



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALA SÉPTIMA ESPECIAL DE DECISIÓN**

Magistrado ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Pérdida de investidura
Radicación: 11001-03-15-000-2022-03485-00
Demandante: Gilberto Silva Ipus
Demandado: Víctor Andrés Tovar Trujillo

Tema: Inhabilidad por parentesco con funcionario que ejerce autoridad civil o política. La pariente del congresista demandado, que ostentaba el cargo de alcaldesa de un municipio, no ejerció autoridad durante el período de la inhabilidad porque durante ese lapso se le otorgó licencia no remunerada ordinaria. El congresista se acogió a una *regla jurisprudencial* que interpreta adecuadamente la inhabilidad dándole un alcance *restrictivo* a la disposición constitucional que la consagra, lo que implicaba concluir que ésta no se estructuró. Si se concluye que es necesario adoptar una <<jurisprudencia anunciada>>, en materia de pérdida de investidura, ella debió adoptarse también para establecer cuándo se produce la inhabilidad.

Salvamento de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz

Salvo el voto frente a la decisión adoptada por la Sala Especial porque, aunque en ella se absuelve al Congresista demandado por la pérdida de investidura, por carencia del elemento subjetivo necesario para imponer esta sanción, se concluye que sí se encontraba inhabilitado para ser elegido y esta determinación -que no comparto- puede estructurar cosa juzgada en relación con la validez de su elección. Por una parte, estimo que no se estructuró objetivamente la causal atendiendo lo que señala la disposición constitucional que consagra la inhabilidad y las normas legales pertinentes, tal como lo sostuve en la ponencia que no alcanzó la mayoría en la Sala. Por otra, no estoy de acuerdo con el análisis de los <<precedentes>> y con el establecimiento de una <<jurisprudencia anunciada>>.

- I. **La elección del Congresista demandado no es nula porque su pariente se encontraba en licencia y por lo tanto no podía ejercer funciones en el término su durante el cual se le imputa la inhabilidad**



1.- El numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política dispone que << no podrán ser congresistas: (...) quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, *con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política*>>.

2.- La norma anterior establece una causal de *inhabilidad* para postularse y ser elegido al cargo de Congresista. Y debido a que el texto de la causal no establece el límite temporal de la inhabilidad, la jurisprudencia discutió si esta solamente cobijaba el día de la elección o sí debía extenderse desde el día de la inscripción de la candidatura hasta el día de los comicios. Esta discusión fue zanjada (o la laguna normativa fue superada) en la sentencia de unificación del 29 de enero de 2019 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente 11001-03-28-000-2018-00031-00, en la cual se señaló que el período de la inhabilidad se extiende <<entre la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y la fecha de la elección del candidato, inclusive>>.

3.- Para que se configure esta causal de inhabilidad, es necesario acreditar que el pariente del demandado sea un funcionario <<que ejerza autoridad civil o política>> y dicha autoridad no puede ejercerse si, durante el período de la inhabilidad, el funcionario se encuentra en licencia.

4.- La norma establece el ejercicio de la autoridad civil o política como presupuesto de la inhabilidad: no dispone que la inhabilidad se genere por ostentar un cargo, ni por tener determinada condición o calidad, o por haber sido designado o elegido para desempeñar un cargo que tenga asignadas funciones que comporten el ejercicio de autoridad civil o política. La inhabilidad –se itera– se estructura por el *ejercicio* de la autoridad civil o política por parte del funcionario, durante e período en el cual ella aplica. Y el efecto de la licencia es precisamente suspender tal ejercicio.

5.- En sentencias **del año 2012**, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo acogió una posición distinta: sostuvo que la licencia otorgada al pariente que, en calidad de alcalde, ejerce autoridad civil o política, no enerva la inhabilidad consagrada en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política, porque el citado alcalde continúa ostentando tal condición y es él mismo quien designa el encargado de ejercer las funciones.

6.- En la sentencia de importancia jurídica del 20 de febrero de 2012, expediente 11001-03-28-000-2010-00099-00 (IJ), la Sala Plena señaló lo siguiente:

<<(…) En cuanto a la incidencia que en la señalada postura jurisprudencial pueda tener la licencia no remunerada, concedida al doctor Antonio Eljadue Gutiérrez como alcalde del municipio ...es preciso recordar que en el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 se regula la forma de proveer las vacancias del alcalde, norma en la cual se distingue si la falta se produce por voluntad del burgomaestre, o si por el contrario no obedece a una decisión del titular del cargo. Se dice allí que si



“...la falta es absoluta o suspensión...”, la designación del reemplazo correrá por cuenta del Presidente de la República si se trata del Distrito Capital, y a cargo de los gobernadores con relación a los demás municipios; en cambio, si la falta es temporal, con excepción de la suspensión que ya está comprendida en la situación anterior, “...el alcalde encargará de sus funciones a uno de los secretarios o quien haga sus veces. Si no pudiese hacerlo, el Secretario de Gobierno o único del lugar asumirá las funciones mientras el titular se reintegra o encarga a uno de sus secretarios...”, encargo que en todo caso impone al designado el deber de adelantar su gestión conforme al programa de gobierno del alcalde elegido por voto popular (...)

Ahora bien, de las normas anteriores se desprende que ante la existencia de una falta absoluta el alcalde queda completamente desprovisto de la posibilidad de tomar cualquier decisión frente a la administración, obviamente por haber perdido esa calidad. **A contrario sensu, en las faltas temporales, salvo las relativas a la suspensión, el alcalde conserva las facultades o competencias que el ordenamiento jurídico le asigna, en atención a que teniendo la potestad de encargar al funcionario que habrá de sucederlo, de igual manera puede removerlo para reasumir de lleno sus funciones**, incluso en la hipótesis de que por alguna razón no pueda él hacer el encargo, sino que por ello deba asumir sus funciones el secretario de gobierno, una vez supere ese impedimento bien puede encargar a uno de sus secretarios.

Lo dicho permite afirmar, pese a su obviedad, que ante la falta absoluta del alcalde ya ninguna atribución podrá ejercer frente a la administración local; **y que, en cambio, por regla general las faltas temporales le conservan al alcalde sus competencias constitucionales y legales, así encargue a otro funcionario de la administración local, de lo cual se exceptúan las suspensiones, en las que la separación del cargo es por decisión de otra autoridad y por causas que hacen imperioso impedir que el alcalde siga ejerciendo cualquier forma de autoridad. (...)>>**

7.- Esta posición fue reiterada en la sentencia de importancia jurídica de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 10 de julio de 2012, expediente 11001-03-28-000-2010-00098-00 (IJ):

<<(...) En el presente caso, es necesario tener presente que la designación de un Alcalde Ad hoc, **no implica que el titular se desprenda de manera definitiva de su condición, por cuanto éste en cualquier momento puede reasumir las mismas.**

En conclusión, en aquellos eventos de designación de alcaldes ad hoc, el titular sigue ostentando la calidad de tal, y tiene la posibilidad de ejercer en cualquier momento autoridad civil o política en el municipio, lo que implicaría una potencialidad en la vulneración del principio de igualdad electoral...

<<La licencia solicitada por el señor Enoc Adolfo Guzmán del Portillo para ausentarse del ejercicio del cargo como alcalde del municipio de Tenerife, permite inferir una maniobra tendiente a burlar la prohibición constitucional, con lo cual, la alegada confianza legítima, dicho sea de paso, de manera extemporánea, pierde por completo cualquier soporte fáctico. (...)>>



8.- Posteriormente, la Sala Plena reiteró su posición en la sentencia del 17 de julio de 2012, expediente 11001-03-15-000-2011-00438-00 (PI), en los siguientes términos:

<<(…) Al respecto, es pertinente recordar que el artículo 106 de la Ley 136 de 1994, señala que si la falta es temporal, con excepción de la suspensión, el Alcalde mantiene las facultades que la Constitución y la Ley le otorgan.

El Alcalde que pide licencia no remunerada por un tiempo, conserva las facultades o competencias que el ordenamiento jurídico le asigna, e incluso tiene la potestad de encargar al funcionario que habrá de sucederlo, como en efecto lo hizo, al nombrar a una persona de su despacho (doctor Julio César Pérez Cantillo). Sin embargo, después el Gobernador designó un Alcalde ad-hoc que tampoco lo separaba de su cargo como si se tratara de una falta absoluta.

Por tanto, para la Sala el argumento que pretende justificar la inhabilidad del Congresista no prospera, ya que se encuentra probado el ejercicio de autoridad civil, política y administrativa de su hermano Antonio Eljadue Gutiérrez (...)>>.

9.- De acuerdo con estas providencias, la licencia del alcalde no enerva la inhabilidad consagrada en la causal 5ª del artículo 179 de la Constitución Política porque el alcalde titular conserva sus facultades y competencias durante la licencia no remunerada ordinaria, dado que, en virtud del artículo 106 de la Ley 136 de 1994, debe encargar a otro funcionario de la administración local para que asuma a sus funciones; y porque el alcalde titular que está en licencia puede reasumir en cualquier momento el ejercicio de sus funciones.

10.- En la sentencia del **11 de marzo de 2021** la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la cual se rechazó la anulación de la elección de un alcalde, esta sección -que es la competente para decidir en última instancia este asunto- se apartó de la línea jurisprudencial anterior, en varios aspectos:

10.1.- De una parte, no afirmó que solicitar una licencia debía considerarse como la realización de una maniobra con el objeto de burlar una inhabilidad, punto que estimo adecuado, en la medida en que, en el análisis de una causal de inhabilidad objetiva deben estudiarse exclusivamente los presupuestos previstos en la ley para su configuración. Aquí no pueden considerarse circunstancias subjetivas relativas al propósito o la intención con la que obró el parlamentario para estructurar la causal. Adoptar conductas para no estar incurso en una inhabilidad, así como planificar las inversiones y gastos para disminuir el valor de los impuestos que una empresa debe pagar, no puede estimarse por el Juez como actos *inmorales* y, así el Juez tenga tal convicción, con base en ella no puede sancionar a nadie.

10.2.- De otra parte, la Sección Quinta, precisó que, mientras un funcionario se encuentra en licencia no puede ejercer autoridad civil o política, lo que no permite la configuración de la inhabilidad, punto en el que señaló:



<<(…) Con la claridad anterior, se tiene que, para el Tribunal a quo la licencia no remunerada no rompe el vínculo laboral, lo que indica que el servidor público tiene la potencialidad de ejercer la autoridad en cualquier momento, mientras no haya presentado la renuncia al cargo. Para el efecto, refirió un pronunciamiento del Consejo de Estado sobre la prohibición constitucional aplicable a las congresistas consignada en el artículo 179, numeral 5 de la Constitución Política, que “mutatis mutandis” está destinada a propugnar que el verbo “ejercer” autoridad, no implica que ejerza materialmente las funciones, sino que tenga la potencialidad de su ejercicio, que es de donde puede desprenderse el desequilibrio en los procesos electorales. (…)

En tales condiciones, le asiste razón al impugnador en este caso que no hay duda de que la entonces comisaria de familia, compañera permanente del demandado, se apartó de su cargo durante el periodo inhabilitante mediante las licencias ordinarias no remuneradas que originaron la vacancia y que pasadas estas, presentó su renuncia el 17 de mayo de 2019, la cual fue aceptada el 20 de mayo siguiente. De modo que, por esa circunstancia el cargo vacante debía ser suplido, lo cual ocurrió efectivamente mediante un nombramiento en provisionalidad. **En consecuencia, es claro que dos personas no pueden ser titulares del mismo cargo y tener la potencialidad de ejercer sus funciones con la autoridad que ello envuelve.**

Es decir, **tal y como lo advierte el Ministerio Público, la señora Martha Rodríguez Pinilla no podía desempeñar funciones como comisaria de Familia de Villa del Rosario mientras estaba en licencia, ni desde el punto de vista real y efectivo (materialización de la función), ni desde el ejercicio potencial (detentar la función) por cuanto el cargo lo detentaba en ese momento la persona que fue designada en provisionalidad para suplir la vacante.**

En otras palabras, dado que la señora Martha Elide Rodríguez Pinilla estaba en licencia, no podía cumplir ninguna de las funciones que le corresponden al comisario de Familia, ni tampoco tenía la posibilidad de hacerlo mientras la licencia estuviera vigente (…)

De manera que, para que la autoridad civil o administrativa del pariente del candidato tenga la virtualidad de impactar al electorado -supuesto establecido en la norma que establece la inhabilidad- **se requiere que esté en titularidad del cargo susceptible de la injerencia.** De no ser así, como sucede en este caso, no tiene la potencialidad de afectar los resultados electorales y mucho menos de configurarse la causal inhabilitante.

Cabe aclarar que la comprensión del asunto en los términos anotados no desconoce el precedente de esta Sala de decisión, en el entendido que el ejercicio de autoridad, para la configuración de este tipo de inhabilidad, no se requiere que el funcionario haya materializado la función que se cataloga como manifestación de autoridad civil o administrativa, **sino que basta con que detente la función, esto es, que tenga la potencialidad de ejercerla.** Se insiste, la señora Rodríguez Pinilla no detentaba el cargo mientras estuvo en licencia, pues no es posible que dos personas lo hagan al mismo tiempo, si se tiene en cuenta que, en el empleo de comisario de familia de Villa del Rosario, Norte de Santander, fue nombrada una persona en provisionalidad durante el término del periodo inhabilitante.

Así las cosas, los reparos formulados por el impugnador en el recurso de apelación sí están llamados a prosperar y, en consecuencia, la sentencia de



primera instancia mediante la cual se declaró la nulidad del acto de elección demandado se revocará, para en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda>>.

11.- A mi juicio, tal y como lo indicó la Sección Quinta en la sentencia del 11 de marzo de 2021, la licencia no remunerada ordinaria del pariente le impide al titular del cargo ejercer funciones y, en consecuencia, detentar autoridad.

12.- La autoridad civil está definida en los siguientes términos en el artículo 188 de la Ley 136 de 1994:

<<ARTÍCULO 188. AUTORIDAD CIVIL. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil **la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial** para cualquiera de las siguientes atribuciones:

1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.
2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por si o por delegación.
3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones>>.

13.- A su vez, el artículo 189 de la Ley 136 de 1994 señala lo siguiente sobre el ejercicio de la autoridad política:

<<ARTÍCULO 189. AUTORIDAD POLÍTICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo>>.

14.- De la lectura de ambas disposiciones se desprende que la autoridad civil y política solo pueden ejercerse por quien desempeña efectivamente las funciones del cargo, lo que no ocurre cuando se encuentra en licencia y quien las ejerce es el servidor designado temporalmente para reemplazarlo.

15.- La licencia no remunerada ordinaria es una situación administrativa laboral que está regulada en las siguientes disposiciones del Decreto 1083 de 2015:

<<ARTÍCULO 2.2.5.2.2 Vacancia temporal. El empleo queda vacante temporalmente cuando su titular se encuentre en una de las siguientes situaciones: (...) 2. Licencia.>>

<<ARTÍCULO 2.2.5.5.1 Situaciones administrativas. El empleado público durante su relación legal y reglamentaria se puede encontrar en las siguientes situaciones administrativas: (...) 2. En licencia.>>



<<ARTÍCULO 2.2.5.5.3 Licencia. Las licencias que se podrán conceder al empleado público se clasifican en:

1. No remuneradas:

1.2. Ordinaria. (...)

PARÁGRAFO. Durante las licencias el empleado conserva su calidad de servidor público y, por lo tanto, no podrá desempeñar otro cargo en entidades del Estado, ni celebrar contratos con el Estado, ni participar en actividades que impliquen intervención en política, ni ejercer la profesión de abogado, salvo las excepciones que contemple la ley.>>

<<ARTÍCULO 2.2.5.5.5 Licencia ordinaria. La licencia ordinaria es aquella que se otorga al empleado por solicitud propia y sin remuneración, hasta por sesenta (60) días hábiles al año, continuos o discontinuos. En caso de causa justificada, a juicio del nominador, la licencia podrá prorrogarse hasta por treinta (30) días hábiles más.

La solicitud de licencia ordinaria o de su prórroga deberá elevarse por escrito al nominador, y acompañarse de los documentos que la justifiquen, cuando se requiera.

Cuando la solicitud de esta licencia no obedezca a razones de fuerza mayor o de caso fortuito, el nominador decidirá sobre la oportunidad de concederla, teniendo en cuenta las necesidades del servicio.

La licencia ordinaria una vez concedida no es revocable por la autoridad que la confiere, no obstante, el empleado puede renunciar a la misma mediante escrito que deberá presentar ante el nominador.>>

16.- Y en relación con la licencia no remunerada ordinaria de los alcaldes, la Ley 136 de 1994 señala lo siguiente:

<<ARTÍCULO 99. FALTAS TEMPORALES. Son faltas temporales del alcalde: (...) c) Las licencias (...)>>

<<ARTÍCULO 100. RENUNCIAS, PERMISOS Y LICENCIAS. <Artículo modificado por el artículo 31 de la Ley 1551 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> La renuncia del alcalde, la licencia o el permiso **para separarse transitoriamente del cargo**, la aceptará o concederá el Gobernador respectivo o el Presidente de la República en el caso del Distrito Capital de Bogotá. Las incapacidades médicas serán certificadas por la respectiva Entidad Promotora de Salud a la que se encuentre afiliado el mandatario local>>.

<<ARTÍCULO 106. DESIGNACIÓN. El Presidente de la República, en relación con el Distrito Capital de Santafé de Bogotá y los gobernadores con respecto a los demás municipios, para los casos de falta absoluta o suspensión, designarán alcalde del mismo movimiento y filiación política del titular, de terna que para el efecto presente el movimiento al cual pertenezca en el momento de la elección.

Si la falta fuere temporal, excepto la suspensión, el alcalde encargará de sus funciones a uno de los secretarios o quien haga sus veces. Si no pudiese hacerlo,



el Secretario de Gobierno o único del lugar asumirá las funciones mientras el titular se reintegra o encarga a uno de sus secretarios.

El alcalde designado o encargado deberá adelantar su gestión de acuerdo con el programa del Alcalde elegido por voto popular y quedará sujeto a la ley estatutaria del voto programático>>.

17.- A partir de este marco normativo, se advierte que:

17.1.- La licencia no remunerada ordinaria de los alcaldes genera una vacancia o falta temporal que debe ser suplida mediante encargo realizado por el mismo titular del cargo.

17.2.- Si bien la licencia no remunerada ordinaria no despoja del cargo al alcalde titular, quien conserva su calidad de servidor público durante la licencia, tal circunstancia le genera solo el mantenimiento de las prohibiciones propias de cualquier funcionario público. No le permite el ejercicio de ninguna de las funciones propias del cargo, las cuales pasan a ser ejercidas, en su totalidad, por el encargado. Tal y como lo precisó la Sección Quinta siguiendo la línea jurisprudencial establecida en este aspecto, no se trata de que el alcalde que se encuentra en licencia no haya ejercido funciones que comporten ejercicio de autoridad política o administrativa, se trata de que *no puede* ejercerlas cuando se encuentra en licencia, pues en ese período quien ejerce tales funciones es exclusivamente el encargado. El apoderado del demandado sintetizó adecuadamente este punto señalando que el alcalde en licencia no puede ejercer ni material ni potencialmente autoridad política o administrativa.

17.3.- En consecuencia, durante el tiempo de la licencia no remunerada ordinaria, el titular del cargo no detenta autoridad material ni potencialmente, dado que se desprende de las funciones propias del cargo y estas son ejercidas por el funcionario encargado.

17.4.- El hecho de que la separación del cargo ocurra por petición del propio alcalde y no en virtud de una suspensión decretada por otra autoridad es irrelevante para el estudio de una causal de inhabilidad, en la cual lo único que puede preguntarse el Juez es si se presentaron los elementos *objetivos* de la misma.

17.5.- Así mismo, el hecho de que –conforme con la ley– el funcionario encargado de desempeñar las funciones durante la licencia deba ser designado por el mismo alcalde no desvirtúa el elemento *objetivo* de la causal. A partir de la posesión del encargado, es éste quien debe ejercer las funciones del cargo. Y considerar que el funcionario que solicita la licencia continúa ejerciendo autoridad civil o política a través del encargado a quien él mismo designó, es una conclusión que carece de sustento legal, en la medida que la ley no dispone, de ninguna manera, que este funcionario sea un *delegado* de quien lo designó, o que deba ejercer sus



funciones siguiendo sus instrucciones, o que deba considerarse como su subordinado jerárquico para llevarlas a cabo. Lo que establecen las disposiciones legales es que durante la licencia el titular queda *separado transitoriamente* del cargo y no puede ejercer las funciones propias del mismo.

17.6.- El hecho de que el alcalde titular pueda renunciar a la licencia y reasumir las funciones desplazando al encargado tampoco es relevante en relación con la existencia de la inhabilidad, pues aquí lo que se está determinando es si existe ejercicio de autoridad, material o potencialmente, mientras dicho funcionario se encuentre en licencia.

18.- El razonamiento a través del cual se arriba a la conclusión contraria desconoce el carácter restrictivo de las inhabilidades y se vale de argumentos valorativos que no son del resorte del Juez, quien, por el contrario, tiene el deber de resolver el caso imparcialmente y, particularmente, respetando el derecho fundamental de defensa del Congresista, lo que implica no imponerle una sanción sin norma precisa que la establezca previamente.

19.- Se lee en el fallo del que me aparto:

<<Un entendimiento contrario de la inhabilidad señalada por el numeral quinto del artículo 179 de la Constitución, **esto es, que el pariente del representante a la cámara que ejerce autoridad civil y política en razón de las funciones atribuidas, deja de ostentarla por el tiempo en el que disfruta de una licencia no remunerada, desconocería la finalidad para la que fue establecida la citada inhabilidad**, que, como se indicó, es evitar que el poder político se acumule en una misma familia y garantizar el principio de igualdad en los procesos electorales, precisamente porque esta clase de inhabilidades fueron previstas para prevenir desequilibrios en la contienda electoral.

A lo dicho cabe agregar que las inhabilidades tienen una naturaleza restrictiva y **se establecieron en favor del elector, ya que, como se dijo en precedencia, están diseñadas para satisfacer el interés general y proteger los principios que inspiran la función pública**, tales como, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; ello es así porque el cumplimiento de ciertos requisitos, como no incurrir en las inhabilidades, garantizan el desempeño de los servidores públicos con idoneidad y probidad en beneficio del interés general y sin atender intereses privados.

Por consiguiente, la confianza de la ciudadanía es defraudada cuando se trata de dos servidores elegidos popularmente y el primero de ellos se aparta del cargo a través de una licencia no remunerada, designando su encargado, mientras el segundo inscribe su candidatura y llega a ser elegido, dado que los servidores electos popularmente son representantes de la comunidad y, en consecuencia, el ejercicio del poder que les ha sido atribuido debe hacerse conforme al interés general y de manera transparente; por lo que cualquier actuación por fuera de los límites que la sociedad ha acordado en la Constitución conlleva un fraude a la confianza de los ciudadanos, que eligen a sus representantes con el propósito de beneficiar y proteger a la colectividad y no para valerse del poder en beneficio propio o de sus parientes.>>



20.- En un proceso de pérdida de investidura o en cualquier proceso en el que se estudie la validez de la elección de un funcionario por violación del régimen de inhabilidades, al Juez le corresponde examinar si el demandado se encuentra incurso en la causal de inhabilidad, teniendo en cuenta lo que de manera literal se establece en la disposición que la describe. Debe obrar de esta manera porque tiene la obligación de *garantizar* el derecho fundamental al debido del demandado, conforme con el cual solo puede ser sancionado por las conductas previstas de manera clara en una disposición previa. Los argumentos relativos al *interés público* o a la *moralidad* como sustento de las inhabilidades rebasan el ámbito de competencia del Juez. Además, hay una falacia evidente cuando se afirma que estas conductas tienen por propósito defraudar a los electores. Pregunto, ¿a cuáles electores? Porque habría que pensar también en los electores del congresista demandado y considerar que sus derechos se están desconociendo cuando se le aplica al candidato que obtuvo la votación mayoritaria y resultó elegido, una causal de inhabilidad que no está prevista en la Constitución Política o que no se configura a partir de los supuestos fácticos probados en el proceso.

21.- Por lo antes expuesto, considero que la Sala debió negar las pretensiones de la demanda debido a que no se configuró objetivamente el supuesto de hecho de la causal de inhabilidad invocada por el demandante. La pariente del congresista demandado no podía ejercer sus funciones como alcaldesa durante el período de la licencia no remunerada ordinaria que le fue concedida por el gobernador del departamento, por cuanto estas pasaron al encargado; por lo tanto, se concluye que no detentó materialmente, ni potencialmente, autoridad civil o política.

II. La aplicación de los <<precedentes>> en el fallo

22.- El período de inhabilidad del congresista transcurrió entre el 10 de noviembre de 2021 y el 15 de marzo de 2022. Por esta razón, es razonable entender que la conducta adoptada con el propósito de no inhabilitarse para ser elegido en el cargo, que consistió en que su pariente solicitara licencia durante dicho período, se fundamentó en la posición adoptada por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 11 de marzo de 2021, que evidentemente se aparta de la posición que había sido sostenida por la jurisprudencia en el año 2012.

23.- Creo que las razones expuestas para desechar la posición jurisprudencial del 11 de marzo de 2021 no son válidas. Estimo que en el estudio de un asunto tan delicado como es la configuración de una inhabilidad el Juez está obligado a estudiar la disposición normativa que la consagra y a tener en cuenta los argumentos expuestos por las partes en el proceso y las consideraciones expuestas en decisiones anteriores. A partir de ese estudio debe tomar una decisión teniendo en cuenta que nuestra normativa no consagra el carácter *obligatorio* del <<precedente>>, ni establece una metodología mecánica de



identidades y diferencias para desecharlo. Por lo tanto, estimo que preferir el precedente de la Sala Plena y desechar el de la Sección Quinta y no considerar este último porque se refiere a otra acción o a otro cargo, implica eludir la obligación judicial de motivar adecuadamente la decisión lo que implica, reitero: tener en cuenta los argumentos de las partes, los fundamentos expuestos en decisiones anteriores y, particularmente, la normativa a aplicar. Implica desconocer que los precedentes tienen fuerza vinculante, por la cual se requiere considerarlos críticamente y no obedecerlos ciegamente.

24.- Se afirma en la sentencia de la que me aparto:

<<A partir de lo anterior, la Sala estima que la precitada decisión no constituye un precedente para resolver el presente asunto, por las razones que pasan a explicarse: La Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha definido como precedente judicial *“la sentencia o conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su **pertinencia o semejanza en los problemas jurídicos resueltos**, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”*. Al respecto, estableció como criterios para concluir cuando se está ante un precedente, los siguientes: *“i) que en la ratio decidendi de la sentencia anterior se encuentre una regla jurisprudencial **aplicable** al caso a resolver; ii) que esta ratio resuelva un problema jurídico **semejante** al propuesto en el nuevo caso y iii) que los hechos del caso sean **equiparables** a los resueltos anteriormente”*.

Bajo tales parámetros, un precedente se configura cuando la sentencia pretende resolver un idéntico problema, desde la perspectiva jurídica y fáctica, **lo que supone un mismo aspecto jurídico a considerar, unos mismos hechos relevantes, probados y debidamente connotados e iguales fundamentos en derecho**.

De contera, para que una providencia constituya precedente es necesario que sea **idéntica en el objeto y causa** del asunto examinado, entendiéndose por el primero la pretensión jurídica analizada, y por la causa los hechos en que se apoya dicha pretensión y los fundamentos normativos de la misma; en ese sentido, no será precedente la sentencia que difiera en cualquiera de los aspectos indicados (...)

Así las cosas, la sentencia del 11 de marzo de 2021 proferida por la Sección Quinta de la Corporación, que fue invocada por la parte accionada para desvirtuar la configuración de este requisito, **no constituye un precedente para resolver este asunto, dado que no guarda identidad fáctica ni jurídica**. Al efecto, en cuanto al objeto de los procesos, se observa que en la precitada providencia fue formulada la acción de nulidad electoral, mientras que, en este caso, se trata de la acción de pérdida de investidura; en esa medida, la pretensión del primer expediente estaba encaminada a que fuese declarada la **nulidad del acto de elección de un alcalde y lo aquí debatido concierne a si hay lugar o no a declarar la pérdida de investidura de un congresista**.

Adicionalmente, **los fundamentos jurídicos tampoco son idénticos**, toda vez que, en la sentencia del 11 de marzo de 2021, la solicitud de nulidad del acto de elección se fundamentó en la violación del régimen de inhabilidades de los alcaldes; específicamente, el numeral cuarto del artículo 37 de la Ley 617 de 2000; y en este evento, se solicita la pérdida de investidura de un congresista por



violación al régimen de inhabilidades, esto es, el numeral primero del artículo 183 de la Constitución, por incurrir en la inhabilidad prevista en el numeral quinto del artículo 179 *ibídem*, de modo que el sustento legal de uno y otro caso difieren.>>

25.- La Sala no desarrolló la posición de la Corte Constitucional que cita. La Corte indica que una sentencia anterior debe tenerse como precedente, cuando en su razonamiento hay una regla jurisprudencial aplicable, porque resuelve un *problema jurídico semejante con hechos equiparables*. De ninguna manera exige que exista identidad jurídica de partes, de hechos, de acción y de norma aplicable, que es lo que termina exigiéndose en el fallo objeto de este salvamento.

26.- Es evidente que el problema jurídico resuelto en por la Sección Quinta en la sentencia del 11 de marzo de 2021, era similar al que se resolvió en la sentencia objeto de este salvamento: ¿si el pariente del funcionario demandado se encontraba en licencia durante el período de inhabilidad, ésta se estructura? Esa pregunta fue resuelta negativamente por la Sección Quinta que expuso los razonamientos indicados antes para sustentarla. Esos razonamientos, así como los argumentos de derecho positivo expuestos en el proyecto inicial y los argumentos de la parte demandada, debían ser *considerados* y superados para adoptar la decisión: no debían eludirse bajo la simple consideración de que el precedente no es aplicable.

27.- Adicionalmente, desconocer la obligatoriedad de la regla jurisprudencial señalada en la sentencia del 11 de marzo de 2021 de la Sección Quinta por el hecho de que se profirió en un proceso de nulidad electoral y no en un proceso de pérdida de investidura desconoce que la misma Ley 1881 de 2018 estableció los efectos de cosa juzgada entre ambas acciones. Ello evidencia que ambos procesos tienen un mismo objeto común -determinar la configuración objetiva de una causal de inhabilidad- cuando se fundamentan en la violación del régimen de inhabilidades.

28.- Por último, para sustentar la expedición de una <<jurisprudencia anunciada>>, se afirma en el fallo objeto del salvamento:

<<Jurisprudencia anunciada

Esta Sala Especial de Decisión de Pérdida de Investidura anuncia jurisprudencia en el sentido de precisar que en lo sucesivo habrá lugar a la pérdida de investidura si se incurre en los hechos aquí analizados. Es decir, que el representante a la cámara está inhabilitado para inscribirse como candidato cuando un familiar que ejerce autoridad civil y política se encuentra en licencia no remunerada, por lo que no constituye un eximente de responsabilidad subjetiva el hecho de que el Representante a la Cámara, antes de inscribirse, haya consultado o pedido una asesoría idónea sobre la configuración de la inhabilidad prevista por el numeral quinto del artículo 179 de la Constitución Política cuando un pariente en los grados establecidos en la precitada disposición ejerce autoridad civil y política dentro de la circunscripción por la que resultó



elegido, pero se aparta del cargo entre el período de inscripción y elección, solicitando una licencia no remunerada.

Lo anterior, habida cuenta que, para estos eventos, los elementos objetivos que dan lugar a la causal ya han sido establecidos por la jurisprudencia a través de la presente providencia, siguiendo el precedente fijado por la Sala Plena de la Corporación en la sentencia del 17 de julio de 2012, y, por lo tanto, un concepto o asesoría en el sentido contrario a la jurisprudencia no podría amparar la conducta del acusado en la buena fe calificada motivada por un error invencible.

El criterio expuesto en precedencia tendrá aplicación hacia el futuro y para los hechos que acaezcan con posterioridad.>>

29.- La adopción de una regla jurisprudencial de unificación está prevista para los casos en los que resulta necesario *unificar* posiciones jurisprudenciales relativas a la interpretación de una disposición legal. El Consejo de Estado ha usado esta facultad, por ejemplo, para determinar desde cuándo se debe contabilizar el término para reformar la demanda o para formular una acción contractual en los contratos que requieren de liquidación. Lo ha hecho porque las disposiciones legales que establecían estos términos no eran claras y existían decisiones contradictorias en las providencias que las aplicaban. En estos casos se *enuncia* una *regla jurisprudencial* como una norma *general y abstracta* con el objeto de que se otorgue la misma respuesta judicial, generando seguridad jurídica; y mientras los jueces no estén en condiciones de presentar una argumentación muy completa y clara que desvirtúe las razones por las cuales se escogió esta alternativa, están vinculados a ella. La *regla jurisprudencial* tiene la misma estructura normativa de una *disposición legal* y, cuando puede afectar derechos de quienes no la conocían cuando los ejercieron, que es lo que ocurre cuando se crea un requisito adicional o se acoge un término inferior para ejercer un derecho, al adoptarla debe establecerse que ella solo tenga efectos hacia el futuro.

30.- Cuando se habla de *precedente* con las características propias del sistema anglosajón no se adopta una *regla*. Se profiere una decisión resolviendo un caso concreto y cuando se va a adoptar otra en un caso similar dicha decisión se tiene en cuenta para decidir de la misma manera. El Juez que aplica el *precedente* es quien determina la *ratio decidendi* de la decisión anterior que resulta relevante¹ y resuelve si es aplicable o no a su caso.

31.- En este caso se adopta una *regla jurisprudencial* que incluye presupuestos que no están contenidos en la disposición constitucional que establece la inhabilidad. La regla quedaría así:

<<No podrán ser congresistas: (...) 5.- Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero

¹ Álvaro Núñez define el precedente de manera general como <<ciertas decisiones jurisdiccionales dictadas por algún órgano que contienen una norma que es *considerada como relevante* para la resolución de otros casos>> (Precedentes: una aproximación analítica, Marcial Pons, 2022, p.24).



de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política. De esta inhabilidad no estarán exceptuados los representantes a la cámara, << cuando un pariente en los grados establecidos en la precitada disposición ejerce autoridad civil y política dentro de la circunscripción por la que resultó elegido, pero se aparta del cargo entre el período de inscripción y elección, solicitando una licencia no remunerada.>>

32.- Esta regla que expide el Consejo de Estado sustituyendo al constituyente, para acomodarse a la *idea* del precedente solo abarca a los *representantes a la cámara*, ni siquiera en general a los congresistas, sin que se ofrezca razón alguna para tal restricción.

33.- Dicha regla se aplica al Congresista demandando para determinar que *objetivamente* estaba incurso en una causal de inhabilidad: y esta decisión es grave porque, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1881 de 2018, hace tránsito a cosa juzgada en el proceso de nulidad electoral, razón por la cual, si la Sección Quinta se pronuncia con posterioridad sobre la nulidad de la elección, debe aplicar tal decisión. En otros términos, aquí se está tomando la decisión de anular la elección del Congresista aplicando una regla jurisprudencial que adicionalmente se aplica *retroactivamente*. ¿Por qué, para tomar esta decisión que define una diferencia jurisprudencial y que afecta al Congresista que se acogió a la jurisprudencia más reciente, no se dispone que se aplique hacia el futuro?

34.- La Sala fundamentó la <<jurisprudencia anunciada>> en la protección de la confianza legítima y de la seguridad jurídica, principios con base en los cuales se dispone que solo a partir de ahora perderá la investidura el que acuda al expediente al que acudió el congresista demandado. ¿Por qué no se usa ese mismo razonamiento para establecer que no incurrió en la inhabilidad y que por ende debe considerarse que su elección no está afectada de nulidad?

Fecha *ut supra*,

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado