

## **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Se niegan las pretensiones de nulidad contra el acto de elección del superintendente financiero**

La Sala, con fundamento en la fijación del litigio, resolverá los siguientes problemas jurídicos: 1) Si la prohibición consagrada en la letra b) del numeral 12 del artículo 337 del EOSF es una inhabilidad o una incompatibilidad, 2) Establecer si el demandado incurrió en la prohibición antes mencionada y en caso de encontrarse acreditado, si dicho comportamiento da lugar a declarar la nulidad del nombramiento –Decreto 838 de 2017-, y si el demandado debió abstenerse de participar en la convocatoria por no cumplir con las condiciones y requisitos del cargo por ser el director y representante legal del Fogafín para ese momento, y 3) Si se vulneraron los criterios de selección objetiva al no haberse establecido en la convocatoria reglas y criterios de selección claras así como el control de inhabilidades e incompatibilidades (...) el demandado no incurrió en la incompatibilidad establecida en la letra b) del numeral 12 del artículo 337 del EOSF, puesto que no ejerció de manera concomitante los cargos de Superintendente Financiero y de director del Fogafín, ya que la renuncia a este último cargo se aceptó a partir del 22 de mayo de 2017. De otra parte, al tratarse la prohibición de una incompatibilidad, no había razones para que el demandado se abstuviera de participar en la convocatoria, puesto que lo que se prohíbe es la simultaneidad en el ejercicio de los dos cargos -Superintendente y representante legal de una entidad vigilada-; como en este caso el demandado renunció antes de su nombramiento y su posesión, no incurrió en la incompatibilidad deprecada (...) el cargo de Superintendente es un cargo de libre nombramiento y remoción, razón por la cual para proveerlo no se debe adelantar un concurso de méritos. Según el artículo 2.2.13.2.1 del Decreto 1083 de 2015 en la provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción de la Rama Ejecutiva del orden nacional y de los niveles diferentes al técnico y al asistencial, sin perjuicio de la discrecionalidad propia de la naturaleza del empleo, se tendrán en cuenta la transparencia en los procesos de vinculación de servidores, las competencias laborales, el mérito, la capacidad y experiencia, las calidades personales y su capacidad en relación con las funciones y responsabilidades del empleo.

### **INHABILIDAD / INCOMPATIBILIDAD / PROHIBICIÓN – No podrá ser superintendente quien se desempeñe como director, administrador, representante legal o revisor fiscal de cualquier institución vigilada**

Se tiene que, tanto las inhabilidades como las incompatibilidades son prohibiciones, sin embargo tienen propósitos y finalidades diferentes: Las inhabilidades son aquellas circunstancias previstas en la Constitución o en la ley, que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, designada para un cargo público, como también en ciertos casos impiden que la persona que ya viene vinculada a la función pública continúe en ella. Su objetivo es lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos, esto es, que posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio. Las incompatibilidades son una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer simultáneamente las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos. Su objetivo es evitar una indebida acumulación de funciones o la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en concreto buscan que no se afecte la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad (...)

Al leerse el encabezado de esta norma, se tiene que consagra ambos tipos de prohibiciones, esto es, inhabilidades e incompatibilidades del Superintendente Financiero. En este punto es necesario precisar que si bien la norma inicia con la frase “no podrá ser Superintendente Financiero”, lo cierto es que no puede perderse de vista que en los literales que contiene, menciona tanto inhabilidades como incompatibilidades, tal como se desprende de la letra a), por lo que de tal frase no puede entenderse que todos los casos corresponden a inhabilidades o impedimentos para el acceso al cargo. En este contexto, al leerse la letra b) se tiene que se trata de una incompatibilidad, al prohibir que se ejerzan simultáneamente los cargos de Superintendente Financiero y de director o representante legal de una institución vigilada. Lo anterior, toda vez que la finalidad de esta prohibición es la propia de las incompatibilidades, que es evitar una indebida acumulación de funciones o la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, puesto que iría en contra del ordenamiento jurídico ser Superintendente y al mismo tiempo representante de una de las entidades a las que vigila. Entonces, la persona que desempeñe el cargo de Superintendente Financiero no podrá ser director o representante legal de alguna de las entidades vigiladas, por confluir intereses que no se pueden conciliar.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN QUINTA**

**Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

Bogotá, D.C., diciembre siete (7) de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-28-000-2017-00019-00**

**Actor: ROBERTO MAURICIO RODRÍGUEZ SAAVEDRA**

**Demandado: JORGE ALEXANDER CASTAÑO GUTIÉRREZ**

**Asunto: NULIDAD ELECTORAL– FALLO**

Procede la Sala a resolver la demanda presentada por el señor Roberto Mauricio Rodríguez Saavedra, en su propio nombre, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral previsto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra el acto de elección del señor Jorge Alexander Castaño Gutiérrez como Superintendente Financiero.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. Pretensiones**

En la demanda, el actor solicitó lo siguiente<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> Folios 1 a 16.

## **“I. SE DECLARE**

*PRIMERO.- La nulidad del Decreto 838 del 22 de mayo de 2017, publicado en el Diario Oficial 50.241 del mismo día, mes y año “por el cual se efectúa un nombramiento ordinario en la Superintendencia Financiera” nombramiento que correspondió por decisión del señor Presidente de la República al doctor Jorge Alexander Castaño Gutiérrez para el periodo que inició el 22 de mayo de 2017 y que concluye el 6 de agosto de 2018, en reemplazo del doctor Gerardo Hernández Correa.*

*SEGUNDO.- Que se declare la nulidad del acta de posesión del doctor Jorge Alexander Castaño Gutiérrez, en la que se acredita que se posesionó como Superintendente Financiero de Colombia.*

*TERCERO.- Que se declare la nulidad del nombramiento del doctor Jorge Alexander Castaño Gutiérrez como Superintendente Financiero para el periodo que inició el 22 de mayo de 2017 y que concluye el 6 de agosto de 2018.*

*CUARTO.- Que como consecuencia de lo anterior, previa declaración de nulidad de la CONVOCATORIA PÚBLICA PARA EL CARGO DE SUPERINTENDENTE FINANCIERO DE COLOMBIA, el H. Consejo de Estado, Sección Quinta ordene efectuar un nuevo nombramiento conforme a lo normado por el decreto 1817 del 15 de septiembre de 2015.”*

## **2. Hechos**

El actor expuso varios hechos, pero los relacionados con la controversia aquí planteada son los siguientes:

Señaló que el 23 de marzo de 2017 se abrió la convocatoria pública para el cargo de Superintendente Financiero, para que las personas interesadas se postularan, de acuerdo con lo previsto en el decreto 1817 de 2015.

Agregó que la Presidencia de la República a través de su página web divulgó el acto de convocatoria, y el respectivo instructivo.

De manera adicional advirtió que en el boletín 047 del 23 de mayo de 2017, se señalaron las bases del concurso, según el Ministerio de Hacienda.

Indicó que por medio del Decreto 838 de 2017 se nombró al señor Jorge Alexander Castaño Gutiérrez como Superintendente Financiero.

## **3. Normas violadas y concepto de la violación**

El demandante afirmó que con la expedición del acto acusado violó el Preámbulo y los artículos 2, 6, 29, 40, 83, 85, 123, 209 y 335 de la Constitución Política; 137 y 275 del CPACA; 3 de la Ley 489 de 1998; 90 de la Ley 795 de 2003; 34 de la ley 734 de 2002; 2 y 3 de la Ley 909 de 2004; 7 de la Ley 412 de 1997; y 5 de la Ley 190 de 1995.

Al respecto, sostuvo que el demandado al momento de la postulación e inscripción dentro de la convocatoria pública, se encontraba desempeñando como servidor público el cargo de Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – Fogafín-.

Afirmó que con lo anterior, desconoció lo normado en el artículo 6 y 209 de la Constitución en armonía con el artículo 2 de la Ley 909 de 2004, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades dispuesto en el artículo 90 de la Ley 795 de 2003.

Sostuvo que el demandado tomó posesión del cargo de Director del Fogafín el 1 de junio de 2016 y detentó esa calidad hasta pocos días de producirse el nombramiento de Superintendente Financiero.

De otra parte, manifestó que el señor Jorge Alexander Castaño Gutiérrez, al momento de la inscripción omitió información necesaria para que se hiciera el nombramiento al no indicar que desempeñaba el cargo de Director del Fogafín, con lo cual vulneró el artículo 5 de la Ley 190 de 1995 y el artículo 35 numeral 12 de la Ley 734 de 2002.

Finalmente mencionó que en la convocatoria pública no se establecieron reglas y criterios de selección objetiva, de calificación de los aspirantes, de puntajes sobre la información reportada, y el control de inhabilidades e incompatibilidades.

#### **4. Contestación de la demanda**

##### **4.1 Departamento Administrativo de la Presidencia de la República**

A través de apoderado contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones<sup>2</sup>.

En primer lugar, afirmó que el señor Jorge Alexander Castaño Gutiérrez superó el análisis de cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales, al haber acreditado sus títulos académicos, la experiencia mínima requerida y no pesar en su contra ninguna causal de inhabilidad o incompatibilidad.

Explicó que el señor Jorge Castaño ocupó el cargo de Director del Fogafín por designación del Presidente de la República, de manera que no hubo ocultamiento de información.

Adujo que si bien es cierto que al momento de la inscripción el demandado

---

<sup>2</sup> Folios 202 a 2012.

ocupaba el cargo de Director del Fogafín, tal situación no implicaba la vulneración de alguna norma, por tratarse de una mera expectativa que no generaba derecho alguno.

Indicó que las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la regulación aplicable están previstas para la designación en el cargo y no para el proceso de selección.

Frente al punto, advirtió que la prohibición establecida en el la letra b) del numeral 12 del artículo 337 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -en adelante EOSF- se trata de una incompatibilidad y no de una inhabilidad.

Agregó que las incompatibilidades no están erigidas como causal de anulación de actos electorales.

Indicó que esa incompatibilidad en este caso no se produjo, puesto que el señor Castaño Gutiérrez ocupó la dirección del Fogafín hasta el 21 de mayo de 2017, y el 22 de mayo de ese año fue designado como Superintendente Financiero.

De otra parte, explicó que las condiciones legales para la designación del Superintendente Financiero, las inhabilidades, incompatibilidades y todos los demás requisitos, están consagrados en la ley, por lo que no era necesario que el reglamento los repitiera.

Finalmente propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda

#### **4.2. Jorge Alexander Castaño Gutiérrez.**

En nombre propio, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos<sup>3</sup>:

En primer lugar interpuso las excepciones de ineptitud de la demanda por indebida escogencia del medio de control e improcedencia del medio de control de nulidad electoral.

De otra parte sostuvo que la letra b) del numeral 12 del artículo 337 del EOSF consagra una incompatibilidad y no una inhabilidad, en la medida en que determina la imposibilidad de detentar dos cargos de forma simultánea o concomitante, esto es, el cargo de Superintendente Financiero y el de representante legal de una entidad vigilada por la Superintendencia.

Mencionó que se desvinculó del Fogafín antes de su nombramiento como Superintendente, puesto que su renuncia fue aceptada a partir del 22 de mayo de 2017, por lo que fue titular de ese cargo hasta el 21 de mayo, y fue nombrado como Superintendente Financiero por medio del Decreto 838 del 22 de mayo de 2017.

---

<sup>3</sup> Folios 252 a 263.

Agregó que la simple aspiración a ser designado Superintendente no puede tornar en ilegal el decreto de nombramiento, por lo que en nada incide que hubiera desempeñado el cargo del Director del Fogafín, cuando se inscribió en la convocatoria pública, puesto que en ese momento solo tenía una mera expectativa.

Explicó que las incompatibilidades no pueden afectar la legalidad de un acto electoral, por cuanto no disponen impedimentos de acceso al cargo sino prohibiciones en cuanto a su ejercicio, y por tanto la incompatibilidad se configura con el ejercicio del cargo y no con la simple aspiración a ocuparlo.

Advirtió que en la inscripción para la convocatoria del cargo de Superintendente manifestó que se desempeñaba como Director y representante legal del Fogafín, por lo que no es cierto que haya ocultado información.

Finalmente arguyó que la facultad discrecional del Presidente de la República para nombrar al Superintendente Financiero solo está limitada por el marco reglado de los requisitos que debe satisfacer el candidato, sin que sea necesario proveerlo por medio de concurso de méritos, tal como lo establece el artículo 2.2.13.2.3 del decreto 1083 de 2015, para todos los cargos de libre nombramiento y remoción de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Advirtió que por medio del Decreto 1817 de 2015, el Presidente adoptó medidas que contribuyeron a garantizar la competencia profesional, imparcialidad, transparencia e independencia de los Superintendentes, fijando algunas condiciones especiales para su vinculación, permanencia y retiro del cargo, sin embargo no se modificó la naturaleza de libre nombramiento y remoción.

Destacó que la finalidad de la convocatoria pública era generar publicidad para lograr una pluralidad de postulantes, pero no implicaba un proceso de selección y mucho menos un concurso de méritos.

### **4.3. Ministerio de Hacienda**

Por conducto de apoderada, esta entidad contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones<sup>4</sup>.

Propuso las excepciones de falta de competencia e ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales.

De otra parte sostuvo que la convocatoria que se realizó por parte del Presidente de la República se encontraba en estricta armonía con los lineamientos que previó el ordenamiento jurídico.

Precisó que el demandado reunió las calidades y requisitos constitucionales y

---

<sup>4</sup> Folios 271 a 274.

legales de elegibilidad.

Así mismo, mencionó que no existe prueba de la infracción establecida en el numeral 12 del artículo 337 del EOSF.

## **5. Actuación procesal**

Por medio de auto del 13 de julio de 2017 se corrió traslado de la solicitud de suspensión provisional<sup>5</sup>.

A través de proveído del 23 de agosto de 2017 se admitió la demanda, se negó la medida cautelar solicitada y se ordenaron las notificaciones de rigor<sup>6</sup>.

Mediante auto del 12 de octubre de 2017 se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 283 de la Ley 1437 de 2011<sup>7</sup>.

Por auto del 19 de octubre de 2017, por petición del demandado, se fijó nueva fecha para la realización de la audiencia inicial<sup>8</sup>.

El 30 de octubre de 2017 se llevó a cabo la audiencia inicial, en la que se desarrollaron las actividades propias de esta etapa procesal, entre ellas el saneamiento, pronunciamiento acerca de las excepciones, la fijación del litigio y el decreto de pruebas.

Se declararon no probadas las excepciones previas de ineptitud sustantiva de la demanda por incumplirse los requisitos establecidos en los numerales 2 y 4 del artículo 162 del CPACA y por indebida escogencia del medio de control. En cuanto a la excepción de improcedencia del medio de control de nulidad electoral cuando se sustenta en el régimen de incompatibilidades, se dijo que por no tener el carácter de previa, debía ser resuelta en la sentencia.

El litigio fue fijado en los siguientes términos:

*“(…) Establecido lo anterior, la controversia en este proceso está circunscrita a determinar si con la expedición del acto demandado se vulneraron los artículos 2, 6, 29, 40, 83, 85, 123, 209 y 335 de la Constitución. De manera concreta hay lugar a determinar lo siguiente: 1) Si la prohibición consagrada en la letra b) del numeral 12 del artículo 337 del EOSF es una inhabilidad o una incompatibilidad, 2) Establecer si el demandado incurrió en la prohibición antes mencionada y en caso de encontrarse acreditado, si dicho comportamiento da lugar a declarar la nulidad del nombramiento –Decreto 838 de 2017-, y si el demandado debió abstenerse de participar en la convocatoria por no cumplir con las*

---

<sup>5</sup> Folio 41.

<sup>6</sup> Folios 110 a 116.

<sup>7</sup> Folio 318.

<sup>8</sup> Folio 363.

*condiciones y requisitos del cargo por ser el director y representante legal del Fogafín para ese momento, y 3) Si se vulneraron los criterios de selección objetiva al no haberse establecido en la convocatoria reglas y criterios de selección claras así como el control de inhabilidades e incompatibilidades.”*

El día 15 de noviembre de 2017 se llevó a cabo la audiencia de pruebas de que trata el artículo 285 de la Ley 1437 de 2011, oportunidad en la que se practicaron las pruebas decretadas, y al considerar innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, según lo dispuesto en el artículo 181 del CPACA, se corrió el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito.

## **6. Alegatos de conclusión**

### **6.1. Parte demandante**

Insistió en los argumentos de la demanda<sup>9</sup>.

Solicitó que se envíen copias a la Fiscalía, toda vez que en su parecer el documento de liquidación de nómina del Fogafín no se ajusta a las normas de imperativo cumplimiento y refleja una presunta falsedad ideológica en documento público, así como tentativa de fraude procesal.

De otra parte expuso que en este caso se presentó en cabeza del demandado tanto la incompatibilidades del artículo 128 de la Constitución como la inhabilidad, razón por la cual se debe declarar la nulidad del Decreto 838 de 2017, evitando así que se siga sucediendo la vinculación irregular del accionado, más cuando estaría incurso en el delito de abuso de función pública.

### **6.2. Jorge Alexander Castaño Gutiérrez**

Presentó alegatos en los que reiteró los fundamentos de la contestación de la demanda<sup>10</sup>.

### **6.3. Presidencia de la República**

Ratificó los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda<sup>11</sup>.

### **6.4. Ministerio de Hacienda**

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda<sup>12</sup>.

## **7. Concepto del Ministerio Público**

---

<sup>9</sup> Folios 476 a 485.

<sup>10</sup> Folios 466 a 475.

<sup>11</sup> Folios 459 a 465.

<sup>12</sup> Folios 456 a 458.

La procuradora séptima delegado ante esta Corporación (E) rindió concepto en los siguientes términos<sup>13</sup>:

Señaló que la prohibición establecida en la letra b) del numeral 12 del artículo 337 del EOSF se trata de una incompatibilidad y no de una inhabilidad, puesto que implica la prohibición de desempeñar dos cargos a la misma vez.

Indicó que al momento de la postulación al cargo, al demandado no le era aplicable la incompatibilidad, y para el momento de la posesión es claro que ya no ocupaba el cargo de Director del Fogafín.

Agregó que no encuentra que con la convocatoria hecha se hubieran vulnerado los criterios de selección objetiva, puesto que en el mismo numeral 4 de la convocatoria se dispuso que el aspirante debía verificar que cumpliera con las condiciones y requisitos para el cargo.

Recordó que en este caso, el nombramiento es una facultad discrecional del Presidente, por lo que bastaba que el candidato cumpliera con los requisitos exigidos para el cargo y no estuviera inhabilitado o incurso en alguna causal de incompatibilidad.

Por lo anterior, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

Según el numeral 5 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 13-4 del Acuerdo No. 58 de 1999, la Sección es competente para conocer este proceso, en única instancia.

### **2. Análisis de los cargos**

La Sala, con fundamento en la fijación del litigio, resolverá los siguientes problemas jurídicos:

1) Si la prohibición consagrada en la letra b) del numeral 12 del artículo 337 del EOSF es una inhabilidad o una incompatibilidad,

2) Establecer si el demandado incurrió en la prohibición antes mencionada y en caso de encontrarse acreditado, si dicho comportamiento da lugar a declarar la nulidad del nombramiento –Decreto 838 de 2017-, y si el demandado debió abstenerse de participar en la convocatoria por no cumplir con las condiciones y requisitos del cargo por ser el director y representante legal del Fogafín para ese momento, y

---

<sup>13</sup> Folios 452 a 891.

3) Si se vulneraron los criterios de selección objetiva al no haberse establecido en la convocatoria reglas y criterios de selección claras así como el control de inhabilidades e incompatibilidades.

Precisado lo anterior, se procederá a estudiar cada uno.

- 1) *Diferencias entre inhabilidades e incompatibilidades y naturaleza de la prohibición establecida en la letra b) del numeral 12 del artículo 337 del EOSF.*

Sobre las inhabilidades la Corte Constitucional ha dicho:

*“(...) 5.2. Generalmente las inhabilidades son consideradas como aquellas circunstancias previstas en la Constitución o en la ley, que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, designada para un cargo público, como también en ciertos casos impiden que la persona que ya viene vinculada a la función pública continúe en ella; además, tales circunstancias pueden tener consecuencias respecto de las personas que van a celebrar o han celebrado contratos con el Estado<sup>14</sup>; en general estas previsiones normativas tienen como objetivo lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a entablar relaciones jurídicas con el Estado. En cuanto a la naturaleza de los regímenes de inhabilidades, la Corte<sup>15</sup> ha señalado:*

*“La expedición de un régimen de inhabilidades se convierte en un mecanismo determinante para asegurar ciertas cualidades y condiciones en los aspirantes a ejercer un cargo o función pública en forma acorde con los intereses que se pretenden alcanzar con ese desempeño. Entre esas cualidades se encuentran la idoneidad, moralidad y probidad de las personas para cumplir con determinadas responsabilidades. Por lo tanto, el propósito moralizador del Estado que persigue alcanzar un régimen de inhabilidades y cuyo sustento radica en la misma Carta Política, según se ha analizado en numerosa jurisprudencia esta Corporación, logra hacerse efectivo, precisamente, a través del desempeño de las funciones públicas en esos términos de idoneidad, moralidad y probidad, pues de esta manera se asegura el cumplimiento del interés general para el cual dicho cargo o función fueron establecidos, por encima del interés particular que dicha persona pueda tener en ese ejercicio”.*

*5.3. Para decidir sobre el asunto sometido a examen de la Sala es pertinente reiterar<sup>16</sup> que en el ordenamiento jurídico existen dos tipos de inhabilidades para el ejercicio de funciones públicas<sup>17</sup>. En el primer*

---

<sup>14</sup> Acerca de la naturaleza jurídica de las inhabilidades para contratar con el Estado pueden ser consultadas, entre otras, las Sentencias C-558 de 1994, C-221 de 1996, C-429 de 1997, C-532 de 2000 y C-188 de 2008.

<sup>15</sup> Sentencia C-952 de 2001.

<sup>16</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-798 de 2003.

<sup>17</sup> En principio las inhabilidades impiden el acceso a la función pública, pero la naturaleza jurídica de las mismas permite hacer extensivas sus características a algunas situaciones en las cuales los particulares traban

*tipo están las inhabilidades que se fijan como consecuencia de la imposición de una condena o de una sanción disciplinaria. En este evento, las inhabilidades pueden ser de índole permanente o temporal y, en ambos casos, opera con carácter general frente al desempeño futuro de funciones públicas o, como en el presente caso, respecto de la posibilidad de celebrar contratos con el Estado.*

*En el segundo tipo están las inhabilidades que se desprenden de una posición funcional o del desempeño de ciertos empleos públicos. Éstas pueden también ser permanentes o transitorias pero, a diferencia del anterior grupo, no tienen carácter general y se aplican con carácter restringido sólo frente a los cargos o actuaciones expresamente señalados por la autoridad competente.”<sup>18</sup>*

De otra parte en cuanto al concepto de incompatibilidades esa Corporación sostuvo:

*“(…) Es bien sabido que la incompatibilidad comporta una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado.”<sup>19</sup>*

En cuanto a la diferencia entre inhabilidades e incompatibilidades sostuvo:

*“(…) Resulta oportuno, para la decisión del problema jurídico que plantea la demanda, tener en cuenta la diferencia conceptual entre las nociones de inhabilidad e incompatibilidad, y las consecuencia jurídicas que de esta distinción provienen:*

*La diferencia entre estos dos conceptos ha sido explicada por la Corte así:*

*De conformidad con la jurisprudencia constitucional, las inhabilidades son “aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público y, en ciertos casos, impiden que la persona que ya viene vinculada al servicio público continúe en él; y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están*

---

relaciones jurídicas con el Estado, como ocurre en el caso de la celebración de contratos regulada mediante la Ley 80 de 1993.

<sup>18</sup> C-353 de 2009

<sup>19</sup> Sentencia C-181 de 1997

desempeñando empleos públicos.”<sup>20</sup>. Las inhabilidades también han sido definidas por la Corte como “inelegibilidades”, es decir, como “hechos o circunstancias antecedentes, predicables de quien aspira a un empleo que, si se configuran en su caso en los términos de la respectiva norma, lo excluyen previamente y le impiden ser elegido o nombrado.”<sup>21</sup> En esa medida, las **inhabilidades** se distinguen de las **incompatibilidades**, por cuanto estas últimas implican “una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado”<sup>22</sup>. Si bien las inhabilidades y las incompatibilidades son especies de un mismo género, es decir, son ambas tipos distintos de prohibiciones, se trata de dos categorías que no son equiparables. La diferencia entre una y otra, a pesar de compartir dicho propósito común, fue expuesta con claridad en la sentencia C-564 de 1997<sup>23</sup>: “...con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad. // Igualmente, como garantía del recto ejercicio de la función pública se prevén incompatibilidades para los servidores públicos, que buscan, por razones de eficiencia y moralidad administrativa que no se acumulen funciones, actividades, facultades o cargos.”<sup>24</sup>

Visto el anterior recuento jurisprudencial, que sirve para guiar la decisión que haya de tomarse en el presente asunto, pasa la Corte a ocuparse de la prohibición contenida en la norma acusada, para establecer si ella consagra una inhabilidad o una incompatibilidad que respeten los parámetros constitucionales.”<sup>25</sup>

Así mismo, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha dicho<sup>26</sup>:

**“(...) 4. Diferencias entre calidades, inhabilidades e incompatibilidades**

---

<sup>20</sup> Sentencia C-558 de 1994.

<sup>21</sup> Sentencia 483 de 1998.

<sup>22</sup> Sentencia C-181 de 1997.

<sup>23</sup> M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>24</sup> Sentencia C-015 de 2004.

<sup>25</sup> C-179 de 2005.

<sup>26</sup> Sección Quinta del Consejo de Estado, sentencia del 01 de diciembre de 2016, expediente 63001-23-33-000-2015-00336-01. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

*Para efectos de resolver los planteamientos del apelante como primera medida, la Sala considera necesario aclarar que en materia de acceso a los cargos de elección popular unas son las calidades que deben reunir los candidatos para ser elegidos válidamente y otras son las causales de inhabilidad que los hacen inelegibles. En efecto, la inhabilidad constituye un impedimento para obtener un empleo u oficio, en tanto que el concepto calidad se refiere al estado de una persona en particular, su naturaleza, su edad y demás circunstancias y condiciones que se requieren para ejercer un cargo o dignidad<sup>27</sup>.*

*Por otra parte, la Sala ha definido la incompatibilidad como una limitación para desplegar una actividad por el hecho de ocupar un cargo, circunstancia que en criterio de la Sala, en principio, no genera la nulidad de un acto electoral<sup>28</sup>, pues a diferencia de las inhabilidades, que constituyen impedimentos para el ejercicio de un empleo, las incompatibilidades son circunstancias que ocurren con posterioridad a la elección, el nombramiento o la posesión<sup>29</sup>.*

*Dentro de ese contexto, la capacidad de ser elegido – elegibilidad, es entendida como la situación ideal de quienes reúnen las condiciones constitucionales y legales para acceder, mediante el proceso de elección, a determinadas funciones o cargos públicos. Tales condiciones positivas o negativas están consagradas en la Constitución y en ley y su interpretación debe hacerse de forma restrictiva y personal, más no extensiva o analógica.<sup>30</sup>*

De acuerdo con las transcripciones antes hechas se tiene que, tanto las inhabilidades como las incompatibilidades son prohibiciones, sin embargo tienen propósitos y finalidades diferentes:

- Las **inhabilidades** son aquellas circunstancias previstas en la Constitución o en la ley, que impiden o imposibilitan que una persona **sea elegida, designada para un cargo público**, como también en ciertos casos impiden que la persona que ya viene vinculada a la función pública continúe en ella. Su objetivo es lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos, esto es, que posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con

---

<sup>27</sup> Sentencia Sección Quinta de 10 de septiembre de 2015, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Exp. 11001-03-28-000-2014-00028-00 y Sentencia Sección Quinta de 11 de marzo de 1999, M.P. Mario Alario Méndez, Exp. 1847.

<sup>28</sup> Pero en algunos casos, tal como lo ha señalado esta Sección, cuando se trata de la incompatibilidad contenida en el artículo 38, numeral 7 y el artículo 39 de la Ley 617 de 2000, ésta se torna en inhabilidad, por ende si es causal de nulidad electoral.

<sup>29</sup> Sentencia Sección Quinta de 4 de diciembre de 2014, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Exp. 11001-03-28-000-2014-00006-00

<sup>30</sup> Sentencia Sección Quinta de 10 de septiembre de 1999, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Exp. 11001-03-28-000-2014-00028-00 y Sentencia Sección Quinta de 17 de julio de 1989, MP Amado Gutiérrez Velásquez, Exp. 0202-0213.

arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio.

- Las incompatibilidades son una prohibición dirigida **al titular de una función pública** a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades **o ejercer simultáneamente** las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos. Su objetivo es evitar una indebida acumulación de funciones o la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en concreto buscan que no se afecte la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad.

Precisado lo anterior se procederá a establecer si la prohibición establecida en la letra b) del numeral 12 del artículo 337 del EOSF<sup>31</sup>, se trata de una inhabilidad o de una incompatibilidad.

Al efecto, la norma dispone:

**“12. Del régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Superintendente Bancario. No podrá ser Superintendente Bancario:**

*a) La persona en quien concurra alguna o algunas de las incompatibilidades o inhabilidades para desempeñar cargos públicos señaladas en la Constitución o en la ley;*

***b) Quien se desempeñe como director, administrador, representante legal o revisor fiscal de cualquier institución vigilada;***

*c) Quien por sí o por interpuesta persona tenga una participación superior al uno por ciento (1%) de las acciones suscritas de cualquier entidad sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria;*

*d) Quien por sí o por interpuesta persona se encuentre en situación litigiosa frente a la Superintendencia Bancaria pendiente de decisión judicial o sea apoderado en dicha causa;*

*e) Las personas que de conformidad con lo previsto en el tercer inciso del numeral 5 del artículo 53 de este Estatuto no puedan participar como accionistas de una entidad vigilada.”* (Negritas fuera del texto original)

Al leerse el encabezado de esta norma, se tiene que consagra ambos tipos de prohibiciones, esto es, inhabilidades e incompatibilidades del Superintendente Financiero.

---

<sup>31</sup> Esta norma está en concordancia con el artículo 128 de la Constitución Política, que dispone: “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni 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. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

En este punto es necesario precisar que si bien la norma inicia con la frase “no podrá ser Superintendente Financiero”, lo cierto es que no puede perderse de vista que en los literales que contiene, menciona tanto inhabilidades como incompatibilidades, tal como se desprende de la letra a), por lo que de tal frase no puede entenderse que todos los casos corresponden a inhabilidades o impedimentos para el acceso al cargo.

En este contexto, al leerse la letra b) se tiene que se trata de una incompatibilidad, al prohibir que se ejerzan simultáneamente los cargos de Superintendente Financiero y de director o representante legal de una institución vigilada.

Lo anterior, toda vez que la finalidad de esta prohibición es la propia de las incompatibilidades, que es evitar una indebida acumulación de funciones o la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, puesto que iría en contra del ordenamiento jurídico ser Superintendente y al mismo tiempo representante de una de las entidades a las que vigila .

Entonces, la persona que desempeñe el cargo de Superintendente Financiero no podrá ser director o representante legal de alguna de las entidades vigiladas, por confluir intereses que no se pueden conciliar.

Precisado lo anterior, se procederá a resolver el segundo problema jurídico.

- 2) *Establecer si el demandado incurrió en la prohibición antes mencionada y en caso de encontrarse acreditado, si dicho comportamiento da lugar a declarar la nulidad del nombramiento –Decreto 838 de 2017-, y si el demandado debió abstenerse de participar en la convocatoria por no cumplir con las condiciones y requisitos del cargo por ser el director y representante legal del Fogafín para ese momento.*

Dentro de expediente obran las siguientes pruebas:

- A folio 17 del cuaderno principal, obra copia del decreto 838 del 22 de mayo de 2017, por medio del cual el Ministro de Hacienda y Crédito Público nombró con carácter ordinario al señor Jorge Alexander Castaño en el cargo de Superintendente Código 0030 Grado 25 de la Superintendencia Financiera de Colombia. En ese decreto se dispuso que regía a partir de la fecha de su expedición.

- A folio 429 del expediente obra copia del acta de posesión No. 2801 del 22 de mayo de 2017 del señor Jorge Alexander Castaño en el cargo de superintendente código 0030 grado 25 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

- A folio 69 del expediente obra copia de la renuncia presentada el 19 de mayo de 2017, por el señor Jorge Castaño Gutiérrez al cargo de Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – Fogafín. En este escrito se indicó que sería efectiva **“a partir del 22 de mayo de 2017”**.

- A folio 67 del expediente obra copia del decreto 834 del 22 de mayo de 2017, por medio del cual el Ministro de Hacienda y Crédito Público resolvió:

*“ARTÍCULO 1º. **Acéptase a partir de la fecha, la renuncia** presentada por el doctor JORGE ALEXANDER CASTAÑO GUTIÉRREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.691.795, del cargo de Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – FOGAFIN.*

*ARTÍCULO 2º. Encárgase **a partir de la fecha**, al doctor ANDRÉS MAURICIO VELÁSICO MARTÍNEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.797.053, Director Técnico 0100-22 de la Dirección General de Política Macroeconómico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de las funciones del cargo de Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – FOGAFIN- mientras se nombra titular del cargo, sin desprenderse de las funciones propias de su cargo.*

*ARTÍCULO 3º. El presente Decreto rige a partir de la fecha de expedición.” (Negrillas fuera del texto original)*

- A folio 68 del expediente obra una certificación proferida por la Jefe de Talento Humano del Fogafín en la que certifica:

*“Que el doctor JORGE ALEXANDER CASTAÑO GUTIÉRREZ, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.691.795 expedida en Bogotá, se desempeñó como Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras –FOGAFÍN **desde el 1º de junio de 2016 y hasta el 21 de mayo de 2017.**” (Negrillas fuera del texto original)*

- A folio 159 del expediente obra la liquidación final del contrato de trabajo del señor Jorge Alexander Castaño Gutiérrez del cargo de Director del Fogafín, que desempeñó desde el 1 de junio de 2016 hasta el 21 de mayo de 2017.

De estos documentos se tiene que el demandado presentó su renuncia como Director del Fogafín a partir del 22 de mayo de 2017; se aceptó la renuncia al cargo a partir del 22 de mayo de 2017; se encargaron las funciones del cargo a un empleado del Fogafín a partir del 22 de mayo de 2017; y se nombró y posesionó al demandado como Superintendente Financiero a partir del 22 de mayo de 2017.

Revisados esos documentos se encuentra que no hubo concomitancia en los cargos toda vez que la locución preposicional “a partir” quiere decir “desde” y por tanto en el conteo se incluye el punto de partida.

Entonces, al aceptarse la renuncia a partir del 22 de mayo de 2017, comprende ese día y por tanto el 22 de mayo de 2017 el demandado no era Director del

Fogafín. Como consecuencia, al quedar vacante el cargo ese mismo día, el Ministro de Hacienda encargó las funciones de Director a partir de ese mismo día.

Con base en lo anterior, el demandado no incurrió en la incompatibilidad establecida en la letra b) del numeral 12 del artículo 337 del EOSF, puesto que no ejerció de manera concomitante los cargos de Superintendente Financiero y de director del Fogafín, ya que la renuncia a este último cargo se aceptó a partir del 22 de mayo de 2017.

De otra parte, al tratarse la prohibición de una incompatibilidad, no había razones para que el demandado se abstuviera de participar en la convocatoria, puesto que lo que se prohíbe es la simultaneidad en el ejercicio de los dos cargos - Superintendente y representante legal de una entidad vigilada-; como en este caso el demandado renunció antes de su nombramiento y su posesión, no incurrió en la incompatibilidad deprecada.

Precisado lo anterior, se resolverá el último problema jurídico,

*3) Si se vulneraron los criterios de selección objetiva al no haberse establecido en la convocatoria reglas y criterios de selección claras así como el control de inhabilidades e incompatibilidades.*

Para resolver este cargo debe tenerse en cuenta que en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004 se establece:

*“Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:*

*1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.*

*2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:*

*a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:*

*En la Administración Central del Nivel Nacional:*

*Ministro; Director de Departamento Administrativo; Viceministro; Subdirector de Departamento Administrativo; Consejero Comercial; Contador General de la Nación; Subcontador General de la Nación; **Superintendente**, Superintendente Delegado e Intendente; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Secretario General y Subsecretario General; Director de Superintendencia; Director de Academia Diplomática; Director de Protocolo; Agregado Comercial;*

*Director Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo; Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo, Director de Gestión; Jefes de Control Interno y de Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; Jefe de Oficina, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, Planeación, Prensa o de Comunicaciones; Negociador Internacional; Interventor de Petróleos, y Capitán de Puerto.”*  
(Negrillas fuera del texto original)

Como se observa de esta norma, el cargo de Superintendente es un cargo de libre nombramiento y remoción, razón por la cual para proveerlo no se debe adelantar un concurso de méritos.

Según el artículo 2.2.13.2.1 del Decreto 1083 de 2015 en la provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción de la Rama Ejecutiva del orden nacional y de los niveles diferentes al técnico y al asistencial, **sin perjuicio de la discrecionalidad propia de la naturaleza del empleo**, se tendrán en cuenta la transparencia en los procesos de vinculación de servidores, las competencias laborales, el mérito, la capacidad y experiencia, las calidades personales y su capacidad en relación con las funciones y responsabilidades del empleo.

De otra parte por medio del Decreto 1817 de 2015, se adicionó el Decreto 1083 de 2015 en lo relacionado con el nombramiento y remoción del Superintendente de Industria y Comercio, del Superintendente Financiero y del Superintendente de Sociedades, y se dispuso:

*“Artículo 2.2.34.1.2. Calidades. Para ocupar los empleos de Superintendente de Industria y Comercio, Superintendente Financiero y Superintendente de Sociedades, se deberán acreditar las siguientes calidades:*

- 1. Título profesional y título de posgrado en la modalidad de maestría o doctorado en áreas afines a las funciones del empleo a desempeñar.*
- 2. Diez (10) años de experiencia profesional relacionada con las funciones del cargo a desempeñar, adquirida en el sector público o privado, o experiencia docente en el ejercicio de la cátedra universitaria en disciplinas relacionadas con las funciones del empleo.*

*Artículo 2.2.34.1.3. Invitación pública. El Presidente de la República nombrará a los superintendentes a que hace referencia este Título, **previa invitación pública efectuada a través del portal de internet de la Presidencia** de la República, a quienes cumplan con los requisitos y condiciones para ocupar el respectivo cargo.*

*Previo al nombramiento, el Presidente de la República podrá solicitar la opinión de organizaciones ciudadanas, sociales, universitarias o académicas, sobre el buen crédito de los aspirantes que estime necesarios. Asimismo, podrá realizar entrevistas a algunos de los candidatos.”* (Negrillas fuera del texto original)

En este caso dicha convocatoria se realizó por parte de la Presidencia de la República, en donde se indicó que los requisitos para ocupar el cargo serían los establecidos en el artículo 2.2.34.1.2 del Decreto 1083 de 2015, se estableció el proceso de inscripción y se señalaron los documentos que se debían aportar al momento de la inscripción<sup>32</sup>.

En este contexto, toda vez que la convocatoria era una invitación a participar, no había lugar a establecer criterios objetivos de selección, puesto que se reitera, no se trata de un concurso de méritos, ya que el cargo de Superintendente no es de carrera sino de libre nombramiento y remoción.

Por lo anterior, es claro que la convocatoria no debía identificar criterios de selección adicionales a los requisitos establecidos en la ley para acceder al cargo, ni inhabilidades o incompatibilidades adicionales a las establecidas en la Constitución y la ley.

Por lo anterior no le asiste razón al actor cuando afirma que no se cumplieron los criterios de selección objetiva en la convocatoria, y por tanto este cargo no está llamado a prosperar.

Así las cosas, la presunción de legalidad de que goza el acto demandado no fue desvirtuada, por lo que la totalidad de las pretensiones de la demanda habrán de ser denegadas.

De otra parte, en los alegatos de conclusión, la parte actora solicitó que se envíen copias a la Fiscalía por una presunta falsedad ideológica en el documento de liquidación de nómina del Fogafín, por no ajustarse a las normas de imperativo cumplimiento, así como tentativa de fraude procesal. Al respecto, no se remitirán copias, toda vez que de las pruebas que obran en el expediente no se encontró demostrada la alegada falsedad ideológica.

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

## **FALLA**

**PRIMERO:** Deniéganse las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Notifíquese la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

---

<sup>32</sup> Folio 20

**TERCERO:** En firme esta providencia, archívese el expediente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Presidente

**ROCÍO ARÁUJO OÑATE**  
Consejera de Estado

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Consejera de Estado

**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
Consejero de Estado  
Aclaró voto

**INCOMPATIBILIDAD – Que se torna en inhabilidad / PROHIBICIÓN – No todas tienen naturaleza de incompatibilidad**

Respetuosamente considero que, contrario a lo concluido por la providencia objeto de aclaración, no es tan claro que la prohibición se trate de una incompatibilidad. La sentencia sostiene que si bien la norma supuestamente desconocida inicia con la frase “no podrá ser Superintendente Financiero”, lo cierto es que no puede perderse de vista que la letra b), es decir, la específicamente atribuida al demandado en este caso, tiene naturaleza de una incompatibilidad, al prohibir que se ejerzan simultáneamente los cargos de Superintendente Financiero y de director o representante legal de una institución vigilada. Lo anterior, toda vez que supuestamente la finalidad de esta prohibición es la propia de las incompatibilidades, que es evitar una indebida acumulación de funciones o la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, puesto que

iría en contra del ordenamiento jurídico ser Superintendente y al mismo tiempo representante de una de las entidades a las que vigila. Para el suscrito, la norma tiene una doble naturaleza -como ha ocurrido en otros casos estudiados por esta Sección en donde las incompatibilidades se tornan en inhabilidades, como dos caras de una misma moneda-. Seamos claros, mientras que la inhabilidad es una prohibición para acceder a un cargo -modalidad tradicional-, o para mantenerse en el -modalidad sobreviniente-, la incompatibilidad es una prohibición para hacer algo por el hecho de ocupar un cargo, o por el hecho de haberlo ocupado. Es por lo anterior que sólo las inhabilidades son relevantes para la nulidad electoral, puesto que el propósito de este medio de control radica en la verificación del cumplimiento del ordenamiento jurídico a la hora de acceder a un cargo, entonces, como las incompatibilidades constituyen prohibiciones para hacer algo por el hecho de ocupar un cargo, o por el hecho de haberlo ocupado, aquellas no se encuentran tipificadas como causales de nulidad electoral, pues en esta circunstancia, el acceso al cargo ya se materializó

### **PROHIBICIÓN – Doble naturaleza**

Hay eventos en los que una prohibición puede tener doble naturaleza en la medida en que puede ser, simultáneamente, inhabilidad e incompatibilidad desde la perspectiva en la que se analice. En el antecedente, por ejemplo, estábamos frente a una incompatibilidad de los alcaldes que se tornaba en una inhabilidad para ser gobernadora. Esto ocurre cuando en el caso concreto está involucrado más de un cargo. Esa misma característica se predica del caso que nos ocupa ya que la norma que se dice desconocida es al mismo tiempo incompatibilidad por el hecho de ser director de una entidad vigilada, e inhabilidad para acceder al cargo de Superintendente. Sostener lo contrario sería dejar desprovisto el control del cumplimiento del ordenamiento jurídico en el acceso al cargo de Superintendente Financiero. Nótese que no se trata de una incompatibilidad en el desempeño del cargo de Superintendente -ya que no lo viene ejerciendo-, sino de una inhabilidad para que quien se halla ejerciendo el de representante legal de una entidad vigilada por esa superintendencia, acceda al cargo de Superintendente.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN QUINTA**

**Radicación número: 11001-03-28-000-2017-00019-00**

**Actor: ROBERTO MAURICIO RODRÍGUEZ SAAVEDRA**

**Demandado: SUPERINTENDENTE FINANCIERO**

**Proceso Electoral – Aclaración de voto**

Con el acostumbrado respeto por las providencias de esta Sección, me permito explicar los motivos por los cuales aclaré mi voto en la sentencia del 7 de diciembre de 2017 a través de la cual la Sala negó las pretensiones de la demanda que dio origen al proceso de la referencia.

Así pues, aunque comparto plenamente la parte resolutive de la aludida providencia considero oportuno realizar dos consideraciones respecto: (i) de la naturaleza de la prohibición atribuida al demandado y (ii) su configuración en el caso concreto.

**Primero.** Respetuosamente considero que, contrario a lo concluido por la providencia objeto de aclaración, no es tan claro que la prohibición se trate de una incompatibilidad.

La sentencia sostiene que si bien la norma supuestamente desconocida inicia con la frase “*no podrá ser Superintendente Financiero*”, lo cierto es que no puede perderse de vista que la letra b), es decir, la específicamente atribuida al demandado en este caso, tiene naturaleza de una incompatibilidad, al prohibir que se ejerzan simultáneamente los cargos de Superintendente Financiero y de director o representante legal de una institución vigilada.

Lo anterior, toda vez que supuestamente la finalidad de esta prohibición es la propia de las incompatibilidades, que es evitar una indebida acumulación de funciones o la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, puesto que iría en contra del ordenamiento jurídico ser Superintendente y al mismo tiempo representante de una de las entidades a las que vigila .

Para el suscrito, la norma tiene una doble naturaleza -como ha ocurrido en otros casos estudiados por esta Sección en donde las incompatibilidades se tornan en inhabilidades<sup>33</sup>, como dos caras de una misma moneda-.

Seamos claros, mientras que la inhabilidad es una prohibición para acceder a un cargo -modalidad tradicional-, o para mantenerse en el -modalidad sobreviniente-, la incompatibilidad es una prohibición para hacer algo por el hecho de ocupar un cargo, o por el hecho de haberlo ocupado.

Es por lo anterior que sólo las inhabilidades son relevantes para la nulidad electoral, puesto que el propósito de este medio de control radica en la verificación del cumplimiento del ordenamiento jurídico a la hora de acceder a un cargo,

---

<sup>33</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 7 de junio de 2017

entonces, como las incompatibilidades constituyen prohibiciones para hacer algo por el hecho de ocupar un cargo, o por el hecho de haberlo ocupado, aquellas no se encuentran tipificadas como causales de nulidad electoral, pues en esta circunstancia, el acceso al cargo ya se materializó.

Veamos, de conformidad con el artículo 275 del CPACA: “Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo [137](#) de este Código y, además, cuando:

(...)

***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.***

(...).”

Sin embargo, como en el antecedente citado línea atrás, hay eventos en los que una prohibición puede tener doble naturaleza en la medida en que puede ser, simultáneamente, inhabilidad e incompatibilidad desde la perspectiva en la que se analice.

En el antecedente, por ejemplo, estábamos frente a una incompatibilidad de los alcaldes que se tornaba en una inhabilidad para ser gobernadora. Esto ocurre cuando en el caso concreto está involucrado más de un cargo.

Esa misma característica se predica del caso que nos ocupa ya que la norma que se dice desconocida es al mismo tiempo incompatibilidad por el hecho de ser director de una entidad vigilada, e inhabilidad para acceder al cargo de Superintendente.

Sostener lo contrario sería dejar desprovisto el control del cumplimiento del ordenamiento jurídico en el acceso al cargo de Superintendente Financiero. Nótese que no se trata de una incompatibilidad en el desempeño del cargo de Superintendente -ya que no lo viene ejerciendo-, sino de una inhabilidad para que quien se halla ejerciendo el de representante legal de una entidad vigilada por esa superintendencia, acceda al cargo de Superintendente.

**Segundo.** Siendo consecuentes con lo anterior, si tal y como lo concluye la sentencia aprobada por la Sala, la prohibición atribuida al demandado se trata de una incompatibilidad, pues ocurre que eso no es causal de nulidad electoral y, por tanto, ni siquiera debería haberse analizado su eventual acaecimiento, como lo hace la sentencia, pues ello escapa a la causal 5º del artículo 275 del CPACA, ya citada.

En los anteriores términos dejo precisadas las razones que me llevaron aclarar mi voto en la providencia de la referencia.

Fecha ut supra,

**ALBERTO YEPES BARREIRO**

**Consejero de Estado**