TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA
DESPACHO 01

Santa Marta D.T.C.H., Dos (2) de julio de dos mil diecinueve (2019)

MARÍA VICTORIA QUIÑONES TRIANA
MAGISTRADA PONENTE

ASUNTO:	SENTENCIA
Radicado:	47-001-2333-000-**2019-00284**-00
Demandante:	Antonio Eresmid Sanguino Páez
Demandado:	Decreto No. 570 del 1º de abril de 2019
Proceso:	Nulidad Electoral
Instancia:	Primera

No observándose motivo de nulidad que invalide lo actuado, se decide sobre la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, presentó el señor **Antonio Eresmid Sanguino Páez** en contra del Decreto No. 570 del 1º de abril de 2019, *"Por el cual se designa alcalde encargado del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta"*.

I. RESUMEN DE LA DEMANDA

El señor Antonio Sanguino Páez, expuso en el libelo genitor que, el señor Rafael Martínez fue elegido Alcalde de Santa Marta en las elecciones de 25 de octubre de 2015 para el periodo **2016-2019**, y que a través de Resolución 104 de 15 de marzo de 2019 el Secretario General de la Alcaldía le otorgó el derecho al disfrute de las vacaciones solicitadas por el Acalde entre el **21 de marzo y el 2 de mayo de 2019**.

Afirmó que, como consecuencia de la falta temporal por disfrute de vacaciones, el alcalde expidió Decreto 062 del 20 de marzo de 2019, por el cual encargó de las funciones de alcalde a Adolfo Nicolás Torné Stuwe.

No obstante, precisó que en audiencia del 21 de marzo de 2019 el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías

de Santa Marta confirmó la medida de aseguramiento de detención preventiva en residencia impuesta al señor Martínez. Contra dicha decisión se interpuso recurso de apelación, pendiente por resolver por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta.

Explicó que, ante dicha circunstancia, el comité inscriptor del grupo significativo de ciudadanos FUERZA CIUDADANA remitió el **22 de marzo de 2019** al Presidente la terna de ciudadanos para designar alcalde encargado. No obstante, el Dr. Iván Duque, en su calidad de Presidente de la República, expidió Decreto 570 del 1º de abril de 2019 con el cual designó como alcalde encargado de Santa Marta al señor Andrés Rugeles.

Con base en los hechos resumidos anteriormente, el actor **pretende** la anulación del Decreto 570 del 1º de abril de 2019, *"Por el cual se designa alcalde encargado del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta"*, expedido por el Presidente de la República.

Como consecuencia de lo anterior, **solicita** se ordene al Presidente designar encargado de Santa Marta a alguno de los ciudadanos que conforman la terna enviada por el grupo significativo de ciudadanos "Fuerza Ciudadana" el 22 de marzo de 2019.

En esa medida propone como **cargos de nulidad** en contra del acto administrativo, los siguientes:

- ❖ FALTA DE COMPETENCIA

Argumentó la parte actora que el Decreto 570 del 1º de abril de 2019 es nulo porque la competencia del Presidente de la República para designar alcaldes distritales en encargo por falta temporal del elegido, requiere en los casos de medidas de aseguramiento, que la decisión se encuentre firme y además, solo se activa previa suspensión en el cargo, que también le corresponde al Presidente.

Adicionalmente señaló que, en todos los casos de designación por falta temporal de alcalde, el Presidente está obligado a escoger el reemplazo de la terna enviada por el partido o grupo del elegido y según la jurisprudencia, solo puede hacer una designación "de urgencia" de forma distinta cuando no ha recibido la terna. Sin embargo, en el caso en

concreto, el grupo significativo de ciudadanos Fuerza Ciudadana, envió la terna al Presidente desde el 22 de marzo de 2019, por lo cual el precitado encargo presidencial de urgencia resulta a todas luces ilegal.

Así mismo manifestó que, la falta de competencia del presidente proviene en este caso del hecho de no producirse falta temporal para el momento en que fue expedido el acto demandado, pues el cargo de alcalde se encontraba provisto en encargo, ante la falta temporal generada por las vacaciones concedidas al Alcalde Rafael Martínez y según la competencia que para estos casos le otorga la ley.

- **INFRACCIÓN DE NORMAS SUPERIORES**

En relación con esta causal de nulidad, el demandante expuso que el Decreto demandado desconoció el principio de separación de poderes previsto en el artículo 113 de la Constitución Política, toda vez que dejó sin efectos el decreto de encargo expedido por el alcalde Martínez, para imponer, sin competencia, la designación de un encargado del Gobierno Nacional, so pretexto de evitar un vacío de poder en la Alcaldía de Santa Marta que tampoco existe en este momento. Afirmó que la suspensión de los efectos de los actos administrativos sólo está atribuido a la jurisdicción contenciosa administrativa, de modo que el presidente se atribuyó facultades de los jueces y de los alcaldes, de las cuales no goza.

<u>En síntesis, en los 2 cargos de nulidad expuso el extremo activo:</u>

- La medida de aseguramiento no se encuentra ejecutoriada.
- La designación de alcalde encargado por el Presidente de la República requiere previa suspensión del cargo.
- La designación del acalde encargado por el presidente siempre de atender a una terna del grupo o partido político del elegido.
- El cargo de alcalde de la ciudad de Santa Marta se encuentra provisto de encargo vigente que goza de presunción de legalidad.

II. RESUMEN DE LAS CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

❖ CONTESTACION DE LA DEMANDA (PRESIDENCIA Y ANDRÉS RUGELES)

Expusieron los apoderados de la parte demandada que, como quiera que el alcalde Martínez se encuentra privado de su libertad en espera de que se resuelva la apelación presentada por su defensa en contra de la decisión que le impuso medida de aseguramiento, es claro que existe una laguna legal que genera un vacío de poder y de autoridad porque el mandatario titular está imposibilitado para ejercer funciones, **sin que sea causa legal para se ordene su suspensión, toda vez que la medida no está ejecutoriada.**

En tal sentido precisó que, pese a que la medida esté apelada, ello no obsta para que ésta se encuentre vigente y produciendo efectos, toda vez que Rafael Martínez efectivamente esta privado de su libertad en su residencia, y por ende imposibilitado para cumplir con sus funciones, generándose una falta temporal que debía ser subsanada por el Gobierno Nacional con el único propósito de evitar un vacío de poder que ahonde la problemática de la ciudad.

Frente a la concesión de vacaciones y la existencia de otro encargo, afirmó que si bien es cierto existe un acto administrativo que concedió unas vacaciones y que confirió un encargo al señor Torné Stuwe, no es menos cierto que esas vacaciones dejaron de tener efecto al haberse decretado la medida privativa de libertad del alcalde titular, generándose así un decaimiento del acto administrativo que encargó a Torné, y en consecuencia un vacío en la alcaldía de Santa Marta.

En relación con la terna enviada por el Grupo Significativo de Ciudadanos llamado "Fuerza Ciudadana - La Fuerza del Cambio", señaló que debía cuestionarse si se está frente a una falta temporal o absoluta, porque el caso no se encuadra en ninguna de las circunstancias previstas en los artículos 98 y 99 de la Ley 136 de 1994, toda vez que la medida de aseguramiento no está ejecutoriada, pero está surtiendo efectos jurídicos.

Por otro lado, manifestó que el encargo es eminentemente temporal, mientras se designa alcalde por el procedimiento de terna, siempre y cuando todos los ternados cumplan con los requisitos de ley.

❖ CONTESTACION DE LA DEMANDA (MINISTERIO DEL INTERIOR)

Manifestó el apoderado del Ministerio que de conformidad con los artículos 10 de la Ley 768 de 2002 y 32 de la Ley 1617 de 2013, establecen que el presidente será la autoridad competente para hacer efectiva la suspensión o destitución, y designar al alcalde encargado, en casos de vacancia temporal. Así mismo, determinan que cuando corresponda al Presidente de la República designar el reemplazo del alcalde, deberá escoger un ciudadano que pertenezca al mismo partido o movimiento político del titular, según el procedimiento que establezca la ley.

Indicó que, en tanto permanezca la medida de aseguramiento que le impide al alcalde ejercer sus funciones, se hace necesario designar un alcalde encargado de los ternados por el grupo significativo de ciudadanos Fuerza Ciudadana. Sin embargo, esto se efectuará una vez el presidente verifique la terna que fue convalidada por el Ministerio del Interior.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En audiencia inicial realizada el 21 de junio de 2019, se escuchó en alegatos a las partes del proceso, todas ellas hicieron uso de su derecho reiterando los argumentos expuesto a lo largo del proceso, los cuales quedaron consignados en el CD de la audiencia inicial, el cual se encuentra anexo al expediente.

Así mismo, el Agente del Ministerio Público rindió concepto por medio del cual solicitó en síntesis se declarara la nulidad del acto acusado por considerar que, contrario a lo manifestado por los apoderados de la parte demandada, no existe vacío normativo para regular el presente asunto. Afirmó que el artículo 32 de la Ley 1617 de 2013 es claro en establecer que el Presidente de la República debe designar el reemplazo del alcalde titular de la terna que envió el movimiento político y que cuenta para ello con un término de 30 días.

Por otra parte, considera que en virtud del artículo 106 de la Ley 136 de 1994 estipula que las faltas distintas de la suspensión, el alcalde encargará al Secretario de despacho/de gobierno. Razón por la cual esto no debe estar en discusión, en atención a los funcionarios (incluido el Presidente) deben estar sometidos al imperio de la constitución y la ley, y en ese entendido hay norma que regula la materia.

Afirmó que hay que cuestionarse, si la privación de la libertad como es de aplicación inmediata conlleva necesariamente una falta temporal que habilitaría al presidente de la República a suspender al Alcalde Distrital y nombrar en su reemplazo, si ello fuere así, indicó que no hay lugar a pensar que hay un vacío normativo, y en consecuencia, el Presidente debió primero suspenderlo, y luego proceder a su encargo; concluyó que la suspensión si es un requisito que habilita al presidente para encargar.

Por último, manifestó que, si en gracia de discusión se acepta que el presidente puede suspender al alcalde y nombrar a su reemplazo, debe atender a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 1617 de 2013, el cual estipula un límite temporal para nombrar de la terna.

IV. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER Y TESIS DEL TRIBUNAL

Surtidas todas las etapas del proceso[1], en audiencia inicial se estableció que el problema jurídico **GENERAL** se contrae a establecer si hay lugar a declarar la nulidad del Decreto 570 del 1º de abril de 2019, *"Por el cual se designa alcalde encargado del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta"*, expedido por el Presidente de la República, por falta de competencia e infracción a normas superiores.

Igualmente se plantearon como problemas jurídicos **ESPECIFICOS:**

[1]La demanda fue presentada directamente ante el Consejo de Estado el 3 de abril de 2019. (ff. 6, 24). Por auto del 5 de abril de 2019, la Sección Quinta del H. Consejo de Estado con ponencia del Dr. Carlos Moreno Rubio, resolvió remitir el presente asunto a esta Corporación por falta de competencia. (fol. 26). El proceso fue repartido por parte de la Oficina Judicial de Reparto el 30 de abril de 2019. (fol. 31). correspondiendo el conocimiento del asunto al Despacho 01 de esta Corporación y recibido en la Secretaría del Tribunal el 2 de mayo de 2019. (fol. 31). La demanda fue admitida por auto del 2 de mayo de 2019, y por medio del mismo proveído se negó la solicitud de medida cautelar elevada por la parte actora. (ff. 34-39). La notificación personal del señor ANDRÉS JOSÉ RUGELES PINEDA, del Presidente de la República, de la Ministra del Interior, del Ministerio Público y de la ANDJE se surtió el 6 de mayo de 2019. (ff. 42-57) El aviso público a la comunidad sobre el trámite de acción electoral por parte de la Secretaría del Tribunal se efectuó el 6 de mayo de 2019 en la página web de la Rama Judicial. (ff. 58-59, 163) El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República contestó la demanda por medio de correo electrónico del 23 de mayo de 2019, y posteriormente la presentó en 3 oportunidades más. (ff.69-79, 94-110, 130-146, 147-162) El Ministerio del Interior contestó la demanda el 24 de mayo de 2019. (ff. 84-93, 111-120) El señor Andrés Rúgeles por conducto de apoderado judicial contestó la demanda el 27 de mayo de 2019. (ff.121-129).

1. Determinar si el Presidente de la República tenía la obligación de designar como alcalde encargado del Distrito de Santa Marta a alguno de los integrantes de la terna enviada por el grupo significativo de ciudadanos "Fuerza Ciudadana", aun cuando la designación que se efectuó, era estrictamente temporal.
2. Establecer si la facultad del Presidente de la República para designar alcalde encargado requiere que la medida de aseguramiento proferida en contra del alcalde elegido por voto popular se encuentre debidamente ejecutoriada.
3. Determinar si la competencia del Presidente de la República para designar alcalde encargo se encuentra supeditada a que previamente se haya suspendido al alcalde titular.
4. Indagar si operó el fenómeno de pérdida ejecutoria respecto del Decreto No. 062 del 20 de marzo de 2019, por medio del cual el señor Rafael Martínez encargó de las funciones de alcalde al Dr. Adolfo Torné.
5. Por solicitud del Ministerio Público se agregó como problema jurídico: analizar si al momento de la expedición del acto administrativo demandado, se debió establecer un límite temporal respecto de la designación del alcalde de urgencia.

La tesis del Tribunal se inclina a **NEGAR** las pretensiones de la demanda como se sustenta a continuación.

V. FUNDAMENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL QUE APOYA LA TESIS DEL TRIBUNAL

- **De la competencia del Presidente para designar reemplazo de Alcalde en caso de faltas absolutas o temporales, y de la regulación de las mismas**

El artículo 314 de la Constitución Política de Colombia establece que 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. Este mismo artículo estipula que, **el presidente** y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes.

"ARTICULO 314. 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."

A su turno, los artículos **99, 105 y 106 de la Ley 136 de 1994** consagra un trámite específico respecto a las faltas temporales del Alcalde y el procedimiento para la designación de Alcalde por faltas temporales:

*"ARTÍCULO 99.- **Faltas temporales.** Son faltas temporales del alcalde:*

a. Las vacaciones;

b. Los permisos para separarse del cargo;

c. Las licencias;

d. La incapacidad;

e. La suspensión provisional en el desempeño de sus funciones dentro de un proceso disciplinario, fiscal o penal;

f. La suspensión provisional de la elección, dispuesta por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa;

g. La ausencia forzada e involuntaria."

(Negrilla de la Sala)

*"ARTÍCULO 105.- **Causales de suspensión.** El Presidente de la República en el caso del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, y los gobernadores en los demás casos, suspenderán a los alcaldes en los siguientes eventos:*

1. Por haberse dictado en su contra, resolución acusatoria debidamente ejecutoriada, con privación de la libertad, aunque se decrete en favor del alcalde la excarcelación.

2. Por haberse dictado en su contra, medida de aseguramiento, con privación efectiva de la libertad, siempre que esté debidamente ejecutoriada. *(...)"*

(Negrilla de la Sala)

Artículo 106.- Designación. - 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"

(Negrilla de la Sala)

De los artículos en cita se colige que, la ley en su momento estableció que era considerada una falta temporal para el caso de los alcaldes, la suspensión provisional en el desempeño de sus funciones dentro de un proceso disciplinario, fiscal o penal. Así mismo, se observa que esta causal de suspensión debía ser declarada por el Presidente, y específicamente en relación con la imposición de medidas de aseguramientos en contra del ejecutivo distrital, señalaba que ésta debía estar ejecutoriada. Por otra parte, respecto al trámite para la designación de alcaldes por faltas temporales o absolutas de los titulares, se advierte que no se contempló un término específico para que el Jefe de Estado designara de la respectiva terna.

A su vez, el artículo 32 de la Ley 1617 de 2013 aborda el estudio de la competencia del Presidente para suspender o destituir al alcalde distrital, así como también la competencia para designar el reemplazo de los

alcaldes y **estipula un procedimiento en casos de vacancia temporal o absoluta**, en los siguientes términos:

> *"**ARTÍCULO 32. COMPETENCIA PRESIDENCIAL PARA LA DESIGNACIÓN DEL REEMPLAZO.** El Presidente de la República será la autoridad competente para hacer efectiva la suspensión o destitución, designar su reemplazo y designar al alcalde encargado, en un término no mayor a treinta (30) días, en casos de vacancia temporal. En caso de vacancia absoluta convocar a elecciones para elegir el nuevo alcalde distrital, en un término no superior a noventa (90) días cuando ello sea procedente.*
>
> *En todos los casos en que corresponda al Presidente de la República designar el reemplazo del alcalde, deberá escoger a un ciudadano que pertenezca al mismo partido o movimiento político del titular, según el procedimiento que establezca la ley."*

Bajo el anterior derrotero normativo se colige que, en definitiva, la competencia para destituir o designar a alcaldes encargados es del presidente de la República; adicionalmente, la norma establece que, en los casos de reemplazos, corresponde al Gobierno Nacional escoger a un ciudadano del mismo partido político o movimiento al que pertenezca el alcalde titular, de la terna que debe ser suministrada por el respectivo movimiento político, en un término no mayor de 30 días en aquellos eventos de falta temporal.

- **De los requisitos constitucionales y legales para el encargo "de urgencia" de alcaldes ante la ocurrencia de faltas temporales**

Con el propósito de evitar un vacío de poder en el periodo que opera entre la ocurrencia de la falta temporal del alcalde, y la designación de su reemplazo de carácter definitivo, en algunos eventos, resulta oportuno nombrar de manera temporal a un alcalde de urgencia, mientras que el mismo partido o movimiento político del titular envía la terna al Presidente y mientras éste último verifica que todos los ternados cumplan con los requisitos de ley.

Sea oportuno indicar a modo de ejemplo que, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, no podrán ser encargados o designados como gobernadores o alcaldes para proveer vacantes temporales o absolutas en tales cargos, quienes se

encuentren en cualquiera de las inhabilidades a que se refieren los numerales 1, 2, 5 y 6 del artículo 30 y 1, 4 y 5 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000. En tal sentido, corresponde al Presidente verificar que los ternados no se entren incursos en cualquiera de las inhabilidades señaladas previamente, entre otros requisitos que deben ser satisfechos por los ciudadanos ternados.

Al respecto, la **Sección Quinta del H. Consejo de Estado en sentencia de nulidad electoral del 14 de septiembre de 2017 bajo el radicado 11001-03-28-000-2017-00012-00 CP: Alberto Yepes Barreiro** indicó que con las designaciones que se realizan de urgencia – en ese caso particular del gobernador - no se desconoció lo previsto en el artículo 303 de la Constitución Política, y tampoco la Ley Estatutaria 1475 de 14 de julio de 2011, artículo 29 parágrafo 3º, <u>pues en esos casos advirtió que el mismo acto de nombramiento debe disponer que el encargo definitivo para suplir la falta temporal se hará una vez sea enviada la terna por parte del partido, movimiento o coalición.</u>

En esa misma providencia, el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo señaló que, **los encargos temporales originados en situaciones de urgencia no pueden estar sujetos a los mismos requisitos y ritualidades que debe cumplir el posterior acto electoral definitivo** por el cual se suple la falta absoluta o temporal, ya que dichas exigencias podrían impedir a la autoridad competente designar prontamente a las autoridades territoriales y evitar de esa manera perturbaciones al orden público originadas en la ausencia del gobernante.

Esta posición fue reiterada por la misma Sección Quinta del H. Consejo de Estado en sentencia del 30 de mayo de 2019. Radicado: 11001-03-28-000-2019-00002-00. CP: Alberto Yepes Barreiro.

Igualmente se advirtió que, si bien la persona que es designada por el Presidente de la República para suplir definitivamente la falta temporal – en el caso sometido a estudio del gobernador- debe proceder de una terna proveniente del partido o movimiento político, grupo significativo de ciudadanos o coalición que inscribió al gobernador ausente, dicho requisito de filiación no es exigible respecto de la persona que es encargada temporalmente, con carácter de urgencia, mientras se surte dicho trámite que puede tomar meses, en atención a la necesidad de evitar

un vacío de poder y perturbaciones del orden público originadas en la ausencia del mandatario local.

Con base en el anterior derrotero jurisprudencial, puede **concluir el Tribunal que, ante la ocurrencia de una falta temporal por parte del Alcalde, la persona nombrada por el Presidente de la República en encargo temporal de urgencia,** de manera previa a la remisión de la terna por parte de la agrupación política o coalición por la cual fue inscrito el alcalde elegido popularmente, y previo a la verificación por parte del Presidente de que los ternados cumplan con los requisitos de ley[2], **no necesariamente debe pertenecer a dicha agrupación política o coalición.**

Esto obedece, se reitera, al carácter de urgencia del nombramiento a fin de evitar un vacío de poder y todas las consecuencias que esto puede generar en el Distrito. Sin embargo, tal como lo ha dispuesto el Consejo de Estado, **este nombramiento debe ser eminentemente temporal**, toda vez que es obligación del Gobierno Nacional en cabeza del Presidente suplir de manera definitiva la falta temporal, nombrando a uno de los ternados por el partido o movimiento político, grupo significativo de ciudadanos o coalición que inscribió al alcalde ausente.

- **De la facultad del alcalde para realizar encargo de sus funciones**

Tal como se señaló previamente, el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 establece un procedimiento especial para proveer el cargo de alcalde, ante las faltas absolutas o temporales de los titulares, y particularmente, consagra en relación con la facultad del alcalde para realizar encargo de sus funciones, lo siguiente:

> *"Artículo 106.- Designación. – (...)*
>
> *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."*

Para esta Sala, resulta oportuno destacar que el inciso segundo del artículo 106 estipula que, <u>si la falta fuere temporal, con excepciones a la</u>

[2] Tal como fue expuesto en líneas precedentes, existen requisitos legales que deben ser satisfechos por los ciudadanos ternados, e igualmente deben ser verificados por el Presidente, verbi gracia, el requisito de las inhabilidades.

suspensión, el alcalde tiene la potestad de encargar a uno de sus funcionarios.

En otras palabras, **los alcaldes pueden designar sus reemplazos respecto de hechos voluntarios que ocasionen el retiro temporal del servicio**, tales como: vacaciones, permisos, licencias e incapacidad física transitoria -artículo 99 *ibídem-*; **pero no ocurre igual cuando la falta se genera en virtud de decisión de autoridad judicial o administrativa, que generalmente compromete a la persona del alcalde**, en cuyo caso la única autoridad competente para llenar la falta temporal es el Presidente de la República, de conformidad con lo dispuesto en el **artículo 32 de la Ley 1617 de 2013.**

VI. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS RELEVANTES

A continuación, se relacionan las pruebas que resultan relevantes para la resolución del problema jurídico planteado, así:

¿Cuándo se ordenó el disfrute de vacaciones al alcalde Rafael Martínez y que periodo comprendían sus vacaciones?

Por medio de Resolución No. 104 del 15 de marzo de 2019 el Secretario General ordenó el disfrute de vacaciones de 27 días hábiles, **desde el 21 de marzo al 2 de mayo de 2019**, al señor Rafael Martínez. **(fol. 10)**

¿Cuándo se encargó de las funciones de alcalde al Dr. Adolfo Nicolás Torné y que periodo comprendía su encargo?

Por medio de Decreto No. 062 del **20 de marzo de 2019** el Alcalde Distrital Rafael Martínez encargó de sus funciones al Dr. Adolfo Nicolás Torné Stuwe, durante el lapso que comprendían sus vacaciones, esto es, entre el 21 de marzo y el 2 de mayo de 2019. **(fol. 11)**

¿Por qué motivo el presidente de la República designó un alcalde en la ciudad de santa marta? ¿por qué lapso lo designó?

FRENTE AL PRIMER INTERROGRANTE: De la lectura del acto administrativo demandado – **Decreto 570 del 1º de abril de 2019** *"Por el cual se designa alcalde encargado del Distrito Turístico, Cultura e Histórico de Santa Marta"*- advierte la Sala que el Juzgado Octavo Penal Municipal con

Funciones de Control de Garantías de Santa Marta, **el 15 de marzo de 2019** impuso al señor Rafael Alejandro Martínez, en su calidad de alcalde de la ciudad, medida de aseguramiento privativa de la libertad, consistente en detención preventiva en la residencia, decisión contra la cual la defensa interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, y por parte del Ministerio Público se interpuso recurso de apelación.

Que al resolver el recurso de reposición el día **21 de marzo de 2019**, se mantuvo la decisión y se concedieron los **recursos de apelación en el efecto devolutivo**, correspondiendo el conocimiento de éstos al Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta.

Por esta razón, ante la medida de aseguramiento privativa de la libertad de detención domiciliaria ordenada por el Juzgado Octavo Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Santa Marta, en contra del señor Rafael Martínez, la cual lo imposibilitaba para ejercer sus funciones, consideró el Presidente que debía suplir el vacío de poder, y por este motivo designó alcalde encargado en la ciudad de Santa Marta al Dr. Andrés José Rugeles.

FRENTE AL SEGUNDO INTERROGRANTE: En el acto demandado el presidente indicó que el encargo se efectuaría exclusivamente, mientras el Gobierno Nacional verifica el cumplimiento de los requisitos de las personas que conforman la terna presentada por el grupo significativo de ciudadanos "Fuerza Ciudadana – La Fuerza del Cambio" que inscribió la candidatura del alcalde electo. Igualmente precisó que, el alcalde encargado tendría vocación estrictamente temporal, pues su realización sólo se justifica por la necesidad de garantizar el cumplimiento oportuno de las tareas constitucionales y legalmente encomendadas a la primera autoridad distrital. **Acto demandado: (ff. 7-8)**

¿El comité del grupo significativo de ciudadanos "fuerza ciudadana – la fuerza del cambio" envió la terna al presidente?

Mediante Oficio de fecha **22 de marzo de 2019** los integrantes del comité inscriptor del grupo significativo de ciudadanos "Fuerza Ciudadana – La Fuerza del Cambio" remitieron al presidente la terna de ciudadanos para designar al alcalde encargado, la cual está conformada por las siguientes personas: **(ff. 18-19)**

- Adolfo Nicolás Torné Stuwe.
- Ingris Mirelda Padilla García.
- Luis Guillermo Rubio Romero.

VII. ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

❖ Cuestión previa

Previo a resolver el fondo del presente asunto, considera oportuno la Sala pronunciarse en relación con la solicitud elevada por el Agente del Ministerio Público en audiencia inicial celebrada el 21 de junio de 2019, encaminada a que esta Sala estudiara nuevamente la medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado.

Ante la manifestación realizada, debe precisar esta Colegiatura que, de manera textual el numeral 6º del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011 estipula:

> *"Artículo 277. Contenido del auto admisorio de la demanda y formas de practicar su notificación: (...)*
>
> *6. **En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio,** el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, **en los de primera, el de apelación.**"*
>
> *(Negrilla de la Sala)*

Por lo anteriormente expuesto, es claro para esta Sala que ésta no es la oportunidad procesal correspondiente para solicitar el decreto de medidas cautelares, pues se reitera, este tipo de peticiones deben ser formuladas con la demanda electoral y decididas en el auto admisorio, situación que ya acaeció dentro del asunto de marras.

Es importante aclararle al Agente del Ministerio Público que, con la demanda (como es de su conocimiento) el señor Antonio Sanguino solicitó la suspensión provisional del acto administrativo demandado; empero, con el auto admisorio de fecha 2 de mayo de 2019 dicha petición fue denegada, y contra esta decisión no se interpuso recurso de apelación,

razón por la cual, **la solicitud deprecada por el Ministerio Público es a todas luces improcedente.**

Aclarado lo anterior, corresponde a esta Corporación resolver los problemas jurídicos planteados, así:

En el caso *sub-examine* advierte la Sala que la parte demandante formuló (2) dos cargos de nulidad frente al acto acusado, Decreto 570 del 1º de abril de la presente anualidad, estos son: falta de competencia e infracción a normas superiores.

En relación con el primer cargo – **FALTA DE COMPETENCIA** – señaló la parte actora:

- Que la medida de aseguramiento no se encuentra ejecutoriada.
- Que la designación del alcalde encargado por el presidente requiere previamente la suspensión en el cargo.
- Que, el Presidente de la República debió atender, al momento de designar alcalde encargado, a la terna que el grupo significativo de ciudadanos Fuerza Ciudadana le había enviado.

Tal como es de conocimiento público y como se encuentra probado en el expediente, el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Santa Marta el **15 de marzo de 2019** le impuso al señor Rafael Alejandro Martínez una medida de aseguramiento privativa de la libertad, consistente en detención preventiva en residencia; esta decisión fue objeto de recursos de reposición y en subsidio apelación, tanto por la defensa del señor Martínez como por el Ministerio Público. El recurso de reposición fue resuelto mediante proveído del **21 de marzo de 2019**, y los recursos de alzada aún se encuentran cursando en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta.

Con base en esta situación fáctica, el **22 de marzo de 2019** el Grupo Significativo: Fuerza Ciudadana remitió a la Presidencia de la República la respectiva terna; sin embargo, el Gobierno Nacional en cabeza del Presidente expidió el Decreto 570 del **1° de abril de 2019** por medio del cual designó alcalde encargado de la ciudad de Santa Marta al Doctor Andrés José Rugeles Pineda, sin atender a la terna recibida.

Frente a los argumentos expuestos por la parte actora, los cuales sustentan los cargos de nulidad planteados, son varias las manifestaciones que efectuará la Sala, la primera de ellas es que la Corporación considera que la decisión adoptada por el Presidente de la República mediante el decreto demandado, **en la fecha en que fue proferido**, no desconoció el deber que le impone la ley de designar en reemplazo a un ciudadano que pertenezca al mismo partido o movimiento político del titular, lo anterior por cuanto: 1) en el acto administrativo enjuiciado **se indicó expresamente que el encargo tenía vocación estrictamente temporal**, mientras se verificaba el cumplimiento de los requisitos de los ternados, y 2) al momento de la expedición del acto solo habían transcurrido 5 días hábiles desde que el Juzgado Penal había confirmado la medida de aseguramiento al alcalde elegido por voto popular y **4 días hábiles desde que se había enviado la terna (22 de marzo de 2019).**

Quiere decir lo anterior que, para el momento en que había sido expedido el acto enjuiciado NO HABÍAN TRANSCURRIDO los 30 días que estable el artículo 32 de la Ley 1617 de 2013 para designar alcalde encargado **de la terna**. Luego entonces, el Presidente podía designar a cualquier ciudadano que cumpliera con los requisitos de ley MIENTRAS se estudiaban las hojas de vida de los ternados, tal como en efecto quedó consignado en el decreto demandado.

El Decreto 570 del 1° de abril de 2019 de manera textual dispuso:

> *"Que exclusivamente, mientras el Gobierno Nacional verifica el cumplimiento de los requisitos de las personas que conforman la terna presentada por el grupo significativo de ciudadanos "Fuerza Ciudadana – La Fuerza del Cambio" que inscribió la candidatura del alcalde del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta y se nombra y posesiona al mandatario designado, el presidente de la República debe designar un alcalde encargo, **quien tendrá vocación estrictamente temporal,** pues su realización sólo se justifica por la necesidad de garantizar el cumplimiento oportuno de las tareas constitucional y legalmente encomendadas a la primera autoridad distrital, conforme a lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 del 18 de septiembre de 1997, magistrado ponente, Alejandro Martínez Caballero, expediente 0-1655, sin perjuicio de señalar que **una vez se produzca la designación de uno de los ternados,** inmediatamente concluirá el encargo que por el presente decreto se realiza."*

Ahora bien, resulta oportuno para la Sala precisar que, en el presente proceso electoral lo que se encuentra en debate es la **legalidad del Decreto 570 del 1° de abril de 2019**, es decir, la competencia de esta Corporación se debe circunscribir a un límite temporal, esto es, la fecha de la expedición del acto administrativo demandado, más no a los efectos que este ha generado en el tiempo. Atendiendo a que el juicio de legalidad debe realizarse según las circunstancias de hecho y de derecho vigentes al momento de la expedición del acto.

Lo anterior por cuanto considera esta Colegiatura que, si bien para la fecha de la presente providencia se ha sobrepasado groseramente el término de 30 días que establece la Ley 1617 de 2013 en su artículo 32 para que el Presidente designe de la Terna que había enviado el grupo significativo FUERZA CIUDADANA desde el 22 de marzo de 2019, lo cierto es que ello no implica *per se* que frente al acto administrativo se hayan configurado alguna de las causales de anulación consagradas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que, se reitera, al momento de expedir el decreto no había transcurrido el lapso de 30 días y en consecuencia, **mientras se estudiaba la terna**, el presidente no podía dejar acéfala la alcaldía y en tal sentido designó alcalde encargado de manera temporal.

Así las cosas, mientras se elegía un nuevo alcalde, y con la finalidad de no generar un vacío de poder en la entidad territorial mientras era provista de manera definitiva de conformidad con la Constitución y la ley, **el Presidente de la República se encontraba en la obligación de designar temporalmente a un alcalde de urgencia.** Fue por esta razón que mediante la expedición del decreto demandado se designó como autoridad de la ciudad al Dr. Andrés José Rugeles Pineda.

Sea oportuno reiterar que, con base en la jurisprudencia de la Sección Quinta del H. Consejo de Estado citada previamente, el Presidente, para designar al alcalde de urgencia, mientras le era enviada la terna por parte de la coalición y **mientras es estudiada la misma por parte del Gobierno Nacional,** no tenía la obligación de encargar a un ciudadano respetando el partido, movimiento o coalición que inscribió al mandatario.

Mucho menos tenía la obligación de atender, para este encargo temporal por situación de urgencia, los mismos requisitos y ritualidades que debe cumplir el posterior acto electoral definitivo por el cual se suple la falta

temporal, debido a que, en palabras del Consejo de Estado, dichas exigencias podrían impedir a la autoridad competente designar prontamente a las autoridades territoriales y evitar de esa manera perturbaciones al orden público originadas en la ausencia del gobernante.

En síntesis, el **primer problema jurídico** planteado por la Sala se resuelve de la siguiente manera: Teniendo en cuenta que a la fecha de expedición del Decreto 570 del 1° de abril de 2019 no había vencido el término de los 30 días que consagra la Ley 1617 de 2013, el Presidente de la República podía realizar una designación de alcalde encargado de urgencia mientras se verificaba el cumplimiento de los requisitos de las personas que conformaban la terna. Es decir, al tratarse de un encargo estrictamente temporal, sujeto a una condición, no debía necesariamente nombrarse a uno de los ternados.

Sea oportuno aclarar y retirar por parte de esta Sala que, la Ley 1617 de 2013 si establece una obligación en cabeza del presidente de la República en aquellos casos de vacancia temporal de designar alcalde encargado en un término no mayor de (30) días, debiendo escoger para dicha dignidad a un ciudadano que pertenezca al partido o movimiento político del titular, empero, en el asunto de marras a la fecha en que fue proferido el decreto demandado el presidente se encontraba dentro de dicho término preclusivo, y condicionó su designación al estudio de la terna recibida. Quiere decir ello que, la actuación del presidente se encontraba ajustada a la Ley hasta ese momento.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala considera que **no tiene vocación de prosperidad el primer cargo de nulidad denominado** FALTA DE COMPETENCIA- formulado por la parte demandante, relacionado específicamente con que el encargo efectuado por el presidente debía respetar la terna enviada.

Así mismo, es importante precisar que, en este cargo de nulidad el extremo activo de la litis también planteó que no era posible designar acalde encargado por parte del Presidente, en virtud de que la medida de aseguramiento no se encuentra ejecutoriada y adicionalmente porque la competencia del Gobierno para encargar se activa previa suspensión del acalde elegido por voto popular.

Respecto a lo esbozado, debe indicar la Sala que no conservan vigencia las previsiones contenidas en el numeral 2° del artículo 105 de la Ley 136 de 1994[3], en relación con que cualquier medida de aseguramiento que se le imponga a los alcaldes debe estar debidamente ejecutoriada para que proceda inicialmente su suspensión y en consecuencia, se proceda a designar su reemplazo.

Lo anterior por cuanto, el artículo 95 de la Ley 906 de 2004[4] - norma posterior- estableció de manera expresa que las medidas cautelares se cumplirán de forma inmediata después de haber sido decretadas, y se notifican a las partes a quienes afectan una vez cumplidas.

Conforme a lo anterior, es evidente que los anteriores compendios normativos señalaban situaciones diferentes, toda vez que en tratándose del Decreto 2700 de 1991 consagraba que para el caso de los servidores públicos estos sólo podrían ser privados de la libertad cuando a juicio del fiscal o juez, la aprehensión afecta la buena marcha de la administración. Aparte de que para hacer efectiva la medida de aseguramiento se requiere *a priori* suspensión en el ejercicio del cargo.

Dicho lo anterior, se puede concluir que la respuesta al **segundo y tercer problema jurídico** es la siguiente: la medida de aseguramiento no debe estar debidamente ejecutoriada para que proceda la designación de alcalde en su reemplazo, en virtud de que, las medidas de aseguramiento se cumplen de manera inmediata, lo que genera al servidor la imposibilidad de continuar con el ejercicio de las funciones propias del cargo. Así como tampoco en la actualidad es requisito indispensable para proveer el cargo, suspender al alcalde titular, toda vez que la orden de medida cautelar lleva ínsita la suspensión del funcionario.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala advierte que **no existe mérito para anular el acto acusado** por el cargo denominado por el actor: FALTA DE COMPETENCIA.

---

[3] *"**ARTÍCULO 105.- Causales de suspensión**. El Presidente de la República en el caso del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, y los gobernadores en los demás casos, suspenderán a los alcaldes en los siguientes eventos:*

(...)
2. Por haberse dictado en su contra, medida de aseguramiento, con privación efectiva de la libertad, siempre que esté debidamente ejecutoriada."

[4] Artículo 95. Cumplimiento de las medidas. Las medidas cautelares se cumplirán en forma inmediata después de haber sido decretadas, y se notificarán a la parte a quien afectan, una vez cumplidas.

Ahora bien, en relación con el segundo cargo de nulidad – **INFRACCIÓN DE NORMAS SUPERIORES** – explicó la parte actora que el decreto demandado desconoció el principio de separación de poderes previsto en el artículo 113 de la Constitución Política, toda vez que dejó sin efectos el Decreto No. 062 del 20 de marzo de 2019, mediante el cual el señor Rafael Martínez encargó de sus funciones al Dr. Adolfo Torné durante las vacaciones a él otorgadas, para imponer – a su juicio- , sin competencia, la designación de un encargado del Gobierno Nacional, so pretexto de evitar un vacío de poder en la Alcaldía de Santa Marta el cual no existía. Afirmó que la suspensión de los efectos de los actos administrativos sólo está atribuido a la jurisdicción contenciosa administrativa, de modo que el presidente se atribuyó facultades de los jueces y de los alcaldes, de las cuales no goza.

<u>Esta censura no está llamada a prosperar por lo que a continuación se explicará:</u>

Lo primero a precisar es que por medio de Resolución No. 104 del 15 de marzo de 2019 el Secretario General del Distrito ordenó el disfrute de vacaciones de 27 días hábiles, **desde el 21 de marzo al 2 de mayo de 2019**, al señor Rafael Martínez, y por esta razón, mediante Decreto No. 062 del **20 de marzo de 2019** el Alcalde Distrital encargó de sus funciones al Dr. Adolfo Nicolás Torné Stuwe, por el citado periodo de vacaciones.

Por su parte, el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Santa Marta el día **15 de marzo de 2019** impuso la multicitada medida de aseguramiento al señor Rafael Martínez, decisión que fue confirmada al resolverse recurso de reposición el **21 de marzo de 2019**.

Así las cosas, tal como se indicó en el capítulo de los fundamentos legales y jurisprudenciales que apoyan la tesis del Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 **los alcaldes pueden designar sus reemplazos respecto de hechos voluntarios que ocasionen el retiro temporal del servicio**, verbigracia, las <u>vacaciones</u>; **pero no ocurre igual cuando la falta se genera en virtud de decisión de autoridad judicial o administrativa, que generalmente compromete a la persona del alcalde**, en cuyo caso la única autoridad competente para llenar la falta temporal

es el Presidente de la República, de conformidad con lo dispuesto en el **artículo 32 de la Ley 1617 de 2013.**

En el presente asunto, si bien el señor Rafael Martínez tenía la competencia para designar su reemplazo por motivo de sus vacaciones, hecho voluntario que ocasionaría su retiro temporal del servicio, lo cierto es que la situación fáctica cambió desde el preciso momento en que se le impuso la medida de aseguramiento en su contra, es decir, desde el momento en que la falta se generó con ocasión a la decisión de la autoridad judicial, ya no de forma voluntaria. Luego entonces, contrario a lo expuesto por el demandante, la autoridad encargada de proveer el cargo del alcalde es el Presidente de la República, tal como ocurrió, pues se reitera el cargo si se encontraba vacante, en virtud de que el encargo efectuado por el alcalde electo quedó sin efectos, es decir, perdió su fuerza ejecutoria.

El artículo 91 de la Ley 1437 de 2011 consagra el fenómeno jurídico de la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos, que en sí representa la pérdida de obligatoriedad y por tanto pasan a un estado de inejecución, cuando se presentan alguna de las causales contenidas en la disposición normativa en comento, a saber:

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

2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.

4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.

5. Cuando pierdan vigencia.

Es claro entonces, que al operar alguna de las causales enlistadas, el acto administrativo deja de producir efectos jurídicos, situación que debilita la eficacia del acto, más no su existencia.

En el caso en concreto, los fundamentos de hecho que originaron el encargo realizado por el señor Rafael Martínez desaparecieron, debido a que el alcalde ya no se encontraba disfrutando de sus vacaciones por la medida de aseguramiento impuesta en su contra, la cual de tajo interrumpió las misma. En definitiva, el Decreto No. 062 del **20 de marzo de 2019** expedido por el Alcalde Distrital Rafael Martínez, por medio del cual encargó de sus funciones al Dr. Adolfo Nicolás Torné Stuwe, dejó de producir efectos jurídicos.

Por lo anteriormente expuesto, la respuesta a este **problema jurídico** es que, **SI operó el fenómeno de pérdida ejecutoria** respecto del Decreto No. 062 del 20 de marzo de 2019, por medio del cual el señor Rafael Martínez encargó de las funciones de alcalde al Dr. Adolfo Torné.
En suma, esta causal de nulidad tampoco tiene vocación de prosperidad.

Por último, frente al quinto problema jurídico establecido por la Sala: *"analizar si al momento de la expedición del acto administrativo demandado, se debió establecer un límite temporal respecto de la designación del alcalde de urgencia"* se debe indicar que, la ley no consagró unos requisitos específicos que debía cumplir el acto administrativo por medio del cual se realizaba una designación por encargo cuando este fuera de urgencia, máxime si se advierte que esta figura no fue contemplada en la ley sino que fue desarrollada jurisprudencialmente.

En tal sentido, las únicas dos obligaciones que la Ley 1617 de 2013 impone al Presidente para la designación del reemplazo en casos de vacancia temporal son: 1) designar alcalde encargado en un término no mayor de 30 días, y 2) escoger para el reemplazo a un ciudadano que pertenezca al mismo partido o movimiento político del titular.

Así mismo, la jurisprudencia de la Sección Quinta del H. Consejo de Estado en sentencia citada en el presente proveído precisó que, **los encargos temporales originados en situaciones de urgencia no pueden estar sujetos a los mismos requisitos y ritualidades que debe cumplir el posterior acto electoral definitivo** por el cual se suple la falta absoluta o temporal. Luego entonces, a juicio de esta Corporación el presidente no debía fijar un límite temporal en el decreto demandado, lo que él debía hacer era estudiar la

respectiva terna dentro del lapso preclusivo que ya se encuentra consignado en la ley.

Sea oportuno reiterar que, esta Corporación como institución garante de la Constitución y la Ley, considera que ha pasado tiempo suficiente para que el Gobierno Nacional se pronuncie respecto de la terna recibida por parte del Grupo Significativo: Fuerza Ciudadana, en aras de respetar la democracia de esta ciudad y los planes programados por el mandatario elegido por voto popular, empero, esta situación no es de resorte de esta Sala **en el presente medio de control**, pudiendo ser debatido en otras acciones, *verbi gracia*, la acción de cumplimiento. Lo anterior por cuanto se insiste, en el asunto *sub-examine* el juicio de legalidad debe realizarse según las circunstancias de hecho y de derecho vigentes al momento de la expedición del Decreto 570 del 1° de abril de 2019 y no sus efectos posteriores.

VI. CONCLUSIÓN

Conforme con lo expuesto y teniendo en cuenta que ninguna de las causales de nulidad alegadas por el demandante se materializaron, la Sala negará las pretensiones de la demanda que buscaban la anulación del Decreto 570 del 1º de abril de 2019 a través del cual se designó como alcalde encargado del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta al Dr. Andrés José Rugeles Pineda. Lo anterior obedece a que el requisito de filiación y, en consecuencia, el nombramiento de la terna, no es exigible respecto de la persona que se encarga temporalmente con carácter de urgencia, en atención a la necesidad de no dejar acéfala la entidad territorial, exigencia que si es indispensable para el acto electoral definitivo por el cual se suplirá la falta definitiva.

Adicionalmente, porque el acto demandado fue expedido dentro del término de los 30 días que consagra el artículo 32 de la Ley 1617 de 2013, más específicamente al 5to día hábil de haber sido confirmada la medida de aseguramiento en contra del señor Rafael Martínez y al 4to día hábil de haber recibido la respectiva terna, razón por la cual, para esa fecha, aun contaba con un amplio término el presidente de la República para verificar el cumplimiento de los requisitos por parte de los ciudadanos integrantes de la pluricitada terna; situación diferente es que a la fecha dicho término

no haya sido respecto, pero se insiste, esta nueva situación fáctica no es de resorte de esta Corporación en el presente medio de control.

Sin embargo, ello no es obstáculo para que esta Corporación exhorte al Gobierno Nacional para que dé cumplimiento a la obligación legalmente establecida en los artículos 10 de la ley 768 de 2002, artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 y artículo 32 de la Ley 1617 de 2013.

Reitera el Tribunal que, tanto la Constitución como la Ley, imponen el deber al presidente de designar en encargo a un ciudadano que pertenezca al mismo partido o movimiento político del titular, no obstante, no puede desconocer el demandante que, si bien ellos enviaron la respectiva terna, lo cierto es que es deber del Gobierno Nacional verificar que los ciudadanos ternados cumplan con los requisitos de ley para ejercer el cargo,

Por último, las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, por cuanto es errado afirmar que el cargo de alcalde se encontraba provisto mediante encargo en atención a las vacaciones otorgadas al señor Rafael Martínez, toda vez que el Decreto No. 062 del 20 de marzo de 2019 expedido por el Alcalde Distrital titular, por medio del cual encargó de sus funciones al Dr. Adolfo Nicolás Torné Stuwe, dejó de producir efectos jurídicos en el mismo instante en que le fue impuesta medida de aseguramiento en su contra, generándose así una falta temporal que solo puede ser suplida por el Presidente de la República, como en efecto ocurrió.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el **Tribunal Administrativo del Magdalena**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: EXHORTAR al Presidente de la Republica para que dé cumplimiento a la obligación legalmente establecida en los artículos 10 de la ley 768 de 2002, artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 y artículo 32 de la Ley 1617 de 2013.

TERCERO: NEGAR por improcedente la solicitud presentada por el Agente del Ministerio Público, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, se ordena su archivo.

QUINTO: NOTIFICAR a las partes de conformidad con el artículo 289 del C.P.A.C.A.

MARÍA VICTORIA QUIÑONES TRIANA
Magistrada Ponente

ADONAY FERRARI PADILLA
Magistrado
Con salvedad parcial de voto

MARIBEL MENDOZA JIMENEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA

Santa Marta, dos (2) de julio del año dos mil diecinueve (2019).

PROCESO : ASUNTO ELECTORAL
ACCIONANTE : ANTONIO ERESMID SANGUINO PÉREZ
ACCIONADO : DESIGNACIÓN ALCALDE ENCARGADO
RADICACIÓN : 47-001-3333-000-2019-00284-00
MAG. PONENTE : MARÍA VICTORIA QUIÑONES TRIANA

Con el respeto y consideración que le profeso a mis ilustres colegas me permito manifestar que **me separo en forma parcial** de la decisión adoptada por la sala dual en calenda del dos (2) de julio del hogaño y en particular con lo consignado en el numeral segundo (2do.) de la parte resolutiva de la decisión en aquella parte en que imparte ordenación en el sentido de ***"Exhortar al presidente de la República para que dé (sic) cumplimiento a la obligación legalmente establecida en los artículos 10 de la ley 768 de 2002, artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 y artículo 32 de la Ley 1617 de 2013"***. En efecto, sea dable acotar en primer orden que la pretensión contenciosa sub exámine se encausa a obtener la declaratoria de nulificación del decreto Presidencial No.570 del 1° de abril del hogaño ***"Por el cual se designa alcalde encargado del Distrito, Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta"*** toda vez que el mismo deviene en contrario al ordenamiento jerárquicamente superior, entre otras, los cánones 105 de la Ley 136 de 1994, Ley 600 de 2000, 10 de la Ley 768 de 2002 y 32 de la Ley 1617 de 2013 habida cuenta de que para proceder tanto a la suspensión del alcalde electo como la designación de su reemplazo por vía de la figura administrativa del **encargo** debía estar debidamente ejecutoriada la medida de aseguramiento a él impuesta. Amén de que la designación del ejecutivo distrital que se designe en encargo debía sujetarse a la terna del grupo, movimiento o partido político del funcionario electo.

A su turno tanto las entidades oficiales y el funcionario público demandado se permiten aducir, en lo pertinente, que mientras permanezca la privación de la libertad del ejecutivo distrital electo se hace necesario encargar del Despacho a uno de los ternados por el grupo significativo de ciudadanos que lo avaló mientras la terna se convalida por el Ministerio del Interior a más de considerar que, la designación efectuada del encargado lo fue ***"de urgencia"*** en los términos decantados por el H. Consejo de Estado en sentencia

del 14/09/17. Exp. 11000103289090920170001200 y el interlocutorio de calenda 25/05/17. Exp. 11001032800020170011200.

Debe el infrascripto señalar en primer orden que la Constitución Política de Colombia señala en su canon sexto ad pedem litterae:

> "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

En atención a la norma pre-transcrita le corresponde al Estado garantizar que la actividad que desarrollan los servidores públicos en ejercicio de sus funciones se ajuste, de manera estricta, a lo consagrado en la normativa supralegal. En efecto, el artículo 6 de la Constitución señala que los servidores públicos son responsables no solo por infringir la Constitución y las leyes, sino, también cuando incurran en omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, norma ésta que guarda estrecha relación con el artículo 123 de la Carta según el cual, los servidores públicos "están al servicio del Estado y de la comunidad" y sometidos a "la Constitución, la ley y el reglamento". De guisa, pues, que a objeto de determinar la responsabilidad de cualquier servidor público, es indispensable precisar el ámbito de sus deberes funcionales, ello con el propósito de determinar cuándo se está ante una omisión o una extralimitación habida cuenta de que en el logro de esos elementos teleológicos *los servidores públicos no pueden distanciarse del objeto principal para el cual fueron instituidos, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley, y el reglamento; por lo tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, cuando en su desempeño vulneran el ordenamiento superior y legal vigente, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (arts. 6 y 123 CN)".*[1]

En concordancia con la preceptiva señalada antes tiénese que el canon 124 supralegal le imparte ordenación al legislador a fin de que determine ***"la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva"***.

Dicho lo anterior, a mi juicio, no se puede acudir a meros eufemismos y al arte de birlibirloque –tal y como acontece con las actuaciones de los órganos centrales de la administración pública- a fin de hacerle esguince a inequívocos y expresos mandatos que demarcan el ámbito competencial sobre la materia en examen. Al efecto, me permito citar y transcribir las disposiciones que regulan la competencia del Presidente; disposiciones éstas que son de orden público que enervan per se el acudir a argumentaciones tales como verbi gratia: ***"vacío***

[1] Corte Constitucional. Sentencia C-708 del 22 de septiembre de 1999, M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

de poder", ***"encargo de urgencia"***, ***"vacío legal"***, entre otras, en aras de justificar lo injustificable. En efecto, tal normativa es que paso enunciar seguidamente ad litteram consagra la Carta Política:

> "**ARTICULO 314.** ***Alcaldes.*** Modificado. Acto Legislativo 02 de 2002. Art. 3º. 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."

A su turno la Ley 136 de 1994, *"Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios"* establece lo siguiente con respecto a las faltas temporales del Alcalde y el procedimiento para la designación de Alcalde por faltas temporales:

> "**ARTÍCULO 99. FALTAS TEMPORALES.** Son faltas temporales del alcalde:
>
> a) Las vacaciones;
>
> b) Los permisos para separarse del cargo;
>
> c) Las licencias;
>
> d) La incapacidad física transitoria;
>
> e) **La suspensión provisional en el desempeño de sus funciones dentro de un proceso** disciplinario, fiscal o **penal**;
>
> (subrayas y negrillas fuera del texto original)
>
> f) La suspensión provisional de la elección, dispuesta por la Jurisdicción Contencioso Administrativa;
>
> g) La ausencia forzada e involuntaria." (...)
>
> "**ARTÍCULO 105.-** ***Causales de suspensión.*** El Presidente de la República en el caso del Distrito Capital de Santa Fe de

Bogotá, y los gobernadores en los demás casos, suspenderán a los alcaldes en los siguientes eventos:

1. Por haberse dictado en su contra sentencia debidamente ejecutoriada con privación de la libertad, aunque se decrete a su favor la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

(Modificado por el art. 34 de la Ley 1551 de 2012.)

2. Por haberse dictado en su contra, medida de aseguramiento, con privación efectiva de la libertad, siempre que esté debidamente ejecutoriada.

(subrayas y negrillas fuera del texto original)

3. A solicitud de la Procuraduría General de la Nación o de autoridad jurisdiccional competente de acuerdo con el régimen disciplinario previsto en la ley.

4. Declarado Inexequible Sentencia C 229 de 1995 Corte Constitucional. Decía así: Cuando la Procuraduría General de la Nación, solicite la suspensión provisional mientras adelante la investigación disciplinaria, de conformidad con la ley.

5. Cuando la Contraloría General de la República solicite la suspensión provisional de conformidad a lo establecido en el numeral 8 del artículo 268 de la Constitución Política. La Contraloría bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.

PARÁGRAFO .- En caso de delitos culposos, solamente habrá lugar a la suspensión de que trata el numeral segundo cuando no se decrete en favor del alcalde la excarcelación u otro beneficio que implique la libertad física.

*"**ARTÍCULO 106. DESIGNACIÓN.** 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 tema 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."

(subrayas y negrillas fuera del texto original)

De otra parte, sea dable acotar el que la Ley 768 de 2002 (julio 31) *"Por la cual se adopta el Régimen Político, Administrativo y Fiscal de los Distritos Portuario e Industrial de Barranquilla, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta"* consagra en cabeza del presidente de la República competencia para suspender o destituir al alcalde distrital, amén de designar **el alcalde encargado** en casos de falta absoluta o temporal e incluso convocar elecciones en aquellos eventos en que fuere procedente. En efecto, el canon 10 de la normativa en mención señala:

> **"Competencia presidencial para la designación del reemplazo**. El Presidente de la República será la autoridad competente para suspender o destituir al alcalde distrital, **designar al Alcalde encargado en casos de falta temporal** o absoluta y convocar a elecciones para elegir el nuevo alcalde mayor, cuando ello sea procedente. **En todos los casos en que corresponda al Presidente de la República designar el reemplazo del alcalde, deberá escoger a un ciudadano que pertenezca al mismo partido o movimiento político del titular**.".

(subrayas y negrillas fuera del texto original)

De igual tenor lo viene a ser la preceptiva inserta en el canon 32 de la Ley 1617 *"Por la cual se expide el Régimen para los Distritos Especiales"* del 05 de febrero de 2013, que ad pedem litterae previene

> **"COMPETENCIA PRESIDENCIAL PARA LA DESIGNACIÓN DEL REEMPLAZO.** El Presidente de la República será la autoridad competente para hacer efectiva la suspensión o destitución, designar su reemplazo y **designar al alcalde encargado, en un término no mayor a treinta (30) días, en casos de vacancia temporal**. En caso de vacancia absoluta convocar a elecciones para elegir el nuevo alcalde distrital, en un término no superior a noventa (90) días cuando ello sea procedente.
>
> **En todos los casos en que corresponda al Presidente de la República designar el reemplazo del alcalde, deberá escoger a un ciudadano que pertenezca al mismo partido o movimiento político del titular, según el procedimiento que establezca la ley**".

(subrayas y negrillas fuera del texto original)

Esta preceptiva reproduce, en lo pertinente, la disposición inserta en el artículo 10 pre-transcrito de la Ley 768 de 2002, empero, el Legislador fue lo más detallado, limitativo y por demás previsivo para establecer un espacio temporal (30 días) para proceder a designar el alcalde encargado en aquellos eventos, de falta temporal, cuya competencia le hubiere sido así asignada a más de que debía efectuarse escogiendo un ciudadano perteneciente al mismo partido, movimiento o grupo político del alcalde electo.

Ahora bien, con relación a la figura del encargo, el Decreto 1083 de 2015[2] señala:

> *"**ARTÍCULO 2.2.5.9.7 Encargo.** Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo."*

Conforme con lo anterior, se efectúa un encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro dignidad vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

En igual sentido, pero no menos importante, lo vienen a ser la normas contenidas en el decreto 2700 de 1991, leyes 600 de 2000 y 906 de 2004 que hacen referencia, en su orden, a los Códigos de Procedimiento Penal derogados y el actualmente vigente. En efecto, se hace alusión a los mismos habida cuenta de que una lectura aún lo fuere ligera de los apartes correspondiente a medidas cautelares permite inferir de manera palmar que al menos el último de los referidos (Ley 906/04) no se encuentra en consonancia con la situación fáctica de la cuestión litigiosa sub exámine, ello por la potísima circunstancia de que no conservan vigencia las previsiones contenidas en la Ley 136 de 1994 (Art. 105 Num 2do.) en lo atinente a que cualesquier medida de aseguramiento que pese sobre el ejecutivo distrital ha de estar debidamente ejecutoriada para que proceda inicialmente su suspensión y a renglón seguido se proceda a designar su reemplazo (encargo o convocar a elecciones) –según el caso-.

Pues bien, a diferencia de los precedentes Estatutos Procedimentales la Ley 906 de 2004 en su artículo 95 previó de manera expresa que **las medidas cautelares se cumplirán en forma inmediata** después de haber sido decretadas, y se notificarán a la parte a quien afectan, una vez cumplidas. En cambio, las precedentes codificaciones señalaban situación diferente toda vez que en tratándose del decreto 2700 de 1991 (Arts. 374 y 399) consagraba que para el caso de los servidores públicos estos sólo podrían ser privados de la libertad cuando a juicio del fiscal o juez, la aprehensión no afecte la buena marcha de la administración. Aparte de que para **hacer efectiva la medida de aseguramiento se requería a priori suspensión** en el ejercicio del cargo; procedimiento este último que en lo sustancial se mantuvo vigente en el canon 359 de la Ley 600 de 2004.

Así las cosas, al haber desaparecido de los Estatutos Procedimentales las exigencia de que, de una parte, se encuentre –para el caso de los alcaldes-

[2] Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

debidamente ejecutoriada la medida restrictiva de la libertad, y de otra, la previa suspensión de la dignidad oficial ocupada no puede conllevar a que exista vacío de poder o legal bajo el entendido de que el legislador no fue previsivo o lo suficientemente "perverso" -en palabras del togado de la Presidencia- para dar solución al aparente impase. No, la solución es lo más sencilla al existir un procedimiento breve y por demás limitado en el tiempo para que se proceda por parte del Ejecutivo a proveer la dignidad, esto es, acudir a designar y/o proveer de la terna remitida por el denominado movimiento o grupo significativo de ciudadanos **"Fuerza Ciudadana – La Fuerza del Cambio"** radicada en la Presidencia de la República en calenda del 22 de marzo de 2019 al ciudadano que deba fungir en la calidad de alcalde distrital encargado de Santa Marta – Magd., en el lapso preclusivo de treinta (30) días. Ahora bien, de manera habilidosa se quiere hacer prevalecer el criterio de que el encargo efectuado se hizo con fundamento en derrotero pretoriano del Honorable Consejo de Estado en el sentido que posibilita la designación bajo la plurimencionada figura del encargo por virtud de la necesidad manifiesta de designar a algún funcionario **"de urgencia"** siendo palmar considerar que las circunstancias fácticas y jurídicas a las que se contraen tales pronunciamientos en modo alguno guardan coincidencia, similitud o analogía con la situación litigiosa sub exámine. Amén de que el listado contentivo de la plurimencionada terna fue radicada hace más de tres meses y no resulta justificativo que en tan amplio lapso el Gobierno Nacional no hubiere efectuado un minucioso y exhaustivo examen de las hojas de vida a más de sopesar las capacidades académicas, profesionales y éticas de los ciudadanos ternados, empero, se denota un protervo proceder que en mi criterio personal –itero- con mayores veras conduce a inferir que debió modularse la sentencia y/o condicionar la legalidad del acto objeto de enjuiciamiento para que dentro del precisos lapso, verbi gratia: de cinco (5) o diez (10) días procediera el Ejecutivo Nacional a proveer la designación vacante en la figura del encargo con alguno de los ternados.

Sobre el particular debo señalar que si bien es cierto el examen de legalidad de la norma que se controvierte se realiza en el momento en que el acto nace a la vida jurídica y no posteriormente de tal guisa que situaciones que se generen a posteriori de su adopción enervan al juez de la legalidad emitir pronunciamiento alguno es lo cierto también por demás que ello no se aplica de manera irrestricta y absoluta en asuntos análogos. En efecto, sobre el particular me permito acotar que atendiendo reiterados criterios delineados al respecto tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional el rigor del principio de rogatividad vigente al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se ha flexibilizado y dinamizado en pro de garantizar la prevalencia del derecho sustancial y la eficacia de los derechos fundamentales, y en particular cuando la pretensión incoada versa con un asunto de simple

nulidad.[3] Pues bien, en tal sentido ha sido la Corte Constitucional en extremo munífica en la aplicación del principio de justicia rogada, en aquellas eventualidades en que el criterio argumentativo del accionante (concepto de violación) previsto en el libelo de inexequibilidad es insuficiente pero comprensible, habida cuenta de que yerros o meras falencias como la advertida no pueden conllevar en modo alguno denegar un cargo atinente a un canon supralegal, cuando el conflicto versa ni más ni menos que de derechos fundamentales de aplicación inmediata, o, cuando se patentice por el Juez la manifiesta incompatibilidad de la Constitución con la disposición cuya aplicación se pretende.

No sobra recordar que la Corte Constitucional, en pretérita ocasión al examinar la constitucionalidad del numeral 4 del artículo 137 del CCA, el cual se conserva en su redacción en la actual codificación en lo relativo a la carga procesal de la parte actora de indicar las normas infringidas y explicitar el alcance o concepto de la violación delineó en la sentencia C-197 de 1999 que cuando el juzgador de lo contencioso administrativo advierta la infracción de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección muy a pesar de que faltando a la técnica procesal sobre la materia no hubiere cumplido la parte actora rigurosamente con ese mandato. De guisa, pues, que bien puede el juez Contencioso en aras de asegurar y tutelar la defensa de los derechos fundamentales y en estricta aplicación de la Constitución Política, como es su deber, declarar írritos actos administrativos por razones no formuladas en la demanda con fundamento en la primacía de los derechos fundamentales, la aplicación preferente de la Constitución y la prevalencia del derecho sustancial (Art. 228 C.P.). Pues bien, en aras de garantizar la efectividad de esos derechos fundamentales y en particular los consagrados en el canon 40 de la Carta Política (derechos políticos) el cual es de aplicación inmediata (artículo 85 ibídem) está el Juez Electoral en la obligación de hacer prevalecer los derechos de los electores no sólo en el sentido de elegir sino con mayores veras que se priorice y prevalezca el acatamiento irrestricto al programa ideológico político del funcionario electo lo cual se trastocaría si no se modula o condiciona la decisión como la aquí adoptada en el sentido de señalarle un lapso preciso e inequívoco en el tiempo para que el Presidente de la República efectúe la designación de la terna oportunamente radicada. En efecto, en torno a la pertinencia de modular y/o condicionar las decisiones en materia contenciosa ha delineado el Honorable Consejo de Estado el criterio siguiente:

---

[3] Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C. P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, 26 de noviembre de 2008, radicado 13001-23-31-000-2001-00816-01; Corte Constitucional Sentencias T-146 de 2010 y T-047 de 2011 M.P. M.P. María Victoria Calle Correa, T-553 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

"Para dirimir este singularidad, la Sala apelará -una vez más- la figura de la validez condicionada o sentencia modulativa de legalidad, que se ha aplicado en algunas ocasiones en esta jurisdicción, para señalar ahora que los actos administrativos de la Registraduría Nacional del Estado Civil son válidos, pero bajo el entendimiento de que la causa o motivo que alude a las razones de seguridad nacional no se ajusta al ordenamiento jurídico; pero las expresadas acerca de que las ofertas no se ajustan a las exigencias del pliego de condiciones sí soportan suficientemente la decisión administrativa. Por esta razón, y bajo este entendimiento se declarará la validez de los actos administrativos.

La justificación teórica y práctica de esta forma de decidir tiene apoyo en la siguiente providencia de la Sala Plena de esta Corporación -sentencia del 16 de junio de 2009, exp. 11001-03-15-000-2009-00305-00. CP. Enrique Gil Botero-, cuya inteligencia se comparte en esta ocasión:

"Por esta razón, la declaración de validez o no de esta disposición no es posible hacerla de forma pura y simple, porque ambas alternativas son insuficientes para ajustarse a la posibilidad de control que la Sala advierte para esta norma; es decir, que declarar la nulidad sería una medida extrema –por el sacrificio que inflige-, porque algunas formas de representación –vocería- la puede asumir el Agente Líder, pero existe otra que no –según se acaba de ver-, de manera que la nulidad sería desproporcionada. Sin embargo, la validez pura y simple tendría defectos similares –por la tolerancia injustificada que implica-, pues es evidente que esta norma no se ajusta perfectamente a la ley.

"Frente a esta situación la Sala considera, apoyada en los principios del efecto útil de las normas y el de conservación del derecho, en virtud de los cuales se destaca y acentúa la idea de que en la producción normativa se invierte un esfuerzo administrativo, jurídico y político que vale la pena conservar, que se deben y pueden modular las sentencias de validez, cuando se encuentre algún sentido a la norma controlada que se ajuste al derecho vigente, de modo que, por esta vía, se logran dos propósitos: i) eliminar del ordenamiento jurídico las interpretaciones y aplicaciones que vulneran el derecho –exclusión total de la ilegalidad, para mantener aséptico el ordenamiento jurídico-, y ii) se conserva exclusivamente la aplicación e interpretación ajustada a la constitución o la ley –inclusión plena de la legalidad, para mantener dinámico el ordenamiento jurídico

"Esta actitud también conserva al juez administrativo dentro de la esfera de legalidad que debe observar, en el ejercicio de sus funciones, pues lo que le ordena la Constitución y la

ley es que controle la legalidad de los actos administrativos que examina, lo cual realiza con más perfección cuando modula las sentencias, toda vez que no siempre las situaciones que se presentan a sus ojos son blancas o negras, esto es, válidas o nulas –y menos en la compleja realidad jurídica que se vive-, y con esta técnica obtiene mayor provecho para ejercer el control de la administración pública moderna"

Así las cosas, en aras de efectivizar principios crasos de la democracia participativa, principio fundante del Estado (elegir y ser elegido, constitución de partidos y movimientos políticos, difusión de ideas y plataformas políticas, transparencia legitimidad, etc.) el juez electoral se encuentra en la obligación a compatibilizar y armonizar tales principios y valores constitucionales *"en donde su análisis no puede tener como fin último o único la prevalencia de los derechos del elegido, en los que, seguramente para lograr la pervivencia y eficacia del sistema democrático, estos pueden resultar limitados. En ese orden de ideas, para la efectiva realización de la democracia, se requiere que, con fundamento en los parámetros constitucionales, el Estado y los individuos cumplan y observen sus presupuestos -entendidos como esos requisitos formales y materiales para el acceso a un cargo o función pública que la norma fundamental ha fijado-, razón por la que no es posible subordinar sus fundamentos a la realización exclusiva de los derechos fundamentales del elegido, pues estos solo se pueden satisfacer cuando previamente se han observado los supuestos para la realización de la democracia, entendida esta como principio y valor fundante del Estado colombiano. Por ello es que no puede perderse de vista que, el acto electoral antes que el derecho del elegido, es el derecho del elector y que, por ende, en esta materia el principio pro homine opera a favor del segundo y no del primero, lo que se traduce en pro hominum (humanidad), pro electoratem (electorado) o pro sufragium (electores)"*[4].

Así pues, bajo el entendimiento precedente estimo que la decisión adoptada debió haber sido limitativa en el tiempo señalando un lapso preclusivo para que el Ejecutivo procediera a proveer la dignidad de alcalde encargado del distrito Cultural e Histórico de Santa Marta y no acudir al etéreo, sutil y tenue término de "exhortar" por cuanto no se logra el propósito serio y real de materializar un principio fundante del Estado.

En estos términos dejo expuesta mi salvedad parcial a la decisión adoptada por la Sala Dual.

ADONAY FERRARI PADILLA

[4] Consejo de Estado. Sentencia del siete (07) de junio dos mil dieciséis (2016) Radicación: 11001-03-28-000-2015-00051-00 Radicado Interno: 2015-00051 Actor: Emiliano Arrieta Monterroza Demandada: Oneida Rayeth Pinto Pérez – Gobernadora de La Guajira