

GOBERNADOR - Calidad / GOBERNADORES - Régimen de inhabilidades e incompatibilidades / GOBERNADOR ENCARGADO O DESIGNADO - Le son aplicables las causales de pérdida de investidura por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades

Los artículos 31 numeral 7 y 32 de la Ley 617 de 2000 establece que “los Gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo” no podrán inscribirse como candidatos a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue elegido y hasta 24 meses después a partir de su posesión en la respectiva circunscripción. No hay duda de que conforme con lo señalado por el artículo 303 de la Constitución Política, los Gobernadores son servidores públicos de elección popular para períodos de 4 años. Quienes “los reemplacen en el ejercicio del cargo” son las personas que de manera eventual asumen sus funciones en caso de falta absoluta o temporal. Recuérdese que a partir de la vigencia del Acto Legislativo 02 de 2002 quedó establecido que los períodos de los Gobernadores son de cuatro años, por tanto, durante el mismo período constitucional varias personas pueden ejercer el cargo de Gobernador, pese a que sólo uno de ellos sea elegido popularmente. No sobra agregar que la tesis según la cual las inhabilidades derivadas del ejercicio de cargos públicos no se configuran cuando se desempeñan a título de encargo, fue desvirtuada por la Sección Quinta en varias oportunidades. (...) Tan irrelevante es el título que sirve de fundamento al ejercicio de funciones públicas para efectos de la configuración de inhabilidades e incompatibilidades que éstas se extienden a los funcionarios de facto o de hecho, es decir, a quienes carecen de investidura o la tienen de manera irregular y desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado con la creencia del funcionario y de los asociados de que las ejerce legítimamente. En suma, las prohibiciones contenidas en las normas objeto de estudio son aplicables a “los Gobernadores, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo”, es decir, a todas las personas que, sin importar la causa o el origen de su nombramiento, ejerzan el cargo de Gobernador.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 303 / LEY 617 DE 2000 – ARTICULO 31 NUMERAL 7 / LEY 617 DE 2000 – ARTICULO 32

NOTA DE RELATORIA: Sobre las inhabilidades derivadas del ejercicio de cargos públicos cuando se desempeñan a título de encargo, sentencias, Consejo de Estado, Sección Quinta, del 5 de octubre de 2001, Radicado 2001-0003 (2463), M.P. Roberto Medina López; del 13 de octubre de 2005, Radicado 3816, M.P. Reinaldo Chavarro Buritica; y Auto 1090 del 13 de enero de 1994, M.P. Amado Gutiérrez Velásquez.

GOBERNADOR - Prohibición / REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES - Gobernador / CAUSAL DE INCOMPATIBILIDAD - Artículo 31 numeral 7 de la Ley 617 de 2000 / REGIMEN DE INHABILIDADES - Diputado / DIPUTADO - Pérdida de investidura. Causal del artículo 48, numerales 1 y 6, de la Ley 617 de 2000 / PERDIDA DE INVESTIDURA - Diputado que ejerció como gobernador dentro de los 24 meses anteriores a su elección, dentro de la misma circunscripción

Para la Sala, el artículo 31 numeral 7º de la Ley 617 de 2000 contiene una prohibición para quienes ejercieron el cargo de Gobernador o quienes hayan sido designados en su reemplazo, de inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular, dentro de los 24 meses anteriores a su elección, dentro de la misma circunscripción. Si bien es cierto que la regulación normativa

de las causales que acarrearán pérdida de investidura para los diputados están previstas en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, también es cierto que el numeral 1 idem, se refiere en lo pertinente a la violación al régimen de incompatibilidades, el que de acuerdo con el artículo 299 inciso 2º de la Constitución Política será fijado por la ley, el cual puede estar contenido en diversas disposiciones como ocurre en este caso, en la causal de incompatibilidad instituida en el artículo 31 numeral 7 de la citada ley 617. Los supuestos para que se configure la prohibición en estudio son: (i) que la conducta se realice por los Gobernadores o quienes sean designados en su reemplazo, (ii) que se inscriba como candidato a cualquier cargo de elección popular en la misma circunscripción y; iii) que esa inscripción se efectúe durante el período para el cual fue elegido y hasta 24 meses después de ejercido dicho cargo. En el expediente obra copia auténtica del Decreto 1782 de 2005 (fl. 104), por el cual el Gobernador del Huila encargó a la demandada como Gobernadora Encargada a partir del 30 de noviembre de 2005 “mientras dura la ausencia del Gobernador titular”. El anterior documento prueba que la demandada ejerció el cargo de Gobernadora del Huila por encargo a partir del 30 de noviembre de 2005. En consecuencia, está demostrado el primer presupuesto de la causal de inhabilidad invocada en la demanda. Asimismo obra copia de la solicitud de inscripción y constancia de aceptación a candidato a la Asamblea del Huila suscrita por la demandada y radicada el 8 de agosto de 2007 (fl. 109) así, está debidamente probado este segundo supuesto de la norma. La demandada ejerció entonces el cargo de Gobernadora del Huila por encargo el 30 de noviembre de 2005, y se inscribió como candidata para ocupar el cargo de Diputada en la misma circunscripción dentro de los 24 meses siguientes, esto es, el 8 de agosto de 2007, cuando no se había cumplido el término de la prohibición. Es indiscutible que el tercer supuesto de la norma también está acreditado. Como la elección de la demandada como Diputada a la Asamblea del Huila se produjo pese a la expresa prohibición de las normas citadas por el demandante como violadas, se incurrió en la causal de incompatibilidad como Gobernadora Encargada e inhabilidad para inscribirse como candidata a Diputada previstas en el artículo 48, numerales 1 y 6 de la Ley 617 de 2000, por lo que se impone revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar, decretar la pérdida de investidura de la demandada.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 299 INCISO 2 / LEY 617 DE 2000 – ARTICULO 31 NUMERAL 7 / LEY 617 DE 2000 – ARTICULO 48 NUMERAL 1 / LEY 617 DE 2000 – ARTICULO 48 NUMERAL 6

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá D.C., dos (2) de diciembre de dos mil diez (2010)

Radicación número: 41001-23-31-000-2010-00055-01(PI)

Actor: GILBERTO SILVA IPUS

Demandado: FLOR PERDOMO ANDRADE

Referencia: APELACION SENTENCIA. PERDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Huila de 13 de abril de 2010, que negó la pérdida de la investidura de FLOR PERDOMO ANDRADE como Diputada a la Asamblea Departamental del Huila.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El ciudadano GILBERTO SILVA IPUS solicitó el 1° de febrero de 2010 la pérdida de investidura de la Diputada FLOR PERDOMO ANDRADE, con los siguientes fundamentos:

1.1. Las causales invocadas

Se imputan al demandado las causales establecidas en el artículo 48 numerales 1° y 6° de la Ley 617 de 2000.

1.2. Hechos

En los comicios del 28 de octubre de 2007, la ciudadana FLOR PERDOMO ANDRADE resultó elegida Diputada a la Asamblea Departamental del Huila para el período 2008-2011.

La demandada violó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades porque el 30 de noviembre de 2005 se desempeñó como Gobernadora Encargada del Departamento del Huila y el 8 de agosto de 2007 se inscribió como candidata a la Asamblea del mismo departamento.

Lo anterior significa que dentro de los veinticuatro (24) meses anteriores a su elección como Diputada, se desempeñó como Gobernadora Encargada incurriendo en la causal de incompatibilidades en los artículos 31 numeral 7° y 32 de la Ley 617 de 2000.

2. LA CONTESTACIÓN

Admitida la demanda por auto de 10 de febrero de 2010, el apoderado de FLORA PERDOMO ANDRADE propuso las excepciones que denominó «*Improcedencia del derecho invocado*», «*Ausencia de norma violada*», «*Atipicidad de la conducta*» por considerar que conforme a la sentencia C-194 de 1995, las circunstancias descritas por el actor constituyen una inhabilidad y no una incompatibilidad como se afirma en el escrito de la demanda, por lo que debió formularse el cargo como violación del régimen de inhabilidades de los diputados o gobernadores.

Señaló que los preceptos legales en que debió fundamentarse la demanda son los consagrados en los artículos 30 y 33 de la Ley 617 de 2000, no así los artículos 31 y 32 de la citada ley.

3. LA AUDIENCIA

El 17 de marzo de 2010 se celebró la audiencia pública, con asistencia del Procurador Judicial 34 para Asuntos Administrativos, el demandante GILBERTO SILVA IPÚS, la demandada FLOR PERDOMO ANDRADE y su apoderado.

3.1. El demandante insistió en la argumentación fáctica y jurídica expuesta en el escrito de la demanda.

3.2. El apoderado de la demandada hizo referencia al concepto de inhabilidad e incompatibilidad según los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional.

Asimismo, adujo que el artículo 32 de la Ley 617 de 2000 establece dos componentes o presupuestos para ejercer el cargo de gobernador encargado, cuales son la designación y la posesión, presupuesto último que en el caso de la señora FLORA PERDOMO ANDRADE, no se cumplió, por lo que no puede entenderse que la demandada hubiera ejercido dicho cargo en calidad de encargo.

Puso de presente que la demandada no fue designada conforme a los presupuestos que establece la incompatibilidad, ni a los procedimientos legales para el caso de las faltas temporales o absolutas del titular del cargo de Gobernador, por lo que no se configura causal de incompatibilidad que justifique el decreto de la pérdida de investidura de la demandada.

3.3. El Procurador Judicial 34 para Asuntos Administrativos consideró que la demandada incurrió en la causal establecida en el artículo 48 numeral 1º de la Ley 617 de 2000, pues según las pruebas allegadas la señora FLORA PERDOMO ANDRADE ejerció el cargo de Gobernadora encargada del Departamento del Huila dentro de los 24 meses anteriores a su inscripción como Diputada del mismo departamento.

II. LA SENTENCIA APELADA

En sentencia de 13 de abril de 2010, el Tribunal declaró probadas las excepciones propuestas por la demandada y denegó la pérdida de investidura de FLORA PERDOMO ANDRADE como Diputada del Huila.

El artículo 31 numeral 7º de la Ley 617 de 2000 se refiere a las incompatibilidades de los Gobernadores en ejercicio del cargo y de quienes sean designados en su reemplazo que se inscriban como candidatos a cualquier cargo o corporación de elección popular durante su periodo para el cual fue elegido.

En este caso, la demandada se desempeñó como Gobernadora Encargada el 30 de noviembre de 2005 y se inscribió como candidata a la Asamblea Departamental del Huila el 8 de agosto de 2007, resultando electa el 27 de octubre del mismo año.

Si bien es cierto que la situación de la demandada se ajusta a lo descrito en el artículo 31 de la Ley 617 de 2000, en cuanto que, habiendo sido Gobernadora Encargada del Departamento del Huila se inscribió como candidata a la Asamblea del mismo departamento, dentro del periodo constitucional de dicha norma, estos hechos constituyen una incompatibilidad sólo enjuiciable por vía del proceso disciplinario o electoral, dado que no puede ser objeto de acción de pérdida de investidura porque para los gobernadores no se consagró este mecanismo judicial.

La conducta de la Diputada demandada se podría enmarcar dentro de la inhabilidad descrita en el numeral 3º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, en el evento en que hubiese ejercido el cargo de Gobernadora en el respectivo departamento dentro de los 12 meses anteriores a la elección como diputada. Lo anterior, en el supuesto que la parte actora hubiese invocado en la demanda esta causal de pérdida de investidura.

III. LA IMPUGNACIÓN

El actor mediante apoderado sostiene que la demandada se encontraba inhabilitada para inscribirse como candidata a la Asamblea Departamental del Huila, pues según los artículos 31 numeral 7 y 32 de la Ley 617 de 2000, está prohibido ejercer el cargo de Gobernador e inscribirse como candidato a la Asamblea Departamental de la misma circunscripción.

El fundamento y criterio expuesto en el fallo recurrido, según el cual la prohibición descrita en el artículo 31-7 de la Ley 617 de 2000 es una incompatibilidad enjuiciable por vía del proceso disciplinario o electoral, constituye un error conceptual que debe repararse en segunda instancia, pues dicha norma es clara en prohibirle al Gobernador titular o encargado inscribirse como candidato a la Asamblea Departamental dentro de los 24 meses anteriores a dicha inscripción.

Los supuestos de hecho establecidos en los artículos 31-7 y 32 de la Ley 617 de 2000 son los mismos que prevén los artículos 38-7 y 39 ibidem, en cuanto prohíben a quien haya sido Gobernador o Alcalde o designado en su reemplazo, inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el periodo para el cual fue elegido y en la respectiva circunscripción, dentro de los 24 meses posteriores a su desvinculación, constituyendo materialmente un impedimento o causal de inhabilidad para ser elegido.

En el caso concreto de la demandada, efectivamente le asistía un impedimento o una inhabilidad para inscribirse el día 08 de agosto de 2007 como candidata a la Asamblea Departamental del Huila, pues había sido designada Gobernadora encargada del mismo departamento el 30 de noviembre de 2005, es decir, 20 meses y 8 días antes de su inscripción como diputada, cuando debió dejar transcurrir 24 meses, según el artículo 32 de la Ley 617 de 2000.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

El actor y el apoderado de la demandada reiteraron los argumentos expuestos en la demanda, la contestación y el recurso de apelación respectivamente.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado pone de presente que, el actor pretende la aplicación de los artículos 31 y 32 de la Ley 617 de 2000, que establecen las incompatibilidades de los Gobernadores y su duración, las cuales

han de entenderse referidas a esos específicos servidores públicos y no a los diputados, como claramente lo exponen las normas señaladas.

Sostiene que si bien es cierto que la demandada ocupó temporalmente el cargo de Gobernadora del Huila antes de inscribirse como candidata a la Asamblea del mismo departamento, se encontraría en el supuesto regulado por el artículo 31 numeral 7 de la Ley 617 de 2000, por el término previsto en el artículo 32 ibidem (24 meses después del vencimiento de su período o de la aceptación de la renuncia). Sin embargo, la Ley 617 de 2000 no contempló dicha situación como una inhabilidad que diera lugar a la pérdida de investidura de los diputados y, en atención a que las causales de pérdida de investidura deben estar descritas en la ley, le asistió razón al Tribunal al negar las pretensiones de la demanda.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia

Como lo ha advertido la Sala en otras oportunidades, esta Sección es competente para conocer de la apelación de las sentencias proferidas en procesos de pérdida de investidura de Diputados, de una parte, en virtud del artículo 48, parágrafo 2, de la Ley 617 de 2000, que establece la segunda instancia para tales procesos y, de la otra, atendiendo el pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de enero 25 de 1995, según el cual las impugnaciones contra las sentencias de pérdida de investidura, proferidas por los Tribunales Administrativos, son de conocimiento de la Sección Primera del Consejo de Estado.

6.2. Al Gobernador “encargado o designado” le son aplicables las causales de pérdida de investidura por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades

Los artículos 31 numeral 7 y 32 de la Ley 617 de 2000 establece que “los Gobernadores, **así como quienes sean designados en su reemplazo**” no podrán inscribirse como candidatos a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue elegido y hasta 24 meses después a partir de su posesión en la respectiva circunscripción.

No hay duda de que conforme con lo señalado por el artículo 303 de la Constitución Política, **los Gobernadores** son servidores públicos de **elección popular** para períodos de 4 años.

Quienes **“los reemplacen en el ejercicio del cargo”** son las personas que de manera eventual asumen sus funciones en caso de falta absoluta o temporal.

Recuérdese que a partir de la vigencia del Acto Legislativo 02 de 2002 quedó establecido que los períodos de los Gobernadores son de cuatro años, por tanto, durante el mismo período constitucional varias personas pueden ejercer el cargo de Gobernador, pese a que sólo uno de ellos sea elegido popularmente.

No sobra agregar que la tesis según la cual las inhabilidades derivadas del ejercicio de cargos públicos no se configuran cuando se desempeñan a título de encargo, fue desvirtuada por la Sección Quinta en varias oportunidades; así, en sentencia de 5 de octubre de 2001, exp. 2001-0003 (2463), determinó lo siguiente:

“... esta Sala sostiene que con el ejercicio del cargo, a cualquier título, se configura la inhabilidad, vale decir, no sólo cuando se ejerce en propiedad sino también mediante otra forma de provisión, como por ejemplo, en provisionalidad, en comisión o por encargo, porque la norma hace referencia al ejercicio y no a la titularidad del cargo.

Al respecto se observa:

Según los artículos 23 del Decreto Ley 2400 de 1968 y 34 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, el encargo es una situación administrativa que implica el desempeño temporal, por un empleado, de funciones propias de otro cargo, en forma parcial o total, por ausencia temporal o definitiva del titular.

El concepto de encargo trae implícito el desempeño de funciones constitucionales y legales asignadas al titular, como lo ha afirmado esta Corporación en forma reiterada¹. Así se pronunció al respecto:

“El encargo implica de por sí para quien lo asuma, el desempeño de las funciones propias del empleo para el cual se ha producido el encargo, en forma parcial o total de las mencionadas funciones, según lo señale el acto administrativo que lo confiere sin que se requiera por dicha razón, de una delegación de funciones. Ha de entenderse, asimismo, que si el acto que confiere el encargo no establece expresamente qué clase de funciones puede ejercer la persona en el empleo para el cual ha sido encargada, ella está en capacidad de cumplir todas aquellas funciones propias o inherentes del cargo que se va a desempeñar temporalmente.”²

¹Ver sentencias de 21 de abril de 1992, 9 de septiembre del mismo año y del 2 de noviembre de 1995, de la Sección Segunda, Expedientes 4134, 3526 y 5672, respectivamente. Magistrados ponentes Alvaro Lecompte Luna y Dolly Pedraza de Arenas.

² Primera sentencia antes citada.

En sentencia de 17 de febrero de 2005 dicha sección reiteró la tesis expuesta en precedencia, y se agregó que:

*“Adicional a lo anterior debe señalarse que el encargo, como una situación administrativa que es, corresponde a una figura jurídica empleada para proveer los cargos ante vacancias definitivas o temporales, encomendando el ejercicio de esas funciones a otro empleado, quien puede ser desvinculado o no, de las funciones inherentes a su cargo (D.L. 2400 de 1968 art. 23 y D.R. 1950 de 1973 art. 34). Según el tenor literal de la primera disposición “Los empleados podrán ser encargados parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquéllos para los cuales han sido nombrados por ausencia temporal o definitiva del titular”, lo cual conduce a pensar que **si en el acto de encargo no se delimitan las funciones, es claro que el encargado está habilitado para ejercerlas a plenitud**, sin que del mismo puede predicarse, como lo hace el apoderado del accionado, que sea un simple administrador por tan precaria condición.”* (Negritas y subrayas de la Sala)

Tan irrelevante es el título que sirve de fundamento al ejercicio de funciones públicas para efectos de la configuración de inhabilidades e incompatibilidades que éstas se extienden a los funcionarios de *facto* o de hecho, es decir, a quienes carecen de investidura o la tienen de manera irregular y desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado con la creencia del funcionario y de los asociados de que las ejerce legítimamente.³

En suma, las prohibiciones contenidas en las normas objeto de estudio son aplicables a **“los Gobernadores, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo”**, es decir, a todas las personas que, sin importar la causa o el origen de su nombramiento, ejerzan el cargo de Gobernador.

Finalmente, conviene anotar que los fines perseguidos por la prohibición examinada son los de garantizar la igualdad de trato de los candidatos a ser elegidos Gobernadores y el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido, e impedir que los candidatos que hayan ejercido las funciones de Gobernador dentro de los 24 meses anteriores a la inscripción influyan sobre los electores mediante las prerrogativas que se derivan de dicho cargo. Esos fines se realizan plenamente con la interpretación que prohija la Sala.

6.3. El caso concreto

³ Auto de 13 de enero de 1994, exp. 1090 y sentencia de 13 de octubre de 2005 exp, 3816.

Está demostrada la calidad de Diputada a la Asamblea del Huila ostentada por la señora FLORA PERDOMO ANDRADE, para el período 2008-2011 (fl. 110).

El actor aduce que la demandada se desempeñó como Gobernadora encargada del Departamento del Huila el 30 de noviembre de 2005 y dentro de los 24 meses siguientes se inscribió como candidata a la Asamblea del mismo departamento, razón por la cual la demandada violó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecidas en los artículos 31, 32 y 48 numerales 1 y 6 de la Ley 617 de 2000. Estas normas disponen:

«Artículo 31. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS GOBERNADORES. Los Gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo no podrán:

7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue elegido.

[...].

Artículo 32. DURACIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS GOBERNADORES. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Las incompatibilidades de los gobernadores a que se refieren los numerales 1 y 4 tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta por doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. **En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.**

Quien fuere designado como Gobernador, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.
(negrilla fuera de texto)

Artículo 48. PERDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADOS, CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES Y DE MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales **perderán su investidura:**

1. Por **violación del régimen de incompatibilidades** o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general.
(...)

6. Por **las demás causales expresamente previstas en la ley.**»
(negrilla fuera de texto)

Así las cosas, la cuestión se contrae a establecer si esa circunstancia configura o no la causal de pérdida de la investidura que se le endilga a la demandada como Diputada del Huila.

Es del caso tener en cuenta que en sentencia de 29 de enero de 2009⁴, la Corporación estudió el sentido y alcance de los artículos 38-7 y 39 de la Ley 617 de 2000 que establecen las incompatibilidades de los Alcaldes y sostuvo que la prohibición de inscribirse como candidato a alcalde de quienes hayan ejercido dicho cargo dentro de los 24 meses posteriores a su desvinculación, constituye materialmente una causal de inhabilidad para ser elegido. En dicha oportunidad, declaró la nulidad del acto administrativo de 3 de noviembre de 2007, por medio del cual la Comisión Escrutadora del Municipio de Jamundí declaró elegida a Marleny Muñoz Sánchez como Alcaldesa de ese municipio para el período 2008-2011. Las consideraciones que expuso, son enteramente aplicables al caso presente:

«El recurrente sostuvo que la demandada se desempeñó como Alcaldesa encargada del Municipio de Jamundí en mayo, junio y julio de 2006, y dentro de los 24 meses siguientes se inscribió como candidata para ocupar dicho cargo, razón por la cual el acto acusado violó los artículos 38-7 y 39 de la Ley 617 de 2000. El apelante consideró equivocado el criterio del a quo según el cual la prohibición para inscribirse como candidato prevista en las normas transcritas constituye una causal de incompatibilidad cuya transgresión no vicia de nulidad el acto de elección acusado. A su juicio, la naturaleza de la prohibición mencionada es la de una inhabilidad. El criterio expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-194 de 1995, según el cual la conducta prohibida es una inhabilidad, es válido y aplicable al texto vigente de los artículos mencionados porque los supuestos de hecho a que se refirió siguen siendo los mismos. En consecuencia, los artículos 38-7 y 39 de la Ley 617 de 2000 en cuanto prohíben la inscripción como candidato a alcalde de quienes hayan ejercido dicho cargo dentro de los 24 meses posteriores a su desvinculación, constituye materialmente una causal de inhabilidad para ser elegido. Para que se configure la prohibición en estudio se requiere: (i) que la conducta se realice por un sujeto calificado, los alcaldes, o quienes “los reemplacen” en el ejercicio del cargo; (ii) que ese sujeto se inscriba como candidato a cualquier cargo de elección popular en esa circunscripción y; iii) que esa inscripción se efectúe durante el período para el cual fue elegido y hasta 24 meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia.»

Para la Sala, el artículo 31 numeral 7º de la Ley 617 de 2000 contiene una prohibición para quienes ejercieron el cargo de Gobernador o quienes hayan sido designados en su reemplazo, de inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular, dentro de los 24 meses anteriores a su elección, dentro de la misma circunscripción.

⁴ Expediente: 2007-1606. M.P. Dr. Mauricio Torres Cuervo.

Si bien es cierto que la regulación normativa de las causales que acarrearán pérdida de investidura para los diputados están previstas en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, también es cierto que el numeral 1 idem, se refiere en lo pertinente a la violación al régimen de incompatibilidades, el que de acuerdo con el artículo 299 inciso 2º de la Constitución Política será fijado por la ley, el cual puede estar contenido en diversas disposiciones como ocurre en este caso, en la causal de incompatibilidad instituida en el artículo 31 numeral 7 de la citada ley 617.

Los supuestos para que se configure la prohibición en estudio son: (i) que la conducta se realice por los Gobernadores o quienes sean designados en su reemplazo, (ii) que se inscriba como candidato a cualquier cargo de elección popular en la misma circunscripción y; iii) que esa inscripción se efectúe durante el período para el cual fue elegido y hasta 24 meses después de ejercido dicho cargo.

En el expediente obra copia auténtica del Decreto 1782 de 2005 (fl. 104), por el cual el Gobernador del Huila encargó a la demandada como Gobernadora Encargada a partir del 30 de noviembre de 2005 “mientras dura la ausencia del Gobernador titular”.

El anterior documento prueba que la demandada ejerció el cargo de Gobernadora del Huila por encargo a partir del 30 de noviembre de 2005. En consecuencia, está demostrado el primer presupuesto de la causal de inhabilidad invocada en la demanda.

Asimismo obra copia de la solicitud de inscripción y constancia de aceptación a candidato a la Asamblea del Huila suscrita por la demandada y radicada el 8 de agosto de 2007 (fl. 109) así, está debidamente probado este segundo supuesto de la norma.

La demandada ejerció entonces el cargo de Gobernadora del Huila por encargo el 30 de noviembre de 2005, y se inscribió como candidata para ocupar el cargo de Diputada **en la misma circunscripción** dentro de los 24 meses siguientes, esto es, el 8 de agosto de 2007, cuando no se había cumplido el término de la prohibición. Es indiscutible que el tercer supuesto de la norma también está acreditado.

Como la elección de la demandada como Diputada a la Asamblea del Huila se produjo pese a la expresa prohibición de las normas citadas por el demandante como violadas, se incurrió en la causal de incompatibilidad como Gobernadora Encargada e inhabilidad para inscribirse como candidata a Diputada previstas en el artículo 48, numerales 1 y 6 de la Ley 617 de 2000, por lo que se impone revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar, decretar la pérdida de investidura de la demanda.

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

F A L L A :

REVÓCASE la sentencia apelada proferida el 13 de abril de 2010 por el Tribunal Administrativo del Huila y, en su lugar:

DECRÉTASE la pérdida de investidura como Diputada a la Asamblea del Huila de la señora FLOR PERDOMO ANDRADE.

Cópiese, notifíquese y, en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de 2 de diciembre de 2010.

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Presidente

MARIA ELIZABETH GARCÍA G.

Con salvamento de voto

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

SALVAMENTO DE VOTO

CONSEJO DE ESTADO

SECCION PRIMERA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DE RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Radicación número: 41001-23-31-000-2010-00055-01

Actor: GILBERTO SILVA IPUS

Solicitud de Pérdida de Investidura

Consejera Ponente: Dra. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Con el debido respeto por la decisión mayoritaria de la Sala, disiento de la determinación adoptada en la providencia de la referencia, mediante la cual se revocó la decisión contenida en la sentencia del 13 de abril de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Huila mediante la cual se habían negado las pretensiones de la demanda. Para el efecto traigo a colación los siguientes argumentos:

La sentencia respecto de la cual salvo el voto, resolvió decretar la pérdida de investidura de la Diputada Flor Perdomo Andrade por encontrar probada la causal de incompatibilidad prevista en los numerales 1 y 6 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, cuando en ejercicio del cargo de Gobernadora del Huila por encargo, la señora Perdomo Andrade se inscribió como candidata para ocupar una curul como Diputada en la misma circunscripción, dentro de los 24 meses siguientes a su nombramiento como Gobernadora, sin que se cumpliera el término previsto para la prohibición.

Pues bien, es pertinente traer a colación el objeto y naturaleza de la acción de pérdida de investidura, de modo que se logre apreciar el manejo que el Juez le debe dar a un proceso de tal envergadura.

En efecto, la Corporación se ha ocupado de definir ésta acción como aquella que busca garantizar que las personas que hagan parte de Corporaciones Públicas por virtud de un proceso de elección popular, conserven su jerarquía institucional y su papel misional, en otras palabras, respondan con la integridad de su conducta a la dignidad con que la democracia los enaltecó. Es por ello, que la sanción al régimen al que se encuentran sometidos es tan severa, tal es, el despojo de la investidura, pues se reitera, con ello se busca favorecer la legitimidad de la

Corporación mediante la sanción de conductas contrarias a la transparencia, probidad e imparcialidad.

Ya en sentencias como la proferida el 23 de marzo de 2010⁵, se había dejado establecido la importancia de este instrumento procesal cuando se dijo lo siguiente:

“La pérdida de investidura es una grave sanción que se puede imponer a los congresistas y a otros servidores públicos de elección popular por haber unos y otros incurrido en el régimen especial conocido como de las causales de pérdida de investidura, esto es, por haber incurrido en conductas tipificadas especialmente por la Constitución y la ley y merecedoras de esa sanción.

Por tratarse, como ya se dijo, de una acción pública de tipo punitivo, la acción de pérdida de investidura está sujeta a los principios generales que gobiernan el derecho sancionador tales como la presunción de inocencia y el principio de legalidad de la causal por la cual se impondría la sanción. Sanción que debe imponerse según los postulados del Estado Social de Derecho y conforme con las reglas del debido proceso.”

La Corte Constitucional también ha expresado lo que a continuación se transcribe:

“El Constituyente consideró necesario crear una sanción especial para los integrantes de las corporaciones públicas, consistente en la declaración de la pérdida de su investidura. La destitución es la máxima sanción existente en el orden disciplinario y, como ya lo ha precisado la Corte, la pérdida de investidura es también un reproche disciplinario que se equipara a la destitución. Los ciudadanos que son elegidos popularmente para las corporaciones públicas no están sujetos al régimen jerárquico administrativo que cobija a la generalidad de los servidores públicos. Estos ciudadanos no son nombrados en una posición sino elegidos. De allí que no tengan superiores jerárquicos, que puedan ejercer atribuciones disciplinarias sobre ellos. Por esta razón, a estos servidores se les aplica un régimen especial para la separación del cargo, que es el de la pérdida de investidura.” (Sentencia C – 497 de 1997).

En tal orden, ilustrada como está la naturaleza de la acción impetrada, es menester referirse a las causales que dan lugar a su declaratoria. En efecto, en diversos pronunciamientos de la Sala Plena del Consejo de Estado⁶ se ha dejado

⁵ Consejo de Estado. Sala Plena. Núm. Rad.: 2009-00198. Actor: Luis Ernesto Correa Pinto.

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena. PI- 2010-00208. C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; P.I. de 27 de enero de 1998, Exp. AC-5397. C.P. doctor Ricardo Hoyos Duque; de 13 de julio de 2004, Exp. PI-2004-0454, C.P. doctora Ana Margarita Olaya Forero; y concepto 855 de 8 de julio de 1996 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. doctor Javier Henao Hidrón.

claramente establecido que sólo constituyen causales de despojo de la investidura aquellas consagradas en la Constitución Política de manera expresa. Así se ha pronunciado ésta Corporación:

*“El conflicto de intereses surge cuando el congresista tenga interés directo en la decisión de que se trate, porque le afecte de alguna manera, o afecte a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a sus parientes, o a sus socios; y así lo observe o advierta, y debe entonces declarar su impedimento. Es decir, viola el régimen de conflicto de intereses el que, a sabiendas de la situación de conflicto, no manifieste su impedimento y en su provecho participe en el asunto, o en provecho de su cónyuge o compañero o compañera permanente, o de sus parientes, o de sus socios. El interés consiste en el provecho, conveniencia o utilidad que, atendidas sus circunstancias, derivarían el congresista o los suyos de la decisión que pudiera tomarse en el asunto, conclusión de lo anteriormente expuesto, se puede puntualizar que la causal de pérdida de investidura por violación del régimen del conflicto de intereses tiene ocurrencia cuando en la persona de un congresista exista un interés directo, particular y actual, de carácter moral o económico, en la decisión de uno de los asuntos sometidos a su consideración, de la que le genere a él o a sus familiares o socios, un beneficio de carácter real, y no obstante estar en esa situación, no se declare impedido de participar en los debates o votaciones respectivas. **Conforme al principio de taxatividad, la Constitución incluye las conductas de los parlamentarios constitutivas de causales de pérdida de investidura de los congresistas no son otras que aquellas que la propia Carta Política señala en los arts. 110 y 179 y las adicionales que la ley señale en el futuro con fundamento en la autorización expresa del penúltimo inciso de dicha disposición. Como lo ha sostenido mayoritariamente esta Sala, tan severa es la reserva constitucional al respecto que cuando la ley ha intentado modificar el contenido de las causales constitucionales, tal dispositivo ha sido excluido del ordenamiento por razones de inexecutable. De igual manera en desarrollo de este principio, con ocasión del sometimiento del juez al imperio de la ley de manera exclusiva, no le está permitido crear causales de pérdida de investidura, aún en los eventos en los cuales se pueda concluir que un parlamentario incurrió en una conducta contraria a la ética.** En el mes de julio de 2001 el senador suscribió el llamado “documento de ralito”, con claros propósitos de apoyo al proyecto político de las autodefensas, como que se pretendía la firma de un nuevo “contrato social” para “refundar el Estado”. No obstante sostener tales vínculos con los paramilitares, dentro de su actividad parlamentaria el senador Montes Medina participó en las sesiones en las que se debatió y aprobó el proyecto de Ley de Justicia y Paz.”⁷ (Resaltado fuera de texto).*

La Sección Primera también se ha referido al tema de la siguiente forma:

⁷ Consejo de Estado. Sala Plena. P.I. del 20 de noviembre de 2007, Exp. 2007-00286. Consejero Ponente Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado.

*“Ha expresado esta Corporación que las inhabilidades, y por ende las causales de pérdida de investidura, tienen como objetivo principal lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos y que dado su carácter prohibitivo, su consagración debe ser expresa, al tiempo que su interpretación estricta, esto es que su deducción y aplicación siempre debe estar ajustada a los presupuestos que para cada causal haya señalado el constituyente o el legislador, dado que no es posible su aplicación extensiva o analógica”.*⁸

Caso concreto

Visto lo anterior, debe observarse que la causal endilgada a la Diputada es del siguiente tenor:

“ARTICULO 31. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS GOBERNADORES. Los Gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo no podrán:

(...)

7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue elegido.” (Subrayado fuera de texto).

“ARTICULO 32. DURACION DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS GOBERNADORES. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Las incompatibilidades de los gobernadores a que se refieren los numerales 1 y 4 tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta por doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.

Quien fuere designado como Gobernador, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.

PARAGRAFO. Para estos efectos, la circunscripción nacional, coincide con cada una de las circunscripciones territoriales.” (Subrayado fuera de texto).

“ARTICULO 48. PERDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADOS, CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES Y DE MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de

⁸ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 14 de marzo de 2007. Rad. Núm.:2006-01178. C.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general.

(...)

6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley.”
(Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, las normas que regulan la pérdida de investidura no contemplan expresamente la causal vista en los artículos 31 y 32 de la Ley 617 de 2000 como causal de incompatibilidad de los diputados, y siendo, como se anotó, que es el principio de taxatividad el que rige la pluricitada acción, no era procedente extender presupuestos no establecidos ni en la Constitución ni en la Ley para decretar una sanción tan drástica y radical como la que se impuso a la Diputada del Departamento del Huila.

Como se advierte, la norma de incompatibilidad se dirige a quien se ha desempeñado en el cargo de Gobernador, luego quien la infrinja sólo puede ser sancionado como ex gobernador, mediante el adelantamiento de un proceso disciplinario.

Lo anterior resulta a todas luces contradictorio, pues no es jurídicamente viable trasladar una incompatibilidad como causal de pérdida de investidura de un gobernador hacia el régimen de incompatibilidades de los diputados que da lugar a la pérdida de su investidura.

Debo llamar especial atención en la cita jurisprudencial que tuvo en cuenta la sentencia de la cual me aparto, siendo que se trata de supuestos de hechos totalmente diferentes al caso que se examina, y por supuesto, de consecuencias jurídicas disímiles. Pues bien, en dicha providencia se estudió el alcance del numeral 7 del artículo 38 y del 39 de la Ley 617 de 2000⁹, manifestando que el

⁹ **“ARTICULO 38. INCOMPATIBILIDADES DE LOS ALCALDES.** *Los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán:*

(...)

7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido.

PARAGRAFO. Lo dispuesto en el presente artículo se entiende sin perjuicio de las excepciones a las incompatibilidades de que tratan los literales a, b, c, y d. del artículo 46 de la Ley 136 de 1994.”

“ARTICULO 39. DURACION DE LAS INCOMPATIBILIDADES DEL ALCALDE MUNICIPAL DISTRITAL. *<Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Las incompatibilidades de los alcaldes*

alcalde o quienes hayan desempeñado dicho cargo dentro de los 24 meses posteriores a su desvinculación, estaban incurso en causal de incompatibilidad si se inscribían como candidatos para ocupar **dicho cargo**, en el citado periodo de tiempo.

Tal y como se desprende de la lectura del aparte transcrito en la página 10 de la sentencia, la incompatibilidad se predica de quien aspire a ser elegido **Alcalde**, pues las mentadas normas regulan precisamente las incompatibilidades de estos funcionarios y la duración de las mismas, régimen que no es aplicable por extensión a los demás funcionarios elegidos popularmente, como diputados y concejales, habida cuenta de la ya analizada regulación taxativa de las causales que dan lugar al despojo de la investidura dada la drasticidad de la sanción.

En ese escenario, debo concluir que la interpretación de la posición mayoritaria de la Sala no sólo desconoce postulados de orden primario dentro del ordenamiento jurídico como la Carta Fundamental y las disposiciones que el legislador ha elaborado sobre la materia, sino que también pasa inadvertida la posición misma de la Sala Plena del Consejo de Estado de la cual hacen también parte integral.

Bajo tales premisas, dejo sentado mi salvamento de voto.

Atentamente,

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

municipales y distritales a que se refieren los numerales 1 y 4, tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.

El mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades regirá para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, D.C.

PARAGRAFO. Para estos efectos la circunscripción nacional, coincide con cada una de las circunscripciones territoriales.”