

ACCION ELECTORAL - Pretensiones que pueden formularse / ACCION ELECTORAL - Puede pretenderse la modificación del acto demandado / CONTRADEMANDA - Incompatibilidad con proceso electoral / PROCESO ELECTORAL - No es posible contrademandar

Aunque el precepto anterior trae un catálogo de posibles decisiones anejas a la declaración de nulidad, es claro para la Sala que ello se hace en forma enunciativa, de modo que resulta viable pensar que en tratándose de la elección de personeros es absolutamente viable demandar su nulidad no para expulsar el acto del ordenamiento jurídico desde su génesis, sino para modificarlo en su origen y hacerle producir los efectos jurídicos que en Derecho correspondan. De otro lado, no puede tomarse esa petición como una contrademanda, ya que en la regulación especial del proceso electoral, prevista en el capítulo IV del Título XXVI del Código Contencioso Administrativo, no se contempló la figura de la mutua demanda, la que si bien opera en los procesos de naturaleza civil, no puede incorporarse en los negocios electorales por su evidente incompatibilidad con los mismos, conclusión que resulta avalada por lo dispuesto en el artículo 267 ibídem, que adopta el principio de integración normativa respecto de las disposiciones del código de procedimiento civil “en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo”.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 227 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 267

NOMBRAMIENTO EN ENCARGO - Principio de legalidad: Sólo procede por autorización legal

La expedición de un nombramiento en encargo solamente puede ejercerse cuando exista una norma jurídica que así lo permita, no quedando al arbitrio del nominador hacerlo sin una habilitación legal, pues en el ejercicio de funciones públicas solamente se puede hacer aquello que la ley o los reglamentos conciban, más allá de ello se constituye en una extralimitación de funciones y desde luego, en el ejercicio de competencias que no son propias y que por ende conducen a viciar de nulidad la actuación.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 121 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 123

PERSONERO - Nombramiento en interinidad sólo procede por faltas temporales / PERSONERO - Por falta absoluta concejo siempre debe nombrar en propiedad / CONCEJO - Ante falta absoluta de personero sólo puede nombrar en propiedad / PERSONERO INTERINO - Autoridades competentes para nombramiento / PERSONERO INTERINO - Sólo por faltas temporales

Las disposiciones anteriores permiten arribar a las siguientes conclusiones. En primer lugar, que la designación en interinidad únicamente opera frente a las faltas temporales del personero titular, quedando habilitado para hacerla, según el caso, el mismo personero cuando dentro de la nómina del personal a su cargo exista un funcionario que le siga en jerarquía y cumpla con las calidades y requisitos para el desempeño del cargo; también puede hacer la designación en encargo el propio concejo si no se puede acudir al mecanismo anterior, y si el concejo no lo puede hacer porque no se encuentra sesionando, será el alcalde municipal o distrital quien efectúe la designación en encargo. En segundo lugar, que para el evento de

presentarse falta absoluta del personero titular, antes de la culminación de su período, no está prevista la posibilidad de acudir a la designación en interinidad. Por el contrario, la voluntad del legislador fue la de que ese nombramiento se hiciera directamente en propiedad, sin que mediara encargo alguno.

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 35 / LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 172

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

Bogotá, D. C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010)

Radicación numero: 76001-23-31-000-2009-00457-02

Actor: EDILBERTO PERALTA BORJA

Demandado: PERSONERO DEL MUNICIPIO DE CANDELARIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el fallo proferido el ocho (8) de septiembre de dos mil nueve (2009), por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso de la referencia.

I.- LA DEMANDA

1.- Las Pretensiones

***“PRIMERA:** Que es **NULA** el **ACTA No 023** de fecha 04 de marzo de 2009, proferida por el Concejo Municipal de Candelaria Valle, por medio del cual se declaró electa la señora **GLORIA GALLEGO LENIS**, identificada con cédula de ciudadanía No 29.359.099 de Candelaria Valle, como Personera Municipal **INTERINA** para el Municipio de Candelaria Valle, para el periodo constitucional restante del 04 de marzo de 2009 al día en que se posesione **EL PERSONERO EN PROPIEDAD**, de conformidad con el artículo 313 numeral 8º de la Constitución Nacional y los artículos 35, 170, 172, de la ley 136 de 1994.*

***SEGUNDO:** Como consecuencia de la nulidad decretada por su despacho, se ordene la nueva convocatoria y realización de la respectiva elección del Personero al Concejo Municipal del Municipio de*

Candelaria Valle, que corresponda para el resto del periodo constitucional.

TERCERA: *Se ordene comunicar la respectiva sentencia al Concejo Municipal del Municipio de Candelaria Valle, para conocimiento y las actuaciones pertinentes.*

CUARTA: *Que de conformidad con la declaratoria de nulidad electoral que se haga, se compulsen copias a la Procuraduría General de la Nación, a la Fiscalía General de la Nación para las respectivas investigaciones del caso a que llegare a corresponder, de manera oficiosa.”*

2.- Fundamentos de Hecho

En este apartado se afirma que:

1.- Según el artículo 313 numeral 8 de la Constitución los concejos municipales deben elegir personero.

2.- Con sentencia de febrero 5 de 2009, proferida por esta Sección en el proceso 760012331010200800057-00, se anuló la elección de Erik Daniel Mina Tobar como personero de Candelaria, para el período 2008-2011.

3.- La nulidad anterior generó falta absoluta del cargo según lo dispuesto en la Ley 136 de 1994 artículo 176, que remite al artículo 98 de la misma ley.

4.- Según Acta No. 023 de marzo 4 de 2009 del Concejo Municipal de Candelaria, la señora Gloria Gallego Lenis fue designada Personera Interina, cuando la elección ha debido ser por el resto del período, por así establecerlo los artículos 35 y 172 de la Ley 136 de 1994. Además, esa corporación no hizo la convocatoria del caso ni dejó transcurrir el término previsto en la primera de esas disposiciones.

5.- El Concejo de Candelaria no hizo la convocatoria en el Diario Oficial (Ley 136/94 art. 27) y no le hizo publicidad a la misma.

6.- Con la expedición del acto acusado se transgredieron los artículos 27, 35, 98, 172, 174 y 17 de la Ley 136 de 1994.

7.- En el artículo 28 del Reglamento Interno del Concejo de Candelaria o Acuerdo No. 012 de junio 10 de 2008, se reiteró la regla de convocatoria con no menos de tres días de antelación para elegir personero.

3.- Normas violadas y concepto de la violación

Como normas infringidas cita los artículos 1, 4, 6, 40, 209 y 313 de la Constitución; los artículos 5 literal d), 27, 35, 98, 172 y 176 de la Ley 136 de 1994; y los artículos 28, 172, 173, 175, 176 del Acuerdo No. 012 del 10 de junio de 2008 ó Reglamento Interno del Concejo Municipal de Candelaria. En primer lugar, sostiene que se violó la cláusula Estado Social de Derecho con la expedición del acto demandado porque los concejales se apartaron de los deberes constitucionales, legales y reglamentarios fijados en dichas disposiciones, en particular porque se eligió a la personera en interinidad cuando se estaba ante una falta absoluta y por ello debía realizarse por el resto del período, porque no se hizo la publicación prevista en el artículo 27 ni la convocatoria en los términos del artículo 35.

En segundo lugar, sostiene que esa actuación administrativa afectó el principio de moralidad, en virtud a que el Concejo de Candelaria no se avino a los términos de esas normas, lo cual lleva a aplicar el artículo 24 de la Ley 136 de 1994, que hace nulas sus reuniones sin el lleno de los requisitos legales. Insiste en que entre la fecha de convocatoria y la fecha de elección no transcurrió ni un día de los tres que legalmente debían dejarse. Entiende el actor que por el establecimiento de ese interregno se está refiriendo a *“un acuerdo municipal, el cual requiere dos debates, tal como lo señala el artículo 73 de la Ley 136”*, lo cual lleva a concluir, dice el mismo, que la elección de funcionarios del Concejo debe surtirse *“a través de un acuerdo municipal y no a través de un Acta de una sola sesión como se ha hecho por parte de la Corporación”*. Sin embargo, nunca se cumplieron los dos debates previstos en el artículo 73 ibídem, ni se designaron las comisiones del caso para que la primera vuelta se adelantara ante ellas y el segundo ante la plenaria del concejo.

En tercer lugar, encuentra configuradas las causales de nulidad previstas en los artículos 223.5 y 228 del C.C.A., ya que Gloria Gallego Lenis fue elegida *“cuando el Acta del Concejo Municipal no reunía las condiciones constitucionales (sic) en el artículo 313 numeral 8º”*, que habilitaban a esa corporación para elegir y no para

nombrar. Por último sostiene que es preciso que los candidatos estén libres de impedimentos y que los actos de elección estén libres de toda ilicitud.

4.- Suspensión provisional

Con la demanda se pidió suspender provisionalmente los efectos jurídicos del acto acusado, lo cual fue denegado por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca con auto del 21 de abril de 2009, en el que también se admitió la misma. Aunque la parte demandante impugnó la decisión anterior, esta Sección la confirmó con auto del 18 de junio de 2009.

II.- LA CONTESTACION

Mediante apoderado judicial Gloria Gallego Lenis contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones aduciendo que su elección se ajustó a Derecho *“en el entendido que se efectuaba por el resto del periodo constitucional por cuanto en ningún caso, tal elección puede ser temporal o interina”*. Frente a los hechos se pronunció así: El primero, no es un hecho. El segundo, el tercero y el cuarto son ciertos, aclarando que si bien en el Acta No. 023 de marzo 4 de 2009 los concejales emplean indistintamente las palabras designación y elección, allí se surtió lo último. El quinto, no le consta. El sexto, no es un hecho.

Frente al concepto de violación dice que coincide con el demandante en que el concejo *“efectuó la elección de la personera por el resto del periodo”*, acatando lo dispuesto en los artículos 35 y 172 de la Ley 136 de 1994 y en desarrollo del principio de legalidad, según el cual los servidores públicos sólo pueden hacer lo que les está permitido. Sin embargo, en el Acta No. 023 de 2009 demostraron *“claro y fatal desconocimiento de las normas que rigen el proceso de elección de funcionarios”*, en especial el artículo 313.8 Constitucional porque en estos casos ejercen la representación del pueblo para evitar que siempre deban hacerse elecciones públicas para la designación de funcionarios.

Enseguida se ocupó de citar lo dispuesto en los artículos 313.8 de la Constitución, 32, 35, 98, 99, 172 y 176 de la Ley 136 de 1994, para señalar que en caso de falta absoluta del personero, el concejo debe elegir dicho funcionario en forma inmediata, sin que se requiera convocatoria alguna, en atención a la necesidad de que el servicio se preste permanentemente. Niega la posibilidad de que su

nombramiento pueda ser objeto de revocatoria y dice hacer ese comentario pues...

“...atendiendo a que en el Acta No. 023 de 2003, que se ataca en esta acción pública, se lee en diversos apartes que la elección de la doctora Gloria Gallego Lenis es con carácter de interinidad; figura jurídica que para el caso de la elección del Personero, NO EXISTE en nuestro ordenamiento jurídico y no es el Honorable Concejo Municipal de Candelaria, el facultado para crear la dicha figura, en consecuencia la elección que los concejales de Candelaria efectuaron mediante el acta mencionada que recayó en cabeza de la doctora GLORIA GALLEGO LENIS, bajo la creencia que se trataba de una elección temporal o por interinidad, en realidad y conforme con el principio de legalidad es y corresponde a una elección que se debe efectuar en forma inmediata sin convocatoria previa para que ejerza el cargo por el resto del periodo legal como lo ordena el artículo (sic) 172 de la Ley 136 de 1994 ya citado.”

Culmina diciendo que el Concejo Municipal de Candelaria, previa convocatoria y creyendo que la designación de la demandada fue en interinidad, en Acta No. 027 del 18 de marzo de 2009 hizo la nueva elección del personero, recayendo en esta ocasión en Erik Daniel Mina, que en su opinión *“adolece de nulidad absoluta en razón de que el mismo carece totalmente de fundamento jurídico”*.

III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Se trata del fallo proferido el 8 de septiembre de 2009 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante el cual se declaró la nulidad de la elección acusada y se denegaron otras pretensiones.

Advirtió el Tribunal que si bien el actor impugnó la legalidad del acto demandado porque no se hizo la convocatoria con los tres días de antelación legalmente previstos y porque el concejo carecía de competencia para hacer designaciones en interinidad, solamente se ocuparía del último, por encontrarlo fundado según las siguientes apreciaciones:

Luego de identificar la prueba del acto acusado, entre otros, y de citar literalmente lo dispuesto en los artículos 35, 98, 172 y 176 de la Ley 136 de 1994, sostuvo el Tribunal que la falta absoluta del personero ocurre, entre otras causales, por la anulación de su elección, que ante ello el Concejo Municipal debe elegir su reemplazo en forma inmediata y por lo que reste del período y que la fecha de

elección debe fijarse cuando menos con tres días de antelación. Enseguida arguyó:

“De conformidad con lo anterior, es evidente para este Tribunal que el Acta No. 023 de fecha 04 de marzo de 2009, proferida por el Concejo Municipal de Candelaria – Valle del Cauca, por medio del cual se eligió a la señora GLORIA GALLEGO LENIS como Personera de dicha localidad ‘en interinidad’ y ‘por el tiempo que dure la convocatoria para nombrar personero de propiedad’, adolece de nulidad en cuanto desconoce las disposiciones legales antes referidas, de las que claramente se desprende que estas no establecen la interinidad como mecanismo para reemplazar las faltas absolutas del titular, debiéndose proceder a la elección de manera inmediata, POR EL PERIODO RESTANTE Y PREVIA CITACION REALIZADA CON UN TERMINO MINIMO DE TRES (3) DIAS DE ANTELACION.”

Ante la prosperidad de este cargo el Tribunal anunció que no se pronunciaría sobre los restantes y que tampoco lo haría frente a la pretensión de ordenarle al Concejo de Candelaria realizar la elección respectiva, pues se probó que con el Acta No. 027 del 18 de marzo de 2009 se eligió a Erik Daniel Mina Tobar como Personero Municipal. Agregó que no era de recibo la modulación solicitada por la demandada, en el sentido de tenerla como personera definitiva o por lo restante del período, pretensión que ha debido formular en proceso separado.

IV.- EI RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la demandante interpuso recurso de apelación, pero no lo sustentó.

V.- ALEGATOS DE CONCLUSION EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes guardaron silencio.

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El señor Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado pidió confirmar el fallo impugnado. Preciso que pese a la falta de sustentación del recurso de apelación, el mismo debía entenderse interpuesto en lo desfavorable; por ello se ocupó del cargo que halló próspero el Tribunal, frente al cual hizo un repaso de la

normatividad correspondiente y del hecho probado de existir una falta absoluta del cargo de personero, derivada de la anulación decretada por esta Sección, para llegar a concluir:

“Pues bien, conforme con el postulado anterior, dado que las normas que regulan el régimen de los personeros municipales no ha establecido la interinidad como una de las formas de vinculación de este servidor, es claro que cualquier designación que se haga en ese sentido resulta carente de soporte legal o contrariando al vigente, como acontece en el caso en examen, en donde la Ley de manera expresa le señala a los Concejos la obligación de proceder en forma inmediata ‘a realizar una nueva elección, para el período restante’.

Como en el evento que se analiza el Concejo del Municipio de Candelaria (Valle del Cauca) no realizó la elección en los términos que le impone la disposición Legal, el acto de designación resulta contrario a la norma en que debería fundarse, la infringe, hecho que al tenor de lo preceptuado en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo se ha señalado como causal de nulidad de los actos administrativos.”

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

La competencia de esta Corporación para conocer de esta acción electoral está fijada por lo dispuesto en el artículo 129 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998, artículo 37; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 del 5 de Agosto de 2003 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

2.- De la Prueba del Acto de Elección Acusado

La prueba del acto demandado se dio a través de la copia auténtica del Acta No. 023 del 4 de marzo de 2009, de la sesión realizada por el Concejo Municipal de Candelaria en la misma fecha, donde se advierte:

*“**PRESIDENTE:** ‘procedemos hacer (sic) la respectiva votación designo al concejal John Wilson Rengifo y al concejal José Luis Espinosa para realizar el escrudiño (sic) de la votación’ **PRESIDENTE:** ‘en total fueron Quince (15) votos por el no (sic) cinco (5) y diez (10) votos por el sí, queda realizada la designación al personero Interino a la doctora Gloria Gallego por el tiempo que dure la convocatoria para nombrar personero de propiedad del Municipio de Candelaria,... continuamos secretaria”¹*

3.- Alcance de la apelación

¹ Cuaderno 1º folio 7.

Examinada la demanda y su contestación observa la Sala que en la primera instancia se plantearon distintos temas jurídicos. Así, la parte demandante cuestionó la presunción de legalidad del acto acusado aduciendo que: (i) Ante la falta absoluta del personero, su elección no podía ser en interinidad, debió ser en propiedad por el resto del período; (ii) la convocatoria no se hizo con la antelación prevista en el artículo 35 de la Ley 136 de 1994, es más la elección se hizo sin que ello ocurriera; (iii) la convocatoria debió surtirse mediante un acuerdo municipal, con la previa realización de los dos debates señalados en el artículo 73 de la citada ley. Por su parte, la demandada además de refutar los cargos de la demanda, planteó una especie de derecho a ser tenida como personera en propiedad, por lo restante del período, lo que la condujo a cuestionar la legalidad de la elección de Erik Daniel Mina Tobar como Personero del Municipio de Candelaria, efectuada por el Concejo mediante Acta No. 027 del 18 de marzo de 2009, para suplir la falta absoluta por el resto del período.

En la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2009, que es objeto de apelación, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca acogió la pretensión anulatoria porque halló demostrado que los concejos municipales, ante falta absoluta del personero, carecen de competencia para hacer esa designación en interinidad, que solamente lo pueden hacer en propiedad y de forma inmediata por lo restante del período. Y desestimó el planteamiento de la demandada, en el sentido de tenerla como personera definitiva porque ello ha debido demandarse en proceso separado.

Pues bien, como quiera que *“El recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme”* (Art. 350 C. de P. C.), que *“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante,...”* (Art. 357 Ib) y que la parte demandada no delimitó el objeto de su recurso de alzada, al no haberlo sustentado, concluye la Sala que su competencia se restringe a los dos temas que se trataron en la sentencia de primera instancia, esto es a la causal de nulidad por falta de competencia del concejo municipal para hacer designaciones en interinidad frente a faltas absolutas del personero y a la imposibilidad de examinar la legalidad de la elección de Erik Daniel Mina Tobar como Personero del municipio de Candelaria para lo que resta del período, a efecto de reconocerle algún derecho a la demandada.

Por razones de orden práctico la Sala primero se ocupará de la procedencia o no de estudiar el último de los planteamientos, luego de lo cual revisará si hay lugar a acoger el cargo de ilegalidad que halló probado el Tribunal.

4.- Del derecho reclamado por la demandada

En su escrito de contestación la señora Gloria Gallego Lenis acoge, en parte, la tesis del demandante en el sentido de que ante falta absoluta del personero su reemplazo solamente puede designarse en propiedad, inferencia que deriva de lo prescrito en el artículo 172 de la Ley 136 de 1994 al disponer: *“En casos de falta absoluta, el Concejo procederá en forma inmediata, a realizar nueva elección, para el período restante”*. Y se adhiere parcialmente a la misma, pues considera que la designación que se le hizo a través del acto acusado debe tenerse por definitiva, como si se hubiera efectuado por lo restante del período, circunstancia por la cual resulta ilegal la elección que el 18 de marzo de 2009 practicó el Concejo de Candelaria en la persona de Erik Daniel Mina Tobar, contenida en el Acta No. 027 de la misma fecha.

Vistas así las cosas, la Sala comparte la posición que al respecto adoptó el Tribunal a-quo. En efecto, si la señora Gloria Gallego Lenis consideraba que su elección como personera interina del municipio de Candelaria, contenida en el Acta No. 023 del 4 de marzo de 2009, revestía una naturaleza jurídica distinta de la literalmente expresada, ha debido promover la correspondiente acción electoral, en atención a que con la misma no solo puede provocarse la nulidad de un acto de elección, sino que también puede obtenerse su modificación por vía jurisdiccional, como así lo establece el artículo 227 del C.C.A., que dice:

“Artículo 227.- Posibilidad de ocurrir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Podrá cualquier persona ocurrir en demanda directa por la vía jurisdiccional contra los actos de las corporaciones electorales para que se anulen, o se rectifiquen, modifiquen, adicionen o revoquen las resoluciones de esas corporaciones electorales por medio de las cuales se declare indebidamente alguna nulidad, o se computen votos a favor de ciudadanos que constitucional o legalmente no sean elegibles, o se hubiere dejado de computar un registro, o se haya alterado o cambiado el nombre de uno o varios candidatos.” (Negrillas fuera del original)

Aunque el precepto anterior trae un catálogo de posibles decisiones anejas a la declaración de nulidad, es claro para la Sala que ello se hace en forma

enunciativa, de modo que resulta viable pensar que en tratándose de la elección de personeros es absolutamente viable demandar su nulidad no para expulsar el acto del ordenamiento jurídico desde su génesis, sino para modificarlo en su origen y hacerle producir los efectos jurídicos que en Derecho correspondan.

De otro lado, no puede tomarse esa petición como una contrademanda, ya que en la regulación especial del proceso electoral, prevista en el capítulo IV del Título XXVI del Código Contencioso Administrativo, no se contempló la figura de la mutua demanda, la que si bien opera en los procesos de naturaleza civil, no puede incorporarse en los negocios electorales por su evidente incompatibilidad con los mismos, conclusión que resulta avalada por lo dispuesto en el artículo 267 ibídem, que adopta el principio de integración normativa respecto de las disposiciones del código de procedimiento civil *“en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo”*.

Por último, tampoco podría la Sala entrar a estudiar la legalidad de la elección del señor Erik Daniel Mina Tobar como Personero del municipio de Candelaria, para lo que resta del período 2008-2011, efectuada por el Concejo de ese municipio en el Acta No. 027 del 18 de marzo de 2009, puesto que el objeto de esta acción se centra exclusivamente en la designación de la señora Gloria Gallego Lenis como personera interina, contenida en el Acta No. 023 del 4 de marzo de 2009, que es precisamente el acto materia de la pretensión anulatoria. Además, se violarían al señor Mina Tobar sus derechos fundamentales al debido proceso, contradicción y defensa de llegarse a examinar la legalidad de su elección sin que previamente se rituara el proceso respectivo y se le vinculara al mismo para que pudiera pronunciarse sobre las imputaciones de ilegalidad. En fin, la Sala está de acuerdo con los planteamientos del Tribunal a-quo en este punto.

5.- De la competencia de los concejos municipales para designar personero en interinidad ante falta absoluta del titular

Edilberto Peralta Borja demandó la nulidad de la elección de Gloria Gallego Lenis como Personera Interina o Encargada del Municipio de Candelaria, contenida en el Acta No. 023 del 4 de marzo de 2009 expedida por el Concejo de esa entidad territorial, alegando que frente a la falta absoluta del Personero esa corporación solamente tenía competencia para hacer la designación en propiedad y no en

interinidad, puesto que esa facultad no se derivaba de ninguna de las disposiciones jurídicas pertinentes y que luego se examinarán con detalle.

Luego de constatar la Sala que efectivamente en el Municipio de Candelaria se presentó falta absoluta del Personero designado por el Concejo para el período 2008-2011, debido a que esta Sección declaró la nulidad de la elección recaída en Erik Daniel Mina Tobar², y que en su reemplazo se eligió a Gloria Gallego Lenis en interinidad o en encargo *“por el tiempo que dure la convocatoria para nombrar personero de propiedad del Municipio de Candelaria”*, debe ocuparse de resolver el siguiente problema jurídico: ¿Pueden los Concejos Municipales designar en interinidad al personero ante falta absoluta de su titular, cuando ella se produce por nulidad judicialmente declarada del respectivo acto de elección?. Para absolver dicho interrogante la Sala hará un examen sistemático de las disposiciones pertinentes, de cara al principio de legalidad, a fin de determinar si es jurídicamente viable que en situaciones como éstas se pueda acudir a la designación en interinidad.

Para la Sala resulta necesario precisar que en lo relativo a las designaciones en interinidad opera igualmente el principio de legalidad, definido por el constituyente como que *“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”* (Art. 121), o que los servidores públicos *“ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”* (Art. 123). Es decir, que la expedición de un nombramiento en encargo solamente puede ejercerse cuando exista una norma jurídica que así lo permita, no quedando al arbitrio del nominador hacerlo sin una habilitación legal, pues en el ejercicio de funciones públicas solamente se puede hacer aquello que la ley o los reglamentos conciban, más allá de ello se constituye en una extralimitación de funciones y desde luego, en el ejercicio de competencias que no son propias y que por ende conducen a viciar de nulidad la actuación.

² En efecto, esta Sección mediante sentencia calendada el 6 de febrero de 2009, proferida en el proceso electoral 760012331010200800057-00, promovido por José Guillermo Gómez Hoyos, resolvió: **“REVOCASE** la sentencia dictada el 28 de mayo de 2008 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que negó las pretensiones de la demanda y en su lugar, **DECLARASE** la nulidad del acto administrativo, contenido en el Acta No. 002 de 8 de enero de 2008, por el cual el Concejo de Candelaria declaró elegido al señor Erik Daniel Mina Tobar como Personero para el período 2008-2011.”.

La normatividad existente sobre el poder de nominación con que cuentan los concejos municipales para efectuar el nombramiento de los personeros proviene de la misma Constitución, pues allí se establece que a esas corporaciones administrativas compete “Elegir Personero para el período que fije la ley...” (Art. 313.8); y en la Ley 136 del 2 de junio de 1994 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, se desarrolla esa competencia constitucional en los siguientes preceptos:

“Artículo 35.- Elección de funcionarios. Los concejos se instalarán y elegirán a los funcionarios de su competencia en los primeros diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos constitucionales, previo señalamiento de fecha con tres días de anticipación. En los casos de faltas absolutas, la elección podrá hacerse en cualquier período de sesiones ordinarias o extraordinarias que para el efecto convoque el alcalde.

Siempre que se haga una elección después de haberse iniciado un período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso.”

“Artículo 172.- Falta absoluta del personero. En casos de falta absoluta, el Concejo procederá en forma inmediata, a realizar una nueva elección, para el período restante.

Las faltas temporales del personero serán suplidas por el funcionario de la personería que le siga en jerarquía siempre que reúna las mismas calidades del personero. En caso contrario, lo designará el Concejo y si la corporación no estuviere reunida, lo designará el alcalde. En todo caso, deberán acreditar las calidades exigidas en la presente Ley.

Compete a la mesa directiva del Concejo lo relacionado con la aceptación de renunciaciones, concesión de licencias, vacaciones y permisos al personero.” (Subraya la Sala)

Las disposiciones anteriores permiten arribar a las siguientes conclusiones. En primer lugar, que la designación en interinidad únicamente opera frente a las faltas temporales del personero titular, quedando habilitado para hacerla, según el caso, el mismo personero cuando dentro de la nómina del personal a su cargo exista un funcionario que le siga en jerarquía y cumpla con las calidades y requisitos para el desempeño del cargo; también puede hacer la designación en encargo el propio concejo si no se puede acudir al mecanismo anterior, y si el concejo no lo puede hacer porque no se encuentra sesionando, será el alcalde municipal o distrital quien efectúe la designación en encargo.

En segundo lugar, que para el evento de presentarse falta absoluta del personero titular, antes de la culminación de su período, no está prevista la posibilidad de

acudir a la designación en interinidad. Por el contrario, la voluntad del legislador fue la de que ese nombramiento se hiciera directamente en propiedad, sin que mediara encargo alguno, como así lo precisan esas disposiciones al señalar que *“Siempre que se haga una elección después de haberse iniciado un período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso”*, o que *“En casos de falta absoluta, el Concejo procederá en forma inmediata, a realizar una nueva elección, para el período restante”*.

Pues bien, dado que por virtud del principio de legalidad los servidores públicos sólo pueden hacer aquello que la ley o los reglamentos le permiten, y que su conducta puede juzgarse por *“extralimitación en el ejercicio de sus funciones”* (C.P. Art. 6), llega la Sala a la convicción de que en el contexto en que se produjo el acto acusado no era jurídicamente viable hacer una designación en interinidad o en encargo. Bien claro dice la ley que en esos eventos la corporación administrativa solamente puede hacer la designación para lo restante del período, es decir en propiedad, y que ello debe llevarse a cabo lo más rápido posible o si se quiere inmediatamente, excluyendo de tajo la hipótesis de que el concejo haga nombramientos interinos.

Ahora, el hecho de que en esos eventos el cargo de personero municipal pueda permanecer acéfalo al menos por el término de convocatoria que según el artículo 35 de la Ley 136 de 1994 debe emplearse para poder llegar a la elección correspondiente, no puede determinar un cambio en la tesis que viene sosteniendo la Sala, puesto que fue decisión del legislador que así ocurriera, además de que sería una situación verdaderamente corta porque el mandato en esos casos es que la elección se surta inmediatamente, lo más rápido, esto es empleando el menor tiempo posible para que tal situación no se prolongue, con lo que se quiso privilegiar la necesidad de contar con un personero titular sobre la improcedente posibilidad de tener allí un interino.

6.- Conclusiones

Tomando en cuenta las disquisiciones expuestas en precedencia, colige la Sala que es ilegal la designación que en interinidad hizo el Concejo del Municipio de Candelaria en la persona de Gloria Gallego Lenis, mediante el Acta No. 023 del 4 de marzo de 2009, puesto que las respectivas normas jurídicas no le conferían competencia para ello al concejo municipal de esa entidad territorial. Por tanto, se

confirmará el fallo impugnado.

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,

F A L L A:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del ocho (8) de septiembre de dos mil nueve (2009), proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se anuló la designación de GLORIA GALLEGO LENIS como Personera Interina del municipio de Candelaria.

SEGUNDO.- En firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

MAURICIO TORRES CUERVO
Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

FILEMON JIMENEZ OCHOA