



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

**Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ
BERMÚDEZ**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 08001-23-33-000-2016-00648-01

Actor: ROMEO EDINSON PÉREZ FIELD

Demandado: DEIVY CASSERES CAÑATE, como Alcalde Local, código y grado 030-05, de la localidad Sur Occidente del DEIP de Barranquilla - Atlántico para el período 2016-2020

Asunto: Nulidad electoral - Fallo de segunda instancia.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante,¹ contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el 10 de marzo de 2017, por medio de la cual, negó las súplicas del medio de control de nulidad electoral.

I. ANTECEDENTES

¹ Fls. 329 – 350.

1. Demanda

El señor **ROMEO EDINSON PÉREZ FIELD** el 24 de junio de 2016 presentó demanda de nulidad electoral del nombramiento del señor **DEIVY CASSERES CAÑATE**, como Alcalde Local, código y grado 030-05, de la localidad Sur Occidente del Distrito Especial, Industrial y Portuario (en adelante DEIP) de Barranquilla - Atlántico para el período 2016-2020, contenido en el Decreto 473 de 26 de mayo de 2016 proferido por el Alcalde Distrital de Barranquilla.

Demanda que inicialmente fue inadmitida por el Magistrado Ponente el 30 de junio de 2016 por no cumplir con los requisitos contenidos en los artículos 139,166 y 275 del CPACA, específicamente por no demandar el acto de elección o nombramiento y no adjuntar las constancias de publicación, comunicación, notificación o ejecución.

Una vez subsanada la demanda por el actor esta fue admitida por la Sala de Decisión Oral – Sección B del Tribunal Administrativo del Atlántico el 27 de septiembre de 2016.

1.2. Fundamentos fácticos

En síntesis, el demandante planteó los siguientes:

a) El Alcalde del DEIP mediante el Decreto No. 0271 del 22 de febrero de 2016,² convocó a los ediles de las Juntas Administradoras Locales (en adelante JAL), para la designación de ternas para escoger y nombrar Alcalde Locales.

b) En cumplimiento de lo anterior, la JAL del Sur Occidente de Barranquilla, conformó la terna con los siguientes ciudadanos: i) SENEN AUGUSTO TORRES; ii) **DEIVY CASSERES CAÑATE** y iii) SANDRA ISABEL LÓPEZ DURÁN.³

c) El Alcalde del DEIP de Barranquilla, mediante el Decreto No. 0473 del 26 de mayo de 2016, nombró al señor **DEIVY**

² Fls. 109 – 112.

³ Fl. 27.

CASSERES CAÑATE, como Alcalde Local, código y grado 030-05, de la localidad Sur Occidente del DEIP de Barranquilla.⁴

1.3. Normas violadas y concepto de violación

El actor señaló como disposiciones infringidas por el acto acusado los artículos 38 numeral 7, 39 y 51 de la ley 617 de 2000 Concordantes con el Artículo 275 de la Ley 1437 de 2011.

En cuanto al concepto de violación, indicó de forma confusa que el señor **CASSERES CAÑATE** incurrió en la prohibición del artículo 51 de la ley 617 de 2000, por haber sido nombrado asesor código 105-01 adscrito a la planta global de cargos de la administración Distrital desde el 16 de junio de 2016 a la fecha.

Así mismo, de forma ambigua, indicó el actor que para la fecha en que el señor **CASSERES CAÑATE**, se inscribió y fue nombrado Alcalde local, aún no habían transcurrido los 12 meses o los 3 meses que indicó la Procuraduría, de haber dejado el cargo de asesor de la planta global de la Alcaldía del Distrito de Barranquilla,⁵ razón por la cual incurrió en la prohibición establecida en el numeral 7 del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, por lo tanto se deben acoger las pretensiones de la demanda y declarar nula la inscripción y el nombramiento como Alcalde de la Localidad del Sur Occidente de Barranquilla.

El actor transcribe, entre otros, los artículos 37 de la ley 617 de 2000, resaltando el numeral 3º que corresponde a la inhabilidad para ser alcalde por haber intervenido dentro del año anterior en la gestión de negocios o celebración de contratos con entidades públicas, así mismo el artículo 38, destacando los numerales 6º y 7º, que se refiere a las incompatibilidades de los alcaldes para desempeñar simultáneamente otro cargo público o privado e inscribirse a otro cargo de elección popular, y los artículos 39 y 51 que refieren a la duración de las incompatibilidades y la extensión de éstas a personeros y contralores.

2. Trámite de primera instancia

⁴ Fls. 60 – 61 (terna). Fls. 28 – 32 (Acta No. 11 JAL Sur Occidente para la conformación de aquella).

⁵ Fl. 156. Certificación expedida por la Gerencia de Gestión Humana de la Alcaldía Distrital de Barranquilla, el 6 de abril de 2016, a esa data el demandado ocupaba el «...cargo de **ASESOR**, Código y Grado 105-01, adscrito a la Planta Global de Cargos de la Administración Central Distrital, (...), vinculado (a) mediante libre nombramiento».

2.1. El Tribunal Administrativo del Atlántico con auto del 30 de junio de 2016, inadmitió la demanda y concedió 3 días para subsanar los siguientes aspectos:

a) Se debe extender la pretensión de nulidad al acto de elección contenido en el Decreto No. 473 del 26 de mayo de 2016.

b) Como anexos le corresponde allegar la constancia de publicación, comunicaciones, notificación o ejecución, según sea el caso, de los actos demandados.

c) Es necesario aportar en medio magnético la acción, para la práctica de notificaciones personal, tal como lo dispone el artículo 3º del artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del CGP.⁶

2.2. El actor allegó escrito subsanando lo ordenado.⁷

2.3. El Tribunal Administrativo, con auto de 27 de septiembre de 2016, negó la solicitud de medida provisional y admitió la demanda.⁸

Para negar la medida, explicó la autoridad judicial, primero, que la solicitud carece de argumentos que soporten tal pretensión y; la segunda, porque el actor en dicha solicitud no efectúa una confrontación de los actos demandados con las normas invocadas como infringidas y con las pruebas aportadas, lo que es connatural a todo juicio de constitucionalidad o legalidad de actos administrativos.

Finalmente, dispuso notificar, el auto admisorio de la demanda, al demandado, al Alcalde del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla; al presidente de la Junta de Administración Local de la Localidad Sur Occidente de Barranquilla y al Ministerio Público. Ordenó de igual manera, informar a la comunidad de la existencia del proceso.

⁶ Fls. 46 – 49.

⁷ Fls. 56 – 57.

⁸ Fls. 94 – 101.

2.4. Contestaciones

2.4.1. La Junta de Administración Local del Sur Occidente

Por intermedio de su presidente contestó la demanda,⁹ en la cual solicitó declarar la nulidad del nombramiento.

Explicó que el procedimiento para la escogencia de Alcaldes Locales se rige por la ley 768 de 31 de julio de 2002, *“Por la cual se adopta el Régimen Político, Administrativo y Fiscal de los Distritos Portuario e Industrial de Barranquilla, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Turístico, Cultural e histórico de Santa Marta”*

Que el señor **DEIVY CASSERES CAÑATE** se encuentra incurso en inhabilidad porque a pesar de encontrarse vinculado contractualmente con el Distrito de Barranquilla, no renunció ni con 3, ni con 6 meses de anticipación

Que artículo 39 de la Ley 1617 de «2012»¹⁰ reguló el tema de los alcaldes locales en los distritos especiales y el 40 fijó como **requisitos** para estos, los mismos que para Alcalde Distrital.

Que el Concejo Distrital de Barranquilla mediante acuerdo 017 de 2002, reglamentó las inhabilidades de los alcaldes locales y en el artículo 35 señala que son las mismas que para Alcalde Mayor.

Alegó que, en el presente caso se estructuró la inhabilidad establecida en el numeral 5º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, indicó que dicha norma fue modificada por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, pero al momento de transcribir la causal, trae a colación la inhabilidad originaria que fue modificada en el año 2000, que establecía que no podía ser elegido o designado alcalde quien *«Durante el año anterior a su inscripción haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros o haya celebrado por sí, o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio»* y, con fundamento en lo anterior,

⁹ Fls. 105 – 108.

¹⁰ Es Ley 1617 de 2013 *“Por la cual se expide el régimen para los Distritos Especiales”*

concluyó que el demandado no renunció antes de 3 meses al cargo de asesor en la Secretaría de Gobierno de Barranquilla y fue asignado como alcalde.

Lo anterior, toda vez que la Procuraduría Provincial de Barranquilla, en un caso similar, dio aplicación al régimen jurídico de las inhabilidades de los Alcaldes locales de la ciudad de Bogotá D.C., y mediante fallo dentro del proceso EXPEDIENTE: IUC-D-2015-566-680393, estableció que se debe renunciar para aspirar a ser alcalde local, con una anticipación de tres meses.

También afirmó que se configuró la inhabilidad establecida en el numeral 4º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, pero como ocurrió con la causal alegada anteriormente, indicó que fue modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, pero al transcribirla, trae a colación la causal derogada por esta última normativa, al afirmar que en el caso concreto, se configuró la situación que establecía como inhabilidad el hecho de quien se «...*haya desempeñado como empleado o trabajador oficial dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección*», para ser elegido o designado como alcalde.

Finalmente, sostuvo con fundamento en el «Concepto del DAFP 105141 de 2011»¹¹ que nadie podrá ser elegido simultáneamente alcalde o miembro de una corporación o cargo público, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente; consideró que el presente caso se da esta inhabilidad; para comprobar tal situación, solicitó la práctica de una prueba de oficio, en el sentido de solicitar al Distrito de Barranquilla certificar la fecha en que el demandado oficializó la renuncia del cargo que tenía como asesor de la Secretaría de Gobierno y su posesión como Alcalde de la Localidad Sur Occidente.

2.4.2. El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla

Mediante apoderado judicial contestó el libelo introductorio, solicitando negar las pretensiones.¹² Argumentó que:

¹¹ Resaltados son del texto original.

¹² Fls. 177 – 184.

El Decreto No. 0476 de 2016 (el decreto demandado es 0473 de 2016) está revestido de la presunción de legalidad de los actos administrativos, toda vez que la administración «...ha cumplido con la legalidad preestablecida en la expedición del acto...».

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en el ordenamiento colombiano tiene el carácter taxativo y restrictivo, como lo ha establecido la reiterada jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado.¹³

Las causales de inhabilidad constituyen limitaciones al derecho fundamental a ser elegido y a acceder a funciones y cargos públicos garantizado por el artículo 40 de la Constitución; es así que, la jurisprudencia constitucional y la del Consejo de Estado han señalado que las normas que establecen derechos y libertades constitucionales deben interpretarse de manera que se garantice su más amplio ejercicio y que aquellas normas que los limiten mediante el señalamiento de inhabilidades, incompatibilidades y calidades para el desempeño de cargos públicos deben estar consagradas expresamente en la Constitución o en la Ley y no pueden interpretarse de forma extensiva sino siempre en forma restrictiva.

A partir de lo anterior, manifestó que, en este caso, la Ley 1617 de 2013 establece en su artículo 40 que es facultad de Concejo Distrital Barranquilla reglamentar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Alcaldes Locales, empero dicho Concejo no ha procedido a realizarlo, por lo que no se podría aplicar una interpretación analógica carente de sustento legal, como lo es, recurrir al régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los Alcaldes Municipales o Distritales solo con el propósito de encuadrar una causal de inhabilidad inexistente para el cargo de Alcalde de la Localidad Sur Occidente.

Finalizó indicando que, resulta evidente entonces que el doctor **CASSERES CAÑATE**, no se encuentra inmerso en causal de inhabilidad alguna, entendiéndose que para ser nombrado en el cargo de Alcalde local a falta de reglamentación de las

¹³ En este punto citó y transcribió apartes de la providencia que referenció así: «5. Consejo de Estado. Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo Radicación 1001-03-15-000-200700. Providencia de fecha veintiuno (21) de abril de dos mil nueve (2009). Consejero Ponente Dr. Mauricio Torres Cuervo».

inhabilidades por parte del Concejo Distrital se deben aplicar las causales de inhabilidad comunes para todos los servidores públicos, sin que dentro de estas se encuentre la causal que el demandante pretende, erróneamente, que le sea aplicable a este.

2.4.3. El señor DEIVY CASSERES CAÑATE (demandado)

El demandado, a través de apoderada judicial, contestó la demanda y requirió despachar desfavorablemente la solicitud de nulidad electoral.¹⁴ Indicó en su escrito lo siguiente:

Sobre el concepto de inhabilidades, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en múltiples pronunciamientos ha dicho que corresponden a una serie de circunstancias subjetivas que limitan el derecho de acceso a cargos públicos en orden a garantizar la prevalencia del interés general.

Que, en el caso concreto, se debe tener en cuenta que por ostentar la ciudad de Barranquilla la calidad de Distrito está sujeta a la aplicación de la Ley 1617 de 2013, que establece en su artículo 40 que es facultad del Concejo Distrital reglamentar las inhabilidades e incompatibilidades de los Alcaldes Locales. En el caso puntual del Distrito de Barranquilla, el Concejo Distrital no ha emitido reglamentación al respecto, omisión que no podría implicar una interpretación analógica carente de sustento legal, como lo es pretender recurrir al régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los Alcaldes Municipales o Distritales con el propósito de encuadrar una causal de inhabilidad inexistente para el cargo de Alcalde Local.

Que siendo tan claro como nítido el sustento normativo aplicable al *sub examine*, es evidente que el señor **DEIVY CASSERES CAÑATE**, Alcalde de la localidad Sur Occidente, no se encuentra inmerso en causal de inhabilidad alguna, entendiéndose que para ser nombrado en el cargo de Alcalde local a falta de reglamentación de las inhabilidades por parte del Concejo Distrital se deben aplicar las causales de inhabilidad comunes para todos los servidores públicos y, concluir lo contrario, significaría dar una aplicación extensiva, pero errada de las normas que regulan las

¹⁴ Fls. 193 - 207.

incompatibilidades aplicables a los alcaldes de las localidades del Distrito de Barranquilla.

2.5. Audiencia inicial

Se llevó a cabo el 30 de noviembre de 2016. En esta se estableció la fijación del litigio en los siguientes términos:¹⁵

«...De acuerdo con los hechos de la demanda y la contestación, el litigio va dirigido a que se declare la nulidad del acto de elección del señor **Deivy Casseres Cañate** como Alcalde Local, Código y Grado 030-05, de la Localidad Sur Occidente del D.E.I.P. de Barranquilla, contenida en el Decreto No. 0473 de 26 de mayo de 2016, por estar incurso en las causales de inhabilidad consagradas en los artículos 38, 39 y 51 de la Ley 617 de 2000 y 175 de la Ley 136 de 1.994, esto es, por haber sido nombrado como asesor Código y Grado 105-01 adscrito a la planta global de cargos de la administración central distrital desde el 16 de junio de 2008, sin presentar renuncia con una antelación de doce (12) meses al momento de su elección, puesto que hasta el 6 de abril de 2016 se encontraba vinculado a dicho cargo».

Luego, resolvió sobre las pruebas solicitadas y en vista que no existió ninguna para ser decretada, declaró cerrado el periodo probatorio.

Finalmente, conforme a lo expuesto en precedencia, se prescindió del periodo probatorio; y, por estimarse innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, dio aplicación al último inciso del artículo 181 del CPACA., de manera que las partes y el Ministerio Público dispusieron del término conjunto de 10 días para presentar por escrito sus alegatos de conclusión.

2.6. Concepto del Ministerio Público y alegatos de conclusión

2.6.1. La Procuraduría 117 Judicial II para asuntos Administrativos de Barranquilla

En Ministerio Público en esta instancia, solicitó negar las súplicas de la demanda, por lo siguiente:¹⁶

Del análisis de las normas citadas como infringidas por el actor se concluye que todos los eventos configuran causales de

¹⁵ Fls. 222 – 224. En el objeto del litigio no aparece el artículo 37 de la ley 617 de 2000, al parecer por error puesto que si aparece en la demanda como reproche y luego se estudia en el fallo.

¹⁶ Fls. 225 – 229.

incompatibilidad para los alcaldes en ejercicio, pero no de inhabilidad como lo expone el demandante.

En ese orden de ideas, dijo que en el libelo introductorio se incurrió en un error de técnica jurídica y en una ineptitud sustancial de la demanda, en tanto que el actor, amén de no haber fijado con exactitud la causal de incompatibilidad que se tipificaría con la conducta imputada al demandado de no haber renunciado, con la suficiente antelación al cargo de Asesor del Distrito de Barranquilla, presentó los cargos de nulidad como si fuera una situación de inhabilidad o inelegibilidad.

Y si bien, es cierto que las normas contenidas en los artículos 38, 39 y 51 de la ley 617 de 2000, y la del artículo 175 de la ley 136 de 1994, estatuyen causales de incompatibilidad de los alcaldes en ejercicio, extensible en cuanto al período a los personeros y contralores territoriales, más no de inhabilidad, ninguna de las cuales se configura en el presente asunto como quiera que, a partir de la definición de la incompatibilidad como la imposibilidad jurídica que afecta a los servidores públicos para desempeñar otro cargo o tarea, en tanto que, en aplicación de los principios de legalidad y tipicidad, la situación del demandado no encuadra en siquiera una de las citadas por el demandante como hecho inhabilitante para acceder y ejercer el cargo de Alcalde Local de la Localidad Sur Occidente del distrito de Barranquilla.

Finalmente, consideró el agente del Ministerio Público que el actor se limitó a narrar eventos constitutivos de supuestas inhabilidades o incompatibilidades, sin lograr demostrar que se tipificó al menos una de ellas, tal como fueron citadas en la demanda, con lo cual, se incumple el deber procesal establecido denominado carga de la prueba, establecido en el artículo 167 del CGP, aplicable al presente proceso por remisión expresa del artículo 306 del CPACA.

2.6.2. La Junta Administradora de la Localidad Sur Occidente de Barranquilla

El presidente de la mencionada JAL reiteró los argumentos dados en la contestación de la demanda.¹⁷

¹⁷ Fls. 230 – 237.

2.6.3. Del demandado

La apoderada judicial del señor **CASSERES CAÑATE** en los alegatos de conclusión explicó el procedimiento para formar la ternas para la escogencia de Alcalde Locales en el Distrito de Barranquilla.¹⁸

Por otro lado, reiteró lo indicado en la contestación de la acción, sobre que las inhabilidades tiene un carácter prohibitivo, por ende son taxativas y, en consecuencia, su interpretación es estricta sin lugar a dar una aplicación extensiva o analógica de las mismas.

Luego, con fundamento en el artículo 40 de la Constitución Política, afirmó que la interpretación de las normas sobre inhabilidades es estricta y restrictiva, en la medida que constituyen excepciones al derecho de las personas de acceder a las funciones públicas; de esta manera lo ha afirmado la Corte Constitucional, como fue en la sentencia C-767 de 1998.

También comentó que, el haber ejercido el cargo de asesor del Distrito de Barranquilla no es una inhabilidad para ser Alcalde Local, toda vez que, la Ley 1617 de 2013 no reguló las inhabilidades para este último cargo, a partir de lo cual manifestó:

«Al tener claro cuál es el régimen legal aplicable a los Distritos para interpretar el caso de las Inhabilidades de Alcaldes Locales en los Distritos creemos que sería suficiente entonces con el solo texto del artículo 40 de la Ley 1617 de 2013, que es una norma especialmente proferida para los Distritos ya que esta norma al decir que para ser alcalde local se requieren los mismos requisitos que para ser Alcalde Mayor.

Surge entonces la aparente dificultad de que el segundo inciso del artículo 40 de la Ley 1617 de 2013, indica que el Concejo Distrital reglamentará lo relativo a las inhabilidades, incompatibilidades y todo lo relacionado con el cargo conforme a las disposiciones legales vigentes y que, en el caso del Distrito de Barranquilla, el Concejo Distrital no ha ejercido esta competencia».

Finalmente, concluyó que, como se explicó, el régimen de inhabilidades descrito para los alcaldes locales en el Distrito de Barranquilla no se encuentra reglamentado por medio de acuerdo, dada la taxatividad y efecto restrictivo de la aplicación del régimen

¹⁸ Fls. 254 – 265.

de inhabilidades no es dable establecer analogías con otros regímenes, situación que conlleva a aplicar el régimen de inhabilidades comunes a todo servidor público (los que relacionó), el cual no contempla restricciones derivadas del ejercicio de funciones en empleos públicos, por tanto, no se configura inhabilidad alguna.

2.6.4. Del demandante

En los alegatos de conclusión reiteró las normas en las que fundamentó su acción de nulidad electoral; hizo referencia a las distintas contestaciones realizadas en el trámite; consideró que se debe acceder a las súplicas de la acción, por lo siguiente:¹⁹

La Ley 1617 de 2013, artículo 40, inciso 2º estableció que los Concejos Distritales reglamentarían frente a los Alcaldes Locales lo relativo a «*sus funciones y asignación salarial, inhabilidades, incompatibilidades y todo lo relacionado con el cargo conforme a las disposiciones legales vigentes*». Tal situación ya fue objeto de regulación, toda vez que el Concejo Distrital de Barranquilla mediante el Acuerdo No. 017 de 2002, por medio del cual se dictó el estatuto orgánico de las localidades de esa ciudad, estableció en su artículo 37 el régimen jurídico de los Alcaldes Locales, en los siguientes términos:

«Los alcaldes locales serán servidores públicos, con igual categoría, salario y prestaciones que las de un Secretario de Despacho.

El costo de su asignación salarial y prestacional será cubierto con cargo a los recursos de la localidad.

Los alcaldes locales tienen el mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Alcalde Mayor».²⁰

A partir de lo anterior, explicó que se demostró que el demandado no renunció en el término establecido por la ley, para inscribirse como aspirante a la Alcaldía Local del Sur Occidente y cuando lo hizo aún ostentaba el cargo de asesor en el Distrito de Barranquilla.

Po lo anterior, según el actor, de forma confusa señala se configuró la inhabilidad en el numeral 3º del artículo 95 de la Ley

¹⁹ Fls. 266 – 271.

²⁰ Énfasis propio.

136 de 1994, (aunque también menciona y transcribe los numerales 3º y 4º del artículo 37 de la ley 617 de 2000), pero al momento de transcribir la causal, trae a colación la inhabilidad originaria, que establecía el numeral 5º de la Ley 136 de 1994 que no podía ser elegido o designado alcalde quien «*Durante el año anterior a su inscripción haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros o haya celebrado por sí, o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio*».

2.6.5. El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla

El apoderado judicial del ente territorial reiteró los argumentos que dio al contestar la demanda.²¹

3. Fallo de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia de 10 de marzo de 2017, explicó el objeto del debate; hizo referencia a la «*...inhabilidad como causal de nulidad de carácter subjetivo*»; razonó sobre el principio de tipicidad y de la aplicación restrictiva de estas; como del principio de especialidad en aplicación de normas que las consagren; como también de la irretroactividad de la ley; para finalmente, negar las pretensiones del medio de control de nulidad electoral.²²

En el caso concreto, el *a quo* explicó que aceptar las pretensiones de la demanda implicaría la aplicación retroactiva del artículo 40 de la Ley 1617 de 2012; normativa que indica que: «*El concejo distrital reglamentará sus funciones y asignación salarial, inhabilidades, incompatibilidades y todo lo relacionado con el cargo conforme a las disposiciones legales vigentes...*».

²¹ Fls. 293 – 297.

²² Fls. 299 – 315.

Entonces, atendiendo a los principios elementales de irretroactividad de la ley e interpretación restrictiva de las normas prohibitivas, como son las inhabilidades, en este caso dicha norma debe aplicarse a futuro y de forma restrictiva, es decir a partir de la fecha de su promulgación²³, lo cual ocurrió con su publicación en el Diario Oficial No. 48. 695 de 5 de febrero de 2013.

La irretroactividad de la aplicación de las facultades otorgadas por el artículo 40 de la Ley 1617 de 2013 a los Concejos Distritales, llevan a despachar negativamente las pretensiones de la demanda; pero el Tribunal Administrativo del Atlántico, en aras de agotar el estudio de los cargos propuestos por el actor, manifestó que, respecto de las causales de inhabilidad invocadas contenidas 51 de la Ley 617 de 2000 y 175 de la Ley 136 de 1994, hacen referencia a las incompatibilidades de los contralores y personeros, razón por la cual no se abordó su estudio y análisis, al no guardar relación con los fundamentos fácticos expuestos en la demanda.

Señaló que, en los artículos 37²⁴, 38 y 39²⁵ de la Ley 617 de 2000, se establecen inhabilidades para quien pretenda inscribirse, elegirse o ser designado como alcalde, y a las incompatibilidades del elegido en dicho cargo por voto popular, así como los que lo reemplacen en el ejercicio.

Frente a los artículos 37 y 38 de la Ley 617 de 2000, la sentencia de primera instancia señaló que para que se configure la inhabilidad objeto de estudio es menester que la prohibición esté dirigida a una persona que aspire a ser elegida a ser alcalde, esto es por voto popular, y las incompatibilidades hacen referencia al ejercicio de las funciones, es decir, situaciones coetáneas al ejercicio de las funciones de alcalde.

Indica el Tribunal que en el caso *sub examine* el demandado no incurrió en la prohibición de “*haber intervenido dentro del año anterior a la elección, en la gestión de negocios ante entidades*”

²³ Así como se señala en su artículo 138

²⁴ El artículo 37 de la Ley 617 de 2000 hace referencia a las inhabilidades para ser alcalde, en principio no fue incluido en la fijación del litigio, al parecer por un error en la digitación, porque si fue objeto de reproche en la demanda.

²⁵ Los artículos 38 y 39 de la Ley 617 de 2000 se refieren a las incompatibilidades de los alcaldes y su duración.

públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros” al no presentar renuncia del cargo de asesor código y grado 105-01 con una antelación de 12 meses, a su elección como Alcalde Local. Código 030-05 de la Localidad Sur Occidente del D.E.I.P de barranquilla, por cuanto su designación no fue efectuada mediante elección popular, sino a través de nombramiento por el Alcalde Mayor del Distrito de Barranquilla.

Por último indicó que en lo que respecta a las incompatibilidades invocadas también aplican las consideraciones anteriores, en cuanto tratan de aquél que ostenta el cargo público por elección popular y son sobrevinientes al ejercicio del cargo, por lo tanto no hay lugar a declarar su configuración.

4. Apelación

La parte actora inconforme con la anterior decisión la apeló. Reiteró los mismos argumentos dados en los alegatos de conclusión ante el Tribunal Administrativo del Atlántico (ver numeral 2.6.4 de las consideraciones)²⁶ y además señala que el demandado labora actualmente²⁷ como asesor en la Secretaría de Gobierno tal como consta en la hoja de vida anexa con la demanda²⁸ razón por la cual viola el artículo 179.8 de la Constitución Política.

También incluye de forma desordenada y sin coherencia con el recurso de apelación impetrado a partes de la normativa del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sobre extensión de jurisprudencia, a partes de sentencias sin identificar y reitera argumentos planteados en la demanda.

Por último, en relación con las inhabilidades del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 y el 95 de la Ley 136 de 1994 menciona tres “tesis de la configuración de inhabilidad del alcalde local”, que el demandado no renunció al cargo de asesor de la secretaría de

²⁶ Fls. 329 – 350. Dentro del mismo escrito del recurso de apelación, presentó un recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, el cual fue rechazado por el Tribunal Administrativo del Atlántico por ser improcedente, con auto del 5 de abril de 2014 (fls. 352 – 353).

²⁷ Recurso de apelación, folio 322 “EN CUANTO A LO FÁCTICO” No. 1

²⁸ La Hoja de vida anexa tiene como fecha de diligenciamiento el 6 de abril de 2016.

Gobierno, (i) antes de tres meses de ser nombrado alcalde local (ii) un año antes de ser nombrado alcalde local y de forma nueva y muy confusa luego de señalar los artículos 148 y 153 del Código electoral que (iii) ejerció autoridad administrativa, civil y política.

5. Trámite de segunda instancia

Mediante auto del 12 de mayo de 2017, la Consejera Ponente admitió la apelación presentada por el señor **ROMEO EDINSON PÉREZ FIELD**, parte demandante en este proceso y ordenó los traslados de ley.²⁹

5.1. Alegatos y concepto del Ministerio Público

5.1.1. El demandado

La apoderada judicial del señor **CASSERES CAÑATE**, reiteró los argumentos presentados en los alegatos de instancia, donde explicó que, el régimen de inhabilidades descrito para los alcaldes locales en el Distrito de Barranquilla no se encuentra reglamentado por medio de acuerdo, y por la taxatividad y efecto restrictivo de la aplicación del régimen de inhabilidades no es dable establecer analogías con otros regímenes, situación que conlleva a aplicar el régimen de inhabilidades comunes a todo servidor públicos (los que relacionó), el cual no contempla restricciones derivadas del el ejercicio de funciones en empleos públicos, por tanto, no se configura inhabilidad alguna.³⁰

5.1.2. El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla

El apoderado judicial del ente territorial reiteró los argumentos que dio al alegar en conclusión en la instancia.³¹

5.1.3. El demandante

El actor en los alegatos replicó las razones que ofreció en el recurso de alzada.³²

²⁹ Fls. 366.

³⁰ Fls. 378 – 383.

³¹ Fls. 399 – 402.

5.1.4. El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado

Solicitó confirmar la providencia apelada al indicar lo siguiente:³³

«...como el régimen de inhabilidades de los alcaldes locales no se reguló en las normas especiales, ni tampoco se remitió expresamente a disposiciones aplicables a los otros tipos de entidades territoriales, ni a las disposiciones establecidas para el Distrito Capital, se debe concluir que el mismo se ha de regir por las normas generales aplicables a todos los municipios, es decir, la Ley 136 de 1994 y la Ley 617 del 2000, disposiciones estas en las cuales no se hizo mención alguna al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los alcaldes locales.

Se concluye de lo anterior que estos servidores no tienen un régimen de inhabilidades propio o individual y por tal razón, como el supuesto de hecho que funda la pretensión no se puede subsumir dentro de norma alguna, el acto no infringe disposición alguna y en ese entendido la sentencia que denegó la pretensión se ha de confirmar».

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con los artículos 150 y 152.9 del CPACA y 13 del Acuerdo No. 58 de 15 de septiembre de 1999 (Reglamento de la Corporación) modificado por el artículo 1 del Acuerdo No 55 de 2003, esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta.

1. Acto demandado

Se trata del Decreto 0473 de 26 de mayo de 2016, acto por medio del cual el alcalde Distrital de Barranquilla nombró a **DEIVY CASSERES CAÑATE** como Alcalde Local, código y grado 030-05, de la localidad sur occidente del DEIP de Barranquilla - Atlántico para el período 2016-2020.³⁴

³² Fls. 388 – 397.

³³ Fls. 403 – 415.

³⁴ Fls. 60 – 61. Aunque el fallo de instancia y el actor en la apelación se refieren equivocadamente al Decreto 0476 de 2016, este es el nombramiento del Alcalde Local Ronald José Gordillo Jiménez, que aunque obra en el expediente, no tiene que ver con el objeto de la demanda.

2. Problema jurídico

Para la Sala a partir de la apelación, aquel se contrae a establecer si hay lugar a confirmar, revocar o modificar el fallo de primera instancia y, en tal sentido, se deberá estudiar si el acto de nombramiento del señor **DEIVY CASSERES CAÑATE** como Alcalde de la localidad Sur Occidente del Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, debe ser declarado nulo, toda vez que en consideración del actor, aquel incurrió en la inhabilidad establecida en el artículo 37 de la ley 617 de 2000 (numerales 2º y 3º) por la remisión que hace el artículo 37 del Acuerdo No. 017 del 2002, expedido por el Concejo Distrital del Barranquilla, donde indicó que los Alcaldes Locales tiene el mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Alcalde Mayor³⁵

Para resolver la anterior situación la Sala hará referencia a: i) el régimen jurídico del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla – Atlántico y sus alcaldías locales; luego se hará a alusión ii) circunstancias de inelegibilidad: falta de requisitos, violación de prohibiciones y configuración de causales de inhabilidad, iii) reserva legal de las restricciones para acceder a cargos públicos y iv) resolver el caso concreto.

3. Del régimen jurídico del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla – Atlántico y sus alcaldías locales

3.1. Acto Legislativo No. 1 de 1993

La ciudad de Barranquilla, capital del departamento de Atlántico, fue transformada en Distrito Especial mediante el Acto Legislativo No. 1 del 17 de agosto de 1993,³⁶ en el cual se estableció que comprensión territorial tendría y en su inciso final, fijó las pautas generales de su régimen legal, en los siguientes términos:

«Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución y las leyes especiales que para el efecto se dicten, y

³⁵ El actor aunque algunas veces transcribe los numerales 3 y 7 de la ley 617 de 2000, en el acápite conclusión de la apelación (folio 334) señala como norma violada el numeral tercero de la ley 136 de 1994 y transcribe el numeral quinto, que fue modificada por la ley 617 de 2000.

³⁶ Diario Oficial No. 40.995 de 17 de agosto de 1993.

en lo no dispuesto en ellas las disposiciones vigentes para los municipios». ³⁷

3.2. Ley 768 del 7 de agosto de 2002³⁸

En desarrollo del acto legislativo mencionado, el Congreso de la República expidió esta normativa con el objeto de consagrar las normas que integran el Estatuto Político, Administrativo y Fiscal de los Distritos Especiales de Barranquilla, Cartagena de Indias y Santa Marta.

En su artículo 2º definió que el régimen aplicable a estos entes territoriales será el especial autorizado por la propia Carta Política, y en su inciso final, estableció que *«En todo caso las disposiciones de carácter especial prevalecerán sobre las de carácter general que integran el régimen ordinario de los municipios y/o de los otros entes territoriales; pero en aquellos eventos no regulados por las normas especiales o que no se hubieren remitido expresamente a las disposiciones aplicables a alguno de los otros tipos de entidades territoriales previstas en la C.P. y la ley, ni a las que está sujeto el Distrito Capital de Bogotá, estos se sujetarán a las disposiciones previstas para los municipios»*.³⁹

En cuanto a los Alcaldes Locales, el artículo 5º de la misma normativa reguló lo relativo al procedimiento para su nombramiento y lo requisitos para acceder al cargo que los equiparó a los de Alcalde mayor. En cuanto a sus funciones y asignación salarial estimó que sería competencia del Concejo Distrital reglamentarlo, así:

«Cada localidad tendrá un alcalde local, que será nombrado por el alcalde mayor de terna elaborada por la correspondiente Junta Administradora Local, en Asamblea Pública, citada por el alcalde mayor y que deberá tener quórum con no menos del ochenta por ciento (80%) de sus miembros. La primera citación a tal asamblea la realizará el alcalde mayor en un término no mayor de dos (2) meses, luego de crearse las localidades y, en los períodos sucesivos de posteriores administraciones distritales, se harán dentro de los dos (2) primeros meses luego de la posesión de cada alcalde mayor. Para la integración de la terna se empleará el sistema del cociente electoral.

³⁷ Énfasis propio.

³⁸ Diario Oficial No. 44.893, de 07 de agosto de 2002.

³⁹ Énfasis propio.

PARÁGRAFO. Para ser alcalde local se debe cumplir con los requisitos que la ley exige para desempeñar el cargo de alcalde mayor. El concejo distrital reglamentará sus funciones y asignación salarial. Su período será el del alcalde mayor y el costo de estas asignaciones salariales será cubierto por los recursos propios del Distrito».

3.3. El Acuerdo No. 017 de 7 de diciembre de 2002, por medio del cual se dicta el estatuto orgánico de las localidades de Barranquilla.

Este acuerdo expedido por el Concejo Distrital de Barranquilla con fundamento en el Acto Legislativo 1 de 1993 y la Ley 768 del 7 de agosto de 2002, estableció en su artículo 37 el régimen jurídico de los Alcaldes Locales y además de equiparar su categoría, salario y prestaciones a la de un Secretario de Despacho, indicó que tienen el mismo régimen de inhabilidades del Alcalde mayor, en los siguientes términos:

“Los alcaldes locales serán servidores públicos, con igual categoría, salario y prestaciones que las de un Secretario de Despacho.

El costo de su asignación salarial y prestacional será cubierto con cargo a los recursos de la localidad.

Los alcaldes locales tienen el mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Alcalde Mayor»

3.4. Ley 1617 del 5 de febrero de 2013 ⁴⁰

Mediante esta regulación el Congreso expidió el Régimen para los Distritos Especiales, que tiene por objeto dotar a estos de las facultades, instrumentos y recursos que les permita cumplir las funciones y prestar los servicios a su cargo, así como promover el desarrollo integral de su territorio para contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes, a partir del aprovechamiento de sus recursos y ventajas derivadas de las características, condiciones y circunstancias especiales que estos presentan.

Su artículo 2º indica que los Distritos son entidades territoriales organizadas de acuerdo con lo previsto en la Constitución y se encuentran sujetos a un régimen especial, aclarando en su inciso final que *«En todo caso las disposiciones de carácter especial prevalecerán sobre las de carácter general que integran el*

⁴⁰ Diario Oficial No. 48.695 de 5 de febrero de 2013

*régimen ordinario de los municipios y/o de los otros entes territoriales; pero en aquellos eventos no regulados por las normas especiales, o que no se hubieren remitido expresamente a las disposiciones aplicables a alguno de los otros tipos de entidades territoriales, previstas en la Constitución Política, la ley, ni a las que está sujeto el Distrito Capital de Bogotá, estos se sujetarán a las disposiciones previstas para los municipios».*⁴¹

Finalmente, el párrafo de este artículo estableció que las disposiciones contenidas en esta ley, se aplicarán a todos los distritos creados y que se creen, menos al Distrito Capital de Bogotá.

Por otra parte, el Título II, sobre organización política y administrativa del distrito, capítulo V, reguló lo referente a los alcaldes locales, en cuando al procedimiento para su nombramiento, requisitos para acceder al cargo iguales a los de Alcalde Distrital, la forma de remplazarlos por faltas temporales y absolutas; e indicó que el concejo distrital reglamentará sus funciones y asignación salarial, inhabilidades, incompatibilidades y todo lo relacionado con el cargo conforme a las disposiciones legales vigentes, en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 39. Cada localidad tendrá un alcalde local, que será nombrado por el alcalde distrital de terna elaborada por la correspondiente Junta Administradora Local, en asamblea pública, citada por el alcalde distrital y que deberá tener quórum con no menos del ochenta por ciento (80%) de sus miembros.

Para la integración de la terna se usará el sistema de cociente electoral.

Luego de crearse las localidades, el alcalde distrital en un término no mayor de dos (2) meses hará la primera citación a tal asamblea y en los períodos sucesivos de posteriores administraciones distritales, se harán dentro de los dos (2) primeros meses luego de la posesión de cada alcalde distrital.

ARTÍCULO 40. REQUISITOS PARA SER ALCALDE LOCAL. Para ser alcalde local se debe cumplir con los mismos requisitos que el alcalde distrital.

El concejo distrital reglamentará sus funciones y asignación salarial, inhabilidades, incompatibilidades y todo lo relacionado con el cargo conforme a las disposiciones legales vigentes. Su período será el del

⁴¹ Énfasis propio.

alcalde distrital y el costo de estas asignaciones salariales será cubierto por los recursos propios del distrito.

ARTÍCULO 41. REEMPLAZOS. Las faltas absolutas y temporales de los alcaldes locales serán llenadas por las personas que designe el alcalde distrital. En el primer caso, solicitará de la junta respectiva la elaboración de la terna correspondiente».

4. Circunstancias de inelegibilidad: falta de requisitos, violación de prohibiciones y configuración de causales de inhabilidad

Tal como ha sido señalado recientemente por la Sala Plena del Consejo de Estado⁴² *“las circunstancias de inelegibilidad son límites al derecho de acceso a cargos públicos y al derecho a elegir y ser elegido, inspiradas en razones de interés general y bien común. Son, a su vez, expresiones de un género, dentro del cual existen varias especies, que en querer del Constituyente o del legislador definen, en buena parte, las condiciones de quien ha de acceder a la función pública. Ello, por medio de la exigencia, bien sea positiva o negativa, de pautas comportamentales y cualificaciones de los sujetos activos y pasivos del acto de elección”*.

Al respecto la Sección Quinta del Consejo de Estado⁴³, ha explicado que, de acuerdo con el ordenamiento constitucional los ciudadanos tienen derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, lo cual les permite, entre otras cosas, elegir y ser elegidos, como lo establece el artículo 40.1 de la Constitución Política, y en esa misma línea⁴⁴, el artículo 23.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que todos los ciudadanos deben gozar del derecho y la oportunidad “de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”, salvo circunstancias excepcionales que la misma norma prevé –edad, instrucción, sanción, entre otros–. Así también lo definen los

⁴² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Exp. Acumulados 11001-03-28-000-2016-00024-00 y 1001-03-28-000-2016-00025-00. Sentencia de 23 de mayo de 2017.C.P.

⁴³ Se pueden consultar entre otras decisiones de esta Sección, las siguientes: **Enero 31 de 2013**; radicado No. 50001-23-31-000-2011-00688-01; actora: Libia Cecilia Rojas Carrillo; demandado: Diputado a la Asamblea Departamental del Guainía y C.P. Alberto Yepes Barreiro. **Febrero 19 de 2009**; expediente No. 13001-23-31-000-2007-00700-00; acto: Willington Manuel Merlano Álvarez y otro; demandado: Alcalde del Municipio de Magangué y C. P. Susana Buitrago Valencia.

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Exp. Acumulados 11001-03-28-000-2016-00024-00 y 1001-03-28-000-2016-00025-00. Sentencia de 23 de mayo de 2017.

artículos 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Así, dentro de los derechos de las personas se cuenta el de acceder al ejercicio de la función pública en cargos o corporaciones públicas de elección popular, derecho cuyo goce efectivo únicamente puede ser restringido por el constituyente o por el legislador, como lo expresa abiertamente el artículo 293 Superior.

Las diferentes formas en las que se pueden manifestar todas las circunstancias de inelegibilidad, se destacan: (i) el incumplimiento de los requisitos establecidos para ocupar un cargo, (ii) ser designado con infracción de una prohibición normativa expresa y (iii) estar incurso en causal de inhabilidad⁴⁵.

El primero, la falta de las calidades y requisitos exigidos para acceder a determinado empleo público constituye una circunstancia de inelegibilidad que está definida por una condición o condiciones a partir de las cuáles se fija “quiénes pueden” ocupar determinado cargo, a diferencia de otro tipo de circunstancias de inelegibilidad –como prohibiciones e inhabilidades– que, más bien, distinguen “qué conducta electoral se proscribe” y “quiénes no pueden” ser elegidos. Dichas máximas, según se haya consignado en la respectiva norma, pueden expresarse, por ejemplo, en términos de edad, de experiencia y/o de formación académica, entre otros.

Por su parte, las prohibiciones, como motivo de inelegibilidad –recuérdese que existen prohibiciones para los servidores y los ex servidores–, son proposiciones jurídicas que impiden la realización de una determinada conducta, en términos prácticos, aquellas son igualmente límites del acceso a la función pública, pero que, particularmente, llevan implícito un mandato de “no hacer”, aunque también hay que decir que las prohibiciones buscan impedir que se presenten determinados acontecimientos que el Constituyente o el legislador han considerado nocivos para el ordenamiento jurídico, y que encuentran su justificación en “... *el cargo de que se trate, la condición reconocida al servidor*

⁴⁵ Ídem.

*público, las atribuciones y competencias que le hayan sido asignadas y sus respectivas responsabilidades...*⁴⁶..

Son ejemplos de la Constitución: el artículo 126, que proscribe la práctica de favorecimiento electoral conocida como “yo te elijo, tú me eliges”; el 233, que consagra que los magistrados de las altas cortes “no podrán ser reelegidos”; o el 303, que prohíbe la reelección inmediata de los gobernadores departamentales.

Finalmente, entre las razones de inelegibilidad, se destacan las causales de inhabilidad, que han sido definidas por esta Sala como “... *circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan a una persona acceder a un cargo público*”⁴⁷. En términos prácticos, son todas aquellas condiciones que, de forma expresa, definen “quiénes no pueden” ocupar un cargo, o como lo dice el artículo 279 de la Ley 5 de 1992, frente a los Congresistas, es una circunstancia que impide que una persona pueda ser electa en esa Corporación, y que en caso de haberse producido su elección, la invalida.

Existe la posibilidad de que las inhabilidades acaezcan antes de la respectiva designación, pero también durante el ejercicio del cargo. Empero, comoquiera que el proceso de nulidad electoral, se contrae al juicio de legalidad –en sentido amplio– del acto que declaró la elección, no son de su incumbencia las que ocurran con posterioridad⁴⁸.

Basta recordar lo dicho por la Sección Quinta en fallo de 19 de septiembre de 2013 (C. P. Alberto Yepes Barreiro, exp. No. 11001-03-28-000-2012-00055-00), así:

Así, las **incompatibilidades** son aquellas prohibiciones que aplican a **quienes han sido elegidos o nombrados, o a quienes en el pasado lo fueron**, y que, por mandato constitucional o legal, no pueden incurrir en ciertas actuaciones **mientras ejerzan el cargo para el cual fueron electos**, y en muchas oportunidades incluso cobijan un tiempo adicional⁴⁹. Por el contrario, las **inhabilidades** operan precisamente

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-311 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁴⁷ C. P. Alberto Yepes Barreiro, rad. 50001-23-31-000-2012-00087-02, demandado: CONTRALOR DEL DEPARTAMENTO DE VICHADA.

⁴⁸ Con la excepción de la que establece el numeral 7º del artículo 38 y el artículo 39 de la Ley 617 de 2000 -incompatibilidad de Alcaldes Municipales o Distritales que se torna en inhabilidad para ser elegido en otro cargo de elección popular. Rad.11001-03-28-000-2015-00051-00. Demandada: Oneida Rayeth Pinto Pérez – Gobernadora de La Guajira Sent. 7 de junio de 2016. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

⁴⁹ Cfr. Ley 617 de 2000, artículo 32.

para prevenir que quienes encajan en sus causales **puedan ser elegidos.**

Así las cosas, las inhabilidades, junto con las prohibiciones y los requisitos establecidos por la normativa para acceder a los cargos públicos, resultan ser, entonces, una de las formas en que constitucional y legalmente se puede restringir el goce pleno del derecho fundamental a conformar los cuadros de poder de la Administración.

Sobre la interpretación y aplicación de estas normas prohibitivas, la Sección Quinta del Consejo de Estado recordó, en sentencia del 27 de octubre de 2016 «... *que las inhabilidades son de aplicación **estricta y restrictiva al supuesto fáctico que la norma prevé, sin que haya lugar a extensiones o analogías interpretativas***».⁵⁰

También la Sala ha precisado que el «...*esquema constitucional y legal que regula los regímenes de inhabilidades en tanto constituyen limitantes al desarrollo del derecho político, se caracteriza por ser cerrado y las causales taxativas tienen interpretación restrictiva. **Por ello, en el análisis sobre su alcance -por tratarse de motivos que ocasionan sanción-, el principio de legalidad adquiere carácter superlativo: nula es la pena sin clara y precisa ley preexistente al hecho que la ocasione***».⁵¹

Por su parte la Corte Constitucional, ha indicado sobre las inhabilidades o inelegibilidades que estas «...*son impedimentos establecidos por el constituyente o por el legislador, que restringen el acceso a la función pública de personas que, a su juicio, carecen de las cualidades requeridas para ejercerla. Así mismo, se consideran “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*

⁵⁰ Expediente No. 11001-03-28-000-2014-00130-00 (acumulado con los radicados 11001-03-28-000-2014-00129-00; 11001-03-28-000-2014-00133-00; 11001-03-28-000-2014-00136-00); actor: Waldir Cáceres Cuero y otros, demandado: Edgardo José Maya Villazón, como Contralor General de la República, para el período 2014-2018; C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁵¹ Providencia del 6 de diciembre de 2012, radicado No. 54001-23-31-000-2011-00552-01; actor: Luis Ovidio Palacios Casadiego; demandado: Gobernador del Departamento de Norte de Santander; C.P. Susana Buitrago Valencia (Énfasis propio).

*excluyen previamente y le impiden ser elegido o nombrado».*⁵² Y sobre su razón de ser, expresó en la sentencia C-1212 de 2001,⁵³ lo siguiente:

«La finalidad de establecer inhabilidades radica entonces en garantizar los principios de moralidad, idoneidad, probidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de la función pública, entendida ésta como “el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines”.⁵⁴ Dado que dicha función se dirige a la atención y satisfacción de intereses generales, resulta razonable que se exija a las personas que aspiran a ejercerla, poseer cualidades suficientes que garanticen su desarrollo con arreglo a los principios mencionados, tal como se consagra en el artículo 209 de la Constitución».

Por otro lado, la Corte Constitucional en sentencia C-903 de 2008,⁵⁵ señaló que **«...por la índole excepcional de las inhabilidades e incompatibilidades, las normas que las contemplan deben ser interpretadas y aplicadas con un criterio restrictivo y, por ende, con exclusión de un criterio extensivo».**⁵⁶

Así como fue expresado por la Sala Plena de esta Corporación recientemente⁵⁷, *“toda esta correlación ideológica impacta a su vez la forma en la que se pueden analizar los supuestos de hecho que, a partir de las distintas circunstancias de inelegibilidad estructuran las causales de nulidad electoral plasmadas en el CPACA, que en su artículo 275, en lo pertinente, dice:*

“Artículo 275. Causales de anulación electoral. 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 incurso en causales de inhabilidad”.

⁵² Sentencia C-483 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández.

⁵³ M. P. Jaime Araujo Rentería

⁵⁴ «Sentencias C-631/96 y C-564/97, M.P. Antonio Barrera Carbonell».

⁵⁵ M. P. Jaime Araujo Rentería.

⁵⁶ Énfasis propio.

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Exp. Acumulados 11001-03-28-000-2016-00024-00 y 1001-03-28-000-2016-00025-00. Sentencia de 23 de mayo de 2017 C.P.

Nótese que el citado numeral establece dos hipótesis: la primera, que “[s]e elijan candidatos que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales”; y la segunda, que “[s]e elijan candidatos o se nombren personas (...) que se hallen incursas en causales de inhabilidad”.

En ellas no encuadrarían las prohibiciones como circunstancias de inelegibilidad, aunque, claramente sí las otras dos –(i) calidades y requisitos e (ii) inhabilidades–. Ello, si se les mira desde el explicado enfoque plano que no mira las consecuencias que subyacen a tales formas. Por ende, el cargo de nulidad basado en una prohibición, así visto, tendría, necesariamente, que ser analizado como una infracción de norma superior, según el cristal de las causales contenidas en el artículo 137 ejusdem, al cual remite el inciso primero del artículo 275 de esa codificación”.

5. Reserva legal de las restricciones para acceder a cargos públicos

Tal como ha sido explicado con anterioridad, por la importancia y trascendencia del derecho fundamental de acceso a la conformación del poder político y a los cargos públicos, y la relevancia de las prohibiciones o restricciones a este, existe una cláusula general de competencia, en cabeza del Congreso, frente a las normas que regirán el ejercicio de las funciones públicas, que específicamente prescribe como función del órgano legislativo en el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Política: «*Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas...*», en virtud de la cuales le corresponde a aquellos decidir las circunstancias de prohibición para el acceso y ejercicio de empleos públicos.

Así, la Corte Constitucional en la sentencia C-483 del 9 de septiembre de 1998, al estudiar la constitucionalidad del literal a) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, norma que fijó una de las inhabilidades para ser elegido como personero; sobre la cláusula general de competencia o reserva de ley para establecer las circunstancias de prohibición para el acceso y ejercicio de

empleos públicos, por parte del Congreso de la República, manifestó:⁵⁸

«En efecto, el Constituyente no ha entrado a definir en el propio texto de la Constitución Política todas las incompatibilidades e inhabilidades aplicables a los distintos cargos públicos. Buena parte de ellas son del exclusivo resorte del legislador, por disposición expresa de la misma Constitución **o por cláusula general de competencia.**

La atribución constitucional del legislador es clara a ese respecto en el caso de los personeros municipales.

El artículo 118 de la Carta Política señala que el Ministerio Público será ejercido, entre otros funcionarios, por los personeros municipales, quienes serán elegidos por los concejos para el período que fije la ley (art. 313 C.P.).

Por su parte, **el artículo 150, numeral 23, de la Constitución Política establece que corresponde al Congreso "expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas", lo cual implica que, a falta de norma específica de rango constitucional que defina quién habrá de establecer el régimen de incompatibilidades e inhabilidades de un cierto empleo, ello atañe al legislador.**

Así, pues, en el caso de los empleos públicos que hayan de ser desempeñados en los departamentos y municipios -tal acontece con los personeros en estas últimas entidades territoriales-, es el legislador el llamado a consagrar las reglas pertinentes sobre la materia».⁵⁹

De otro lado, el órgano de cierre constitucional en la Sentencia T-649 de 2 de septiembre de 1999,⁶⁰ M.P. Carlos Gaviria Díaz, explicó sobre la competencia general que le asiste al Congreso para regular las inhabilidades, lo siguiente:

«Inicialmente, debe señalarse que la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, y el hecho de que en ella no se consagrara la prohibición del inciso bajo análisis, no significa que ya esa prohibición perdió validez y debe ser inaplicada. No puede ser esa la consecuencia, pues si bien la Constitución consagra el derecho a ejercer cargos públicos, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los

⁵⁸ También se puede consultar la Sentencia C-500 del 16 de julio de 2014, M. P. Mauricio González Cuervo, manifestó: «Finalmente, advirtió que la norma acusada no desconocía el artículo 40 de la Carta dado que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración para establecer el régimen de inhabilidades de quienes aspiran a la función pública, tal y como lo habían reconocido las sentencias C-952 de 2001 y C-100 de 2004».

⁵⁹ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁶⁰ La acción de tutela fue presentada por el Alcalde de Fonseca, a través de apoderado judicial, pues consideró que la actuación de la Fiscalía Cuarta Especializada constituye una vía de hecho, ya «que el régimen de incompatibilidad del Art. 19 de la Ley 53 de 1990, que el Fiscal tuvo en cuenta para dictarle medida de aseguramiento a mi cliente no se encuentra vigente a la luz de lo contemplado en la Constitución de 1991 y lo definido en la Ley 136 de 1994, que derogaron tácitamente dicha disposición, y el señor Fiscal 4 a estas alturas, no puede entrar a darle vida o revivir una norma por simple analogía, pues es claro que en el derecho penal no existe la analogía».

servidores públicos no está limitado, de manera exclusiva, a las inhabilidades e incompatibilidades constitucionales; la Corte Constitucional repetidamente ha afirmado que el legislador está facultado para desarrollar la Norma Fundamental en lo relativo a esta materia. Para resumir la jurisprudencia al respecto, baste citar unos apartes de la sentencia C-147/98⁶¹:

*"La Corte ha señalado que, fuera de las expresamente establecidas por la Constitución, el Congreso puede consagrar otras inhabilidades para ser contralor departamental puesto que no sólo la Carta defirió en el legislador la facultad para señalar "las demás calidades" que se requieran para el desempeño de dicho cargo⁶² sino que, además, esta Corporación tiene bien establecido que **"la consagración constitucional de inhabilidades de un cierto grupo de funcionarios no excluye la competencia del legislador para establecer otras inhabilidades pues existe una competencia general de regulación a cargo del Congreso en ese aspecto"**⁶³. Además, en esta materia, el Legislador goza de una amplia discrecionalidad, pues a él corresponde definir, conforme a sus criterios de conveniencia, los hechos que generan inelegibilidad para un determinado cargo. Esto no significa obviamente que el Congreso pueda configurar cualquier conducta o situación como constitutiva de una inhabilidad, pues la Constitución reconoce el derecho a todo ciudadano a acceder cargos públicos (CP art. 40), por lo cual las regulaciones legales deben ser razonables y proporcionadas, tal y como esta Corporación ya lo ha señalado en numerosas sentencias⁶⁴. Por ende, en principio son inadmisibles aquellas inhabilidades para acceder a un cargo que en forma desproporcionada, innecesaria o irrazonable limiten el derecho de las personas a ser elegidas para ese cargo, por cuanto se estaría violando el derecho de todos los ciudadanos a una igual participación política (CP arts 13 y 40)⁶⁵».*⁶⁶

Posición reiterada de la Corte Constitucional nuevamente en la Sentencia C-612 de 2013⁶⁷, en la cual indica que corresponde al legislador señalar las condiciones de acceso a cargos públicos y en virtud de esta función determinar los regímenes de calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos:

*"El derecho a ejercer funciones o cargos públicos -en tanto tiene el carácter de derecho fundamental- se encuentra protegido por dos garantías especialmente importantes: **la reserva de ley** y la absoluta intangibilidad de su contenido esencial" (negrilla fuera de texto)*

En el mismo sentido, la Sección Quinta del Consejo de Estado, también ha analizado la figura de la **reserva de legal** para la

⁶¹ «M.P. Alejandro Martínez Caballero».

⁶² «Ver la sentencia C-509 de 1997. MP Hernando Herrera Vergara. Consideración de la Corte No 3.1».

⁶³ «Sentencia C-367 de 1996. MP Julio César Ortiz Gutiérrez. Consideración de la Corte Tercera».

⁶⁴ «Ver, entre otras, las sentencias C.537 de 1993, C373 de 1995. C-509 de 1997 y C-618 de 1997».

⁶⁵ «Sentencia C-618 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 3».

⁶⁶ Énfasis propio.

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-612 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos.

regulación de las inhabilidades para los diferentes cargos y empleos públicos, ya sean por elección popular o mediante nombramiento, como lo hizo en los fallos del 19 de septiembre, dentro del expediente No. 11001-03-28-000-2012-00051-00⁶⁸ y del 9 de octubre, en el radicado No. 11001-03-28-000-2012-00045-00,⁶⁹ ambos proferidos en el año 2013 y con ponencia del doctor Alberto Yepes Barreiro, tesis que se reiteró en providencia del 4 de agosto de 2016; radicado No. 11001-03-28-000-2015-00050-00; accionantes: Diego Felipe Urrea Vanegas y Mateo Hoyos Bedoya; demandado: Jhon James Fernández López y con ponencia de este Despacho, la Sala explicó que:

«En sentencia de septiembre diecinueve de 2013, la Sala subrayó que la adopción del régimen de inhabilidades para el cargo tiene reserva legal, lo que hace que sólo el propio constituyente y el Congreso de la República tienen la competencia para decidir aquellas circunstancias específicas que pueden ser constitutivas de prohibición para el acceso y el ejercicio de los empleos públicos⁷⁰.

Agregó que en ejercicio de la potestad reglamentaria, el Presidente de la República no puede atribuirse la facultad de fijar las inhabilidades, como incluso lo tiene ampliamente reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional en varias sentencias que fueron citadas como apoyo de esta tesis.

Entonces, declaró probada la excepción de inconstitucionalidad alegada respecto del antepenúltimo inciso del artículo veintidós (22) del citado decreto No. 1768 de 1994, el cual también inaplicó para el caso concreto.

Posteriormente, la posición de la Sala fue reiterada en sentencia de octubre nueve (9) de 2013 al resolver una demanda contra la directora de la Corporación Autónoma Regional del Quindío, basada en la posible inhabilidad derivada de las mismas normas del decreto No. 1768 de 2004⁷¹.

En esta oportunidad, la Sala destacó la contradicción existente entre las disposiciones del decreto No. 1768 de 1994 y las normas de la Constitución, **pues subrayó que la implementación del régimen de las inhabilidades para el cargo tiene reserva legal según se**

⁶⁸ Acumulados con los radicados Nos. 110010328000201200052-00 y 110010328000201200057-00; demandante: Eduardo Carmelo Padilla Hernández y otros y demandado: Director CAR – Dr. Alfred Ignacio Ballesteros A. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

⁶⁹ Actora: Gloria Inés Hernández Contreras y demandada: Sandra Milena Gómez Contreras como directora general de la Corporación Autónoma Regional del Quindío, para el período 2012-2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

⁷⁰ «Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de septiembre diecinueve (19) de 2013, expediente No. 11001-03-28-000-2012-00051-00 (Acumulado), C.P. Alberto Yepes Barreiro».

⁷¹ «Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de octubre nueve (9) de 2013, expediente No. 11001-03-28-000-2012-00045-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro».

desprende de los artículos 123, 150 numeral 23, 152, 181 y 293 de la Carta Política.

Precisó que a pesar de corresponder a una materia que tiene reserva de ley, el entonces Presidente de la República puso en marcha la regulación de dicha prohibición a través de aquél decreto de carácter reglamentario.

En consecuencia, en ese fallo también decidió la inaplicación del penúltimo inciso del artículo diecinueve (19) y del antepenúltimo inciso del artículo veintidós (22) del citado decreto No. 1768 de 1994, por inconstitucionales».

6. El caso concreto

Esta Sala no analizará el reproche que hace el apelante relacionado con la prohibición constitucional del numeral 8º del artículo 179 de la Constitución Política, ni las tesis que propone en el recurso de apelación puesto que son argumentos nuevos que no fueron mencionados en la demanda ni tenidos en cuenta para la fijación del litigio por el Tribunal en la primera instancia.

De conformidad con la apelación, el demandante considera que el nombramiento del señor **DEIVY CASSERES CAÑATE** como Alcalde de la localidad Sur Occidente del Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, debe ser declarado nulo, toda vez que este incurrió en la inhabilidad establecida en los numerales 3º y 4º de la Ley 617 de 2000, por la remisión que hace el artículo 37 del Acuerdo No. 017 del 2002, expedido por el Concejo Distrital de Barranquilla, donde indicó que los Alcaldes Locales tienen el mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Alcalde Mayor.

Frente a lo anterior, para la Sala, si bien en el Acuerdo No. 017 del 2002, “Estatuto Orgánico de las Localidades de Barranquilla” proferido por el Concejo Distrital (fls. 124 – 144) fijó en el artículo 37 el régimen jurídico de los Alcaldes Locales, en el cual estableció que estos tienen el mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Alcalde Mayor, el mismo no puede ser aplicado, lo anterior, porque como lo ha sostenido la Corte Constitucional y esta Sección del Consejo de Estado, de forma reiterada, la adopción del régimen de inhabilidades para cualquier cargo o empleo público es competencia del Congreso de la República, es decir, existe **RESERVA LEGAL**.

Siguiendo la misma línea argumentativa plasmada en el numeral 5º de esta providencia, para esta Sala de Decisión, a través de un acuerdo distrital, no es posible fijar prohibiciones para acceder a cargos o empleo públicos, como sería el de un Alcalde Local, ni hacer extensivo el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Alcalde Mayor del Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, por existir reserva legal sobre la materia, según se desprende del artículo 150 numeral 23 la Carta Política, siendo el Congreso de la República el competente para hacerlo.

En razón a lo anterior, de conformidad con el artículo 4º de la Constitución Política que señala que *“En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*, lo cual significa que por vía de excepción todas las autoridades públicas, tienen el deber de inaplicar las disposiciones que resulten abiertamente en contraposición a los dictados del constituyente, se inaplicará el inciso tercero del artículo 37 del Acuerdo Distrital de Barranquilla No. 17 de 2002.

De otro lado, esta Sala Electoral no se pronunciará frente al artículo 40 de la Ley 1617 del 5 de febrero de 2013⁷², pues, tal como lo señala el Tribunal Administrativo del Atlántico, es posterior al Acuerdo No. 17 de 2002, y no existía cuando fue proferido este último, por lo tanto, no puede ser usado como fundamento normativo en este caso.

En vista de la inaplicabilidad, tal vacío se debe llenar con lo regulado en las leyes sobre el régimen jurídico del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla – Atlántico, el cual se relacionó en el numeral 3º de estas consideraciones: el Acto Legislativo No. 1 de 1993 (art. 1º inciso final); la Ley 738 de 2002 (art. 2º inciso final); como la Ley 1617 de 2013 (art. 2º inciso 2º).

En tales disposiciones, si bien en el artículo 5º de la Ley 768 de 2002 y en el artículo 40 de la Ley 1617 de 2013, se establecen como requisitos para ser alcalde local los mismos que para ser alcalde distrital, frente a las inhabilidades de los mismos no hay

⁷² El concejo distrital reglamentará sus funciones y asignación salarial, inhabilidades, incompatibilidades y todo lo relacionado con el cargo conforme a las disposiciones legales vigentes. Su período será el del alcalde distrital y el costo de estas asignaciones salariales será cubierto por los recursos propios del distrito.

ninguna norma que señale específicamente cuáles son estas restricciones.

Así mismo, en las normas especiales⁷³ aplicables al DIEP de Barranquilla, se indica que en aquellos eventos no regulados por esas normas, o que **no se hubieren remitido expresamente** a las disposiciones aplicables a alguno de los otros tipos de entidades territoriales, previstas en la Constitución Política, la ley, ni a las que está sujeto el Distrito Capital de Bogotá, **estos se sujetarán a las disposiciones previstas para los municipios.**

Para la Sala, en el caso concreto, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los Alcaldes Locales de Barranquilla al no estar regulado expresamente en norma especial ni en la Constitución o la Ley, y por no existir remisión expresa a disposiciones de otros entes territoriales, ni al previsto para el Distrito Capital de Bogotá, se deben aplicar las normas previstas por los municipios, es decir, lo regulado en la Ley 136 de 1994, con las modificaciones hechas a esta por la Ley 617 de 2000.

Revisado por esta Sección las **disposiciones previstas para los municipios** y como lo afirmó en su concepto el Ministerio Público, en esta instancia, tal normativa no consagra un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los Alcaldes Locales; y tal como ya se indicó teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar analogías o interpretaciones extensivas en tratándose de normas prohibitivas como son las inhabilidades, no es posible aplicar la norma señalada por el demandante para alcalde mayor del artículo 37 de la Ley 617 de 2002⁷⁴.

Entonces, en este caso, las inhabilidades a aplicar serían las comunes a todos los servidores públicos, como son las establecidas en la Constitución Política (artículo 122, 126, 179-8), en la Ley 734 de 2002 (artículo 38, numerales 1º, 2º, 3º); en la Ley 80 de 1993, artículo 8ª, numeral 2º, literales a, b, c y d., pero no fueron objeto de demanda ni fueron discutidas en el proceso.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia del 10 de marzo de 2017, por medio de la cual, el Tribunal Administrativo del

⁷³ Ley 1617 del 5 de febrero de 2013, art. 2.

⁷⁴ Que es la norma que menciona en el recurso de apelación, aunque transcribe el artículo anterior de la Ley 136 de 1994, que fue modificado.

Atlántico negó las pretensiones del medio de control de nulidad electoral promovida contra el nombramiento del señor **DEIVY CASSERES CAÑATE** como Alcalde Local, código y grado 030-05, de la localidad sur occidente del DEIP de Barranquilla - Atlántico para el período 2016-2020, de conformidad con los argumentos atrás plasmados.

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

FALLA:

PRIMERO: De conformidad con el artículo 4º de la Constitución Política inaplicar el inciso tercero del artículo 37 del Acuerdo Distrital de Barranquilla No. 17 de 2002.

SEGUNDO: **Confirmar** la sentencia del 10 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

TERCERO: **Devolver** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

(Ausente con permiso)

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

