

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: **MAURICIO TORRES CUERVO**

Bogotá, veintinuev (29) de enero de dos mil nueve (2009)
Radicaciones 760012331000200701606 01 y 2007-1658 (acumulados)
Radicación interna No. 2007 - 1606
Demandante: John Enrique Vargas Ordóñez y otro
Demandada: Marleny Muñoz Sánchez
Apelación Sentencia

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 15 de julio de 2008 mediante la cual denegó la pretensión de nulidad de la elección de la demandada como Alcaldesa del Municipio de Jamundí.

1. ANTECEDENTES

1.1. Demanda presentada por John Enrique Vargas Ordóñez (proceso 2007-1606)

El demandante solicitó por apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad electoral que: **1)** se declare la nulidad del acto administrativo mediante el cual se declaró elegida a Marleny Muñoz Sánchez Alcaldesa del Municipio de Jamundí para el período 2008 – 2011, así como de los formularios E-26 y E-24 donde se consignaron votos a su favor; **2)** se excluyan del computo general de votos los obtenidos por la demandada; **3)** se cancele la credencial

que se expidió a su favor; **4)** se realice un nuevo escrutinio y se declare elegido al candidato que obtenga el mayor número de votos y **5)** se comunique la decisión a las autoridades electorales y al Gobernador del Departamento del Valle del Cauca.

Para sustentar las pretensiones afirmó que **la demandada se desempeñó como Alcaldesa encargada durante los meses de mayo y junio de 2006, es decir, dentro de los 24 meses anteriores a la fecha de su inscripción como candidata,** razón por la cual **se configuró la incompatibilidad prevista por los artículos 38-7 y 39 de la Ley 617 de 2000** y se vulneraron los artículos 223-5 y 226 del Código Contencioso Administrativo. (fls. 3 a 18 Cdo. 1)

1.2. Contestación de la demanda

La demandada contestó la demanda por conducto de apoderado y se opuso a las pretensiones. Sostuvo que las incompatibilidades deben interpretarse de manera restrictiva porque limitan los derechos fundamentales y que la que se le imputa **está condicionada** a que hubiera sido **elegida Alcaldesa o reemplazado** al titular del cargo.

Manifestó que el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 establece como debe **“designarse”** la persona que ocupe el cargo de alcalde en caso de falta temporal, y que ella **no incurrió en incompatibilidad porque no fue elegida popularmente alcaldesa ni fue designada en ese cargo en reemplazo del titular por el Gobernador del Departamento** dentro de los 24 meses anteriores a la fecha de su inscripción como candidata.

Señaló que la causal de que trata la demanda **cobija únicamente a quienes sean designados por el Gobernador o el Presidente de la República en reemplazo del titular, pero no a los encargados por éste**, como en su caso, pues el alcalde municipal la encargó de sus funciones porque él debía adelantar gestiones propias del cargo fuera del municipio. Que dicho encargo no fue un reemplazo porque el alcalde estaba fuera del municipio en comisión o en un viaje y continuó con esa calidad.

Agregó que como la alcaldía no se puede paralizar, la ley permite que se encargue de ella a una persona hasta cuando el titular regrese de un viaje y que los actos administrativos mediante los cuales se le encargó señalaron que no producían efectos fiscales; concluyó que no reemplazó al alcalde municipal porque cada uno continuó percibiendo la remuneración propia de su cargo y que la figura del reemplazo implica que el titular de la alcaldía perdió o le fue suspendida esa calidad, de modo que el reemplazante desplaza en su totalidad al reemplazado; incluso, el reemplazante puede nombrar otro alcalde encargado si necesita viajar (fls. 127 a 149 Cdno. 1).

1.3. Demanda presentada por Jaime Luis Lasso Vélez. (proceso 2007-1658)

El demandante solicitó por apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad electoral que: **1)** se declare la nulidad del acto administrativo que declaró elegida a Marleny Muñoz Sánchez Alcaldesa del Municipio de Jamundí para el período 2008-2011; **2)** se cancele la credencial que se expidió a su favor; **3)** se convoque a nuevas elecciones para proveer el cargo o, en subsidio,

que se ordene la práctica de un nuevo escrutinio en el que se excluyan los votos obtenidos por la demandada.

Para sustentar sus pretensiones afirmó que **la demandada estaba impedida para postularse como candidata a la alcaldía de Jamundí porque ejerció ese empleo en condición de encargada dentro de los 24 meses anteriores a su inscripción**, como consta en los Decretos 042 de 9 de mayo de 2006 y 051 de 9 de junio de 2006, conducta que está prohibida por los artículos 38-7 y 39 de la Ley 617 de 2000 y vulneró el derecho fundamental a la igualdad porque actuó con ventaja respecto de los demás candidatos. También citó como violados los artículos 223-5, 227 y 228 del Código Contencioso Administrativo (fls. 10 a 19 Cdno. 2).

1.4. Contestación de la demanda.

La demandada contestó la demanda en términos semejantes a los que expuso dentro del proceso 2007-1606 (fls. 112 a 131 Cdno. 2).

1.5. Intervención de terceros

El señor Gonzalo Manrique Zuluaga coadyuvó oportunamente la oposición a las pretensiones de la demanda con los mismos argumentos de la demandada y agregó que la inhabilidad aplicable a los encargados de las alcaldías es la prevista en el numeral 2° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, y que como la demandada no ejerció ningún tipo de autoridad dentro de los 12 meses anteriores a su elección no se configuró la inhabilidad (fls. 172 a 183 Cdno. 1).

1.6. Actuación procesal.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda mediante auto de 19 de febrero de 2008 (fls. 85 y 86); por auto de 12 de marzo de 2008 abrió el proceso a pruebas (fls. 151 y 152) y mediante auto de 3 de abril de 2008 decretó la acumulación de los procesos 2007-1606 y 2007-1658. Por auto de 23 de mayo de 2008 ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y entregar el expediente al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo (fl. 224).

1.4. Alegatos.

1.4.1 El señor Jaime Luis Lasso Vélez por conducto de apoderado reiteró los hechos y razones que expuso en la demanda y señaló que las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones se estructuran independiente de la forma en que se ejerzan los cargos (fls. 225 a 227 Cdno. 1).

1.4.2. El coadyuvante insistió en la argumentación que expuso en su intervención. (fls. 228 a 232 Cdno. 1)

1.4.3. La demandada reiteró lo expuesto en las contestaciones de las demandas y agregó que el legislador no estableció en forma taxativa que el encargo de funciones era uno de los presupuestos de la incompatibilidad de que se le acusa (fls. 233 a 251).

1.5. Concepto del Ministerio Público en la primera instancia.

El Agente del Ministerio Público consideró que la demandada no incurrió en la incompatibilidad prevista en el inciso 7° del artículo 38 de la Ley 617 de

2000 que sólo se aplica quienes hayan sido **elegidos** alcaldes y no a quienes hayan sido **encargados**, y solicitó que se denieguen las pretensiones de las demandas (fls. 294 a 305).

1.7. La sentencia apelada.

Es la proferida el 15 de julio de 2008 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante la cual **denegó las pretensiones de las demandas acumuladas.**

El *a quo* con apoyo en una sentencia en la que esta Sección¹ sostuvo que la violación de los regímenes de incompatibilidades no generan la nulidad de las elecciones y que a la demandada no se le imputaron las causales de inhabilidad del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 sino la incompatibilidad establecida en los artículos 38-7 y 39 de la Ley 617 de 2000.

Señaló que el artículo 38 de la Ley 617 de 2000 prevé dos tipos de incompatibilidades: **a)** las previstas en los numerales 1º a 6º que se aplican tanto los alcaldes elegidos popularmente como a los designados por las autoridades competentes y **b)** la del numeral 7º que sólo se aplica a quien haya sido elegido alcalde por voto popular.

Para sustentar la anterior conclusión manifestó que la causal de incompatibilidad prevista en el artículo 38-7 no se aplica a los alcaldes designados porque alude al *“período para el cual fue elegido”*, y que el artículo 39 dispuso que el término de dicha incompatibilidad comprende el *“período constitucional”* y 24 meses después de su vencimiento o de la aceptación de la renuncia. Adujo que los alcaldes

¹ Sentencia de 21 de abril de 2005, exp. -2004-052(3528)

encargados no cuentan con un período constitucional porque el titular puede reincorporarse en cualquier momento.

Consideró que la demandada no violó el principio de igualdad porque si bien pudo aventajar a los demás candidatos al ocupar el cargo de Secretaría de Hacienda, esa ventaja se neutralizó por el transcurso del término de inhabilidad previsto por el artículo 37-2 de la Ley 617 de 2000. (fls. 307 a 322).

1.8. La apelación

1.8.1. El 30 de julio de 2008 el apoderado del señor John Enrique Vargas Ordóñez apeló la sentencia de primera instancia dentro de la oportunidad legal y no sustentó el recurso. (fl. 342).

1.8.2. El 31 de julio de 2008 el apoderado del señor Jaime Luis Lasso Vélez apeló la sentencia porque consideró que la incompatibilidad del numeral 7° del artículo 38 de la Ley 617 de 2000 no está dirigida únicamente a los alcaldes elegidos, pues ella expresamente señala que es aplicable a *“los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo”*, **entre los que se cuentan a los nombrados, los designados y los encargados**, y es claro que el *“período”* para el cual fue *“elegido”* se refiere a la duración del ejercicio y no a la forma como se accedió al cargo.

Sostuvo que la incompatibilidad en estudio tiene un período más amplio para evitar que los alcaldes influyan sobre los electores y obtengan ventajas respecto a los demás candidatos, razón por la cual se refirió a quienes ocupen el cargo de alcalde a cualquier título.

Invocó en su apoyo la sentencia de esta Sala² en la que se determinó que la incompatibilidad de que trata este proceso es además una *“inhabilidad genérica para inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular y, desde luego para ocuparlo, de manera que la elección que contra esa prohibición se hiciera sería nula, en tanto violatoria de la ley”*, y agregó que en la sentencia C-194 de 4 mayo de 1995 la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de la misma causal, precisó que ella **no establecía una incompatibilidad sino una inhabilidad**.

Que según la aclaración de voto a la sentencia de la Sección Quinta citada por el *a quo* las causales de incompatibilidad por regla general no dan lugar a la nulidad de los actos de elección o de nombramiento, pero existen conductas que son inhabilidades aunque el legislador las rotuló como “incompatibilidades” y su violación genera la nulidad de la elección.

1.9. Alegatos en la segunda instancia.

1.9.1. El apoderado del señor John Enrique Vargas Ordóñez reiteró lo expuesto por el apoderado del apoderado del señor Jaime Luis Lasso Vélez en la sustentación del recurso de apelación. (fls. 352 a 356 Cdo. 1)

1.9.2. Las demás partes guardaron silencio.

1.10. Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Delegado ante el Consejo de Estado no rindió concepto.

² Sentencia de 7 de marzo de 2002, exp.2818.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. Competencia.

Los artículos 129 y 132-8 del C. C. A., en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999 de la Sala Plena del Consejo de Estado, le asignan a esta Sección el conocimiento en segunda instancia de los procesos de nulidad contra actos de elección de alcaldes de municipios que tengan más de setenta mil (70.000) habitantes, como es el caso del municipio de Jamundí.³

2.2. Estudio de fondo del recurso.-

El recurrente sostuvo que la demandada se desempeñó como Alcaldesa encargada del Municipio de Jamundí en mayo, junio y julio de 2006, y dentro de los 24 meses siguientes se inscribió como candidata para ocupar dicho cargo, razón por la cual el acto acusado violó los artículos 38-7 y 39 de la Ley 617 de 2000⁴, que prevén:

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

(...)

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

³ Según el DANE la población del municipio en el censo general realizado en el año 2005 es de 96.993 habitantes (www.dane.gov.co), y la población proyectada para el año 2007 es de 101.192 (fl. 60 Cdno. 2).

⁴ “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.”

ARTICULO 39. DURACIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES DEL ALCALDE MUNICIPAL DISTRITAL. *Las incompatibilidades de los alcaldes municipales y distritales a que se refieren los numerales 1 y 4, tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.*

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

PARÁGRAFO. *Para estos efectos la circunscripción nacional, coincide con cada una de las circunscripciones territoriales.” (Subrayas fuera del texto)*

2.2.1. Naturaleza de la causal invocada.

El apelante consideró equivocado el criterio del *a quo* según el cual la prohibición para inscribirse como candidato prevista en las normas transcritas constituye una causal de incompatibilidad cuya transgresión no vicia de nulidad el acto de elección acusado. A su juicio, la naturaleza de la prohibición mencionada es la de una inhabilidad.

La prohibición en estudio se consagró originalmente en el numeral 7° del artículo 96 de la Ley 136 de 1994 en los siguientes términos:

“Los alcaldes, así como los que lo reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán:

(...)

7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido, y durante los seis (6) meses siguientes al mismo.”

La Corte Constitucional se pronunció sobre su exequibilidad en la sentencia C-194 de 1995 que, en su *ratio decidendi*, determinó:

“También ha sido objeto de demanda el artículo 47 de la Ley 136 de 1994, a cuyo tenor las incompatibilidades de los concejales tendrán vigencia desde el momento de su elección y hasta seis meses posteriores al vencimiento del período respectivo. La misma norma agrega que, en caso de renuncia, dichas incompatibilidades se mantendrán durante los seis meses siguientes a su aceptación, salvo para ser nombrado en el cargo de alcalde municipal por decreto cuando las circunstancias lo exijan. También dispone que quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.

(...)

Así, pues, en la norma examinada aparece desvirtuado el concepto de incompatibilidad, cuyo alcance corresponde al ejercicio de ocupaciones simultáneas, cuando a todas luces la dualidad, inherente a aquélla, desaparece desde el momento mismo en que culmina el período o es aceptada la renuncia.

(...)

*Un debido entendimiento de la norma demandada, bajo las perspectivas dichas y en desarrollo de una interpretación constitucional sistemática, permite concluir en su exequibilidad, aunque **declarada bajo el supuesto de que, por una parte, en el texto legal se ha utilizado impropriamente el término "incompatibilidades"**, cuando se hace referencia a los seis meses que siguen a la dejación del cargo, pues en realidad se trata de prohibiciones, y, por otra, que éstas no deben interpretarse ni aplicarse como absolutas, lo que las haría inconstitucionales.*

(...)

- El artículo 96 de la Ley 136 de 1994, también parcialmente atacado en este proceso, establece las incompatibilidades para los alcaldes.

Las causales objeto de censura por parte de los demandantes son la 6 y la 7, que se refieren respectivamente a las restricciones para desempeñar otro cargo o empleo público o privado y para inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el

período correspondiente y durante los seis meses siguientes al mismo, así medie renuncia previa del empleo.

(...)

El numeral 7 es constitucional por las razones dichas y, además, por la muy poderosa de que la postulación como candidato a cargos de elección popular implicaría participación en actividades de partidos, movimientos y controversias políticas por parte del alcalde, quien lo tiene prohibido expresamente en cuanto ejerce autoridad política (artículo 127 de la Constitución).

En cuanto al término de duración de las incompatibilidades, la Corte encuentra en primer lugar una contradicción interna del precepto examinado, pues éste consagra en su párrafo 2 un término general de un año posterior a la separación definitiva del cargo, mientras que el numeral 7º señala un lapso de seis meses siguientes al vencimiento del período respectivo para la inscripción como candidato a cualquier cargo de elección popular.

*A ello se añade que la disposición examinada prescribe la aludida prolongación de las incompatibilidades contando los indicados términos de manera equívoca en cuanto al concepto de **período**, ya que unas veces le atribuye un sentido objetivo -el tiempo para el cual se contempla en abstracto la gestión de todo alcalde- y otras lo identifica **subjectivamente** -lapso efectivo de la función desempeñada por una persona en concreto-. Así, puede observarse que mientras el numeral 7 extiende la incompatibilidad al "período para el cual fue elegido y durante los seis (6) meses siguientes al mismo" (concepto objetivo), el párrafo 2, aplicable a todas las formas de incompatibilidad, las mantiene "durante el año siguiente a la separación definitiva del cargo" (concepto subjetivo). Con ello genera incertidumbre en el entendimiento y aplicación de la norma.*

*De otra parte, la norma acusada merece la misma crítica ya consignada en relación con el artículo 47, puesto que **al ampliar, por fuera del tiempo en que se ejerce el cargo, la proscripción de una serie de ocupaciones y gestiones que en ese lapso posterior ya no pueden ser "incompatibles" con la alcaldía por no existir simultaneidad**, hace una referencia impropia, que en el caso del numeral 7 -relativo a la inscripción como candidato a cargos de elección popular- **convierte la prohibición, anexa al empleo que se venía ejerciendo, en una inhabilidad genérica**, referente a todo destino para el cual la persona pudiera ser escogida por el pueblo." (Negritas y subrayas fuera del texto)*

En conclusión, por virtud del fallo transcrito en precedencia por el mandato condicionado de la Corte Constitucional es perentorio que la norma en estudio se interprete como una inhabilidad.

Con posterioridad, el artículo 96 de la Ley 136 de 1994 fue modificado por los artículos 38 y 39 de la Ley 617 de 2000 que ampliaron el período inhabilitante de 6 a 24 meses.

La Corte Constitucional en sentencia C-540 de 2001 condicionó la exequibilidad del artículo 39 de la Ley 617 de 2000, en el sentido de que *“la incompatibilidad especial de 24 meses no se aplica al alcalde municipal o distrital que sea elegido Presidente de la República, en cuyo caso prevalecerá la inhabilidad del año anterior a la elección consagrada en el artículo 197 de la Constitución”*.

La Sala en un asunto similar determinó⁵:

“2. En la frase final del artículo 96-7 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 5º de la Ley 177 del mismo año se dice: “y durante el año siguiente al mismo”, esto es, contiene una prohibición para quienes ejercieron el cargo de alcalde o personero de inscribirse como candidatos a un cargo de elección popular sin que haya transcurrido un año entre la dejación del cargo y la fecha de inscripción de la candidatura, término que se cuenta a partir del vencimiento del período respectivo o de la aceptación de la renuncia, según lo expresó la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de dicha norma, donde igualmente precisó que se estaba utilizando impropriamente el término “incompatibilidad” para hacer referencia a los meses que siguen a la dejación el cargo, pues en realidad no son incompatibilidades, sino prohibiciones, porque las incompatibilidades terminan con el desempeño de las funciones”

⁵ Sentencia de 8 de febrero de 2002, expediente 2776.

Por lo expuesto, **el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-194 de 1995, según el cual la conducta prohibida es una inhabilidad, es válido y aplicable al texto vigente de los artículos mencionados porque los supuestos de hecho a que se refirió siguen siendo los mismos.**

En consecuencia, los artículos 38-7 y 39 de la Ley 617 de 2000 en cuanto prohíben la inscripción como candidato a alcalde de quienes hayan ejercido dicho cargo dentro de los 24 meses posteriores a su desvinculación, constituye materialmente una causal de inhabilidad para ser elegido. En consecuencia, procederá la Sala a estudiar su sentido y alcance.

2.2.2. Sentido y alcance de la causal que se imputa a la demandada.

Para que se configure la prohibición en estudio se requiere: **(i)** que la conducta se realice por un sujeto calificado, los alcaldes, o quienes “los reemplacen” en el ejercicio del cargo; **(ii)** que ese sujeto se inscriba como candidato a cualquier cargo de elección popular en esa circunscripción y; **(iii)** que esa inscripción se efectúe durante el período para el cual fue elegido y hasta 24 meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia.

2.2.2.1. Del sujeto

El artículo 38-7 de la Ley 617 de 2000 establece que **“los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo”** no podrán inscribirse como candidatos a cualquier cargo de elección popular durante el período

para el cual fueron elegidos y hasta 24 meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia.

No hay duda de que conforme con lo señalado por el artículo 314 de la Constitución Política⁶ **los alcaldes** son servidores públicos de **elección popular** para períodos institucionales de 4 años.

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

En caso de falta absoluta de los alcaldes, siempre que ésta se presente a más de 18 meses de la terminación del período, **se elegirá alcalde para el tiempo que falte**; en caso contrario, el gobernador **designa** un alcalde para lo que reste del período⁷.

En caso de falta temporal, con excepción de la suspensión, **el alcalde** puede **encargar** de sus funciones a uno de sus secretarios o quien haga sus veces mientras se reintegra al cargo⁸, con la obligación de informar al gobernador respectivo y al Ministro de Gobierno a más tardar dentro de los 2 días hábiles siguientes del encargo.⁹

De lo anterior se concluye que el ordenamiento previó una serie de posibilidades para ocupar el cargo de Alcalde Municipal.

⁶ Después de la modificación realizada por el artículo 3° del Acto Legislativo No. 2 de 2002

⁷ Artículo 314 de la Constitución Política

⁸ Artículo 106 de la Ley 136 de 1994.

⁹ Artículo 114 ibídem.

En criterio de la demandada y del *a quo* la prohibición en estudio no le es aplicable a los alcaldes municipales “**encargados**” porque ellos no desempeñan sus funciones durante un “período” como lo exige el numeral 7º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000 y que dicha exigencia sólo está dirigida a quienes son elegidos alcaldes popularmente para un período de cuatro años y a quienes son designados por los Gobernadores para concluir el período en caso de faltas absolutas de los primeros.

El argumento expuesto no es de recibo, en primer lugar, porque el numeral comentado no distingue entre quienes son elegidos popularmente, los designados por el Gobernador o encargados por los mismos alcaldes para suplir sus faltas temporales, razón por la cual debe aplicarse el principio hermenéutico según el cual donde la ley no distingue no les dable al intérprete distinguir. En segundo lugar, lo que prohíbe la disposición señalada es que “**los alcaldes o quienes los reemplacen**” puedan “inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido”, esto es, durante los cuatro años que dura el período del elegido.

Recuérdese que a partir de la vigencia del Acto Legislativo 02 de 2002 quedó establecido que los períodos de los alcaldes son de cuatro años, **institucionales y uniformes**¹⁰; por tanto, durante el mismo período constitucional varias personas pueden ejercer el cargo de alcalde, pese a que sólo uno de ellos sea elegido popularmente.

Los "períodos" a que se refiere el numeral 7º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000 son **los establecidos por la Constitución para el desempeño del cargo de alcalde** municipal, **no el de las personas que lo ocupan** porque,

¹⁰ Además estableció un régimen de transición para unificar los períodos.

se reitera, en el ordenamiento colombiano desde la vigencia del Acto Legislativo No. 2 de 2002 los períodos de los alcaldes son institucionales.

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

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

Al respecto se observa:

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

El concepto de encargo trae implícito el desempeño de funciones constitucionales y legales asignadas al titular, como lo ha afirmado esta Corporación en forma reiterada¹¹. Así se pronunció al respecto:

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

¹¹Ver sentencias de 21 de abril de 1992, 9 de septiembre del mismo año y del 2 de noviembre de 1995, de la Sección Segunda, Expedientes 4134, 3526 y 5672, respectivamente. Magistrados ponentes Álvaro Lecompte Luna y Dolly Pedraza de Arenas.

capacidad de cumplir todas aquellas funciones propias o inherentes del cargo que se va a desempeñar temporalmente.”¹²

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

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

Tan irrelevante es el título que sirve de fundamento al ejercicio de funciones públicas para efectos de la configuración de inhabilidades que incluso esta Sección ha considerado que éstas se extienden a los funcionarios de *facto* o de hecho, es decir, a quienes carecen de investidura o la tienen de manera irregular y desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado con la creencia del funcionario y de los asociados de que las ejerce legítimamente.¹³

En suma, las prohibiciones contenidas en las normas objeto de estudio son aplicables a **“los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del**

¹² Primera sentencia antes citada.

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

cargo”, es decir, a todas las personas que, sin importar la causa o el origen de su nombramiento, ejerzan el cargo de alcalde municipal.

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

El caso concreto.

En el expediente obra copia auténtica del Decreto No. 042 de 9 de mayo de 2006, por el cual el Alcalde del Municipio de Jamundí, encargó a la demandada como Alcaldesa del referido municipio entre los días 10 y 12 de mayo de 2006 (fl.139 Cdno. 2).

De igual manera, en el plenario aparece copia auténtica del Decreto No. 051 de 9 de mayo de 2006 por el cual el Alcalde del Municipio de Jamundí encargó a la demandada como alcaldesa entre el 14 de junio y el 18 de julio de 2006. (fl.140 Cdno. 2)

Los anteriores documentos prueban que la demandada ejerció el cargo de Alcalde del Municipio de Jamundí por encargo entre los días 10 y 12 de mayo, 14 de junio y el 18 de julio de 2006. En consecuencia, está demostrado el primer presupuesto de la causal de inhabilidad invocada en la demanda.

2.2.2.2. Que el sujeto se inscriba como candidato a cualquier cargo de elección popular en esa circunscripción.

En el expediente obra copia auténtica de la solicitud de inscripción y constancia de aceptación de candidato al cargo de Alcalde del Municipio de Jamundí¹⁴ suscrita por la demandada y radicada el 3 de agosto de 2007¹⁵, documentos que no fueron tachados por ninguno de los sujetos procesales; así, está debidamente probado este segundo supuesto.

2.2.2.3. Que la inscripción se efectúe durante el período para el cual fue elegido y hasta 24 meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia.

La demandada ejerció el cargo de Alcaldesa de Jamundí por encargo en diferentes días de los meses de **mayo, junio y julio de 2006**, y se inscribió como candidata para ocupar la Alcaldía del mismo municipio dentro de los 24 meses siguientes **-3 de agosto de 2007-**, cuando no se había cumplido el término de la prohibición, es indiscutible que el tercer supuesto de la norma también está acreditado.

Como la elección de la demandada como Alcaldesa del Municipio de Jamundí se produjo pese a la expresa prohibición de las normas citadas por el demandante como violadas, se impone revocar la sentencia de primera instancia para en su lugar decretar la nulidad de la elección.

¹⁴ Formulario E-6A

¹⁵ Folio 3 del cuaderno 2

Por 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. Revócase la sentencia apelada y, en su lugar, se declara la nulidad del acto administrativo de 3 de noviembre de 2007 por medio del cual la Comisión Escrutadora del Municipio de Jamundí declaró elegida a Marleny Muñoz Sánchez como Alcaldesa de ese municipio para el período 2008-2011.

SEGUNDO. Comuníquese de esta decisión al Registrador Nacional del Estado Civil y al Gobernador del Departamento del Valle del Cauca para lo de su competencia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

**MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN
CUERVO**

MAURICIO TORRES

