



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN QUINTA**

**Magistrada Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00627-00**

**Demandante: ARMÍN JOSEF SATTLER GONZÁLEZ**

**Demandado: JUAN FRANCISCO HERRERA LEAL - Gobernador Encargado del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina**

**Asunto: Nulidad Electoral – Auto que admite la demanda y estudia la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado**

Procede la Sala a pronunciarse sobre: (i) la admisibilidad de la demanda de nulidad electoral presentada contra el artículo 2° del Decreto 1963 del 19 de octubre de 2018 y, (ii) la solicitud de suspensión provisional de los efectos de dicho acto.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. La demanda**

El señor Armín Josef Sattler González, obrando a nombre propio, interpuso el 3 de diciembre de 2018<sup>1</sup>, demanda de nulidad electoral contra la disposición antes señalada, mediante la cual se encargó al Contralmirante Juan Francisco Herrera Leal como Gobernador del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

---

<sup>1</sup> Folios 1 al 4, 20, 21 del expediente.



## **2. Hechos**

**2.1.** Indicó que el 25 de octubre de 2015 el señor Ronald Housin Jaller resultó electo como Gobernador del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina por la coalición de los partidos políticos de Unidad Nacional y Liberal Colombiano.

**2.2.** Relató que mediante auto del 13 de octubre de 2018 del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal de Garantías para Aforados, se le impuso al señor Ronald Housin Jaller, medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

**2.3.** Sostuvo que como consecuencia de la anterior decisión, la Presidencia de la República mediante el Decreto 1963 del 19 de octubre de 2018, suspendió al ciudadano antes señalado en su calidad de gobernador de la mencionada entidad territorial, y en su lugar encargó al Contralmirante Juan Francisco Herrera Leal *“mientras se presenta la terna de la coalición “Programática y Política” conformada por los partidos Social de la Unidad Nacional Partido de la “U” y Liberal Colombiano que inscribieron la candidatura del gobernador del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y se designa gobernador por el procedimiento de terna, separándose de las funciones del cargo del cual es titular”*.

## **3. Señalamiento de las normas violadas y concepto de violación**

**3.1.** La parte demandante aseveró que con el acto enjuiciado se desconocieron los artículos 4, 29, 128, 197 y 219 de la Constitución Política y 30 de la Ley 617 de 2000. Lo anterior en síntesis por las siguientes razones:

**3.1.1.** Luego de realizar algunas consideraciones sobre la supremacía de la Constitución y el principio de legalidad, argumentó que el



demandado no podía ser designado como Gobernador encargado del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, toda vez que es oficial de insignia de la Armada Nacional, esto es, miembro activo de las fuerzas militares, lo que le impide expresar ideas políticas, intervenir en los procesos electorales y ser parte de partidos políticos, de conformidad con el artículo 219 Superior.

**3.1.2.** Como segundo motivo de inconformidad sostuvo que el mencionado encargo es contrario al artículo 30 de la Ley 617 de 2000, que a su juicio *“dispone que no puede ser designado como gobernador quien haya desempeñado los cargos con autoridad militar a que se refiere el artículo 197 de la Constitución”*, que fue precisamente lo que ocurrió con el Contralmirante en servicio activo Juan Francisco Herrera Leal.

**3.1.3.** Finalmente, alegó que el acto acusado es contrario al artículo 128 constitucional, *“por cuanto se desconoció la prohibición de que nadie simultáneamente puede desempeñar más de un empleo ni recibir más de una asignación proveniente del tesoro público”*.

#### **4. Solicitud de suspensión provisional**

En escrito separado<sup>2</sup> el demandante solicitó la suspensión provisional del acto de designación, reiterando los argumentos de hecho y derecho planteados en el libelo introductorio.

#### **5. Traslado de la solicitud de suspensión provisional**

Por auto del 10 de diciembre de 2018<sup>3</sup>, la Magistrada Ponente dispuso comunicar al Contralmirante Juan Francisco Herrera Leal, a la Presidencia de la República, al Ministerio del Interior, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, la solicitud de suspensión provisional, concediendo el término de cinco

---

<sup>2</sup> Folios 18-19 del expediente.

<sup>3</sup> Folios 18-20 del expediente.



(5) días, a fin que los sujetos procesales expusieran sus consideraciones sobre los fundamentos de la precitada medida, quienes intervinieron en el siguiente orden:

## **5.1. Presidencia de la República**

En escrito del 13 de diciembre de 2018<sup>4</sup>, se opuso a la medida cautelar argumentando lo siguiente:

**5.1.1.** Indicó que de acuerdo con lo decidido en anteriores oportunidades por el Consejo de Estado (no precisó en qué providencias), la designación temporal de un alcalde o gobernador no está sujeta a las mismas reglas para la designación del reemplazo definitivo o del candidato elegido por voto popular, debido a que la primera constituye una medida de urgencia limitada en el tiempo, motivo por el cual la supuesta inhabilidad en la que incurrió el Contralmirante Juan Francisco Herrera Leal no tiene asidero.

**5.1.1.1** En ese orden, sostuvo que resulta incorrecto predicar la aplicación del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, pues el mismo resulta pertinente frente a los nombramientos definitivos, no a las designaciones de urgencia como la que se llevó a cabo con el acto acusado.

**5.1.2.** Aclaró, que aun cuando fuera aplicable el artículo 30 de la Ley 617 de 2000, en la medida que establece que no podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como gobernador, quien haya desempeñado los cargos a que se refiere el artículo 197 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta que el Contralmirante Juan Francisco Herrera Leal no ha ocupado en propiedad alguno de los empleos señalados en la norma constitucional antes señalada.

---

<sup>4</sup> Folios 27-31 del expediente.



**5.1.3.** Agregó que la *“figura del encargo tiene soporte legal suficiente y tiene el doble carácter de ser una situación administrativa en la que se puede encontrar un empleado en servicio activo para que atienda total o parcialmente las funciones de otro cargo; y por otro, es una modalidad transitoria de provisión de empleo vacantes”*.

**5.1.4.** En virtud de lo anterior, concluyó que el decreto controvertido está conforme al ordenamiento jurídico y que los argumentos que sustentan la solicitud de suspensión provisional no tienen vocación de prosperidad.

## **5.2. Intervención del señor Juan Francisco Herrera Leal**

En escrito del 18 de diciembre de 2018<sup>5</sup>, en nombre propio el demandado solicitó que se negara la suspensión provisional pretendida por las siguientes razones:

**5.2.1.** Aseveró que es oficial de la Armada Nacional, pero que en virtud del encargo efectuado por el Gobierno Nacional fue apartado del ejercicio de las funciones que venía desempeñando, frente a lo cual indicó que de conformidad con el literal c) del artículo 82 del Decreto – Ley 1790 de 2000, norma que establece el régimen del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, la comisión es *“el acto de autoridad competente por el cual se asigna a un Oficial, Suboficial o alumno de escuela de formación de Oficiales o Suboficiales con carácter transitorio a una unidad o repartición militar, o a una entidad Oficial o privada, para cumplir misiones especiales del servicio”*.

**5.2.1.1** Agregó que conforme al artículo 83 del anterior decreto, las comisiones también pueden tener como destino entidades públicas distintas al Ministerio de Defensa Nacional y sus organismos adscritos o vinculados, como ocurrió en este caso, en el que además, siguiendo el artículo 84 del Decreto 1790 de 2000, la comisión fue efectuada en debida forma por parte del Gobierno Nacional.

---

<sup>5</sup> Folios 37-39 del expediente.



**5.2.2.** Indicó que fue comisionado por el Presidente de la República mediante el Decreto 1964 de 19 de octubre de 2018, en la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y de otro resaltó que el numeral 3° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 hace referencia al ejercicio de autoridad civil, administrativa o militar dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la **elección**, lo cual no ocurrió en su caso.

**5.2.3.** Aseveró que por las anteriores razones no se encuentran acreditados los requisitos de la suspensión provisional de que trata el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, máxime cuando la demanda no se encuentra “razonablemente fundada en derecho al confundir las figuras del encargo por comisión y la designación en el cargo de gobernador”.

**5.2.4.** Finalmente, reprochó que el actor no argumentó el por qué resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla, ni tampoco cuál es el perjuicio irremediable que justifica la petición de suspensión provisional.

### **5.3. Concepto de la Agente del Ministerio Público**

En escrito del 19 de diciembre de 2018<sup>6</sup>, la Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado solicitó negar la medida cautelar, porque no se evidenciaba la oposición entre el acto electoral acusado y la norma constitucional que se alega vulnerada. Lo anterior por las siguientes razones:

**5.3.1.** En primer lugar señaló que según la Sección Quinta del Consejo de Estado, las designaciones de urgencia como la que se controvierte en esta oportunidad son actos preparatorios no susceptibles de control<sup>7</sup>, posición que manifestó no comparte en tanto “*en tratándose de*

---

<sup>6</sup> Folios 41-48 del expediente.

<sup>7</sup> En tal sentido citó: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 20 de noviembre de 2013, Rad. 11001-03-28-000-2012-00023-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro.



*actos electorales, no se puede aplicar las teorías propias de los actos administrativos”.*

**5.3.1.1** Sobre el particular argumentó que la designación temporal no impide que se predique respecto de la misma que existe una decisión definitiva susceptible de control judicial, consistente en atribuirle a un funcionario, en este caso el señor Herrera Leal, todas las atribuciones propias del Gobernador de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

**5.3.1.2** No obstante, precisó que la anterior cuestión debe evaluarse en la sentencia y no en la admisión de la demanda, por cuanto reiterar la tesis del Consejo de Estado arriba enunciada, implicaría no continuar con el estudio del medio de control de nulidad electoral.

**5.3.2.** De otra parte argumentó que la inhabilidad consistente en que no podrá ser designado gobernador quien dentro de los 12 meses anteriores a la elección haya ejercido autoridad política, civil, administrativa o militar en el respectivo departamento, contenida en el numeral 3° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, no es aplicable a quienes son designados en encargo, como se desprende del numeral 2° del párrafo 3° del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 y lo confirmó recientemente la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 24 de mayo de 2018, Rad. 54001-23-33-000-2018-00006-01, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

**5.3.2.1** En ese orden sostuvo que la Sección Electoral del Consejo de Estado en *“aplicación de la Ley 1475 de 2011, ha sostenido que no se puede aplicar el mismo régimen de inhabilidades de las personas que han sido elegidas popularmente, a quienes por necesidad del servicio han sido encargadas de un cargo, razón por la que en estos casos se ha entendido que la inhabilidad del numeral 3 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 no tiene aplicación cuando de la designación de gobernador se trate”*, como ocurre en esta oportunidad, en la que de manera urgente y por necesidad del servicio, válidamente se encargó al Contralmirante Juan Francisco Herrera Leal como Gobernador de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.



## **5.4. Intervención del Ministerio del Interior**

En escrito del 18 de diciembre de 2018<sup>8</sup>, el apoderado judicial indicó que la medida debe ser denegada, dado que la parte demandante no cumplió con la carga argumentativa que le corresponde al solicitar la procedencia de la medida cautelar, y que en todo caso las cuestiones planteadas alrededor del encargo controvertido deben ser analizadas en el transcurso del proceso.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

La Sala es competente para resolver sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional del acto de elección, con fundamento en lo dispuesto en el inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, el numeral 14 del artículo 149 del mismo estatuto y lo previsto en el artículo 13 del Acuerdo No. 58 del 15 de septiembre de 1999, modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003 –Reglamento del Consejo de Estado-.

### **2. Admisión de la demanda**

**2.1.** Compete a la Sala pronunciarse sobre la admisión de la demanda, por lo que se debe establecer el cumplimiento de los requisitos formales indicados en el artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, para ello es del caso verificar los anexos relacionados en el artículo 166 y el ejercicio del medio de control dentro del plazo previsto en el literal a) del numeral 2° del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**2.2.** La demanda que ocupa la atención de la Sala se ajusta formalmente a las exigencias de los referidos artículos 162 y 166

---

<sup>8</sup> Folios 51-52 del expediente.



*Ibídem*, pues están debidamente designadas las partes, la pretensión fue formulada de manera clara y precisa, se narran los hechos en que se fundamenta, se identificaron las normas que se consideran violadas, se desarrolló el concepto de la violación y se explicó porque, según criterio del demandante, el encargo del Contralmirante Juan Francisco Herrera Leal como Gobernador del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, está viciado de nulidad por presuntamente infringir los artículos 4, 29, 128, 197 y 219 de la Constitución Política y 30 de la Ley 617 de 2000.

**2.3.** Asimismo, es de anotar que: i) con la demanda se anexaron y solicitaron pruebas, ii) se suministraron las direcciones para las notificaciones personales de las partes y, iii) se formuló como única pretensión la nulidad del artículo 2° del Decreto 1963 del 19 de octubre de 2018, mediante la cual se encargó al Contralmirante Juan Francisco Herrera Leal como Gobernador del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, *“mientras se presenta la terna de la coalición “Programática y Política” conformada por los partidos Social de la Unidad Nacional Partido de la U y Liberal Colombiano que inscribió la candidatura del gobernador del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y se designa gobernador por el procedimiento de terna, separándose de las funciones del cargo del cual es titular”*.

**2.4.** En el expediente obra copia del acto acusado y de su publicación en el Diario Oficial N° 50.751 del 19 de octubre de 2018<sup>9</sup>.

**2.5.** De otro lado, no hay lugar a predicar indebida acumulación de pretensiones<sup>10</sup>, pues en el libelo introductorio sólo se hace alusión a la nulidad del acto de contenido electoral censurado.

**2.6.** En cuanto al término de caducidad, se tiene que el acto acusado se publicó el 19 de octubre de 2018 y la demanda se presentó el 3 de diciembre de 2018<sup>11</sup>, es decir, dentro del plazo de 30 días hábiles

<sup>9</sup> Folios 6-9, 15-17 del expediente.

<sup>10</sup> Artículo 281 de la Ley 1437 de 2011.

<sup>11</sup> Folio 21 del expediente.



previsto en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, que frente al caso de autos vencía el 4 de diciembre de 2018.

**2.7.** Por otra parte, no se pasa por alto como lo destacó el Ministerio Público, que la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 20 de noviembre de 2013<sup>12</sup>, consideró que el acto mediante el cual el Presidente de la República designa a un gobernador de manera transitoria, mientras la vacante por falta absoluta es provista de manera definitiva<sup>13</sup>, es un acto preparatorio y por ende no susceptible de control judicial de manera directa, toda vez que no sufre de manera concluyente el vacío del poder en el departamento, sino simplemente allana el camino hacia el pronunciamiento definitivo.

**2.7.1.** Sin embargo, también debe subrayarse que tal postura interpretativa fue replanteada por la Sección mediante pronunciamientos posteriores, en los que conoció y decidió de fondo demandas de nulidad electoral contra actos electorales que efectuaron designaciones de urgencia -de carácter transitorio-, para proveer las vacantes de alcaldes y gobernadores, y así no dejar acéfala la entidad territorial, mientras aquéllas eran provistas de manera definitiva de conformidad con la Constitución y la ley.

**2.7.2.** En tal sentido por ejemplo, puede apreciarse el fallo del 25 de agosto de 2016, dictado dentro del proceso N° 2016-00193-01<sup>14</sup>, en el que se confirmó la sentencia que negó las pretensiones de la demanda que pretendía la nulidad del acto mediante el cual se encargó a un secretario del despacho de la gobernación del Valle del Cauca como alcalde del Municipio de Guadalajara de Buga, hasta que el Consejo Nacional Electoral definiera a través del escrutinio, la persona que por elección popular ocuparía la vacante de manera definitiva. En dicha oportunidad el actor alegó que el alcalde

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, fallo del 20 de noviembre de 2013, Rad. 11001-03-28-000-2012-00023-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

<sup>13</sup> Ya sea en virtud de las nuevas elecciones, cuando faltan más de 18 meses para la terminación del periodo, o se designa un gobernador respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el inicialmente elegido, cuando faltan menos de 18 meses para la finalización del periodo (art 303 inciso final de la Constitución Política).

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 25 de agosto de 2016, Rad. 76001-23-33-004-2016-00193-01, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.



encargado no cumplía los requisitos para el ejercicio del cargo previstos en el artículo 86 de la Ley 136 de 1994, ante lo cual esta Sala de decisión precisó que las condiciones previstas en la anterior norma se predicaban de los alcaldes elegidos por voto popular y no de aquellos designados para reemplazar a los primeros.

**2.7.3.** Asimismo, puede consultarse el fallo del 14 de septiembre de 2017 proferido dentro del proceso N° 2017-00012-00<sup>15</sup>, que negó las pretensiones de la demanda que pretendía la anulación del acto de designación del Gobernador encargado del Departamento de la Guajira, mientras el partido o movimiento político que avaló la candidatura del anterior mandatario llegaba a un acuerdo y presentaba la terna a consideración del gobierno. En el mencionado caso el demandante argumentó que únicamente podía encargarse a una persona de la agrupación política que respaldó al gobernador que dejó la vacancia, ante lo cual la Sección Quinta del Consejo de Estado precisó que tratándose de designaciones urgencia, el Presidente de la República no tenía la obligación de encargar a un ciudadano respetando el partido, movimiento o coalición que inscribió al mandatario que debía reemplazarse.

**2.7.4.** Como puede apreciarse los anteriores pronunciamientos dan cuenta que la Sala Electoral estima que los actos mediante los cuales se realizan nombramientos de urgencia de alcaldes y gobernadores ante la vacancia de dichos empleos, son susceptibles de control judicial de manera directa, ello en atención a que mediante tales decisiones se reviste a una persona de todas las facultades para ser el jefe de la administración y representante legal de la entidad territorial (arts. 303 y 314 de la C.P.), sin que el hecho de que el carácter temporal o transitorio de tal nombramiento impida considerar que existe una decisión definitiva sobre el particular, pues con la misma se está impidiendo que exista un vacío en el poder, se está resolviendo de manera inmediata la situación de urgencia generada por la vacancia<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 14 de septiembre de 2017, Rad. 11001-03-28-000-2017-00012-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

<sup>16</sup> Ahora bien, vale la pena destacar que si bien la designación de urgencia tiene como propósito cubrir de manera inmediata la vacancia en la entidad territorial respectiva y por ende se presenta como una solución



**2.7.4.1** Frente a este aspecto vale la pena precisar, que la temporalidad de una elección o nombramiento, en estricto sentido no puede constituir un criterio para establecer si el acto correspondiente es definitivo o preparatorio, pues todos ellos tienen un límite en el tiempo relacionado con fines constitucionales o legales como la alternancia del poder, la participación democrática, conjurar situaciones de urgencia, etc., por lo que se insiste, los nombramientos mediante los cuales se encarga a alcaldes o gobernadores mientras se llevan a cabo las elecciones o se realiza la designación correspondiente teniendo en cuenta la agrupación política que respaldó al candidato anterior, en sí mismo constituyen decisiones definitivas susceptibles de control judicial directamente.

**2.7.5.** Por otra parte, sin desconocer que los encargos de urgencia así como las designaciones (teniendo en cuenta la ternas presentada por la organización política respectiva) o elecciones que se realicen ante las vacantes absolutas de alcaldes y gobernadores, obedecen a la necesidad de suplir el vacío en el poder en la entidad territorial, es necesario distinguir que se trata de decisiones independientes, que a su vez son producto de procedimientos distintos.

**2.7.5** En efecto, uno es el trámite que se adelanta para que la organización política que respaldó al mandatorio anterior presente la terna respectiva a fin de que se designe el remplazo, en los eventos en que faltan menos de 18 meses para la finalización del periodo institucional; otro es el procedimiento que se debe adelantar para llevar a cabo los nuevos comicios que determinarán quién será el alcalde o gobernador cuando faltan más de 18 meses para terminar dicho periodo; y también otro es el trámite que se lleva a cabo para efectuar el encargo de urgencia, por lo que no resulta correcto considerar que este último es un acto preparatorio del nombramiento definitivo, pues **ni es una condición o parte del trámite que se**

---

eficaz para hacer frente a una situación apremiante, ello no es óbice para que las autoridades competentes en el menor tiempo posible adelanten las gestiones pertinentes a fin de que se brinde una solución definitiva al vacío en el poder, ya sea mediante las nuevas elecciones o través de la designación de un alcalde o gobernador (según el caso) respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el inicialmente elegido, pues tales son los mecanismos idóneos, legítimos y válidos que legal y constitucionalmente se han previsto para tal efecto.



**adelanta para las nuevas elecciones o la designación de uno de los candidatos propuestos por el partido, movimiento político o coalición**, toda vez que aunque tiene relación con la vacancia absoluta, su causa principal es que de manera urgente e inmediata se evite la situación de vacío de poder en la entidad territorial, mientras aquélla es suplida de manera definitiva.

**2.7.6.** En suma, por las consideraciones que anteceden se estima que la decisión controvertida es un acto administrativo de carácter definitivo, susceptible de control directamente ante esta jurisdicción.

**2.8.** En ese orden de ideas, se encuentran reunidos los requisitos legalmente establecidos para admitir la demanda.

### **3. Resolución medida cautelar**

Para la resolver la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto censurado, se estima pertinente realizar algunas consideraciones sobre la figura de la medida cautelar en los procesos electorales, a fin de abordar los motivos que fundamentan ésta en el caso concreto.

#### **3.1. La medida cautelar en el proceso electoral**

**3.1.1.** Como un aspecto novedoso, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 consagró la facultad, en cabeza del juez de lo contencioso administrativo, para decretar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

**3.1.1.1.** A diferencia del Decreto-Ley 01 de 1984 derogado, la nueva normatividad establece expresamente la finalidad de tales medidas cautelares, cuales son, la necesidad de garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, superando de esta forma la



concepción tradicional de mera garantía de control de la legalidad de las actuaciones de la Administración, tal y como se circunscribió en su momento la única de aquéllas: la suspensión provisional. Ello, sin duda alguna, repercute favorablemente en la búsqueda de la materialización del denominado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

### 3.1.1.2. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que:

*“(...) Era apenas natural que el ordenamiento de las medidas cautelares evolucionara con el tiempo en esa dirección, pues como ha dicho la jurisprudencia constitucional la inevitable duración de los procesos judiciales en ocasiones puede implicar la afectación del derecho a una administración de justicia pronta y eficaz, ya que si bien la justicia llega, lo hace en esos casos demasiado tarde, cuando han tenido lugar “daños irreversibles, o difícilmente reparables, en el derecho pretendido por un demandante”.<sup>17</sup> Resultaba entonces necesario ampliar el catálogo de medidas cautelares, con el fin de asegurar instrumentos efectivos de protección provisional que pudieran usarse en las controversias contenciosas no originadas en un acto administrativo, sino por ejemplo en una omisión o un hecho de la administración. También era imperativo morigerar la radical limitación de la suspensión provisional, con el fin de asegurar una protección previa a la sentencia frente a actos administrativos, que garantizara el derecho a una justicia pronta y efectiva (...)”<sup>18</sup>*

**3.1.2.** Dentro de tales medidas, se encuentra la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de acuerdo con las voces del numeral 3° del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011<sup>19</sup>. Esta institución se configura además como una de las causales de pérdida

<sup>17</sup> Sentencia C-490 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero. Unánime). En ese caso, al estudiar algunas normas relativas a medidas cautelares en el proceso civil, la Corte dijo: “La Constitución pretende asegurar una administración de justicia diligente y eficaz (CP art. 228). [...] Esto significa no sólo que los jueces deben adoptar sus decisiones en los términos establecidos por la ley, sino que, además, sus decisiones deben ser ejecutadas y cumplidas, ya que poco sentido tendría que los jueces resolvieran las controversias, pero sus decisiones resultarían inocuas en la práctica, al no poder ser materialmente ejecutadas. Ahora bien, el inevitable tiempo que dura un proceso puede a veces provocar daños irreversibles, o difícilmente reparables, en el derecho pretendido por un demandante. Es entonces necesario que el ordenamiento establezca dispositivos para prevenir esas afectaciones al bien o derecho controvertido, a fin de evitar que la decisión judicial sea vana. Y tales son precisamente las medidas cautelares, que son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso”.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-284 del 15 de mayo de 2015, M.P: María Victoria Calle Correa

<sup>19</sup> Ley 1437 de 2011. Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

(...) 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (...)



de fuerza ejecutoria del acto administrativo, teniendo incidencia particularmente respecto de su carácter ejecutorio<sup>20</sup>.

**3.1.3.** Los requisitos para decretar esta medida cautelar, fueron consagrados expresamente por el legislador en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos:

*“Artículo 231.- Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)”*

**3.1.4.** Particularmente, en relación con el proceso de nulidad electoral, el artículo 277 ídem establece una regla específica respecto de la suspensión provisional, con el siguiente tenor:

*“Artículo 277.- En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación...”*

**3.1.5.** A partir de las normas citadas, se colige respecto a la suspensión provisional del acto en materia electoral que: (i) la solicitud del accionante procede por violación de las disposiciones normativas constitucionales o legales invocadas en el escrito correspondiente; (ii) dicha violación surge del análisis del acto demandado y su cotejo con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas

---

<sup>20</sup> Ley 1437 de 2001. Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.



allegadas con la solicitud y; (iii) dicha solicitud debe resolverse en el mismo auto admisorio de la demanda<sup>21</sup>.

**3.1.6.** De esta manera, se establece una carga de argumentación y prueba, al menos sumaria, **en cabeza del solicitante de la medida cautelar que debe ser estudiada por el juez** en la correspondiente admisión de la demanda.

**3.1.7.** Así las cosas, el juez de lo contencioso administrativo debe efectuar un estudio y análisis de los argumentos expuestos por el demandante y confrontarlos junto con los elementos de prueba arrojados a esta etapa del proceso, sin que ello pueda ser entendido como prejuzgamiento.

## **3.2. Caso en concreto**

**3.2.1.** Al analizar con detenimiento el escrito mediante el cual se solicita la suspensión provisional del acto acusado y las oposiciones a dicha petición, se advierte que son cuatro las razones por las cuales el demandante considera que el Contralmirante Juan Francisco Herrera Leal no podía ser encargado como Gobernador del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina:

- Porque el señor Juan Francisco Herrera Leal antes del encargo controvertido ejerció autoridad militar, incurriendo en la inhabilidad de que trata el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Sobre el particular ver entre otros: auto de 4 de mayo de 2017 Rad. 11001-03-28-000-2017-00011-00, M.P. Rocío Araújo Oñate, auto de 30 de junio de 2016, Rad. 85001-23-33-000-2016-00063-01 Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; auto de 25 de abril de 2016, Rad 11001-03-28-000-2015-00005-00 M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; auto de 4 de febrero de 2016, Rad. 1001-03-28-000-2015-00048-00 M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; auto de 21 de abril de 2016, Rad. 11001-03-28-000-2016-00023-00 M.P. Rocío Araújo Oñate.

<sup>22</sup> "ARTICULO 30. DE LAS INHABILIDADES DE LOS GOBERNADORES. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador:



- Porque el señor Juan Francisco Herrera Leal desempeñó los cargos a que se refiere el artículo 197 de la Constitución Política, incurriendo en la inhabilidad de que trata el numeral 7 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000<sup>23</sup>.
- Porque con el nombramiento censurado se desconoció la prohibición consistente en que nadie puede simultáneamente desempeñar más de un empleo ni recibir más de una asignación proveniente del tesoro público, prevista en el artículo 128 Superior.
- Porque dada la condición de miembro activo de las Fuerzas Militares del señor Juan Francisco Herrera Leal, este no puede expresar ideas políticas, intervenir en elecciones y ser parte de partidos políticos según el artículo 219 Constitucional.

**3.2.2.** Respecto al primer motivo de inconformidad, esto es, el presunto desconocimiento del numeral 3º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, según el cual no podrá ser elegido gobernador quien dentro de 12 meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa **o militar**, en el respectivo departamento, es necesario precisar que dicha inhabilidad por disposición expresa del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011<sup>24</sup>, fue excluida por el legislador **para los casos en que se encargan o designan gobernadores o alcaldes para proveer vacantes temporales o absolutas**, como ocurrió en esta oportunidad, ante la suspensión del candidato que fue elegido para el período 2016-2019 como Gobernador del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (según el Decreto 1963 de 2018).

---

(...)

3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento”.

<sup>23</sup> “ARTICULO 30. DE LAS INHABILIDADES DE LOS GOBERNADORES. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador:

(...)

7. Quien haya desempeñado los cargos a que se refiere el artículo 197 de la Constitución Nacional.”

<sup>24</sup> No podrán ser encargados o designados como gobernadores o alcaldes para proveer vacantes temporales o absolutas en tales cargos, quienes se encuentren en cualquiera de las inhabilidades a que se refieren los numerales 1, 2, 5 y 6 del artículo 30 y 1, 4 y 5 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000.



**3.2.2.1.** En efecto, el parágrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, al regular lo atiente a la provisión de las vacantes de los gobernadores y alcaldes, precisó quiénes **no** podían ser encargados o designados para proveer aquéllas, limitando tal situación a las personas que se encuentren en cualquiera de las inhabilidades a que se refieren los numerales 1º, 2º, 5º y 6º del artículo 30 (en el caso de gobernadores) y 1º, 4º y 5º del artículo 37 (en el caso de alcaldes) de la Ley 617 de 2000.

**3.2.2.2.** Nótese que el referido parágrafo al citar los artículos 30 y 37 de la Ley 617 de 2000, hizo referencia a las normas específicas que consagran las inhabilidades para se inscrito como candidato, elegido o designado como gobernador y alcalde respectivamente, pero frente a todas las situaciones previstas por dichos preceptos, delimitó cuáles se predicarían en los casos en que se efectúa un encargo o designación para cubrir una vacante temporal o absoluta, y a su vez, qué circunstancias contenidas en los mencionados artículos no constituyen inhabilidad para el encargo o designación antes señalado.

**3.2.2.3.** La anterior distinción se realiza a partir del tenor literal del parágrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, comoquiera que si el legislador hubiese querido que las mismas causales de inhabilidad que se predicen para los alcaldes y gobernadores elegidos popularmente, fueran aplicables a quienes son encargados o designados en dichos cargos ante vacantes temporales o absolutas, simplemente en la norma antes señalada habría hecho referencia a los artículos 30 y 37 de la Ley 617 de 2000, sin distinguir qué numerales de tales preceptos deben tenerse en cuenta.

**3.2.2.4.** Así las cosas, en cuanto al encargo o designación de alcaldes ante faltas temporales o absolutas, de las 5 causales de inhabilidad que prevé el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, sólo se aplican las número 1º, 4º y 5º, por lo que se excluyeron las de los numerales 2º y 3º.

**3.2.2.4.1** A su vez, frente al encargo o designación de gobernadores ante faltas temporales o absolutas, de las 7 causales de inhabilidad que prevé el artículo 30 de la Ley 617 de 2000, sólo se aplican las



número 1º, 2º, 5º y 6º, por lo que se excluyeron las contenidas en los numerales 3º, 4º y 7º.

**3.2.2.5.** En el mismo sentido, esta Sección en sentencia del 24 de mayo de 2018<sup>25</sup>, a partir de los anteriores razonamientos concluyó que “entre las causales que no son aplicables a quienes serán encargados o designados figura la prevista en el numeral 3 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, relacionada con la celebración de contratos con entidades públicas, dentro del año anterior, que deban ejecutarse en el municipio”.

**3.2.2.6.** Por lo tanto, frente al caso de autos y sin perjuicio de lo que se estime al momento de dictarse el fallo correspondiente, se advierte que en virtud del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, ante la vacancia del Gobernador del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el Presidente de la República podía encargar a una persona que dentro 12 meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa **o militar**, en el respectiva entidad territorial, toda vez que la inhabilidad que invoca el accionante, contenida en el numeral 3º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, **no se aplica frente al encargo o designación de gobernadores ante falta temporales o absolutas.**

**3.2.3.** Ahora bien, las anteriores consideraciones también se aplican al segundo motivo de inconformidad que expuso el demandante, atinente a la supuesta configuración de la causal de inhabilidad de que trata el numeral 7 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, según el cual no podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como gobernador quien haya desempeñado los cargos a que se refiere el artículo 197 de la Constitución Nacional<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 24 de mayo de 2018, Rad. 54001-23-33-000-2018-00006-01, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

<sup>26</sup> “**ARTICULO 197.** No podrá ser elegido **Presidente de la República** el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia. Esta prohibición no cobija al **Vicepresidente** cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio. La prohibición de la reelección solo podrá ser reformada o derogada mediante referendo de iniciativa popular o asamblea constituyente.

No podrá ser elegido **Presidente de la República o Vicepresidente** quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179, ni el ciudadano que un año antes de la elección haya tenido la investidura de Vicepresidente o ejercido cualquiera de los siguientes cargos:

**Ministro, Director de Departamento Administrativo, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, Comisión Nacional de Disciplina Judicial, o del Consejo**



**3.2.3.1.** Lo anterior, en atención a que la situación antes señalada también fue excluida mediante el parágrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, como una de las inhabilidades de las personas que se encargan o designan como gobernadores para proveer vacantes temporales o absolutas, por lo que *prima facie* no resulta dable predicar por parte del acto acusado el desconocimiento del numeral 7 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000.

**3.2.3.2.** Pero aún más, frente a dicho motivo de inconformidad también se tiene luego de revisar las pruebas que acompañan la solicitud de suspensión provisional, el escrito que justifica la medida cautelar y las intervenciones de las partes e intervinientes, que no hay elemento de juicio alguno a partir del cual se pueda predicar que el señor Juan Francisco Herrera Leal ocupó alguno de los cargos señalados en el artículo 197 Constitucional, por lo que el actor ni siquiera acreditó la situación de hecho de que trata la causal de inhabilidad que invocó.

**3.2.3.3.** Sin perjuicio de las consideraciones antes señaladas, que tienen como sustento las modificaciones introducidas por el parágrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, respecto a las inhabilidades de las personas que se encargan o designan como gobernadores para proveer vacantes temporales o absolutas, también vale la pena recordar como lo precisó esta Sección en sentencia del 14 de septiembre de 2017, que *“los encargos temporales originados en situaciones de urgencia no pueden estar sujetos a los mismos requisitos y ritualidades que debe cumplir el posterior acto electoral definitivo por el cual se sule la falta absoluta o temporal, ya que dichas exigencias podrían impedir a la autoridad competente designar prontamente a las autoridades territoriales y evitar de esa manera perturbaciones al orden público originadas en la ausencia del gobernante”*<sup>27</sup>, aspecto que el actor al solicitar la medida cautelar pasó por alto.

---

*Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Comandantes de las Fuerzas Militares, Auditor General de la República, Director General de la Policía, Gobernador de departamento o Alcalde”* (Destacado fuera de texto).

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de septiembre de 2017, Rad. 11001-03-28-000-2017-00012-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro.



**3.2.4.** Continuado con el análisis propuesto, se tiene que las restantes situaciones en las que la parte accionante sustenta la procedencia de la medida cautelar, de un lado consisten en que con el acto de encargo del contraalmirante Juan Francisco Herrera Leal como gobernador del referido departamento, se atentó contra el artículo 128 Constitucional, según el cual nadie puede simultáneamente desempeñar más de un empleo ni recibir más de una asignación proveniente del tesoro público, y de otro, que la decisión controvertida es contraria al artículo 219 Superior, que prescribe que la Fuerza Pública no es deliberante, no podrá reunirse sino por orden de autoridad legítima, que su miembros no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos.

**3.2.4.1.** Se analizan en conjunto el presunto desconocimiento de los artículos 128 y 219 constitucionales, porque según lo ha precisado la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado<sup>28</sup>, **contienen causales de incompatibilidad y no de inhabilidad**, de manera tal que el estudio de las mismas por regla general<sup>29</sup> escapa del control del juez electoral, a quien le corresponde verificar de conformidad con el numeral 5° del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, si la elección de candidatos o el nombramiento de personas reunió las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o si aquéllas se hallaren incursas en causales de inhabilidad, **más no de incompatibilidad**, por cuanto de presentarse de esta última situación se estaría ante una falta susceptible de ser investigada disciplinaria o penalmente, según el caso, más no una causal que dé lugar a la anulación del acto de nombramiento.

**3.2.4.2.** Sobre el particular vale la pena recordar la diferencia entre los conceptos inhabilidad e incompatibilidad, para lo cual resultan

---

<sup>28</sup> Sobre el artículo 128 constitucional ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de octubre de 2016, Rad. 76001-23-33-000-2016-00192-01, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Sobre el artículo 219 Superior ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del catorce 14 de octubre de 1999, Rad. 1097, M.P. Miren De La Lombana De Magyaroff.

<sup>29</sup> Se precisa que por **regla general** el estudio de las causales de incompatibilidad escapan al control del juez electoral, porque en algunas oportunidades las situaciones relativas a las incompatibilidades en el ejercicio de un cargo público, pueden derivar en una inhabilidad para ser elegido y/o designado en otro, como se precisó en: 1) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de junio de 2016, Rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro. 2) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de diciembre de 2017, Rad. 11001-03-28-000-2017-00019-00, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.



ilustrativas las siguientes consideraciones de la sentencia C- 903 de 2008 de la Corte Constitucional:

*“(...) Así mismo, la Corte Constitucional ha indicado que las inhabilidades son “aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público (...) y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos”<sup>30</sup>, y que las mismas pueden tener naturaleza sancionatoria, en materia penal, contravencional, disciplinaria, correccional y de punición por indignidad política; en los demás casos no tienen dicha naturaleza<sup>31</sup>.*

*De igual modo, ha manifestado que las incompatibilidades consisten en “una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado”<sup>32</sup>. (...)”<sup>33</sup>.*

**3.2.4.3.** Para el caso de autos es pertinente enfatizar que la incompatibilidad es una prohibición de efectuar “*determinada actuación o contratación, por parte de una persona que ocupa un cargo de servidor público*”<sup>34</sup>, en tanto precisamente tal es el tipo de prohibiciones que se encuentran en las normas que la parte demandante alega desconocidas, pues por una parte prohíben que una persona que es servidora pública dado su nombramiento en un cargo, simultáneamente desempeñe otro o reciba más de una asignación que provenga del erario público (art. 128 del C.P.), y por otra, que quienes ostentan la condición de miembros de las Fuerzas Militares participen en política, particularmente que ejerzan el sufragio mientras permanecen en servicio activo, o intervengan en actividades o debates de partidos o movimientos políticos (art. 219 de la C.P.).

<sup>30</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-558 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>31</sup> Corte Constitucional, sentencia C-348 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>32</sup> Sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>33</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 903 del 17 de septiembre de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.

<sup>34</sup> Como también lo resaltó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 27 de agosto de 2015, Rad. 11001-03-06-000-2015-00129-00(2264), C.P. Álvaro Namén Vargas, a su vez teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Sección Tercera de la misma Corporación (en tal sentido se hizo referencia a los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. n.º 10989. Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646).



**3.2.4.4.** Que las prohibiciones contenidas en los artículos 128 y 219 constituyan incompatibilidades y por ende que las controversias relativas al desconocimiento de las mismas por regla general escape al control del juez electoral, debido a que en estricto sentido son circunstancias que no tienen la virtualidad de anular el acto de elección o nombramiento, constituye una cuestión que en anteriores oportunidades ha sido abordada por la Sección Quinta del Consejo de Estado como se ilustra a continuación.

**3.2.4.4.1.** Por ejemplo, puede consultarse el fallo de esta Sección del 27 de octubre de 2016, dictado dentro del proceso N° 2016-00192-01<sup>35</sup>, en el que se analizaba la legalidad del nombramiento de un integrante de la Policía Nacional como Secretario de Tránsito y Transporte de Cali, entre otras circunstancias, por presunto desconocimiento del artículo 128 constitucional, ante lo cual se indicó que dicho motivo de inconformidad escapaba a la órbita del juez electoral, por tratarse de una causal de incompatibilidad, que no constituye una causal de nulidad de la designación objeto de estudio. Para mayor ilustración, pueden apreciarse los siguientes apartes de la mencionada sentencia:

*“Por su parte, el Tribunal en la sentencia de primera instancia, consideró que la regla contenida en el artículo 128 de la Constitución es una causal de incompatibilidad, no de inelegibilidad y por tanto, no afecta o enerva el acto de nombramiento de un empleado público, porque se enfoca en impedir al servidor desempeñar ciertas acciones contrarias a la función pública, no en prohibir a la autoridad nominadora su designación en un cargo público y que la existencia de la comisión no es un requisito de validez del acto de nombramiento.*

*Para resolver si le asiste o no razón al recurrente, se observa lo siguiente: El artículo 128 de la Constitución Política, dispone: “...” Frente al alcance del artículo 128, la Corte Constitucional en la sentencia C- 133 de 1993, expuso: “(...) Este mandato constitucional consagra una incompatibilidad que consiste en la prohibición de desempeñar simultáneamente dos o más cargos públicos y de recibir más de una asignación que provenga del tesoro*

---

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 27 de octubre de 2016, Rad. 76001-23-33-000-2016-00192-01, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.



*público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, además de autorizar a la ley para fijar los casos en que no opera dicha prohibición”. (...)*

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

*Acerca de la finalidad que persiguen las causales de incompatibilidad, la Corte Constitucional ha señalado: <sup>36</sup> “De ahí que las incompatibilidades legales tengan como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública.”*

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

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

*Así las cosas, la falta de concesión oportuna de la comisión, escapa al control del juez electoral y no tiene la entidad de constituir la nulidad del acto de nombramiento pretendido.*

*Por lo anterior, no le asiste razón al demandante cuando alega que se vulneró el artículo 128 superior y en consecuencia el cargo no está llamado a prosperar”<sup>37</sup>.*

<sup>36</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 1996. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 27 de octubre de 2016, Rad. 76001-23-33-000-2016-00192-01, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.



**3.2.4.4.2.** En cuanto al presunto desconocimiento del artículo 219 de la Constitución Política, también pueden apreciarse las siguientes consideraciones contenidas en la sentencia del 14 de octubre de 1994 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que resultan a lugar, debido a que resolvió un caso en el que se pretendía la nulidad de los nombramientos que realizó el Presidente de la República, de capitanes de la Policía Nacional como alcaldes de los municipios de Labranzagrande y Chámeza, en atención a la vacancia absoluta de quienes fueron elegidos popularmente. En dicha oportunidad, al igual que ocurre en el caso de autos, se acusó el desconocimiento de la norma superior antes señalada, frente a lo cual la Sección Electoral concluyó:

*“La fuerza pública no puede participar en política, como, manifiesta, lo tendrán que hacer los capitanes nombrados como alcaldes. El art. 219 de la C. N. establece que ninguno de los miembros de la fuerza pública puede intervenir en actividades o debates de partidos y movimientos políticos sobre el principio de que la fuerza pública no es deliberante.*

*Explica que quien tiene la calidad de alcalde municipal debe intervenir inevitablemente en actividades de los partidos políticos porque debe distribuir las cuotas de poder a través de los distintos empleos y la conformación del gabinete municipal; debe citar al Concejo Municipal y librar debate y deliberación.*

*La fuerza pública no puede prestarse a participar en política. La norma que se invoca como infringida es del siguiente tenor: “...”*

*Se observa: De conformidad con el art. 127 de la C.N. quienes ejercen como empleados del Estado, entre los cuales se cuentan los Alcaldes, tienen prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas.*

*El fundamento de la prohibición, como se ve, es general y no por razón de pertenecer a instituciones determinadas.*

*Ahora bien, como la violación a la prohibición prevista en la Carta sólo se configura en el desempeño del cargo, no es causal de inhabilidad sino de incompatibilidad, y por lo mismo no afecta los nombramientos sino el ejercicio*



*mismo del cargo; así, quien ejerce como Alcalde no puede intervenir en política so pena de hacerse merecedor de las sanciones correspondientes.*

*Corno se deduce fácilmente, los presupuestos fácticos no responden a las previsiones normativas, por lo que el cargo debe despacharse desfavorablemente”<sup>38</sup>.*

**3.2.4.4.3.** En ese contexto y sin perjuicio del estudio que se efectúe al dictarse el fallo que resuelva el presente asunto, al analizar el contenido del artículo 219 constitucional se observa que se trata de una prohibición dirigida a los miembros de las Fuerzas Militares, consistente en que por la condición que ostentan, intervengan en ciertas actividades en aras de velar por la independencia y el carácter no deliberante de la Fuerza Pública, de lo que se concluye que la mencionada norma contiene una incompatibilidad que en principio no es una situación que dé lugar a la nulidad del acto acusado, como también se indicó en el antecedente traído a colación.

Lo anterior, aunado a que en esta etapa del proceso y en especial teniendo en cuenta los elementos de juicio suministrados por el actor, a quien le asiste la carga de sustentar la procedencia de la medida cautelar, no se advierte con claridad que la condición de miembro de la Armada Nacional del demandante constituya una inhabilidad para ser encargado como gobernador.

### **3.2.5. Conclusión.**

**3.2.5.1** En ese orden de ideas, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, no se advierte *prima facie* que el acto acusado sea contrario a los artículos 30 (numerales 3º y 7º) de la Ley 617 de 2000, 128 y 219 de la Constitución Política, sin perjuicio por supuesto del análisis que se haga durante el transcurso del proceso, en el que tendrá que estudiarse la naturaleza especial del encargo de urgencia que realizó el Presidente de la República en aras de evitar que el

---

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de octubre de 1994, Rad. 1097, M.P. Miren De La Lombana De Magyaroff.



Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina quedara acéfalo, y por consiguiente, las calidades y requisitos que debe exigirse a quien se encargue como gobernador bajo dichas circunstancias, aspectos en lo que valga la pena resaltar no profundizó la solicitud de medida cautelar y que serán abordados con todos los elementos de juicio que se expongan y recauden durante el trámite electoral, motivo por el cual no hay lugar a acceder a la solicitud de suspensión provisional.

Por todo lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta en uso de facultades constitucionales y legales,

### III. RESUELVE:

**PRIMERO: ADMITIR** la demanda de nulidad electoral instaurada contra el Decreto N° 1963 del 19 de octubre de 2018, por medio del cual se encargó al señor Juan Francisco Herrera Leal como Gobernador del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Para el efecto se dispone:

1. Notifíquese personalmente esta providencia al demandado, esto es, al señor **Juan Francisco Herrera Leal**, en la forma prevista en el numeral 1° literal a) del artículo 277 del CPACA, a la dirección electrónica que aparecen en el libelo introductorio y en las que se tuvieron en cuenta para notificar el traslado de la medida cautelar.

2. Notifíquese personalmente, de conformidad con el artículo 197 de la Ley 1437 de 2011 y según lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 277 ibídem, esta providencia a la Presidencia de la República y al Ministerio del Interior como autoridades que adoptaron el acto y/o intervinieron en su adopción.



3. Infórmese a los sujetos procesales antes señalados, que la demanda podrá ser contestada dentro de los quince (15) días siguientes a su notificación.

4. Notifíquese personalmente a la agente del Ministerio Público (artículo 277.3 Ib.).

5. Notifíquese por estado esta providencia al actor (artículo 277.4 Ib.).

6. Infórmese a la comunidad la existencia del proceso por medio de la página web de esta Corporación (artículo 277.5 Ib.).

7. Comuníquese esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio del buzón electrónico, la cual si así lo decide podrá intervenir en la oportunidad prevista en los artículos 277 y 279 de la Ley 1437 de 2011.

8. Adviértase a la Presidencia de la República y al Ministerio del Interior que durante el término para contestar la demanda deberán allegar copia de los antecedentes del acto acusado que se encuentren en su poder, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011.

**SEGUNDO: NEGAR** la suspensión provisional del Decreto N° 1963 del 19 de octubre de 2018, por medio de la cual se encargó al señor Juan Francisco Herrera Leal como Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por las razones expuestas en esta providencia.

**TERCERO: RECONOCER** personería jurídica al abogado Andrés Tapia Torres, como apoderado de la Presidencia de la República, en los términos del poder visible a folio 32 del expediente, y al señor Erasmo Carlos Arrieta Álvarez como abogado del Ministerio del Interior, conforme al poder que se encuentra a folio 53 del expediente.



Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00627-00  
Demandante: Armín Josef Sattler González  
Demandado: Juan Francisco Herrera Leal  
Gobernador Encargado del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina  
Auto admisorio con solicitud de suspensión provisional

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

**Presidente**

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

**Magistrada**

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**Magistrada**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**

**Magistrado**



SC5780-6-1



GP059-6-1

