

ALCALDE - Falta absoluta: Formas de suplirla / ALCALDE ENCARGADO - Designación por gobernador: debe pertenecer al mismo partido o movimiento del elegido a remplazar / ALCALDE ENCARGADO - Designación por gobernador mientras se realizan nuevas elecciones cuando la falta absoluta se presentó a más de 18 meses para terminar el período / GOBERNADOR - Designación de alcalde encargado: debe pertenecer al mismo partido o movimiento del elegido a remplazar

Para ello, es necesario advertir que la norma constitucional sobre la manera de suplir las vacantes absolutas de los alcaldes regula dos posibilidades: a) Cuando se presenta a más de 18 meses de la terminación del período, caso en el cual se elegirá alcalde para el tiempo que reste. b) Cuando ocurre y faltan menos de 18 meses para la terminación del período, evento en el cual el gobernador designará un alcalde para lo que resta del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido. Como se observa, la Constitución no se detiene en el nombramiento del alcalde en interinidad mientras toma posesión el elegido popularmente, que es precisamente el caso sub examine. (...) Por lo tanto, esta sala, con base en el decreto, precisa que el Gobernador del Cesar no tuvo en cuenta lo previsto por el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 que impone que “El Presidente de la República, en relación con el Distrito Capital de Santafé de Bogotá y los gobernadores con respecto a los demás municipios, para los casos de falta absoluta o suspensión, designarán alcalde del mismo movimiento y filiación política del titular, de terna que para el efecto presente el movimiento al cual pertenezca en el momento de la elección.”

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 314 / LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 106

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá D.C., catorce (14) de octubre de dos mil diez (2010)

Radicación número: 20001-23-31-000-2009-00325-01

Actor: BEDER LUIS MAESTRE SUAREZ

Demandado: ALCALDE DEL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 24 de junio de 2010 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Cesar negó las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. Demanda.

1.1.1. Pretensiones.

El señor Beder Luis Maestre Suárez ejerció la acción de nulidad electoral y solicitó que se declare la nulidad del Decreto 000245 del 4 de agosto de 2009 expedido por el Gobernador del Departamento del Cesar, mediante el que designó al señor Carlos García Aragón como Alcalde Interino de Valledupar.

1.1.2. Los Hechos.

El demandante fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos:

1. El Consejo de Estado anuló la elección del señor Rubén Carvajal Rivera como Alcalde de Valledupar, lo que generó una falta absoluta en el cargo.
2. El Gobernador del Departamento del Cesar mediante Decreto 000245 del 4 de agosto de 2009 designó al señor Carlos García Aragón como alcalde, pero sin requerir terna al partido o movimiento que inscribió al que se reemplazó, con lo que se quebrantó los artículos 209 y 314 de la Constitución Política y los artículos 106 y 107 de la Ley 136 de 1994.

1.1.3. Las normas violadas y el concepto de violación.

El demandante consideró vulnerados los artículos 209 y 314 de la Constitución Política modificado por el Acto Legislativo 02 del 2002 y los artículos 106 y 107 de la Ley 136 de 1994.

Explicó que se vulneró el artículo 209 de la Constitución Política que impone que la función pública está al servicio de los intereses generales, porque el gobernador *“no respetó los intereses del pueblo vallenato”* al designar un alcalde que no daría continuidad al programa de gobierno de su antecesor.

Anotó que el artículo 314 de la Carta, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2002, regula cómo se provee el empleo de alcalde en caso de falta absoluta, pero no se ocupa del procedimiento para el *“encargo hasta el momento de elegir un nuevo mandatario”*. Señaló que en este punto debe aplicarse el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 que es concordante con el artículo 314 Superior.

Señaló que según el artículo 106 de la Ley 136 de 1994, el Gobernador del Cesar debió *“designar o encargar hasta que se realicen las elecciones a un alcalde del mismo movimiento, grupo, coalición; de terna que presente el movimiento o las personas que inscribieron la candidatura del alcalde saliente.”*, toda vez que el espíritu de la norma es *“darle continuidad al programa inscrito por el candidato saliente; porque el ciudadano no vota por la persona vota es por un programa de gobierno y es esto lo que se debe respetar.”*

Así las cosas, concluyó que el gobernador debió nombrar al Alcalde de Valledupar de la terna que para el efecto propusiera el movimiento **“VALLEDUPAR TE QUIERO”**.

1.2. Contestación de la demanda

La Curadora ad litem del demandado respecto a las pretensiones manifestó que se atenía a lo que resultara probado dentro del proceso.

Por último, afirmó que *“dentro de las facultades que le otorga la Ley al Gobernador, está la de designar alcalde en casos de falta absoluta, y en el caso sub judice, donde se declaró la nulidad del Alcalde RUBEN ALFREDO CARVAJAL RIVEIRA, el Gobernador mediante Decreto 000245 del 4 de agosto de 2009 legalmente estaba obligado a hacerlo.”* (Fls 85 y 86)

1.3. Alegatos de conclusión.

No se presentaron alegatos.

1.4. Concepto del Ministerio Público en primera instancia.

El Procurador 47 Judicial Administrativo solicitó *“conceder las súplicas de la demanda”*

Consideró que el asunto está regulado por el artículo 106 de la Ley 136 de 1994, norma que no ha sido ni derogada ni modificada, así como tampoco ha sido declarada inexecutable, ni existe razón para inaplicarla en virtud de la excepción de inconstitucionalidad.

Aseveró que el hecho de que se haya elevado a norma constitucional la manera como se designan los alcaldes municipales en los eventos de falta absoluta cuando falten menos de 18 meses para la culminación del período, no significa que este tipo de regulaciones siempre deban ser de rango constitucional. (fls 224 a 229)

1.5. Sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante sentencia del 24 de junio de 2010 negó las súplicas de la demanda, previas las siguientes consideraciones:

Del artículo 314 de la Constitución Política modificado por el Acto Legislativo 02 de 2002 coligió *“que efectivamente tal y como lo sostiene el actor, la norma introdujo una exigencia específica para el acto de designación que corresponde adoptar al Gobernador para suplir la falta absoluta de un alcalde, pero dicha exigencia esta supeditada cuando falten menos de 18 meses para la terminación del período para el cual éste fue elegido, es decir, que cuando ello se da, éste está obligado a respetar el partido, grupo político o coalición por la cual fue inscrito el alcalde saliente, no siendo así para el caso de estudio, pues aquí la falta absoluta se presentó cuanto faltaba más de 18 meses para el vencimiento del período.”*

Respecto al artículo 106 de la Ley 136 de 1994 afirmó que dispone que ante la falta absoluta de un alcalde, el gobernador respectivo debe designar un nuevo alcalde del mismo movimiento y filiación política del titular, de terna que para el efecto presente el movimiento al cual pertenezca en el momento de la elección, sin importar el tiempo restante para el vencimiento del período.

Citó la sentencia de la Corte Constitucional del 12 de febrero de 2004, expediente T-789355, que consideró que la norma constitucional no obliga al gobernador a seleccionar a la persona que va a ser designada para ocupar el cargo de alcalde a partir de una terna, así:

“30. La Constitución no obliga al Gobernador a seleccionar a la persona designada para ocupar el cargo de Alcalde a partir de una terna. Se podría desarrollar, a partir de este vacío, la siguiente interpretación:

Dado que la Constitución no establece medio, no resulta incompatible con ella la regla fijada en el artículo 106 de la Ley 136 de 1994, pues con ello se asegura un procedimiento para llenar la vacante.

Sin embargo, esta interpretación adolece de dos defectos. En primer lugar, traslada al régimen constitucional una norma legal dirigida a resolver una situación específica: designación de un alcalde mientras se realiza la elección. Esta situación implica que se trataba de una designación temporal, que justificaba la posibilidad de selección de la persona por parte del Gobernador. En la regulación posterior al Acto Legislativo N° 2 de 2002, esta temporalidad desaparece. En segundo lugar, implica una intromisión legislativa en los asuntos de los partidos. Conforme a la regla constitucional vigente al momento de los hechos materia de debate, “en ningún caso podrá la ley establecer exigencias en relación con la organización interna de los partidos y movimientos políticos” (C.P. art. 108). Ello abarca el mecanismo de selección de la persona que ha de representar al partido al momento de producirse una vacante y que no dé lugar a nuevas elecciones. ¿Qué razón existe para que deba ser mediante una terna? ¿Qué ocurre si el partido, movimiento o coalición ha convenido un mecanismo distinto para seleccionar los reemplazos en estos casos?

En este orden de ideas, la tesis del Gobernador resulta razonable en la medida en que, por una parte, asegura el cumplimiento del procedimiento constitucional y, a la vez, lo armoniza con las reglas de partidos, absolutamente relevantes en esta materia”.

También se remitió a la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 17 de marzo de 2005, radicado 2003-00481-02(3490), M.P. Dr. Darío Quiñones Pinilla, de la cual extractó lo siguiente:

“Por tanto, ante la evidente contradicción de la disposición legal con una norma constitucional posterior, la conclusión no puede ser otra que la de entender que la regla de procedimiento contenida en el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 sobrevino en inconstitucional y, por tanto, no es aplicable. Y en ese sentido, la Sala coincide entonces con el criterio sostenido por la Corte Constitucional, según el cual “La Constitución no obliga al Gobernador a seleccionar a la persona designada para ocupar el cargo de Alcalde a partir de una terna”, pues resulta claro que con la entrada en vigencia del Acto Legislativo número 002 de 2002, que reformó el artículo 314 de la Carta Política, la regla de procedimiento para la designación de Alcaldes cuando se produzca su falta absoluta ya no es la contenida en el artículo 106 de la Ley 136 de 1994, sino la que directamente señala la norma superior.”

Concluyó que la disposición aplicable en el sub lite es la contenida en el artículo 314 superior, comoquiera que la norma legal es inconstitucional ya que “contiene una regla de procedimiento que, a pesar de inspirarse en el respeto al movimiento o filiación política del titular, difiere en gran medida de la finalidad y del contenido normativo de la reforma constitucional introducida mediante el Acto Legislativo número 002 de 2002, consistente en la diferenciación de los dos postulados a presentarse en caso de que sobrevenga una falta absoluta y la escogencia por parte del Gobernador del nuevo alcalde, cual es la de que si falta más de 18 meses para el vencimiento del período, el Gobernador no está en la obligación de

nombrar a un alcalde como consecuencia de esa falta absoluta, respetando el partido o movimiento político del alcalde saliente, como si lo debe hacer si el período faltante es inferior a los 18 meses.”

De conformidad con lo anterior, no observó vicios en la expedición del acto, razón por la cual no declaró la nulidad del aparte demandado del Decreto No. 000245 del 4 de agosto de 2009. (fls 233 al 244)

1.6. Apelación.

En su escrito de sustentación el demandante sostuvo que el Acto Legislativo 02 de 2002 no se “sobrepone” al Artículo 106 de la Ley 136 de 1994, y mucho menos lo deroga o lo modifica, para lo cual explicó:

“No se requiere realizar un esfuerzo mental sobrenatural para alcanzar fácilmente a colegir que, el Acto Legislativo 02 de 2002 además de unificar o centralizar los diferentes períodos atípicos que se venían presentando en diferentes regiones de nuestro país, e incrementar a cuatro (4) años el período institucional de alcaldes y gobernadores, estableció dos procedimientos a seguir en caso de falta absoluta, a saber a) Establecer la convocatoria a nuevas elecciones, cuando resten mas (sic) de dieciocho (18) meses para la terminación del respectivo período (“...se ELEGIRÁ alcalde para el tiempo que reste...”) y b) *Obviar la convocatoria a nuevas elecciones cuando falten menos de dieciocho (18) meses para la culminación de dicho período, limitándose única y exclusivamente a designar alcalde interino (“...DESIGNARA un alcalde para lo que reste del período...”)*

El precitado Acto Legislativo, fijó las pautas a seguir durante el procedimiento de designación en caso de presentarse el segundo postulado; es decir, estableció el respeto por la terna que eventualmente presentara el partido, grupo político o coalición al que pertenezca el mandatario saliente, pero de ninguna manera dejó un vacío o derogó norma pre existente alguna en el primero de los postulados....”

Acusó que el Tribunal no se pronunció sobre algunas “pruebas fehacientes” como:

“LA FALTA DE PUBLICACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO, que se encuentra probada con las Gacetas Departamentales remitidas por la Gobernación del Departamento del Cesar con destino al acerbo probatorio, ya que en ninguna de ellas se encuentra inserto el Decreto cuestionado.

LA INFORMACION SUMINISTRADA POR EL ACCIONANTE, al Magistrado Ponente en el sentido de haber revisado en forma personal y directa los diarios de la Región, en sus ediciones correspondientes val (sic) período comprendido desde la fecha en que se promulgó el Acto Administrativo demandado y la presentación de la demanda, verificando que en ninguna de dichas ediciones se publicó el texto del Decreto 000245 fechado agosto 04 de 2009.

EL OFICIO SUSCRITO POR LA JEFE DE PRENSA de la Gobernación del Departamento del Cesar informando al Tribunal que el texto del Decreto cuestionado había sido publicado en los diferentes medios de comunicación, lo cual no se logró probar.

LA NEGATIVA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACION ante el requerimiento del Tribunal Administrativo de certificar la publicación o no del Acto Administrativo que se cuestiona.”

Con fundamento en lo anterior, concluyó que el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 no está afectado por inconstitucionalidad sobreviniente, ni está derogado ni modificado y que por el contrario es aplicable en forma directa al procedimiento a seguir cuando se produzca falta absoluta a más de 18 meses de la culminación del período institucional; además que respeta la *“LEGITIMIDAD DEMOCRATICA REFORZADA”* de que gozan las agrupaciones políticas al resultar elegidos los candidatos que han postulado. (fls 251 a 256)

1.7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Las partes guardaron silencio.

1.8. Concepto del Ministerio Público en segunda instancia.

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó la revocatoria de la sentencia del Tribunal Administrativo del Cesar, que se acceda a las pretensiones y se declare la nulidad del Decreto 245 del 4 de agosto de 2009 proferido por el Gobernador del Departamento del Cesar, en cuanto se designó como *“Alcalde Interino de Valledupar, al Doctor CARLOS ARTURO GARCIA ARAGON”*

Indicó que el *“operador”* debe asumir el estudio considerando entre otros los principios de: i) la democracia participativa (artículo 1º de la Carta Política); ii) la autonomía de las entidades del orden territorial (artículo 1º ibídem.); iii) la participación de los ciudadanos en la decisión de los asuntos que le afecten en lo político (artículo 2º en armonía con el artículo 316 ejusdem); iv) la soberanía popular (artículo 3º de la Constitución); y v) el voto programático.

Citó como antecedente jurisprudencial la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 15 de mayo de 2006¹, expediente 3883, M.P. Dr. Filemón Jiménez Ochoa en la que se concluyó que *“para suplir la falta temporal del Gobernador cuyo acto de elección fue anulado, mientras se elegía nuevo mandatario, el Ministro del Interior y de Justicia, debió por lo menos designar, como gobernador encargado del Departamento del Tolima, a un miembro del movimiento Somos Colombia, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 1 del Acto Legislativo 2 de 2002 y 14 de la Ley 131 de 1994, y al no haberlo hecho, el acto de designación contenido en el Decreto 3242 del 16 de septiembre de 2005, quedó afectado de nulidad por violación a normas de carácter superior tal como deberá disponerse en la parte resolutive y, en consecuencia, este cargo prospera”*.

Explicó que tanto para el caso de los gobernadores como para el de los alcaldes, el Constituyente decidió definir el asunto con un procedimiento unívoco y que por tal razón nada se opone para que dada la identidad de situaciones, los argumentos que se señalaron al decidir el caso del Gobernador del Departamento del Tolima, se apliquen al caso de la designación del Alcalde del Municipio de Valledupar.(fls 266 al 287)

¹ En realidad la fecha de la sentencia es el 6 de julio de 2006.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

De acuerdo con el artículo 129 del C.C.A., en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 de la Sala Plena de la Corporación, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos.

2.2. Objeto de la apelación.

La apelación se centra en atacar la sentencia dictada el 24 de junio de 2010 por el Tribunal Administrativo del Cesar, en cuanto negó la pretensión de nulidad del acto administrativo de nombramiento del señor Carlos García Aragón como *“Alcalde Interino del Municipio de Valledupar”*, contenido en el Decreto 000245 del 4 de agosto de 2009.

El problema por resolver estriba entonces en determinar si para el nombramiento del *“Alcalde Interino de Valledupar”* mientras se cumplía la elección para el resto del período, el Gobernador del Cesar debió tener en cuenta la terna que para el efecto pusiera a su consideración la agrupación política que inscribió al señor Rubén Alfredo Carvajal, cuya elección fue anulada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así las cosas, el tema de controversia y estudio es el interin cuando hay falta absoluta causada por la declaratoria de nulidad del acto de elección, muerte, renuncia aceptada, incapacidad física permanente, interdicción judicial, destitución, revocatoria del mandato e incapacidad por enfermedad superior a 180 días², faltan más de 18 meses para la terminación del período y se requiere del gobernador la designación de un alcalde, presupuesto que descarta las faltas temporales distintas a la suspensión, como licencias, permisos, vacaciones, incapacidad física transitoria, etc en que el alcalde encargará a uno de los secretarios.

Para ello es necesario establecer si el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 es inaplicable por inconstitucionalidad al contrariar el artículo 314 inciso segundo de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2002, como lo consideró el a quo.

2.3. Marco jurídico del asunto.

2.3.1. El artículo 314 de la Constitución antes de la expedición del Acto Legislativo 02 de 2002.

La Constitución en su redacción original establecía:

“En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para períodos de tres años, no reelegible para el período siguiente.

El Presidente y los Gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes.

² Causales de falta absoluta establecidas en el artículo 98 de la Ley 136 de 1994.

La ley establecerá las sanciones a que hubiere lugar por el ejercicio indebido de esa atribución.”

Como se aprecia, nada dispuso en relación con el nombramiento de alcaldes interinos cuando se producía una falta absoluta, tema que se reguló en la Ley 136 de 1994.

2.3.2. Circunstancias de la expedición del artículo 106 de la Ley 136 de 1994.

El texto de la norma es el siguiente:

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

Si la falta fuere temporal, excepto la suspensión, el alcalde encargará de sus funciones a uno de los secretarios o quien haga sus veces. Si no pudiere hacerlo, el Secretario de Gobierno o único del lugar asumirá las funciones mientras el titular se reintegra o encarga a uno de sus secretarios.

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

Para su interpretación deben tenerse en cuenta las circunstancias vigentes cuando fue expedida esta norma.

Antes de la vigencia del Acto Legislativo 02 de 2002, según la norma transcrita y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los mandatarios municipales siempre eran elegidos popularmente y el nombramiento sólo se preveía para evitar que la administración quedara acéfala mientras el nuevo elegido asumía el cargo.

En la Sentencia C 011 de 1994, mediante la cual se cumplió el estudio de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria *“por el cual se reglamenta el voto programático y se dictan otras disposiciones”*, identificado con los números 163 de 1992 en el Senado de la República y 254 de 1993 en la Cámara de Representantes, el tribunal constitucional señaló:

“Cosa distinta es que estos funcionarios puedan ser nombrados interinamente por el presidente de la República, o por el respectivo gobernador, según el caso, en los términos del artículo 14 del proyecto. Es claro que se trata con ello de evitar el vacío de poder que pudiera presentarse en el respectivo departamento o municipio, una vez producida la falta del mandatario, y mientras se procede a la elección de quien haya de reemplazarlo, con los traumatismos que de tal situación lógicamente se derivarían. Pero de ahí a facultar al Presidente de la República, o a los gobernadores, para designar en propiedad, hasta el término del período, a gobernadores o alcaldes, hay una gran distancia. Con el cambio de régimen que en esta materia se produjo primero en la Reforma constitucional de 1986, y luego

en la nueva Constitución, lo que se ha querido es que la provisión de los cargos de alcalde o de gobernador por nombramiento por parte de una autoridad ejecutiva de mayor jerarquía, sea tan solo un hecho excepcional. La disposición contenida en el artículo 15 sub examine, va en contravía de tan manifiesta intención, y, por ende, resulta violatoria de la Constitución.

La consecuencia lógica de esta inconstitucionalidad es, naturalmente, la de que también en la eventualidad prevista en el artículo 15, deben realizarse elecciones en el respectivo departamento o municipio, para reemplazar al gobernador o alcalde cuyo mandato hubiere sido revocado, aun cuando hubieren transcurrido dos años desde su fecha de posesión. Ello sin perjuicio, claro, de que en el interim, la autoridad correspondiente pueda nombrar, con carácter provisional, al gobernador o alcalde encargados, mientras se efectúa, dentro de los términos legales, la nueva elección. Dicho nombramiento debe ceñirse, por lo demás, a la condición fijada para el efecto por la ley, es decir, que para él se tenga en cuenta el grupo, movimiento, sector o partido político del mandatario revocado.”

En este pronunciamiento la Corte Constitucional aclaró que siempre que se producía falta absoluta de los gobernadores o alcaldes, su reemplazo era elegido popularmente y que el nombramiento solamente se efectuaba de manera interina.

En la Sentencia C 448 de 1997, a propósito de una acción pública de inconstitucionalidad contra algunas expresiones de los artículos 36 y 48 del Decreto 1421 de 1993 y, apartes de los artículos 85 y 107 de la Ley 136 de 1994, la Corte Constitucional consideró:

“14- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que en todos los casos de vacancia absoluta, los alcaldes deben ser elegidos por voto popular, no sólo como consecuencia de las claras reglas establecidas por los artículos 260 y 365 de la Carta sino también como lógica expresión de la soberanía popular y la democracia participativa, principios constitutivos de nuestro ordenamiento constitucional (CP arts 1º y 3º) (...)

(...)

16- Como es obvio, estas consideraciones no significan que, con el fin de evitar vacíos de autoridad, la ley no pueda regular nombramientos provisionales de los alcaldes, mientras se adelantan todos los pasos necesarios para realizar la nueva elección del mandatario local. En este caso encuentra plena aplicación el citado artículo 293 superior, puesto que la Constitución no establece una regla específica sobre la forma de llenar temporalmente las vacancias absolutas. Por ello esta Corporación ya había mostrado la diferencia entre los nombramientos provisionales en estos casos, cuya regulación corresponde a la ley (CP art. 293), y la designación en propiedad, que constitucionalmente sólo puede tener origen popular (CP arts 260 y 314).”

Esta providencia ratifica la tesis esbozada en la sentencia antes citada y agrega que la ley regulará lo atinente a los nombramientos en interinidad.

Así las cosas, y comoquiera que ante cualquier evento que configurara falta absoluta –en ese entonces- se convocaba a elección de alcaldes, la aplicación del

artículo 106 de la Ley 136 de 1994 sólo obedecía a la designación de manera interina para evitar vacío de poder mientras tomaban posesión los elegidos popularmente.

2.3.3. Antecedentes del artículo 314 de la Constitución Política modificado por el Acto Legislativo 02 de 2002.

Con la modificación efectuada por el Acto Legislativo 02 de 2002, el texto del artículo 314 de la Constitución es el siguiente:

“En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años, y no podrá ser reelegido para el período siguiente.

Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá alcalde para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el gobernador designará un alcalde para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido.

El presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes.

La ley establecerá las sanciones a que hubiere lugar por el ejercicio indebido de esta atribución.”

La citada reforma tuvo origen en el Proyecto de Acto Legislativo número 91 de 2001- Cámara, que tuvo como una de sus motivaciones la necesidad “de establecer períodos institucionales de cuatro años para gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles” porque “de no ser así, no estará lejos el día en que el país tenga elecciones diariamente para elegir los 1170 alcaldes de igual número de municipios, lo cual desarticula el sistema electoral como viene sucediendo.”³

En el informe de ponencia para primer debate en el Senado de la República al Proyecto de Acto Legislativo 09 de 2001 Senado, 091 de 2001 Cámara, el Senador Héctor Helí Rojas manifestó:

“Nos parece que no requiere mayor argumentación respaldar la necesidad de señalar constitucionalmente que los períodos de Gobernadores, Alcaldes, Diputados, Concejales, deben ser institucionales y no personales. Razones de orden económico y graves controversias jurídicas en la jurisprudencia de las Altas Cortes exigen un pronunciamiento del Congreso al respecto. No parece lógico que una administración nacional que requiere actuar conforme a los principios de coordinación, subsidiariedad y concurrencia en los órdenes nacional, departamental y municipal, no se estructure con el criterio de que todos los funcionarios de esos niveles deben tener períodos que coincidan al menos en la época, sino en el día exacto, en su iniciación y terminación para poder armonizar las políticas, los programas y la actividad al

³ Gaceta del Congreso 511 de 2001.

servicio de la comunidad.”⁴

En el informe de ponencia para segundo debate en segunda vuelta, los representantes Joaquín José Vives, Gustavo Moreno Porras, Reginaldo Montes, Iván Díaz Mateus, William Vélez Mesa y Luis Fernando Velasco expresaron:

“Busca la iniciativa poner fin a la controversia generada por los reiterados fallos de la Corte Constitucional (C-11/94, C-107/95, C-194-97, C-586/95, C-457/98, SU-168/99, SU-172/00, C-844/00, T-441/01) en virtud de los cuales se interpreta que los períodos de los Gobernadores y Alcaldes son de carácter personal, de manera que ante la falta absoluta de ellos, cualquiera sea el tiempo transcurrido, deberá convocarse a elección para iniciar un nuevo período.

Este entendimiento ha hecho nugatorio el valor del voto programático que compromete más allá de las personas, a la administración departamental, distrital y municipal con un programa de gobierno estable. Desbarata entonces, la decisión popular de trabajar bajo determinada brújula ideológica por la sola desaparición del gobernante, sometiendo el destino de la población a la ineficacia sempiterna de las políticas cambiantes.

(...)

La necesidad de garantizar el desarrollo del compromiso que genera el voto programático con la comunidad, de ahorrar costos a la Organización Electoral y de recuperar la seguridad jurídica, nos llevan nuevamente a impulsar la idea de institucionalizar los períodos de los Gobernadores y Alcaldes.”

A esta altura del trámite, se dio la siguiente discusión:

“Intervención del Representante Luis Fernando Velasco:

Cuando se produzca una falta de autoridad local, o de gobernador, en una fecha muy cercana, 12 meses, 11 meses, 5 meses, al 31 de diciembre de 2007, consideramos nosotros que no se justifica generar una nueva elección y se autoriza en ese caso, como hoy sucede al Gobernador o al Presidente, para tomar la decisión, claro, respetando unos criterios de partido, etc., de el (sic) grupo al cual se haya inscrito.

Intervención del honorable Representante Gustavo de Jesús López Cortés:

Señor Presidente y distinguidos colegas de la Cámara, he venido escuchando con mucha atención el análisis de estos dos artículos y me preocupa una circunstancia que la quiero colocar a análisis de la honorable Cámara y que consiste, cuando se trata de nombrar por el Presidente al gobernador, o por el gobernador al alcalde cuando el período es menor de 18 meses, allí no dice, que se nombrará del mismo partido o movimiento político y esa fue una gran lucha que se dio en la Constitución de 1991, de manera que si se deja allí sin esa manifestación expresa, el Presidente que esté en el momento, o el

⁴ Gaceta del Congreso 632 de 2001.

governador que esté en el momento cuando le corresponda hacer ese nombramiento para gobernador o para alcalde en su caso correspondiente, pues lo nombrará de acuerdo a su circunstancia y no atendiendo un mandato constitucional que sería dando esa directriz del mismo partido o movimiento político. Me parece que se deberá dejar expresa esa manifestación señor Presidente, y distinguidos colegas.

Intervención del honorable Representante Joaquín José Vives Pérez:

Gracias Presidente, Representante López, el tema que a usted le preocupa es de regulación estrictamente legal. Hoy está regulado en la ley, ese tema no está regulado constitucionalmente e igualmente la propuesta de acto legislativo pretende que sea la ley quien lo regule; por demás para nosotros sin querer a entrar a regular esta situación es obvio que quien entre a terminar un período tiene que hacerlo para cumplir un programa de Gobierno, derivado del voto programático no por lo tanto tiene que reflejar la misma orientación política de quienes lo propusieron y de quienes ganaron; pero a nuestro juicio ese es un tema estrictamente legal, es más le diría, automáticamente en el tema del alcalde la regulación legal actual se aplicaría, automáticamente habría que hacerla para el tema de los gobernadores que no existe.”⁵

Los senadores José Renán Trujillo García y Héctor Helí Rojas Jiménez en su informe de ponencia para segundo debate en la segunda vuelta en el Senado de la República sostuvieron:

“Como se ha insistido, en los siete debates anteriores, resulta conveniente para el buen funcionamiento de la administración territorial que el período de los alcaldes y gobernadores, sea institucional y no personal. Infortunados y contradictorios fallos de nuestras altas cortes han llevado al caos en materia de elección de mandatarios seccionales: con impresionantes costos logísticos y de seguridad, casi cada semana se elige un alcalde en algún municipio del país, para un período personal de tres años, sin mirar ni el nivel departamental, ni el nacional, ni la coordinación y concurrencia que con ellos debe operar ni mucho menos la articulación de las entidades territoriales con las políticas nacionales.

Lo conducente es institucionalizar los períodos, para que en un solo día, en todo el país, se elijan mandatarios seccionales y locales”⁶

Del proceso para la aprobación del Acto Legislativo 02 de 2002 se pueden extraer entonces las siguientes conclusiones acerca de sus finalidades:

- Institucionalizar los períodos de los gobernadores y alcaldes, en lugar de los períodos personales.
- Evitar las elecciones frecuentes en aras de evitar la “desarticulación del sistema electoral”.

⁵ Gaceta del Congreso 267 de 2002.

⁶ Gaceta del Congreso 232 de 2002.

- Hacer coincidir los períodos de los gobernadores, diputados, alcaldes y concejales para garantizar la coordinación, subsidiariedad y concurrencia en los órdenes nacional, departamental y municipal.
- Garantizar el desarrollo del compromiso que genera el voto programático con la comunidad.
- Asegurar que cuando ocurra una falta absoluta y no se deba efectuar elección para reemplazar al gobernador o el alcalde, se respeten “*criterios de partido*” para la designación.
- No consta nada en relación con los nombramientos en interinidad de gobernadores y alcaldes en el lapso comprendido entre la falta absoluta y la elección del reemplazo.

2.3.4. Conclusión respecto del marco jurídico.

De lo hasta aquí explicado se concluye que la solución contemplada por el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 sigue siendo igualmente válida después de la vigencia del Acto Legislativo 02 de 2002 cuando se presente falta absoluta que deba suplirse con una nueva elección, es decir cuando la falta se presente “*a más de dieciocho 18 meses de la terminación del período*” y haya necesidad de nombrar un alcalde interino mientras se llena la vacancia por elección popular.

En consecuencia, deben los gobernadores designar como encargado un alcalde del mismo movimiento y filiación política del que se reemplaza, de terna que para el efecto presente el movimiento al cual pertenecía en el momento de la elección.

Además el alcalde designado deberá adelantar su gestión de acuerdo con el programa del alcalde elegido por voto popular y quedará sujeto a la Ley Estatutaria del Voto Programático.

2.4. De la inconstitucionalidad observada por el a quo.

El Tribunal Administrativo del Cesar concluyó que la disposición aplicable es la contenida en el artículo 314 superior, toda vez que la norma legal es inconstitucional porque “*contiene una regla de procedimiento que, a pesar de inspirarse en el respeto al movimiento o filiación política del titular, difiere en gran medida de la finalidad y del contenido normativo de la reforma constitucional introducida mediante el Acto Legislativo número 002 de 2002, consistente en la diferenciación de los dos postulados a presentarse en caso de que sobrevenga una falta absoluta y la escogencia por parte del Gobernador del nuevo alcalde, cual es la de que si falta más de 18 meses para el vencimiento del período, el Gobernador no está en la obligación de nombrar a un alcalde como consecuencia de esa falta absoluta, respetando el partido o movimiento político del alcalde saliente, como si lo debe hacer si el período faltante es inferior a los 18 meses.*”

Para llegar a tal conclusión se amparó en la sentencia de tutela de la Corte Constitucional T 116 del 12 de febrero de 2004, dictada en el expediente T 789355 -que se refiere a la designación del alcalde de Tumaco por parte del Gobernador de Nariño- sobre lo cual es preciso anotar que la Sección Quinta en reiterados pronunciamientos sobre los fallos de tutela como precedente judicial en procesos electorales, ha dicho:

“Al respecto, basta con señalar que el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, precisa que las sentencias dictadas en los procesos de tutela “...tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.”. Por tanto, lo dispuesto y discurrido en aquél fallo sólo opera frente al caso particular y concreto allá definido, no respecto de la legalidad del acto aquí demandado. En este sentido, la petición es jurídicamente inadmisibles.”⁷

El a quo también citó como antecedente el fallo de la Sección Quinta del 17 de marzo de 2005, con radicación número 2003-00481, sobre el que la sala advierte que se refiere a una situación fáctica diferente a la que se analiza en esta providencia, toda vez que el pronunciamiento recayó sobre el acto administrativo de “designación del Señor Víctor Aguirre Albán como Alcalde del Municipio de Tumaco, por lo que restaba del período” (es decir cuando faltaba menos de 18 meses) y no sobre el nombramiento de mandatarios municipales mientras toma posesión el elegido popularmente, razón por la que no constituye un precedente para la litis.

Contrario a la posición adoptada por el tribunal, la Sala destaca la sentencia del 6 de julio del 2006 dictada por esta sección, a pesar de que se refiere al nombramiento en interinidad de un gobernador, dada su similitud fáctica:

“... el propósito del constituyente, a través de la reforma política, como se dijo, fue el de fortalecer los partidos o movimientos políticos a través del cumplimiento desarrollo y correcta ejecución de sus propios programas inscritos, para el certamen electoral, con sus respectivos candidatos, puestos a consideración de sus conciudadanos, para ser refrendados en las urnas por el voto popular, cuya continuidad en su desarrollo y ejecución implica la permanencia en el poder, del movimiento o partido político que ganó las elecciones con su respectivo candidato y su propio programa, para garantizar su cumplimiento hasta su terminación; lo cual se distorsionaría si persona ajena a su pensamiento y orientación llegara a la gobernación, así fuera por un periodo muy corto.

La teleología entonces, de la norma constitucional no puede ser distinta y, en consecuencia, la solución debe ser la misma.

De esta manera entiende la Sala que en estos casos, como en los demás de su estirpe, el señor Presidente de la República o quien como delegatario de funciones presidenciales, debe hacer la designación de Gobernador en interinidad, mientras se elige nuevo mandatario departamental, está obligado a respetar el programa que el pueblo impuso al candidato elegido y a garantizar su cumplimiento, para lo cual deberá designar como tal a un miembro del partido, movimiento político o coalición que llevó a la gobernación al candidato cuya elección fue anulada por decisión judicial, dando cumplida aplicación al sentido teleológico que contiene el artículo 1 in fine del Acto Legislativo 2 de 2002, reformativo del 303 de la Carta Política.

4. En estas condiciones, estima la Sala que la aplicación de esta hermenéutica jurídica, es la más acorde con su pensamiento y orientación y con la situación misma, en tanto no sólo armoniza con el

⁷ Ver entre otras, la sentencia del 17 de junio de 2010, radicado 2009-0027.

*principio democrático sino que garantiza el respeto por la decisión mayoritaria tomada por los ciudadanos en las urnas durante las justas electorales y protege la autonomía de los entes territoriales, una de cuyas manifestaciones, es precisamente el derecho a escoger sus propios gobernantes en ejercicio de sus derechos de elegir y ser elegidos y de hacerse representar políticamente a través de su propia agrupación, movimiento o partido político, lo mismo que sus intereses de permanencia y de representación popular expresada en las urnas.”⁸
(Subraya fuera del texto)*

Ahora bien, sobre la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional ha precisado:

“(…) la Corte ha sostenido que para que surja en el operador jurídico la facultad de aplicar la figura de la excepción de inconstitucionalidad es menester que la incompatibilidad de la norma inaplicada con la Constitución política sea evidente. Es decir, es necesario que de una primera revisión surja para el intérprete la inequívoca conclusión de que la norma revisada se encuentra en contravía de los principios y mandatos Superiores”⁹

En consecuencia, una norma legal solamente podrá considerarse como insubsistente siempre que sea claramente contraria a la letra o el espíritu de la Constitución.

Entonces, debe la sala establecer en primer lugar si efectivamente existe una incompatibilidad o contrariedad del artículo 106 ibídem con el artículo 314 de la Constitución modificado por el Acto Legislativo 02 de 2002.

Para ello, es necesario advertir que la norma constitucional sobre la manera de suplir las vacantes absolutas de los alcaldes regula dos posibilidades:

- Cuando se presenta a más de 18 meses de la terminación del período, caso en el cual se elegirá alcalde para el tiempo que reste.
- Cuando ocurre y faltan menos de 18 meses para la terminación del período, evento en el cual el gobernador designará un alcalde para lo que resta del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido.

Como se observa, la Constitución no se detiene en el nombramiento del alcalde en interinidad mientras toma posesión el elegido popularmente, que es precisamente el caso sub examine.

Por otro lado, el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 refuerza el papel de los partidos y el voto programático al disponer expresamente que el “*designado deberá adelantar su gestión de acuerdo con el programa del alcalde elegido por voto popular*” lo que es precisamente una de las finalidades de la reforma introducida por el Acto Legislativo 02 de 2002, según se desprende de la historia de su aprobación ya reseñada.

Así las cosas, no se puede concluir que exista una contradicción entre el artículo

⁸ Radicación número: 11001-03-28-000-2005-00022-01(3883).

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-221 del 23 de marzo de 2006.

106 de la Ley 136 de 1994 y el artículo 314 de la Constitución política que justifique su inaplicación.

2.5. El caso concreto.

Se encuentra probado que el Gobernador del Cesar expidió el Decreto 000245 del 4 de agosto de 2009 mediante el cual: i) declaró la vacancia del cargo de Alcalde de Valledupar con ocasión de la sentencia del Consejo de Estado que confirmó la decisión del Tribunal Administrativo del Cesar que declaró la nulidad de la elección del señor Rubén Alfredo Carvajal, ii) designó como Alcalde Interino de Valledupar al señor Carlos Arturo Aragón sin tener en cuenta lo previsto por el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 al considerar que *“no es la situación que corresponde al caso que nos ocupa”*, y iii) dispuso coordinar con las autoridades electorales los aspectos logísticos para establecer la fecha de las elecciones correspondientes.

Por lo tanto, esta sala, con base en el decreto, precisa que el Gobernador del Cesar no tuvo en cuenta lo previsto por el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 que impone que *“El Presidente de la República, en relación con el Distrito Capital de Santafé de Bogotá y los gobernadores con respecto a los demás municipios, para los casos de falta absoluta o suspensión, designarán alcalde del mismo movimiento y filiación política del titular, de terna que para el efecto presente el movimiento al cual pertenezca en el momento de la elección.”*

En consecuencia, se revocará la sentencia del Tribunal Administrativo del Cesar y declarará la nulidad del artículo segundo del Decreto 000245 del 4 de agosto de 2009 expedido por el Gobernador del Cesar, por lo que la Sala se encuentra relevada de analizar el cargo de falta de la publicación del acto, que según el actor no fue estudiado por el a quo.

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. REVOCASE la sentencia dictada el por el Tribunal Administrativo del Cesar el 24 de junio de 2010 que negó las súplicas de la demanda y en su lugar, **DECLARASE** la nulidad del artículo segundo del Decreto 000245 del 4 de agosto de 2009 expedido por el Gobernador del Cesar *“Por el cual se declara la vacancia del cargo de Alcalde en el Municipio de Valledupar, se hace una designación y se dictan otras disposiciones”*.

SEGUNDO. COMUNIQUESE esta decisión al Gobernador del departamento del Cesar para lo de su competencia.

TERCERO. En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

MAURICIO TORRES CUERVO
Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

FILEMON JIMENEZ OCHOA

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON