación que provenga del erario público.

El desarrollo jurisprudencial del término "asignación", se extracta de los siguientes precedentes. Según la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia⁶:

Puede afirmarse que el vocablo "asignación" es un término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibida por los servidores públicos - sin excepción, dado que la expresión "nadie" no excluye a ninguno de ellos -, por concepto de remuneración, consista ésta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa.

Bajo el vocablo asignación queda comprendida toda remuneración que se reciba en forma periódica, mientras se desempeña una función.

Igualmente, la Corte Constitucional, en sentencia C-133 de 1993⁷, sostiene: El término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc.

Se deduce, entonces, que el bien jurídico constitucional tutelado por los artículos 128 de la C.P. y 19 de la ley 4ª de 1992, que lo desarrolla, es la moralidad administrativa⁸, considerada en el ámbito propio de la función

⁶ Sentencia del 11 de diciembre de 1961, Ponente Enrique López de Pava, G.J.T. XCVII, #2246-9, pág. 18.

⁷ Sentencia del 1 de abril de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁸ Sentencia Sección Primera de la Sala de Casación Laboral C. S .de J., enero 27 de 1995, radicado 7109: *La filosofía del precepto constitucional que no permite la percepción de dos asignaciones del Tesoro Público o que provengan de empresas o de instituciones en que la*



pública y, por tanto, la asignación -comprendida como toda remuneración, sueldo, honorarios, mesada pensional- recibida de forma periódica, debe entenderse respecto de quienes desempeñan empleos públicos⁹.¹⁰ (Se resalta).

Así las cosas, es claro que salvo las excepciones de ley, nadie puede tener a la vez más de un empleo público.

Además, que dicha prohibición constituye una incompatibilidad y no una inhabilidad, por cuanto es una limitación al ejercicio de otro empleo público mientras ya se desempeñe alguno.

Ahora bien, frente a la diferencia entre inhabilidades e incompatibilidades y su incidencia en materia electoral esta Sección ha dicho, de tiempo atrás lo siguiente:

“Las causales de inhabilidad son conductas anteriores a la elección que vician la misma, porque así lo considera la ley, mientras que las incompatibilidades son aquellas actuaciones que no pueden realizarse durante el desempeño de un cargo.

Por razón de su naturaleza excepcional tanto las incompatibilidades como las inhabilidades son taxativas y no admiten aplicación extensiva o por analogía.

La norma constitucional establece que quien se desempeñe en un empleo público, no puede aceptar otro, ni devengar a la vez dos salarios provenientes del Tesoro Público.

Como se ha dicho reiteradamente, las incompatibilidades no pueden aducirse como fundamento de nulidad de una elección sin que haya una norma que así lo señale, (...).¹¹

En ese mismo sentido, de manera reciente se reiteró:

participación estatal sea principal o mayoritaria, no es otra que la de impedir, por razones de moralidad y decoro administrativos, que los empleados oficiales puedan valerse de su influencia para obtener del Estado una remuneración diferente o adicional a la que perciben como sueldo, sea que tal asignación adicional revista el carácter de honorario, dieta o como quiera denominarse. Pero debe observarse que esa prohibición constitucional no puede extenderse a aquellos casos en los cuales no se vulnera esa norma, que tiende -se repite- a preservar la moral en el servicio público.

⁹ Sentencia C-133 del 1 de abril de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa: ...si bien es cierto que en el artículo 128 C.P., se consagra una incompatibilidad, no lo es menos que esta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales....

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-066 de 4 de febrero de 2010. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Radicación 1097. Providencia del 26 de febrero de 1996. M.P. Dra. Miren de la Lombana de Magyaroff.



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

Acerca de la finalidad que persiguen las causales de incompatibilidad, la Corte Constitucional ha señalado:¹²

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

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

En ese sentido, dentro de las causales previstas por el artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, se consagra en el numeral 5° como causal de anulación electoral, (i) la elección de candidatos o el nombramiento de personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad, [cargo que en el caso concreto se analizará a continuación], o (ii) que se hallen incursas en causales de inhabilidad, lo que aquí no se configura.”¹³

Conforme con el criterio adoptado por la Sala de antaño, el cual se acoge y reitera íntegramente en este caso, es claro que según lo establecido en el numeral 5 del artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁴ constituye una causal de nulidad electoral estar incurso en causal

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 1996. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Providencia del 27 de octubre de 2016. Expediente 76001-23-33-000-2016-00192-01. M.P. Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio.

¹⁴ Ley 1437 de 2011. Artículo 275. “Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

1. Se haya ejercido cualquier tipo de violencia sobre los nominadores, los electores o las autoridades electorales.

2. Se hayan destruido los documentos, elementos o el material electoral, así como cuando se haya ejercido cualquier tipo de violencia o sabotaje contra estos o contra los sistemas de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones.

3. Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales.



de inhabilidad, pero no de incompatibilidad.

Razón por la cual el hecho de que el demandado haya incurrido o no en la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política resulta irrelevante desde el punto de vista electoral.

Ahora bien, en este caso la nulidad del acto acusado no fue declarada por parte del Tribunal *a quo* por haber incurrido el demandado en la causal 5 del precitado artículo 275 de la Ley 1437 de 2011 sino por desconocimiento de norma superior.

Al respecto, resulta del caso precisar que no toda violación de norma superior conlleva *per se* la declaratoria de la nulidad de un acto de elección o nombramiento, toda vez que para que esta causal genérica de nulidad, consagrada en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011¹⁵ prospere, debe

4. Los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer.

5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad.

6. Los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges, compañeros permanentes o parientes de los candidatos hasta en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil.

7. Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción.

8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política.”

¹⁵ Ley 1437 de 2011. Artículo 137: “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profiriró.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.

2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.

3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.

4. Cuando la ley lo consagre expresamente.





demostrarse que la norma infringida debía fundar el acto acusado.

Para el caso concreto, la Sala ha sido reiterativa al determinar que la prohibición del artículo 128 de la Constitución Política no tiene incidencia en el ámbito electoral, por cuanto, se repite, constituye una incompatibilidad y no una inhabilidad; en tales condiciones, su desconocimiento puede generar una investigación desde el punto de vista disciplinario pero no consecuencias en materia electoral.

Al respecto, la Ley 1952 de 2019 a través de la cual se expidió el Código Disciplinario y se derogó la Ley 734 de 2002 establece:

“Artículo 39: Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

(...)

13. Desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, las entidades territoriales y las descentralizadas.”

Por lo tanto, se reitera, el desconocimiento de la referida prohibición puede tener implicaciones desde el punto de vista disciplinario pero no, desde el punto de vista electoral.

Entonces, si bien es cierto que las causales de nulidad electoral no son únicamente las enlistadas en el artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sino que además, también resultan aplicables las causales genéricas de nulidad consagradas en el artículo 137 de la referida codificación, según la misma norma lo establece, es claro que para que la referente a la violación de las normas de orden superior prospere, se requiere que efectivamente el acto acusado haya debido fundarse en la norma invocada, por cuanto, se reitera, no cualquier desconocimiento de norma constitucional conlleva la nulidad del acto electoral o de nombramiento, tal y como ocurre en el presente caso.

En este evento es claro que el precitado artículo 128 Constitucional no es una norma en la que deba fundarse el acto de designación de un decano, por cuanto, como se mencionó contiene una prohibición que en nada se relaciona con las normas en virtud de las cuales se efectúa este tipo de elecciones.

Por lo tanto, como el único fundamento de la demanda y del fallo de primera instancia fue el desconocimiento de la prohibición del artículo 128 Constitucional, al análisis anteriormente expuesto resulta suficiente para revocar la decisión del a

PARÁGRAFO. *Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.”*





quo sin que sea necesario analizar las demás normas invocadas por el actor, toda vez que aquellas se refieren a la misma situación fáctica y jurídica, concretamente a las excepciones a la prohibición en mención.

Sin embargo, como se dijo, al no tener incidencia la referida prohibición en materia electoral no hay lugar a estudiar si el demandado se encuentra amparado o no en las excepciones invocadas en el proceso a dicha norma.

En ese orden de ideas, la decisión del Tribunal Administrativo de Bolívar que declaró la nulidad de la designación del señor Fredy Pomares Herrera como decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena por desconocimiento del artículo 128 de la Constitución Política, habrá de ser revocado, para en su lugar, al ser dicho argumento el único fundamento de la demanda, denegar las pretensiones de la misma.

5. Otras decisiones

Al margen de lo anterior, la Sala llama la atención del Tribunal Administrativo de Bolívar, toda vez que, tal y como se advirtió en la providencia del 15 de agosto de 2019, revisado el expediente se evidenció que obran 3 versiones del fallo de primera instancia, todas de ellas con correcciones y observaciones manuscritas en el texto de las providencias: dos de ellas del 31 de mayo de 2019, negando las pretensiones de la demanda, firmadas por sólo dos miembros de la Sala, y una tercera, del 10 de julio siguiente, que declara la nulidad del acto demandado, firmada por los 3 magistrados, lo que deja ver algún grado de descuido por parte de los falladores de esa instancia. (fols. 568 a 594).

Además, se encontró que la reforma de la demanda no fue oportunamente admitida y que el trámite de la primera instancia excedió ampliamente el término legalmente establecido tanto para fijar fecha para audiencia inicial como para fallar, pese a que se trata de una demanda presentada en ejercicio del medio de control de nulidad electoral sujeto a términos perentorios más cortos, razón por la cual se requiere al Tribunal *a quo* con el fin de que adopte las medidas necesarias para evitar que este tipo de circunstancias se repitan en futuras ocasiones.

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: Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 10 de julio de 2019, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

En su lugar, deniéganse las pretensiones de la demanda.





SEGUNDO: Adviértase a los miembros del Tribunal Administrativo de Bolívar de las irregularidades presentadas en el trámite de la primera instancia, evidenciadas en la parte considerativa de esta providencia, con el fin de que adopten las medidas necesarias para no volver a incurrir en ellas.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Magistrado

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Magistrada

CENSURAS – El fallo debió estudiar las sustentadas en normas inferiores a la Constitución / PROHIBICIÓN, INCOMPATIBILIDAD E INHABILIDAD – Falta de precisión y claridad de dichas figuras / PROHIBICIÓN – Concepto / INCOMPATIBILIDAD – Concepto / INHABILIDAD – Concepto / ARGUMENTOS ADICIONALES – Debieron abordarse en el fallo / CENSURA SIN ANALIZAR – Su análisis ha podido contribuir al enriquecimiento del fallo

[M]e permito aclarar el voto, frente a unos aspectos muy puntuales que considero quedaron sin analizar en la parte de consideraciones del fallo. (...). A diferencia de lo que dice el fallo que la demanda solo se soportó en la violación a la prohibición del 128 superior, observé que en las normas violadas y en el concepto de la violación, la parte actora sí invocó otras normas y aportó otras explicaciones. (...).





Por su parte, la sentencia del Tribunal a quo desarrolló el Thema decidendum a partir de normas inferiores a la Constitución, indicando que el demandado no encuadraba en las excepciones contenidas en la norma prohibitiva de recibir doble asignación del tesoro conforme a la Ley 4 de 1992 (art. 19). Esas las razones por las cuales consideré que el espectro de análisis de la Sección Quinta como juez ad quem era más amplio que el solo análisis de la aplicación del artículo 128 Superior. (...). Por otra parte, no se dio claridad sobre si la previsión del 128 constitucional es una incompatibilidad o una prohibición, o ambas, pues a lo largo del fallo se utilizan indistintamente ambas expresiones. Puede decirse que entre la prohibición, de un lado, y la inhabilidad y la incompatibilidad del otro, hay una relación de género a especie, en tanto no toda prohibición es generadora de una inhabilidad o incompatibilidad y, por ende, tampoco puede consecunciar efectos que le son propios a cada una de las modalidades últimas mencionadas. Al efecto, existen regulaciones que evidencian en forma diáfana las escisiones que entre dichas figuras se han establecido. (...). [L]a prohibición en sentido estricto limita el ejercicio de la actividad, oficio o empleo sobre el cual recae o en el desempeño o desenvolvimiento de la actividad o del cargo que se ejerce, siendo sus consecuencias en caso de incurrir en ella, las que prevea la ley, que dependen del contexto y de la manera cómo se considere por el legislador que incide en la misión y propósitos de esa atribución, empezando por sanciones como las disciplinarias, pasando por otras tipicidades sancionatorias o por la incursión en condiciones de inelegibilidad o de nombramiento o de designación o por la constitución en inhabilidades o incompatibilidades o por causa generadora de nulidad del acto de designación (bien se trate de elección, nombramiento o llamamiento), entre otras, todo dependiendo de la previsión en la que haya quedado positivizada. Ahora bien, la prohibición entendida como un concepto general y semiótico veda o impide algo, proscribire un actuar, una acción, una actividad, pero no siempre será inhabilitante ni “incompatible con...”, pues valga recordar que conforme al principio de legalidad los particulares pueden hacer todo lo que no les esté prohibido y los servidores públicos tan solo lo que les está permitido, al punto que incursionar para lo que no ha sido atribuida competencia, en sentido amplio, es incurrir en una prohibición. (...). [L]a incompatibilidad es el evento en que coexisten por lo menos dos actividades concurrentes o concomitantes, que son imposibles de ejercer de manera simultánea o paralela y “() y surgen por virtud y en razón del cargo o función, de la relación legal, reglamentaria o de servicio que vincula a un sujeto con el Estado ()”. Por otra parte, la inhabilidad es el evento previsto en la Constitución o en la ley que impide o imposibilita a la persona para el ejercicio a lo que aspira (designación, contrato etc.), en este caso a ser designado o elegido en un empleo público o a celebrar contrato, por suprimir la aptitud jurídica que se requiere normativamente para ello. (...). A mi juicio, dentro de los recursos de apelación hay un par de argumentos muy interesantes y es que no hay solución de continuidad entre el cargo docente y el de rector, aunado a que conforme a los estatutos universitarios, cuando es un docente quien resulta elegido, se entiende que el cargo docente entra en la modalidad de comisión de servicios, aspectos que considero debieron abordarse más allá de indicar que el artículo 128 superior no es constitutivo de causal de nulidad electoral por no ser una inhabilidad. (...). Finalmente, dentro de los puntos no analizados el fallo se queda sin pronunciarse sobre la concurrencia entre el trabajo docente y el servicio en las actividades de salud en el Hospital Local que era el quid del asunto desde el punto de vista fáctico. Por ello considero que debió profundizarse sobre los aspectos referidos como forma de complementar y enriquecer el fallo y con lo cual se dejara expresamente estudiados todos los aspectos de las censuras de violación.





CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO DE LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C. dieciocho (18) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 13001-23-33-000-2018-00496-02

Actor: ELKIN RAFAEL OSPINO JULIO

Demandado: FREDY POMARES HERRERA - DECANO FACULTAD DE MEDICINA DE LA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Nadie puede desempeñar simultáneamente más de un cargo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público (artículo 128 C.P.)

ACLARACIÓN DE VOTO A FALLO

Con el acostumbrado respeto, he de manifestar que aunque comparto la decisión tomada en el presente caso, de revocar el fallo del Tribunal *a quo* para denegar las pretensiones de nulidad electoral contra el acto de elección del señor **ELKIN RAFAEL OSPINO JULIO**, en calidad de Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena, me permito aclarar el voto, frente a unos aspectos muy puntuales que considero quedaron sin analizar en la parte de consideraciones del fallo.

1) El espectro más amplio de las censuras

A diferencia de lo que dice el fallo que la demanda solo se soportó en la violación a la prohibición del 128 superior, observé que en las normas violadas y en el concepto de la violación, la parte actora sí invocó otras normas y aportó otras explicaciones, lo advierto porque en los mismos antecedentes de la providencia se mencionan: la Ley 4 de 1992 (art. 19), el artículo 3º de la Ley 268 de 1996, el art. 3 de la Ley 78 de 1931.

Por su parte, la sentencia del Tribunal *a quo* desarrolló el *Thema decidendum* a partir de normas inferiores a la Constitución, indicando que el demandado no encuadraba en las excepciones contenidas en la norma prohibitiva de recibir doble asignación del tesoro conforme a la Ley 4 de 1992 (art. 19).

Esas las razones por las cuales consideré que el espectro de análisis de la Sección Quinta como juez *ad quem* era más amplio que el solo análisis de la aplicación del artículo 128 Superior.





2) La falta de precisión y claridad en las figuras de la prohibición, la incompatibilidad y la inhabilidad.

Por otra parte, no se dio claridad sobre si la previsión del 128 constitucional es una incompatibilidad o una prohibición, o ambas, pues a lo largo del fallo se utilizan indistintamente ambas expresiones.

Puede decirse que entre la prohibición, de un lado, y la inhabilidad y la incompatibilidad del otro, hay una relación de género a especie, en tanto no toda prohibición es generadora de una inhabilidad o incompatibilidad y, por ende, tampoco puede consecunciar efectos que le son propios a cada una de las modalidades últimas mencionadas.

Al efecto, existen regulaciones que evidencian en forma diáfana las escisiones que entre dichas figuras se han establecido. A título de ejemplo, el nuevo Código General Disciplinario, que entrará en vigencia a mediados del año 2021 y que está contenido en la Ley 1952 de 2019, al definir la falta disciplinaria y las conductas que la causan el tema lo divide así, incurrir en “*prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses*” (art. 26) y más adelante en artículos separados divide las prohibiciones, de las inhabilidades, de las incompatibilidades y del conflicto de interés.

Puede decirse que la prohibición en sentido estricto limita el ejercicio de la actividad, oficio o empleo sobre el cual recae o en el desempeño o desenvolvimiento de la actividad o del cargo que se ejerce, siendo sus consecuencias en caso de incurrir en ella, las que prevea la ley, que dependen del contexto y de la manera cómo se considere por el legislador que incide en la misión y propósitos de esa atribución, empezando por sanciones como las disciplinarias, pasando por otras tipicidades sancionatorias o por la incursión en condiciones de inelegibilidad o de nombramiento o de designación o por la constitución en inhabilidades o incompatibilidades o por causa generadora de nulidad del acto de designación (bien se trate de elección, nombramiento o llamamiento), entre otras, todo dependiendo de la previsión en la que haya quedado positivizada.

Ahora bien, la **prohibición** entendida como un concepto general y semiótico veda o impide algo, proscribire un actuar, una acción, una actividad, pero no siempre será inhabilitante ni “*incompatible con...*”, pues valga recordar que conforme al principio de legalidad los particulares pueden hacer todo lo que no les esté prohibido y los servidores públicos tan solo lo que les está permitido, al punto que incursionar para lo que no ha sido atribuida competencia, en sentido amplio, es incurrir en una prohibición.

Un ejemplo claro de una prohibición que no es ni inhabilidad ni incompatibilidad es el conflicto de interés, que está definido como la prohibición para el servidor público de adelantar una actuación frente a la cual detenta un interés particular –





directo o indirecto- en su regulación, gestión, control y decisión. En lo específico, puede generar la pérdida de investidura por estar consagrado como causal de ésta, mas no nulidad electoral por lo mismo, por no haber sido prevista como causal autónoma ni pertenecer al régimen de inhabilidades.

Es en ese predicamento que las figuras de la prohibición, la inhabilidad y la incompatibilidad deben ser claramente escindidas, a fin de que no se genere el equívoco de que toda prohibición, sobre todo en el ámbito de los servidores públicos y del ejercicio de la función pública, no sea entendido como el encuadramiento de las inhabilidades e incompatibilidades y menos como la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

En efecto, dentro de este abanico o glosario de términos, la **incompatibilidad** es el evento en que coexisten por lo menos dos actividades concurrentes o concomitantes, que son imposibles de ejercer de manera simultánea o paralela y “() y surgen por virtud y en razón del cargo o función, de la relación legal, reglamentaria o de servicio que vincula a un sujeto con el Estado ()”¹⁶. Por otra parte, la **inhabilidad** es el evento previsto en la Constitución o en la ley que impide o imposibilita a la persona para el ejercicio a lo que aspira (designación, contrato etc.), en este caso a ser designado o elegido en un empleo público o a celebrar contrato, por suprimir la aptitud jurídica que se requiere normativamente para ello.

De ahí la razón de mi divergencia con la que en este punto estructuro mi aclaración de voto, desde la consideración que los términos prohibición e incompatibilidad debieron ser aclarados, a fin de no confundir al lector al no diferenciar los significados.

3) Los otros argumentos de oposición a las censuras de nulidad

A mi juicio, dentro de los recursos de apelación hay un par de argumentos muy interesantes y es que no hay solución de continuidad entre el cargo docente y el de rector, aunado a que conforme a los estatutos universitarios, cuando es un docente quien resulta elegido, se entiende que el cargo docente entra en la modalidad de comisión de servicios, aspectos que considero debieron abordarse más allá de indicar que el artículo 128 superior no es constitutivo de causal de nulidad electoral por no ser una inhabilidad, por cuanto como lo afirmo en el numeral primero de esta disidencia, la demanda se estructuró en otras normas y el fallo *a quo* se pronunció también sobre otras normas junto y más allá del solo mandato 128 superior.

4) El aparte de la censura que no fue analizada

Finalmente, dentro de los puntos no analizados el fallo se queda sin pronunciarse sobre la concurrencia entre el trabajo docente y el servicio en las actividades de

¹⁶ Misión de Contratación. Departamento Nacional de Planeación. Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. Tomo II. Las limitaciones a la libertad de acceso a la contratación con las Entidades Estatales. William Namén Vargas, pags 477 y ss.



salud en el Hospital Local que era el *quid* del asunto desde el punto de vista fáctico.

Por ello considero que debió profundizarse sobre los aspectos referidos como forma de complementar y enriquecer el fallo y con lo cual se dejara expresamente estudiados todos los aspectos de las censuras de violación.

En estos términos dejo planteada mi divergencia en calidad de aclaración de voto respecto de las consideraciones del fallo.

Cordialmente,

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

