



Función Pública

Sentencia 2019-00284 de 2019 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD ELECTORAL

Radicación: 47001-23-33-000-2019-00284-01

Demandantes: ANTONIO ERESMID SANGUINO PAÉZ Y OTROS

Demandado: ANDRÉS JOSÉ RUGELES PINEDA

Tema: Nulidad contra el acto de designación del alcalde encargado del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por el agente del Ministerio Público delegado ante el Tribunal Administrativo del Magdalena y el apoderado del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, contra la sentencia del 2 de julio de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en la que se decidió lo siguiente:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: EXHORTAR al Presidente de la República 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.

(...)”.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El senador de la República, Antonio Eresmid Sanguino Páez coadyuvado por otros congresistas que firmaron la demanda, esto es, los señores Pablo Catatumbo, José A. Polo, Alberto Castilla Salazar, Inti Raúl Asprilla Reyes, Fabián Díaz Plata, León Fredy Muñoz Lopera, María José Pizarro, David Racero, Jorge Londoño y Victoria Sandino, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, solicitaron que se declare nulo el Decreto 570 del 1º de abril de 2019, por el cual el presidente de la República designó como alcalde encargado del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta para el periodo 2016-2019, al señor Andrés Rugeles Pineda.

En la demanda se elevaron puntualmente, las siguientes pretensiones:

“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”.

b. Ordenar al presidente de la República designar alcalde encargado de Santa Marta de la terna de ciudadanos enviada por el grupo significativo de ciudadanos “Fuerza Ciudadana” el 22 de marzo de 2019”.

2. Hechos

Indicaron que el señor Rafael Alejandro Martínez fue elegido como alcalde de Santa Marta en las elecciones del 25 de octubre de 2015, para el periodo 2016- 2019, cargo para el cual tomó posesión el 1º de enero de 2016.

Comentaron que a través de la Resolución 104 del 15 de marzo de 2019, el Secretario General de la Alcaldía de Santa Marta, otorgó el derecho de vacaciones, solicitadas por el alcalde Martínez, entre el 21 de marzo al 2 de mayo de 2019.

Destacaron que, en razón a la falta temporal por el disfrute de las vacaciones mencionadas, el alcalde Martínez expidió el Decreto 062 del 20 de marzo de 2019, por el cual encargó de las funciones del funcionario distrital al señor Adolfo Nicolás Torné Stuwe, director jurídico de la referida alcaldía.

Señalaron que en audiencia del 21 de marzo de 2019, el juez Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Santa Marta, se pronunció sobre la medida de aseguramiento de detención preventiva en residencia, impuesta al señor Rafael Alejandro Martínez.

Anotaron que, contra dicha decisión, el señor Martínez interpuso recurso de apelación pendiente de resolverse por parte del juez Primero Penal del Circuito Judicial de Santa Marta.

Apuntaron que, ante tal circunstancia, los integrantes del comité inscriptor del grupo significativo de ciudadanos “Fuerza Ciudadana - La Fuerza del Cambio”, mediante oficio de 22 de marzo de 2019, remitieron al presidente de la República la terna de ciudadanos para designar al alcalde encargado de Santa Marta, durante la falta temporal del elegido, conforme a la ley.

Sostuvieron que, no obstante lo anterior, el presidente de la República expidió el Decreto 570 de 1º de abril de 2019, con el cual designó como alcalde encargado de Santa Marta al señor Andrés José Rugeles Pineda, secretario de Transparencia del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República “mientras se designaba el alcalde por el procedimiento de terna”.

3. Normas violadas y concepto de la violación

Los demandantes señalaron como vulneradas, las siguientes normas: artículos 99, 105 y 106 de la Ley 136 de 1994, 10 de la Ley 768 de 2002 y 32 de la Ley 1617 de 2013, 6 y 122 de la Constitución Política, 2.2.5.2.2, 2.2.5.5.1 y del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015.

Sostuvieron que el Decreto 570 del 1º de abril de 2019 expedido por el presidente de la República es nulo por falta de competencia y por infringir normas superiores, 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 en firme y además, solo se activa previa suspensión en el cargo, que también corresponde al presidente.

Anotaron que, en todos los casos de designación por falta temporal del alcalde, el presidente está obligado a escoger el reemplazo de la terna enviada por el partido o movimiento político 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 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.

Agregaron que, asimismo, la falta de competencia del presidente de la República proviene en este caso del hecho de no producirse la falta temporal para el momento en que fue expedido el acto demandado, pues el cargo de alcalde de Santa Marta se encuentra 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.

Expusieron que en cuanto a la infracción de normas superiores, el Decreto demandado desconoce el principio de separación de poderes previsto en el artículo 113 de la Constitución Política, toda vez que deja 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 al momento de presentar la demanda. Lo propio puede predicarse del artículo 238 del texto superior, en la medida en que la suspensión de los efectos de los actos administrativos solo está atribuido a la jurisdicción contenciosa administrativa. De este modo, el presidente se atribuye facultades exclusivas del juez de lo contencioso administrativo y de los alcaldes, de los cuales en forma evidente no goza.

Como fundamento de lo anterior, expusieron los siguientes puntos:

i. La medida de aseguramiento no se encuentra ejecutoriada

Explicaron que el artículo 99 de la Ley 136 de 1994 relaciona las situaciones que generan faltas temporales de los alcaldes, encontrándose como primer supuesto las vacaciones.

Comentaron que el artículo 105 de la misma ley, señala los casos que dan lugar a la suspensión de los alcaldes, entre las cuales se encuentra la medida de aseguramiento con privación de la libertad, debidamente ejecutoriada.

Resaltaron que, en concordancia con los artículos 10 de la Ley 768 de 2002 y 32 de la Ley 1617 de 2013, el presidente de la República es la autoridad competente para: i) hacer efectiva la suspensión del cargo de alcalde de los distritos especiales y ii) designar alcalde encargado ante situaciones que constituyan falta temporal.

Argumentaron que, teniendo en cuenta tales normas, la medida de aseguramiento con privación de la libertad no es una situación que genere falta temporal del alcalde por sí sola. Para estos casos, la ley ha previsto en primer lugar, que la medida se encuentre ejecutoriada y en segundo lugar, que el presidente o el gobernador según el caso, suspenda al alcalde.

Sustentaron que, sobre lo primero en vigencia de la Ley 600 de 2000, al analizar la constitucionalidad del numeral 2 del artículo 105 de la Ley 136 de 1994, la Corte Constitucional consideró (sin precisar en qué providencia), que prevalecía la norma especial de suspensión de los alcaldes sobre la norma general del anterior Código de Procedimiento Penal, según la cual, las medidas cautelares eran de cumplimiento inmediato, regla que se mantiene en términos similares en los artículos 95 y 177 del Código de Procedimiento Penal vigente.

Indicaron que, aunque la apelación contra el auto que impone la medida cautelar en el proceso penal se concede en el efecto devolutivo, según el citado artículo 177 del Código de Procedimiento Penal y por lo tanto, no se suspende el cumplimiento de la decisión, la jurisprudencia constitucional advierte que, para efectos de la suspensión del alcalde sobre quien recaiga la medida de aseguramiento con privación de la libertad, debe esperarse a la ejecutoria de la decisión de la autoridad penal.

ii. La designación del alcalde encargado por el presidente de la República requiere previamente la suspensión en el cargo

Explicaron que conforme con el artículo 10 de la Ley 768 de 2002, es competencia del presidente de la República, suspender a los alcaldes distritales y designar al alcalde encargado en casos de falta temporal, evento en el cual deberá designar en reemplazo a un ciudadano del mismo partido o movimiento político del elegido.

Establecieron que, en concordancia con el artículo 32 de la Ley 1617 de 2013, el presidente de la República tiene la competencia para “hacer efectiva” la suspensión de los alcaldes distritales y designar en un término de 30 días alcalde encargado en caso de vacancia temporal del mismo partido o movimiento político del titular del cargo, “según el procedimiento que establezca la ley”.

Enfatizaron que, como se indicó previamente, de acuerdo con los artículos 99 y 105 numeral 2 de la Ley 136 de 1994, la medida de aseguramiento con privación de la libertad no genera la falta temporal del alcalde sino que requiere la intervención del presidente de la República o del gobernador, según el caso, para que suspenda al mandatario y de esta forma, es la suspensión la que crea la falta temporal en el cargo.

Destacaron que la decisión de designar a un alcalde encargado “*mientras se designa alcalde por el procedimiento de terna*”, como dice el decreto demandado, no tiene respaldo en ninguna norma, mucho menos en la competencia residual del presidente de la República, consagrada en el artículo 66 de la Ley 4 de 1913 que allí se invoca.

Apuntaron que el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 se ocupó de regular la provisión del cargo del alcalde ante la falta temporal, distinta a la suspensión, en cabeza del propio alcalde o del secretario de gobierno.

Puntualizaron que 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.

Sustentaron que, toda vez que en el caso concreto el alcalde de Santa Marta elegido para el periodo 2016-2019, no se encuentra suspendido por el presidente de la República, tampoco se ha activado su competencia para designar al mandatario encargado.

iii. La designación de alcalde distrital encargado por el presidente de la República siempre debe atender a una terna del grupo político del elegido.

Argumentaron que, atendiendo al principio de legalidad consagrado en los artículos 6º y 122 de la Constitución Política, las funciones de los servidores públicos son regladas, de modo que no pueden ejercer competencias que excedan lo dispuesto para sus cargos en la Constitución, la ley o el reglamento.

Indicaron que, en particular, sobre la competencia del presidente de la República en virtud de la cual le corresponde designar alcalde encargado en los distritos especiales ante la suspensión y falta absoluta del elegido, los artículos 10 de la Ley 768 de 2002 y 32 de la Ley 1617 de 2013, coinciden en exigir que el reemplazo pertenezca a la misma agrupación política que avaló al elegido. De hecho, el referido artículo 32 de la Ley 1617 añade que esa escogencia debe realizarse *“según el procedimiento que establezca la ley”*.

Enfatizaron en que, el presidente de la República está obligado a atender en todos los casos a la terna de ciudadanos que presente el partido político o grupo significativo de ciudadanos, como está previsto expresamente para los casos de faltas absolutas en el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 y el parágrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011.

Explicaron que, en ese sentido es pertinente acudir a la jurisprudencia del Consejo de Estado que, para el caso de falta absoluta de gobernador, subrayó el deber del presidente de la República de designar al reemplazo de la terna enviada por la agrupación política del elegido, durante el interregno de la destitución y la nueva elección.

Sustentaron que, aunque la misma Corporación respaldó las designaciones de *“urgencia”* del presidente para evitar un vacío de poder en caso de faltas temporales o absolutas de mandatarios, lo cierto es que lo permitió de manera temporal *“mientras el partido o movimiento político que avaló la candidatura del anterior mandatario llega a un acuerdo y presenta la terna a consideración del gobierno”* e incluso 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”*.

Anotaron que en este caso, el presidente de la República cuenta con la terna enviada por el grupo significativo de ciudadanos *“Fuerza Ciudadana”*, desde el 22 de marzo de 2019, desconocida so pretexto de verificar el cumplimiento de los requisitos de las personas que la conforman. Dicho requisito de verificación de antecedentes, no condiciona la designación según la terna que es propiamente la que exige la ley para ese caso específico.

iv. El cargo de alcalde de Santa Marta se encuentra provisto mediante encargo vigente que goza de presunción de legalidad.

Sostuvieron que, de conformidad con los artículos 2.2.5.2.2, 2.2.5.5.1 y 2.2.5.5.50 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015, las vacaciones constituyen una de las situaciones administrativas en las que pueden encontrarse los empleados públicos, las cuales generan vacancia temporal del cargo y la provisión en encargo (o por nombramiento en provisionalidad para los cargos de carrera).

Indicaron que, una de las situaciones que generan falta temporal de los alcaldes son las vacaciones, de acuerdo con el literal a) del artículo 99 de la Ley 136 de 1994 y en concordancia, el artículo 106 de la misma ley faculta al alcalde encargar en ese caso a uno de sus secretarios de despacho.

Señalaron que justamente el alcalde de Santa Marta procedió conforme a la ley, antes de quedar impuesta la medida de aseguramiento y en pleno ejercicio de sus funciones, toda vez que, habiéndose concedido vacaciones mediante acto administrativo del 15 de marzo de 2019, encargó al director jurídico de la Alcaldía a través de decreto expedido el 20 de marzo de 2019, esto es, antes de la decisión de 21 de marzo de 2019 del juez penal, en virtud de la cual le fue impuesta medida de aseguramiento privativa de la libertad en residencia.

Explicaron que, para la fecha de la medida de aseguramiento, el cargo de alcalde se encontraba provisto mediante encargo, dispuesto en un acto administrativo que no ha sido suspendido ni anulado por el juez competente y que, por lo tanto, se encuentra surtiendo los efectos allí dispuestos.

Anotaron que por lo mismo, con el decreto de designación en encargo que ahora se demanda, el presidente de la República desconoció el principio de separación de poderes por doble vía, de un lado, porque solo el juez de lo contencioso administrativo puede suspender o anular los actos que profieren las autoridades públicas, tal y como lo prevé el artículo 238 de la Constitución Política, y por el otro, el alcalde tiene competencia para hacer encargos durante sus faltas temporales, siempre que no haya sido suspendido, tal y como ocurrió en el caso concreto.

Destacaron que no es oponible el argumento invocado en las consideraciones del acto demandado, apoyado en la sentencia C-448 de 1997 de la Corte Constitucional, que admite los nombramientos en interinidad de alcaldes que efectúe el presidente de la República “por la necesidad de garantizar el cumplimiento oportuno de las tareas constitucional y legalmente encomendadas a la primera autoridad municipal”, pues dichas tareas estaban y aún están –para la fecha de presentación de la demanda- asignadas por la vía del encargo y hasta el 2 de mayo de 2019 al actual director jurídico de la Alcaldía de Santa Marta.

4. Actuación procesal en la primera instancia

Por auto del 5 de abril de 2019 el despacho sustanciador de esta Corporación remitió el proceso, por competencia en primera instancia, al Tribunal Administrativo del Magdalena.

Mediante auto del 2 de mayo de 2019, el Tribunal Administrativo del Magdalena admitió la demanda, ordenó las notificaciones de rigor y negó la medida cautelar de urgencia consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto demandado. Igualmente dispuso la notificación del agente del Ministerio Público.

Con base en lo anterior, ordenó notificar personalmente al presidente de la República, al ministro del Interior y al señor Andrés José Rugeles Pineda, para que en el término de ley ejercieran su derecho a la defensa. También se dispuso la notificación del agente del Ministerio Público.

Dentro del término de ley, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior y el señor Andrés José Rugeles Pineda contestaron la demanda¹.

En proveído del 10 de junio de 2019², se fijó fecha para celebrar la audiencia inicial prevista en el artículo 283 de la Ley 1437 de 2011, la cual se llevó a cabo el día 21 de junio siguiente³.

En la audiencia se adelantaron las siguientes actuaciones: (i) se saneó el proceso; (ii) se fijó el litigio; (iii) se resolvió sobre las pruebas pedidas por las partes; (iv) se prescindió de la audiencia de pruebas al no considerar necesaria su práctica y (v) se le concedió el uso de la palabra a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al agente del Ministerio Público para que rindiera su concepto.

En la audiencia inicial se fijó el litigio de la siguiente manera:

“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.

Problemas jurídicos ESPECIFICOS:

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 encargado 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. Analizar si al momento de la expedición del acto administrativo se debió establecer un límite temporal respecto de la designación del alcalde temporal".⁴

5. Contestaciones de la demanda

5.1. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

Mediante apoderado, la referida entidad contestó la demanda en los siguientes términos:

Sostuvo que la presidencia de la República se opone a todas las pretensiones de anular el Decreto 570 del 1º de abril de 2019, en virtud del cual el gobierno nacional designó en encargo al señor Andrés José Rugeles Pineda como alcalde del Distrito de Santa Marta, decisión adoptada de forma transitoria mientras se cumple con la designación del nuevo titular de esa repartición territorial, de la terna que debe presentar el partido o movimiento político que avaló la candidatura del anterior mandatario, retirado del cargo por haberse ordenado su detención preventiva en el marco de un proceso penal que se sigue en su contra por presuntos actos de corrupción.

Sustentó que de conformidad con el artículo 10 de la Ley 768 de 2002 "*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*" el presidente de la República es la autoridad competente para suspender o ejecutar una eventual destitución de los alcaldes distritales, designar mandatarios encargados en los casos de falta temporal o absoluta y convocar a elecciones para elegir un nuevo titular cuando sea necesario.

Anotó que las causales de faltas absolutas y temporales de los alcaldes están definidas en los artículos 98 y 99 de la Ley 136 de 1994 "*por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*" y de su lectura puede inferirse que no está contemplada como tal la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad que esté en vigor pese a haber sido apelada, como ocurre con el alcalde Martínez, privado de su libertad por orden judicial sobre la que está pendiente de decidirse una apelación presentada por su defensa técnica.

Estableció que, por su parte, el artículo 105 de la Ley 136 de 1994 prevé los casos en los que debe procederse con la suspensión de los alcaldes y se exige que una eventual medida de aseguramiento privativa de la libertad que afecte al mandatario se encuentre ejecutoriada y en la misma demanda se informa que la decisión de privar al alcalde Martínez de su libertad en su residencia, fue apelada, de suerte que en este momento no es posible aplicar la herramienta legal de la suspensión del alcalde.

Explicó que, pese a lo anterior, comoquiera que el alcalde Martínez se encuentra privado de su libertad en espera de que se resuelva la apelación presentada por su defensa, es claro que existe una laguna legal que genera un vacío de poder y de autoridad porque el mandatario titular está imposibilitado para ejercer sus funciones, sin que exista causa legal para que se ordene su suspensión, como lo exigen los demandantes.

Argumentó que, en un caso como este el presidente debió hacer uso de herramientas que la Ley 4 de 1913 le confirió como jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa, de conformidad con la interpretación que de ella hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1997.

Explicó que, si bien es cierto que existe un acto administrativo que concedió las vacaciones al alcalde Martínez y que en virtud de ello este confirió un encargo de sus funciones al señor Torné Stuwe, no es menos cierto que como ocurre con cualquier otra situación administrativa reglada, esas vacaciones dejaron de tener efecto al haberse decretado la medida privativa de la libertad del alcalde titular, generándose así un

decaimiento del acto de encargo concedido a favor del señor Torné Stuwe, evidenciándose así un vacío de poder al quedar acéfala la administración distrital.

Afirmó que era cierto que el grupo significativo de ciudadanos “Fuerza Ciudadana -La Fuerza del Cambio” presentó a consideración del primer mandatario una terna de candidatos a regir los destinos del distrito de Santa Marta con motivo de la ausencia de su titular por la medida de aseguramiento impuesta en su contra.

Estableció que la argumentación de los demandantes incurre en un error, al afirmar que el nombramiento efectuado tiene carácter definitivo, pasando por alto que dicho encargo es eminentemente temporal, mientras se designa alcalde por el procedimiento de la terna enviada, como lo dispone expresamente el artículo 1 del Decreto 570 del 1º de abril de 2019.

Indicó que lo que es jurídicamente relevante es la designación del reemplazo definitivo, que se adoptará de la terna presentada por el movimiento político al que pertenece el alcalde titular, siempre y cuando todos los ternados cumplan con los requisitos de ley, lo cual se definirá en el curso de los siguientes días.

Resaltó que la figura del encargo tiene soporte legal suficiente y tiene doble carácter de ser una situación administrativa en la que se puede encontrar un empleado en servicio activo para que atienda total o parcialmente las funciones de otro cargo; y por otro, es una modalidad transitoria de provisión de empleos vacantes.⁵

5.2. Ministerio del Interior

El apoderado de la entidad que participó en la producción del acto acusado, contestó la demanda en los siguientes términos.

Expuso que ante la medida de aseguramiento privativa de la libertad como detención domiciliaria ordenada por el juez Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Santa Marta, en contra del señor Rafael

Alejandro Martínez, se evidencia la imposibilidad para que éste ejerza las funciones de alcalde del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, generándose un vacío de poder o autoridad, el cual debía ser suplido por el presidente de la República, en virtud de lo señalado por el artículo 66 de la Ley 4 de 1913, en concordancia con la sentencia C-448 de 1997.

Sostuvo que en tanto permanezca la medida de aseguramiento que le impide ejercer las funciones de alcalde distrital al señor Rafael Alejandro Martínez, quien fue elegido alcalde del Distrito de Santa Marta para finalizar el periodo 2016 - 2019, se hace necesario encargar el citado despacho, a uno de los ternados por el grupo significativo de ciudadanos “Fuerza Ciudadana - La Fuerza del Cambio”.

Precisó que la terna fue convalidada jurídicamente por el Ministerio del Interior el día 3 de mayo de 2019, mediante comunicado OFI19- 13966 - OAJ- 1400.

Comentó que una vez se verifique la terna convalidada, el señor presidente designará a uno de los ternados que pertenezca al mismo partido o movimiento político del titular, según el procedimiento que establece el artículo 32 de la Ley 1617 de 2013⁶.

5.3. Andrés José Rugeles Pineda

Mediante apoderado, el demandado intervino en los siguientes términos:

Expuso que de conformidad con el artículo 10 de la Ley 768 de 2002 “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” el presidente de la República es la autoridad competente para suspender o ejecutar una eventual destitución de los alcaldes distritales, designar mandatarios encargados en los casos de falta temporal o absoluta y convocar a elecciones para elegir un nuevo titular cuando sea necesario.

Precisó que de acuerdo con lo decidido por el Consejo de Estado en otras oportunidades, la designación temporal de un alcalde encargado no está sujeta a las mismas reglas restrictivas previstas para la designación del reemplazo definitivo, al ser un acto intermedio de urgencia con limitada vigencia en el tiempo.

Sostuvo que, por ello la argumentación de los demandantes yerra, al asumir la tesis de que ese nombramiento tiene carácter definitivo, pasando por alto que este encargo es eminentemente temporal *“mientras se designa alcalde por el procedimiento de terna”*, como lo dispone expresamente el artículo 1 del Decreto 570 del 1º de abril de 2019.

Anotó que lo que es jurídicamente relevante es la designación del reemplazo definitivo que se adoptará de la terna presentada por el movimiento político al que pertenece el alcalde titular, siempre y cuando todos los ternados cumplan con los requisitos de ley, lo cual se definirá en el curso de los siguientes días.

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

Estableció que, en ese orden de ideas, no es cierto que exista causal alguna que imponga la necesidad de anular el Decreto 570 de 1º de abril de 2019, y en refuerzo de ello, es preciso referir la sentencia del 25 de mayo de 2017, dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado en el expediente 11001-03-28- 000-2017-00112-00.

6. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 2 de julio de 2019⁷ el Tribunal Administrativo del Magdalena resolvió negar las pretensiones de la demanda, exhortar al presidente de la República para que dé cumplimiento a la obligación legalmente establecida en los artículos 10 de la Ley 768 de 2002, 29 de la Ley 1475 de 2011 y 32 de la Ley 1617 de 2013 y negar por improcedente la solicitud presentada por el agente del Ministerio Público.

Como fundamento de la decisión, manifestó en resumen lo siguiente:

Sostuvo que bajo la normativa aplicable al caso es posible concluir que la competencia para destituir o designar alcaldes encargados es del presidente de la República; adicionalmente, las normas establecen 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 a 30 días en aquellos eventos de falta temporal.

Sostuvo que, la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia de nulidad electoral del 14 de septiembre de 2017 bajo radicado 11001-03-28-000-2017-000112-00, con ponencia del Dr. 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 3, 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.

Adujo que, igualmente se advirtió que si bien la persona que es designada por el presidente de la República para suplir definitivamente la falta temporal debe proceder de una terna proveniente del partido o movimiento político, grupo significativo de ciudadanos o coalición que inscribió al mandatario 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 originados en la ausencia del mandatario local.

Manifestó que la decisión adoptada por el presidente de la República mediante el decreto acusado, en la fecha 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, por cuanto: i) 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 ii) 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.

Sostuvo que si bien para la fecha de esa 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 de ciudadanos, 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, 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 a un alcalde encargado de manera temporal.

Aclaró que resulta del caso señalar que, en este cargo de falta de competencia, la parte actora también planteó que no era posible designar alcalde 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 alcalde elegido por voto popular.

Estableció que sobre el particular debía destacarse que las previsiones contenidas en el numeral 2 del artículo 105 de la Ley 136 de 1994, no conservan vigencia 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 con su reemplazo.

Explicó que lo anterior, por cuanto el artículo 95 de la Ley 906 de 2004, 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.

Resaltó que tratándose de faltas temporales que tienen lugar por decisiones de una autoridad judicial o administrativa, la única autoridad competente para llenar dicha falta temporal, es el presidente de la República, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 1617 de 2013.

Expuso que en este caso, si bien el señor Rafael Martínez tenía la competencia para designar su reemplazo por motivo de sus vacaciones, hecho voluntario que ocasionó 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 ese instante la falta se generó con ocasión a la decisión de una autoridad judicial.

Señaló que no obstante, es claro que ha pasado tiempo suficiente para que el gobierno nacional se pronuncie respecto de la terna recibida por parte del grupo significativo de ciudadanos “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 esa Corporación en el presente proceso, pudiendo ser debatido en otras acciones como la de cumplimiento.

Por último, advirtió que la solicitud del Ministerio Público tendiente a que se resolviera nuevamente sobre la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto acusado era abiertamente improcedente.

7. Los recursos de apelación

Inconformes con la decisión adoptada, tanto el Ministerio Público como el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República,

interpusieron recursos de apelación a través de escritos del 16 de julio de 2019⁸, los cuales se concedieron mediante providencia del día 17 del mismo mes y año⁹.

Los argumentos de los escritos de apelación se pueden sintetizar, de la siguiente manera:

7.1. Agente del Ministerio Público

El referido Ministerio solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Alegó que en el caso que motiva el recurso de apelación, no existe derogatoria expresa o tácita el numeral 2 del artículo 105 de la Ley 136 de 1994 por la Ley 906 de 2004 como tampoco orgánica, estudio este de insoslayable verificación para el Tribunal de primera instancia, pero que dejó de lado y, por ello, concluyó sin fundamento jurídico y sin argumentación alguna que apoyara dicha conclusión de encontrarse derogado el numeral 2 del artículo 105 de la Ley 136 de 1994.

Adujo que, la Corte Constitucional en la sentencia C-576 de 2004 sostuvo que la expresión *“siempre que esté debidamente ejecutoriada”* contenida en el numeral 2 del artículo 105 de la Ley 136 de 1994, de una parte se encuentra vigente y de otra se ajusta a la Constitución.

Anotó que por ello, el numeral 2 del artículo 105 de la Ley 136 de 1994 está vigente y por ende es aplicable para la solución del presente caso a efectos de determinar que el presidente de la República en este asunto no tenía competencia para suspender al alcalde distrital de Santa Marta o para hacer efectiva su suspensión por no encontrarse ejecutoriada la medida de aseguramiento de detención preventiva en su domicilio y mucho menos estaba facultado para designar su reemplazo.

Sostuvo que el artículo 10 de la Ley 768 de 2002, señala la competencia presidencial para designación del reemplazo del alcalde, en casos de falta temporal o absoluta y convocar a elecciones para elegir el nuevo alcalde cuando ello sea procedente. En todos los casos en que corresponda al presidente designar el reemplazo del alcalde, deberá escoger a un ciudadano que pertenezca al mismo partido o movimiento político del titular.

Comentó que, a su vez, el artículo 32 de la Ley 1617 de 2013, establece que el presidente 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 30 días, en casos de vacancia temporal.

Destacó que, conforme a esta disposición, para que el presidente de la República adquiera competencia para hacer efectiva la suspensión y designar el reemplazo se requiere la ocurrencia de una vacancia temporal.

Argumentó que, comoquiera que las leyes que regulan el régimen para los Distritos Especiales, no regulan las faltas temporales o absolutas de los alcaldes distritales, se debe acudir al inciso segundo del artículo 2 de la Ley 1617 de 2013 que establece *“en aquellos eventos no regulados por las normas especiales, o que no se hubieren remitido expresamente a disposiciones aplicables a alguno de los tipos de entidades territoriales, previstas en la Constitución Política, la ley ni a las que está sujeto el Distrito Capital de Bogotá, estos se sujetarán a las disposiciones previstas para los municipios”*.

Sostuvo que resulta aplicable el artículo 99, literal e) de la Ley 136 de 1994 que se adecúa a la situación fáctica planteada en este caso particular al disponer que *“la suspensión provisional en el desempeño de sus funciones dentro de un proceso disciplinario, fiscal o penal”* constituye una falta temporal del alcalde.

Sustentó que, igualmente resulta aplicable el artículo 105, numeral 2 de la misma ley, por disponer que el presidente en el caso del distrito capital de Bogotá y los gobernadores en los demás casos, suspenderán a los alcaldes en los siguientes eventos: *“por haberse dictado en su*

contra, medida de aseguramiento con privación efectiva de la libertad, siempre que esté debidamente ejecutoriada”.

Determinó que la suspensión provisional en el desempeño de sus funciones dentro de un proceso penal por haberse dictado en su contra medida de aseguramiento, con privación efectiva de la libertad, tiene lugar siempre que esté debidamente ejecutoriada.

Insistió que no existía vacío normativo ni de poder, por cuanto un secretario del despacho del alcalde estaba al frente del ente territorial como lo prevé el artículo 106 citado.

Mencionó que la temporalidad del nombramiento definitivamente no puede librarse al azar o a la eventualidad del estudio de las hojas de vida de los ternados, por cuanto los requisitos que debe verificar son los contenidos en el parágrafo tercero del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, que para el caso de los alcaldes, se limita a la verificación de los numerales 1, 4 y 5 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, para lo cual el término máximo de 30 días resulta absolutamente suficiente.

Señaló que en cuanto a la decisión de declarar improcedente la solicitud deprecada por el Ministerio Público, tendiente a que se suspendiera provisionalmente el acto, por cuanto dicha solicitud debe requerirse en la demanda y resolverse en la etapa de admisión, no comparte la exposición del Tribunal, en tanto que el medio de control de nulidad electoral es un proceso declarativo y por tanto le es aplicable el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 que posibilita la solicitud de medidas cautelares a petición de parte o de oficio y se pueden solicitar en cualquier estado del proceso y de otra parte el Ministerio Público, es un sujeto procesal con amplias facultades para intervenir en defensa del orden jurídico.

7.2. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

El apoderado de la entidad demandada solicitó que se revoque el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada, en cuanto exhorta al presidente de la República a *“dar cumplimiento a la obligación 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”*.

Aclaró que en términos generales la Presidencia de la República está de acuerdo con lo decidido en la sentencia del 2 de julio de 2019 en cuanto denegó la petición de anulación del Decreto 570 de 1º de abril de 2019, por el cual el Gobierno Nacional designó al señor Andrés José Rúgeles Pineda como alcalde encargado (temporal) del Distrito de Santa Marta.

Expuso que el Decreto 570 de 1º de abril de 2019, demandado en este proceso, fue expedido para conjurar la inminente crisis de gobernabilidad en la que se sumiría el Distrito de Santa Marta luego de que la justicia penal ordenara la detención preventiva de su alcalde titular, el señor Rafael Alejandro Martínez, ordenada por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Santa Marta, el 15 de marzo de 2019, medida que está surtiendo efectos desde ese momento y por ello el mandatario titular se encuentra privado efectivamente de su libertad e impedido para ejercer sus funciones, aun cuando el auto que dispuso esa medida de aseguramiento no está debidamente ejecutoriada, como lo exige la ley.

Insistió en que, existe un vacío legal que debe ser resuelto por el presidente de la República como suprema autoridad administrativa, porque si bien el alcalde titular Rafael Alejandro Martínez está privado efectivamente de su libertad, la decisión judicial que así lo dispuso está en trámite de segunda instancia por lo que no está debidamente ejecutoriada, razón por la cual el alcalde no ha sido formalmente suspendido de sus funciones y no se ha generado la vacancia temporal que habilita y obliga al gobierno nacional a designar un reemplazo, ese sí, derivado de la terna que presente el partido o movimiento político al que pertenezca el mandatario titular privado de su libertad.

Concluyó que ante la privación de la libertad del alcalde que le impide cumplir con sus funciones, era necesaria la designación de un encargado puramente temporal y de urgencia, lo cual recayó en el doctor Andrés José Rúgeles Pineda y una vez el juez penal de segunda instancia que debe decidir el recurso de apelación promovido por la defensa del alcalde se pronuncie sobre ese recurso, se sabrá si la medida de aseguramiento es confirmada para así, una vez ejecutoriada, el gobierno nacional disponga su suspensión en el desempeño de sus funciones, generándose así la vacancia temporal que deba ser suplida con la terna del partido o movimiento político.

8. Actuación procesal en segunda instancia

Por auto del 13 de agosto de 2019¹⁰, el magistrado ponente de la Sección Quinta del Consejo de Estado adoptó las siguientes decisiones: (i) admitió los recursos; (ii) ordenó a la secretaría de la Sección que los pusiera a disposición de las partes por el término de 3 días; (iii) ordenó que vencido el plazo anterior, permaneciera el expediente en secretaría por otros 3 días para que las partes presentaran alegatos de conclusión y, (iv) ordenó poner el expediente a disposición del Ministerio Público con el fin de que rindiera concepto dentro de los 5 días siguientes.

9. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Dentro del término concedido, tanto el Ministerio del Interior como el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República presentaron alegatos de conclusión en los que, en síntesis, reiteraron los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación.

9.1. Ministerio del Interior

Por su parte, el Ministerio del Interior afirmó “adherirse” al recurso de apelación presentado por el apoderado del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, frente a la inconformidad del numeral 2 de la parte resolutive de la sentencia impugnada. Sostuvo, además, que el Juez Primero Penal del Circuito de Santa Marta con funciones de conocimiento, revocó la medida de detención domiciliaria en contra de Rafael Alejandro Martínez y ordenó su libertad, lo que en su opinión, implicó la terminación de la falta temporal del alcalde y por sustracción de materia, se produjo el decaimiento del Decreto 570 de 2019 demandado en el presente proceso. Sin embargo, solicitó que se confirme la sentencia apelada.

9.2. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

Anotó que el acto acusado fue expedido con fundamento en la decisión de un juez penal consistente en dictar una medida de aseguramiento en contra del alcalde titular de Santa Marta, esto es, el señor Rafael Alejandro Martínez, medida que fue revocada hace tres semanas por el Juez Primero Penal del Circuito de Santa Marta, por lo que el alcalde titular se reintegró a sus funciones.

Precisó que, por lo anterior, desaparecieron los fundamentos de hecho del decreto acusado y operó la pérdida de fuerza ejecutoria del acto que dejó de producir efectos, al igual que la decisión del Tribunal Administrativo del Magdalena que fue objeto de apelación, por lo que, eventualmente, debe darse por terminado el proceso por carencia actual de objeto.

10. Concepto del Ministerio Público

La procuradora séptima delegada ante el Consejo de Estado, rindió concepto en los siguientes términos¹¹:

Sostuvo que, de manera previa es del caso advertir que, el Ministerio del Interior se adhirió al recurso de apelación del Departamento Administrativo de la presidencia de la República. Indicó que, dado que no existen antecedentes de la Sección Quinta en vigencia del CPACA frente a la procedencia o no del recurso de apelación por adhesión, se solicita respetuosamente un pronunciamiento sobre este aspecto en el marco del proceso electoral para determinar: i) si es compatible con la naturaleza de este medio de control, ii) si los intervinientes pueden hacer uso de esta figura y, finalmente iii) si la puede presentar cualquier extremo procesal o se circunscribe a la contraparte.

Señaló que, en lo que concierne a la “*carencia actual de objeto*” el Ministerio Público considera que la Sección Quinta en sentencia del 24 de mayo de 2018, expediente 47001-23-33-000-2017-00191-02, unificó la postura respecto de las consecuencias procesales que trae la configuración de la pérdida de fuerza ejecutoria del acto acusado. Con fundamento en ello, precisó que es indiscutible que el Decreto 570 de 2019 produjo efectos jurídicos desde el 1º de abril de 2019, fecha de su expedición, hasta el 22 de julio del mismo año, lapso en el que Andrés José Rúgeles Pineda, demandado, fungió como alcalde encargado de Santa Marta. De manera que, en atención a las reglas fijadas por la Sección Quinta en la sentencia de unificación antes referida, se impone un pronunciamiento de fondo respecto de la demanda de nulidad electoral.

Precisó que, el artículo 95 al que hizo referencia el Tribunal en primera instancia, se refiere a las medidas cautelares que, según el mismo código, recaen sobre bienes del imputado o del acusado y tienen como propósito proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito. Así, mientras las primeras afectan la libertad de una persona, las segundas afectan su patrimonio. Sostuvo que, además, la expresión “*siempre que esté debidamente ejecutoriada*” fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-576 de 2004.

Alegó que, al no estar ejecutoriada la decisión que afectó la libertad del alcalde elegido popularmente, el presidente no podía, como en efecto lo hizo, suspender al alcalde de Santa Marta. Por tanto, al no operar la suspensión hasta tanto no estuviera ejecutoriada la medida de aseguramiento, tampoco se configuró la falta temporal del literal e) del artículo 99 de la Ley 136 de 1994.

Mencionó que si bien el juez de primera instancia afirmó que las vacaciones se interrumpieron, no señaló el fundamento normativo que respalda esa afirmación. En efecto, el artículo 15 del Decreto 1045 de 1978 establece las causales que provocan la interrupción de las vacaciones, y dentro de estas no se encuentra la privación de la libertad en virtud de una medida de aseguramiento. Comentó que, por consiguiente, cuando el presidente profirió el acto acusado el 1º de abril de 2019, no existía vacío de autoridad o de poder que se invocó como fundamento para adoptar la decisión de nombrar al señor Rugeles Pineda.

Resaltó que, en todo caso se considera de suma importancia que la Sección Quinta precise si ante la falta de ejecutoria de una medida de aseguramiento privativa de la libertad de un alcalde, se configura una falta temporal por ausencia forzada e involuntaria. Ello por cuanto, tratándose de una falta temporal de esta naturaleza, el llamado a ocupar el cargo sería el secretario de gobierno como lo expresa el inciso final del artículo 106 de la Ley 136 de 1994.

Surtidos los trámites legales pertinentes, el proceso se adelantó con la observancia de las ritualidades previstas en la ley procesal y sin que obre causal de nulidad que afecte la actuación, procede la Sala a resolver previas las siguientes

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos por el agente del Ministerio Público, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Ministerio del Interior contra la sentencia del 2 de julio de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena de conformidad con lo establecido en los artículos 150 y 152 numeral 9 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Cuestión Previa

Antes de entrar al fondo del asunto, la Sala se permite aclarar algunos puntos procedimentales relativos a los recursos de apelación y los alegatos de conclusión allegados en el trámite de la segunda instancia:

i. Apelación adhesiva del Ministerio del Interior

Según se tiene, el Ministerio del Interior en el término para presentar los alegatos de conclusión en segunda instancia, se adhirió al recurso de apelación presentado por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, respecto a la inconformidad o reparo que tienen frente al numeral dos (2) de la parte resolutive de la providencia impugnada.

Al respecto, la agente del Ministerio Público solicitó un pronunciamiento puntual sobre la procedencia o no del recurso de apelación por adhesión en el proceso de nulidad electoral, con el fin de determinar si: i) es compatible con la naturaleza de este medio de control, ii) si los intervinientes

pueden hacer uso de esta figura y, finalmente iii) si la puede presentar cualquier extremo procesal o se circunscribe a la contraparte.

En primer término cabe señalar que, la apelación de sentencias electorales está regulada en el artículo 292 de la Ley 1437 de 2011, norma en la que no existe referencia alguna a este mecanismo procesal de la apelación adhesiva.

Con todo, el artículo 296 de la misma ley dispone que, en lo no regulado en el título que estipula las disposiciones especiales para el trámite del proceso electoral, deberán aplicarse las disposiciones del procedimiento ordinario siempre que sean compatibles con su naturaleza.

De acudir al proceso ordinario, se encuentra que, la apelación está regulada en los artículos 243 y 247 del CPACA; sin embargo, dichas normas no prevén la apelación adhesiva, de modo que, habría que acudir a la remisión al Código General del Proceso CGP, que autoriza el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011.

En concepto del Ministerio Público, la figura de la apelación adhesiva no riñe con las normas especiales que rigen el trámite y recursos en el medio de control electoral, de manera que, habría que remitirse al artículo 322 del CGP que admite la posibilidad de que se presenten apelaciones adhesivas.

Sobre el particular, la Sala considera igualmente que, la remisión al Código General del Proceso para efectos de determinar la procedencia del recurso de apelación por adhesión, es viable en este medio de control de nulidad electoral, pues no desconoce el trámite especial que gobierna este proceso judicial de carácter especial.

Con esta claridad, debe precisarse que el artículo 322 del CGP, en su párrafo, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 322. OPORTUNIDAD Y REQUISITOS. El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas:

PARÁGRAFO. La parte que no apeló podrá adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. El escrito de adhesión podrá presentarse ante el juez que lo profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior hasta el vencimiento del término de ejecutoria del auto que admite apelación de la sentencia. El escrito de adhesión deberá sujetarse a lo previsto en el numeral 3 de este artículo.

La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal”.

De lo anterior se desprende que: i) la parte que no apeló podrá adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable, ii) el escrito de adhesión se podrá presentar ante el juez que lo profirió, mientras el expediente se encuentre en su despacho o ante el superior hasta el vencimiento del término de ejecutoria del auto que admite la apelación y iii) el escrito de adhesión deberá sujetarse a lo previsto en el numeral 3 del artículo 322.

Sobre el primer elemento que trae la norma, debe aclararse que, la procedencia de la apelación por adhesión está condicionada a las “partes” del proceso.

De manera que, es necesario establecer cuáles son las partes del proceso, tal y como lo concibe el Código General del Proceso al ser este el ordenamiento procesal que regula esta figura de la adhesión de la apelación.

De acuerdo con el tratadista Hernán Fabio López *“partes únicamente son la demandante y la demandada, partes que no sólo estarán constituidas por quienes así figuran en la demanda sino que también deben tener tal calidad los que intervienen posteriormente a la notificación*

de ella en calidad de litisconsortes, cualquiera que sea la índole del mismo, porque todas las formas de litisconsorcio necesariamente convergen a integrar una de las dos partes. Los restantes sujetos de derecho distintos de los mencionados, que posteriormente ingresen al proceso, queden o no vinculados por la sentencia, son terceros.

Lo que hace el CGP es ubicar bajo el concepto de "otras partes" a los que en el CPC se denominan terceros vinculados por la sentencia y dejar el calificativo de terceros exclusivamente para los terceros no vinculados por la sentencia.

Así, por ejemplo, en el CGP el llamado en garantía es un sujeto procesal que queda dentro del concepto de "otra parte", mientras que en el sistema del CPC será un tercero vinculado por la sentencia¹².

Como se lee, las partes del proceso son el demandante, el demandado y, conforme a la terminología que trajo el Código General del Proceso, se entiende como "otras partes" aquellos intervinientes que se encuentran vinculados por la sentencia.

En ese orden de ideas y para los efectos del procedimiento electoral, la Sala entiende que son partes: i) el demandante, ii) el demandado y iii) los intervinientes que quedan vinculados por la sentencia.

En el caso que nos ocupa se tiene que, el acto electoral demandado es el de designación del señor Rugeles Pineda como alcalde encargado del Distrito de Santa Marta, ante una presunta falta temporal del alcalde titular.

Son intervinientes –en virtud de la vinculación especial de que trata el numeral 2 del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011- las autoridades que confluieron en la expedición del acto de designación por encargo en comento, esto es, el presidente y la ministra del Interior.

Comoquiera que en este caso, la sentencia de primera instancia contiene un exhorto al presidente para que, en cumplimiento de las normas aplicables, elija de la terna enviada por el grupo significativo de ciudadanos al alcalde encargado durante el término de la falta temporal que dio lugar al acto demandado, se entienden vinculadas por la sentencia las autoridades que deben confluir en la expedición del acto de designación por encargo del alcalde.

De manera que, la adhesión del recurso de apelación presentada por el Ministerio del Interior, es procedente, comoquiera que lo efectuó en lo que resultó desfavorable, esto es, respecto del numeral 2 de la sentencia impugnada, frente al cual las autoridades intervinientes no están conformes, supuesto que se cumple con el requisito fijado por la norma, esto es "*podrá adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable*".

Ahora bien, dicha adhesión fue presentada en término, toda vez que, de acuerdo con la norma el escrito de adhesión se podrá presentar ante el juez que lo profirió, mientras el expediente se encuentre en su despacho o ante el superior hasta el vencimiento del término de ejecutoria del auto que admite la apelación.

En este asunto, el auto que admitió los recursos de apelación es del 13 de agosto de 2019, notificado por estado el 14 de agosto siguiente, de manera que el término de ejecutoria contaba a partir del 15 hasta el 20 de agosto siguiente. El escrito de adhesión fue presentado por el Ministerio del Interior el 15 de agosto de 2019, de manera que el mismo fue radicado en tiempo.

Así las cosas, la Sala tendrá en cuenta para resolver el asunto en segunda instancia, el escrito de adhesión presentado por el Ministerio del Interior.

ii. Sustracción de materia o carencia actual de objeto

Tanto el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República como el Ministerio del Interior alegaron que se configuró la pérdida de fuerza ejecutoria del acto acusado, razón por la que solicitan se declare la carencia actual de objeto y se abstenga esta Sala de Decisión de emitir un pronunciamiento de fondo.

Ello por cuanto que, según lo afirman, la medida de aseguramiento de privación de la libertad contra el alcalde titular de Santa Marta, Rafael Alejandro Martínez, fue revocada por el Juez Primero Penal del Circuito de Santa Marta, razón por la cual se produjo el decaimiento del acto acusado, pues los fundamentos de hecho que dieron lugar al mismo, esto es, la “falta temporal” del alcalde, ya no se configura, en tanto que este ya retomó sus funciones.

Si bien las autoridades en comento no indicaron la fecha en que se adoptó la decisión ni tampoco aportaron la providencia respectiva que dé cuenta de tal circunstancia, no puede dejarse de lado que es de público conocimiento que el alcalde Rafael Alejandro Martínez recobró su libertad y en ese sentido, retomó sus funciones el 23 de julio de 2019.

Con todo, es indiscutible, tal como lo refiere la agente del Ministerio Público, que el Decreto 570 de 2019 acusado en este proceso, produjo efectos jurídicos desde el 1º de abril de 2019, fecha de su expedición, hasta el 22 de julio siguiente, término en el cual Andrés José Rugeles Pineda, demandado en este caso, fungió como alcalde encargado de Santa Marta.

Al respecto, debe aclararse que, la Sección Quinta de esta Corporación en sentencia del 24 de mayo de 2018, expediente 47001-23-33-000-2017-00191- 02, unificó la postura respecto de las consecuencias procesales de la pérdida de fuerza ejecutoria del acto demandado y determinó algunas reglas, de cara algunos escenarios, siguiendo la postura de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Así, si el acto acusado no produjo efectos y no está vigente, opera la carencia de objeto por sustracción de materia. Sin embargo, si el acto produjo efectos jurídicos y no está vigente, no se configura la sustracción de materia aún en el evento en que haya sido retirado del ordenamiento jurídico. El juez en ese caso, mantiene la competencia para conocer de su legalidad en tanto que su exclusión jurídica impide que el acto se aplique hacia el futuro, pero no desvirtúa la presunción de legalidad mientras este produjo sus efectos.

Es claro entonces que en el asunto bajo estudio es procedente un análisis de fondo de la controversia suscitada, comoquiera que, el Decreto 570 de 2019 mediante el cual se designó como alcalde encargado al señor Andrés José Rugeles Pineda, produjo efectos desde el 1º de abril de 2019 hasta cuando el alcalde titular retomó sus funciones, esto es, hasta el 22 de julio del presente año.

3. Problema jurídico

Le corresponde a esta Sección resolver, en los precisos términos expuestos en los recursos de apelación, si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 2 de julio de 2019.

Para el efecto, se debe determinar si las autoridades que expidieron el Decreto 570 de 2019, mediante el cual designaron el alcalde encargado del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, ante una presunta falta temporal del alcalde titular, incurrieron en las causales de nulidad de falta de competencia e infracción de las normas superiores.

En virtud de lo anterior, se deberán despejar los siguientes interrogantes:

i. ¿El presidente era competente en este asunto para designar el alcalde encargado del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta?

Para resolver este interrogante, la Sala deberá abordar varios puntos objeto de la apelación del Ministerio Público tales como: i) la competencia

del presidente de la República, para suspender, destituir o designar el reemplazo de los alcaldes de distritos especiales, ii) falta temporal por suspensión con ocasión a una medida de aseguramiento consistente en la privación de la libertad debidamente ejecutoriada iii) la vigencia del numeral 2 del artículo 105 de la Ley 136 de 1994, en tanto que, a juicio del Tribunal de primera instancia dicha norma no se encuentra vigente y en esa medida, no es necesario según el *a quo*, que la medida de privación de la libertad se encuentre ejecutoriada para dar lugar a la suspensión.

ii. De encontrarse acreditada la competencia del presidente para designar el alcalde encargado del Distrito de Santa Marta ¿era procedente una designación de urgencia en encargo mientras se resolvía quién de la terna enviada por el grupo significativo de ciudadanos “Fuerza Ciudadana” debía ocupar el cargo de manera temporal?

En la resolución de esta inquietud, deberá determinarse si, como lo señala el acto demandado, en aras de conjurar un vacío de poder en el Distrito de Santa Marta, el presidente tenía la facultad de hacer la designación de urgencia del alcalde encargado dejando de lado la terna enviada por el grupo significativo de ciudadanos que avaló la candidatura y elección del alcalde titular, privado de su libertad.

De otro lado, de cara al exhorto dictado por el *a quo* al presidente de la República, habrá de analizarse la pertinencia del mismo, en consideración a las nuevas circunstancias alegadas por las entidades recurrentes, esto es, la liberación del alcalde titular del Distrito de Santa Marta y su reasunción de funciones.

Finalmente, la Sala se pronunciará sobre el reparo del Ministerio Público sobre la solicitud de medidas cautelares de esta agencia, en cualquier etapa del proceso.

4. El caso concreto

4.1. ¿El presidente era competente en este asunto para designar el alcalde encargado del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta?

Sobre la competencia del presidente de la República para designar el alcalde encargado de los distritos especiales, el artículo 10 de la ley 768 de 2002 estableció que el presidente es la autoridad competente para suspender, destituir y designar al alcalde distrital encargado en los casos de falta temporal o absoluta, designación que debe seguir una regla especial: debe hacerse de la terna enviada por el mismo partido o movimiento político al cual pertenece el alcalde que está en la situación que genera la vacancia temporal o absoluta.

En efecto, la norma prevé:

“Artículo 10. 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”.

Esta misma regla se replica en el artículo 106 de la Ley 136 de 1994, al señalar que, en los casos de falta absoluta o suspensión de los alcaldes, el presidente de la República, tratándose del Distrito Capital de Bogotá y los gobernadores respecto de los demás municipios, deberán designar un alcalde de la terna enviada por el partido o movimiento político del cual hacía parte el suspendido mandatario.

Lo propio sucede con las modificaciones que introdujo el Acto legislativo 02 de 2002 a los artículos 303 y 314 de la Constitución Política.

Por su parte, en el artículo 32 de la Ley 1617 de 2013 que establece el régimen para los distritos especiales, reiteró la competencia del presidente para designar el alcalde encargado bajo el mismo criterio: que el encargo se efectúe respecto de un ciudadano del mismo partido o movimiento político que avaló al alcalde distrital.

Ahora bien, el plazo con el que cuenta el presidente para llevar a cabo esta designación por encargo, se encuentra en 30 días, en los casos de vacancia temporal y en 90 días si se trata de convocar a elecciones, según las circunstancias, conforme lo estipula el artículo 32 de la Ley 1617 de 2013.

De manera que, es claro que el presidente tiene la competencia de designar al alcalde encargado, cuando exista una suspensión por vacancia temporal, tratándose de alcaldías distritales. Si corresponde a una vacancia absoluta podrá convocar a nuevas elecciones o si la vacancia se presenta cuando falten menos de 18 meses para que se termine el periodo institucional. En los dos casos, la competencia del presidente se encuentra supeditada a la regla legal concerniente a la terna que le envía el movimiento y partido político del alcalde titular.

Esta regla, como bien lo precisó la agente del Ministerio Público, tiene la finalidad de respetar el programa de gobierno por el cual resultó electo el alcalde y de esta manera garantizar la estabilidad del voto programático, mientras se elige un nuevo alcalde para terminar el periodo.

Con esta claridad, debe determinarse si la suspensión con ocasión a una medida de aseguramiento consistente en la privación de la libertad del alcalde Rafael Alejandro Martínez, se configuró y en consecuencia, activó la competencia del presidente para designar el alcalde encargado.

El artículo 99 de la Ley 136 de 1994 consagra como faltas temporales de los alcaldes, las siguientes:

- 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
- f. La suspensión provisional de la elección, dispuesta por la jurisdicción contencioso administrativa
- g. La ausencia forzada e involuntaria

Esta norma establece además, cuál es el funcionario competente para llenar esta clase de vacantes, según el hecho que genere la falta. Así, en algunos casos corresponderá al presidente y en otros, el mismo funcionario en que aquella concurre, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 106.- Designación. El Presidente de la República, en relación con el Distrito Capital de Santa Fe 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 fue 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.

Como se indicó en párrafos precedentes, el artículo 10 de la Ley 768 de 2002 (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) estableció que el presidente es la autoridad competente para suspender, destituir y designar al alcalde distrital encargado en los casos de falta temporal o absoluta.

Dicha competencia, se itera en el artículo 105 de la Ley 136 de 1994, que establece las causales de suspensión:

“ARTÍCULO 105.- Causales de suspensión. El Presidente de la República en el caso del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá (entiéndase igualmente a los demás distritos especiales), 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.

Nota: (Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-576 de 2004, por el cargo examinado en la sentencia; Ver Concepto del Consejo de Estado 624 de 1994 , Ver Concepto del Consejo de Estado 1006 de 1997)

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.

Nota: (Subrayado declarado INEXEQUIBLE. Sentencia C-229 de 1995 Corte Constitucional.)

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”. (Se resalta).

De todo lo anterior se desprende que: i) el presidente es competente para suspender o destituir alcaldes de distritos especiales, ii) dicho mandatario tiene la facultad de designar al alcalde distrital encargado en los casos de suspensión o falta absoluta y, iii) es una causal de suspensión de un alcalde distrital *“haberse dictado en su contra, medida de aseguramiento, con privación efectiva de la libertad, siempre que esté debidamente ejecutoriada”.*

Sobre esta causal de suspensión, el Tribunal Administrativo del Magdalena en primera instancia, sostuvo que el numeral 2 del artículo 105 de la Ley 136 de 1994 antes citado, fue derogado por el artículo 95 de la Ley 906 de 2004, al establecer 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, con lo cual, dejó sin efectos la expresión “debidamente ejecutoriada” del artículo 105, numeral 2 de la referida Ley 136, para efectos de proceder con la suspensión del alcalde, con ocasión a una medida de aseguramiento.

Es decir, el Tribunal consideró que, para que se configure la falta temporal y de contera la causal de suspensión del alcalde, no resulta necesario que la medida de aseguramiento dictada en contra del mandatario, se encuentre ejecutoriada, en tanto que, a su juicio, la Ley 906 de 2004, estableció en su artículo 95 que las medidas cautelares se cumplen de forma inmediata después de haber sido decretadas.

Pues bien, la Sala no comparte esta postura y le encuentra razón a la tesis manejada por las dos agencias del Ministerio Público, en el sentido de indicar que, el numeral 2 del artículo 105 de la Ley 136 de 1994, no se encuentra derogado por el artículo 95 de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior por cuanto que, la Corte Constitucional al estudiar dicho numeral, puntualmente la expresión “*debidamente ejecutoriada*”, en la sentencia C- 576 de 2004 consideró lo siguiente:

“Este aserto se sustenta en que la norma acusada persigue garantizar no solo la continuidad en el desempeño de dicha función, sin que se perturbe su normal desarrollo, sino también, y sobre todo, la certeza de que la suspensión del cargo y la subsiguiente ejecución de la detención preventiva sólo tendrán lugar cuando hayan sido estudiados y resueltos los recursos que puede interponer el alcalde sindicado, atendiendo a la necesidad de preservar lo más posible su investidura proveniente del voto popular, que evidentemente tiene un significado muy alto en un Estado democrático como el colombiano, por residir la soberanía exclusivamente en el pueblo y ser éste la fuente del poder público (Art. 3 de la Constitución). Dicho de otro modo, el trato desigual objeto de valoración constitucional sólo sería predicable respecto de otros alcaldes, que cumplan las mismas funciones específicas indicadas, por ser éste el criterio de comparación jurídicamente relevante.

De otro lado, si se considera que el criterio de comparación válido es la ejecución de la detención preventiva de la generalidad de los servidores públicos en los procesos penales, como lo plantea el demandante, se podría establecer que la diferenciación establecida por el legislador tiene una justificación objetiva y razonable, en cuanto su fin es asegurar la continuidad de la representación popular, sobre la base de que ésta es expresión directa de la soberanía.

El medio adoptado por el legislador para el logro de dicho fin, consiste en la permanencia del representante popular y sindicado en el cargo, hasta cuando la medida de aseguramiento impuesta sea incontrovertible, es visiblemente adecuado y permite al mismo tiempo el cumplimiento del debido proceso y de los fines de la administración de justicia”.

Como se lee, el máximo órgano constitucional concluyó que, en garantía de la permanencia de la representación popular y del sindicado en el cargo, no procede la suspensión del mandatario territorial, hasta tanto la medida de aseguramiento impuesta sea incontrovertible, es decir, se hayan resuelto todos los recursos contra esa decisión y haya quedado debidamente ejecutoriada.

De manera que, no es cierto, como lo afirmó el *a quo*, que la medida de aseguramiento consistente en la privación de la libertad del alcalde del Distrito de Santa Marta, debía ejecutarse de inmediato y con ello, procediera la suspensión del mismo, pues la norma es clara en señalar que será causal de suspensión del alcalde “*haberse dictado en su contra, medida de aseguramiento, con privación efectiva de la libertad, siempre que esté debidamente ejecutoriada*”.

Téngase en cuenta demás, que la sentencia de constitucionalidad que declaró exequible la expresión “*siempre que esté debidamente ejecutoriada*” del numeral 2 del artículo 105 de la Ley 136 de 1994, fue dictada en el 2004, mismo año en que se promulgó la Ley 904 de 2004, sin que se advirtiera una incompatibilidad o contradicción entre dicha norma y el artículo 95 del nuevo Código Procesal Penal.

Adicionalmente, el artículo 95 al que hizo referencia el Tribunal, se refiere a las medidas cautelares, que según el mismo código, recaen sobre

bienes del imputado o del acusado y tienen como propósito proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito. De manera que, le asiste razón al Ministerio Público al afirmar que, las medidas cautelares en comento afectan el patrimonio de una persona mientras que la medida de aseguramiento, afecta la libertad de un individuo, razón por la cual no es comparable una norma con la otra, para efectos de determinar, la ejecutoria o no de la medida de aseguramiento, tratándose de la suspensión de los alcaldes.

En tales condiciones, se encuentra que, según las consideraciones del acto acusado, el 15 de marzo de 2019, el alcalde distrital de Santa Marta Rafael Alejandro Martínez, fue objeto de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, consistente en detención privativa domiciliaria, decisión que fue impugnada tanto por el investigado -alcalde Martínez- como por el Ministerio Público.

Con ocasión a la vacancia temporal generada por la medida de aseguramiento referida, el presidente, junto con la ministra del Interior, procedieron a designar en encargo al señor Rugeles Pineda de manera temporal, mientras se hacía el estudio de las hojas de vida de los integrantes de la terna remitida por el grupo significativo de ciudadanos que inscribió al alcalde titular.

Como se advirtió las líneas precedentes, el recurso propuesto por el alcalde Martínez fue resuelto tan solo hace unas semanas, recobrando su libertad y reasumiendo sus funciones de alcalde el 23 de julio de 2019, esto es, 20 días después de dictada la sentencia objeto de apelación.

De manera que, para la fecha en que se dictó la providencia impugnada, la medida de aseguramiento dictada en contra del alcalde Rafael Alejandro Martínez no se encontraba debidamente ejecutoriada lo que supone que:

i. El presidente de la República no tenía la competencia para suspender al alcalde electo, hasta tanto la medida de aseguramiento consistente en la privación de la libertad del mandatario Martínez no quedara ejecutoriada.

ii. La falta temporal por suspensión provisional en el desempeño de sus funciones dentro de un proceso disciplinario, fiscal o penal, no se configuró en los términos del literal e del artículo 99 de la ley 136 de 1994.

Sin embargo, en el Decreto 570 de 2019 se sustentó la competencia del gobierno nacional para designar el alcalde encargado de Santa Marta, en el hecho según el cual, aun cuando la medida no estuviera ejecutoriada, se presentaba una vacancia temporal en el cargo, por cuanto la privación de la libertad le impedía al alcalde titular desempeñar sus funciones, con lo que se generaba un vacío de poder o de autoridad.

En ese sentido, pese a que el presidente no podía suspender al alcalde titular, por no encontrarse ejecutoriada la medida de aseguramiento, se atribuyó la competencia para designar el alcalde encargado para conjurar un vacío de poder.

Frente a este punto la Sala analizará enseguida si se presentaba un vacío de poder en el Distrito de Santa Marta y si el gobierno nacional estaba facultado para suplir el mismo a través de una designación en encargo de urgencia.

4.2. ¿Era procedente una designación de urgencia en encargo mientras se resolvía quién de la terna enviada por el grupo significativo de ciudadanos "Fuerza Ciudadana" debía ocupar el cargo de manera temporal?

Conforme a los considerandos del decreto demandado, el vacío que presentaba la alcaldía de Santa Marta con ocasión a la medida de aseguramiento del alcalde electo, debía suplirse por el presidente de la República conforme al artículo 66 de la Ley 4 de 1913, en concordancia con la sentencia C-448 de 1997, esto es, si la competencia no estaba asignada a una autoridad determinada correspondía al primer mandatario proceder de conformidad.

En ese sentido, se aclaró que, mientras el Gobierno Nacional verificaba el cumplimiento de los requisitos de las personas que conformaban la terna enviada por el grupo significativo de ciudadanos que avaló al alcalde Rafael Alejandro Martínez y se nombraba al mandatario designado, el presidente de la República debía nombrar un alcalde de urgencia con vocación temporal, en aras de garantizar el cumplimiento oportuno de las

tareas asignadas por la Constitución y la ley.

Como viene de explicarse, resulta diáfano que para el momento en que fue expedido el acto acusado, la medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria del alcalde, no se encontraba en firme, lo que le impedía al presidente suspender al mandatario local.

No obstante lo anterior, la competencia del presidente de acuerdo con el pluricitado artículo 10 de la Ley 768 de 2002¹³, es clara al establecer que este está facultado para suspender, destituir y designar los alcaldes distritales encargados, en los casos de falta temporal (por suspensión) o absoluta.

Sin embargo, dicha competencia está supeditada a designar el encargo de la terna que presente el partido o movimiento político que avaló al alcalde.

La jurisprudencia de esta Sección, como bien lo señalaron las partes, permite que mientras es remitida la terna, el presidente pueda hacer un encargo de urgencia, pero siempre debe buscar que se cumpla el designio legal, esto es, elegir de la terna el alcalde encargado, en el menor tiempo posible.

En este caso, la Sala se enfrenta a una circunstancia diferente a la que ha estudiado en oportunidades anteriores, por cuanto que, se insiste, la falta temporal que se atribuyó la competencia, no se configuró, en tanto que, la competencia para suspender al alcalde distrital de Santa Marta con ocasión a la medida de aseguramiento, estaba sujeta que se resolvieran los recursos propuestos y quedara en firme, luego no podía hacer ningún tipo de designación por encargo, ni de la terna ni de urgencia.

Con todo, el gobierno nacional justificó este galimatías en que, ante el vacío de poder en la alcaldía distrital de Santa Marta, el presidente de manera “residual” tenía la potestad de efectuar un encargo de urgencia, para conjurar la crisis política que se avecinaba con una alcaldía desprovista de su primer mandatario.

Sobre el supuesto vacío de poder en el que el acto acusado se escuda, deben precisarse varios puntos.

En primer término se precisa que, cuando el alcalde Rafael Alejandro Martínez decidió tomar sus vacaciones, encargó de sus funciones al señor Torné Stuwe por el lapso en que disfrutaría las mismas, esto es, entre el 21 de marzo y el 2 de mayo del 2019, mediante Decreto 062 del 20 de marzo de 2019.

Es decir, al menos hasta el 2 de mayo de 2019, fecha en que culminaban las vacaciones del alcalde titular, no existía el vacío de poder al que se refiere la presidencia de la República, pues mediante un acto legítimo el alcalde Martínez encargó sus funciones al director jurídico de la autoridad local.

No obstante, el Tribunal en la sentencia apelada afirmó que, el Decreto 062 perdió su fuerza ejecutoria en los términos del artículo 9 del numeral 2 del CPACA, comoquiera que los fundamentos de hecho que originaron el encargo realizado por Martínez desaparecieron, en tanto que este ya no estaba disfrutando de sus vacaciones por la medida de aseguramiento en su contra, interrumpiéndose las mismas, por lo que el referido decreto dejó de producir efectos.

Esta conclusión, como lo advirtió la agente del Ministerio Público, no es de recibo, pues conforme al artículo 15 del Decreto 1045 de 1978, las vacaciones se interrumpen en los siguientes eventos:

i. Las necesidades del servicio

ii. La incapacidad ocasionada por enfermedad o accidente de trabajo siempre que se acredite con el certificado médico expedido por la entidad de previsión a la cual esté afiliado el empleado o trabajador, o por el servicio médico de la entidad empleadora en el caso que no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión.

iii. La incapacidad ocasionada por maternidad o aborto, siempre que se acrediten en los términos del ordinario anterior

iv. El otorgamiento de una comisión

v. El llamamiento a filas.

Como se aprecia, las vacaciones se interrumpen solo por las causales antes mencionadas, sin que se advierta que, la detención preventiva de la libertad configure una de esas causales.

Lo anterior quiere decir que, cuando el presidente de la República profirió el acto acusado el 1º de abril de 2019, no existía un vacío de poder como se invocó en el acto acusado como fundamento para nombrar a Rugeles Pineda, puesto que en ese momento se encontraba desempeñándose como alcalde encargado el señor Torne Stuwe, en virtud del Decreto 062 de 2019.

De modo que, la ausencia de autoridad solo se enfrentaría hasta el 2 de mayo de 2019, momento para el cual culminaban las vacaciones del alcalde titular y este debía reintegrarse a sus funciones sin poderlo hacer, en tanto que continuaba en detención domiciliaria con ocasión a la medida de aseguramiento impuesta que, se reitera, no se encontraba ejecutoriada.

Ante esta situación, la Sala encuentra que aun cuando no se configuraba la suspensión del alcalde por la medida de aseguramiento que recaía sobre él, pues no se encontraba en firme, a partir del 2 de mayo, si existió una vacancia temporal pero originada en una falta distinta a la detención preventiva del alcalde.

Sobre el particular la agente del Ministerio Público solicita a esta Sección se pronuncie sobre este supuesto, pues ante la imposibilidad para que el alcalde pueda desempeñar sus funciones sí existiría un vacío de poder que debe ser suplido. El interrogante que surge es ¿quién es la autoridad competente para designar el alcalde encargado en una eventualidad como esta?

En efecto, determinar el origen de la vacancia temporal es crucial para establecer la competencia o potestad del presidente para designar el alcalde encargado.

Es claro para esta Sección como lo ha expuesto a lo largo de esta providencia que la medida de aseguramiento con privación de la libertad, debidamente ejecutoriada, genera la suspensión del alcalde por parte del presidente de la República y configura la falta del literal e) del artículo 99 de la Ley 136 de 1999.

No obstante, en este caso no se configura por las razones tantas veces anotadas y es que, la medida de aseguramiento no se encontraba ejecutoriada.

Sin embargo, ante la imposibilidad de que el alcalde distrital en este asunto, reasumiera sus funciones ante su detención preventiva, la vacancia temporal que se generó, a partir del 2 de mayo de 2019, obedece a una falta distinta, esto es, una ausencia forzada e involuntaria, como lo indica el Ministerio Público.

Elo es así, toda vez que al privársele de su libertad, el alcalde de manera involuntaria queda imposibilitado para ejercer sus funciones, pues por decisión de una autoridad judicial, es decir, de una autoridad ajena a su voluntad, es conminado a separarse de cargo, al permanecer recluso en su domicilio.

Sobre esta falta temporal, el análisis da un giro diametralmente distinto en cuanto a la autoridad competente para designar al alcalde encargado.

Según el artículo 106 de la Ley 136 de 1994, el presidente de la República, en relación con el Distrito Capital –entiéndase igualmente los demás distritos especiales- y los gobernadores, respecto de los demás municipios, para los casos de falta absoluta o suspensión, designarán al 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.

Continúa la norma precisando que, si la falta fuere temporal, excepto por la suspensión (por la medida de aseguramiento), 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.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley 768 de 2002 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*” contempla que, 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 la misma línea, el artículo 32 de la Ley 1617 de 2013 por la cual se expidió el Régimen para los Distritos Especiales, prevé que 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.

De una interpretación armónica de estas tres normas, se puede inferir válidamente que:

- i. En cuanto a las faltas temporales que dan lugar a la competencia del presidente de la República para designar el reemplazo del alcalde, solo se contempla a la suspensión provisional en el desempeño de sus funciones o de la elección.
- ii. Cuando se configuran las demás faltas temporales, esto es, las vacaciones, los permisos, las licencias, la incapacidad y la ausencia forzada e involuntaria, le corresponde al mismo alcalde designar su reemplazo, de conformidad con el artículo 106 de la Ley 136 de 1994. En el evento en que el alcalde no pueda designar el encargo de sus funciones, como en efecto ocurrió en este caso, quien está llamado a atender la vacancia temporal es el secretario de gobierno del ente territorial.

De manera que, del estudio efectuado por la Sala es posible concluir que:

- i. No existía un vacío de poder en el distrito de Santa Marta para la fecha en que fue expedido el acto acusado, esto es, el 1º de abril de 2019, en tanto que para esa fecha se encontraba encargado el señor Torne Stawe, en virtud del Decreto 062 de 2019, dictado por el alcalde titular, mientras disfrutaba de sus vacaciones.
- ii. La vacancia temporal generada a partir del 2 de mayo de 2019, fecha en la cual el alcalde Martínez debió reasumir sus funciones, tuvo lugar en consideración a la falta prevista en el literal g) del artículo 99 de la Ley 136 de 1999 y no, como erradamente se invocó en el acto acusado, en el literal e) de la misma norma, pues la medida de aseguramiento dictada contra el alcalde titular, no se encontraba ejecutoriada, tanto así que, el 23 de julio de 2019, el alcalde Rafael Alejandro Martínez reasumió su cargo, en virtud de la revocatoria de dicha medida.

iii. El presidente no tenía competencia para designar como alcalde encargado al señor Rugeles Pineda, en tanto que la falta temporal por ausencia forzada e involuntaria que recayó en el alcalde Martínez, permite que sea el mismo alcalde quien designe su reemplazo o, en su defecto, ante la imposibilidad de hacerlo, se designe *ipso iure* al secretario de gobierno de la alcaldía distrital.

Visto así el asunto, existen razones fundadas para declarar la nulidad del Decreto 570 de 2019, por falta de competencia del presidente para designar el alcalde encargado del Distrito de Santa Marta, lo que impone revocar la decisión apelada.

En todo caso, esta Sección no deja de lado que, aun cuando el presidente hubiera tenido competencia para efectuar la designación del alcalde encargado, igualmente desconoció las normas superiores en que debía fundarse puesto que, pese a que la terna le fue enviada al gobierno nacional antes de llevar a cabo esa designación, el presidente procedió a encargar de las funciones del alcalde distrital de Santa Marta al señor Rugeles Pineda, justificando su actuar en razones de urgencia, hasta tanto se verificaban los requisitos legales que debían cumplir los ternados para ocupar dicha dignidad.

Sin embargo, si bien esta Sala de Decisión ha aceptado los nombramientos de urgencia, en los eventos en que procede la suspensión del alcalde, en aras de evitar distorsiones y vacíos en la administración territorial¹⁴, lo cierto es que los mismos se permiten mientras el partido o movimiento político envía la terna para efectuar la designación, y siempre debe buscar que se cumpla en el menor tiempo posible la elección de la terna.

En este asunto, es evidente que: i) pese a que el grupo significativo de ciudadanos “*Fuerza Ciudadana*” envió la terna el 22 de marzo de 2019, el presidente no tuvo en cuenta la misma y, el 1º de abril de 2019, designó un ciudadano distinto a los ternados para el encargo de las funciones del alcalde distrital de Santa Marta y ii) nunca hizo uso de la terna tanto así, que el alcalde Martínez retomó su cargo el 23 de julio de 2019 sin que, el primer mandatario del país atendiera lo dispuesto en la norma, ello se itera, bajo el supuesto que tuviera competencia para hacerlo.

En tales condiciones no sobra reiterar por esta Sala Electoral que, el presidente de la República puede hacer un encargo de urgencia, mientras el partido o movimiento político envía la terna para efectuar la designación, sin que sea excusa el estudio de los requisitos de los ternados, cuando para el momento de la designación ha pasado un tiempo considerable.

De otro lado, debe la Sala precisar respecto a la solicitud de la agencia pública recurrente sobre las medidas cautelares, consistente en la suspensión provisional del acto acusado, en cualquier etapa del proceso que, si bien es cierto que, conforme al artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 es posible solicitar medidas cautelares a petición de parte o de oficio y se pueden requerir en cualquier estado del proceso, lo cierto es que, en este asunto, la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado ya había sido solicitada por la parte actora en la demanda y fue resuelta en el auto admisorio de la misma, de manera que, no había lugar a pronunciarse nuevamente sobre el mismo punto. En todo caso, existe norma especial para los procesos de nulidad electoral, esto es, el artículo 277 de la misma ley que prevé que debe solicitarse la suspensión provisional en la demanda.

Finalmente, en lo que corresponde al exhorto contenido en el numeral 2 de la parte resolutive de la sentencia apelada, debe destacarse que, por un lado, la decisión impugnada se revocará en su integridad, en tanto que procede la nulidad del acto demandado y, de otro, dicha orden perdió su eficacia en tanto que, a la fecha, el alcalde titular del Distrito de Santa Marta, se reincorporó a sus funciones de modo que, la orden tendiente a que el presidente eligiera de la terna un alcalde encargado, carece de sustento.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA

PRIMERO: Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 2 de julio de 2019 y, en su lugar, declárase la nulidad del Decreto 570 del 1º de abril de 2019, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

PRESIDENTE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

MAGISTRADO

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

MAGISTRADA

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

MAGISTRADA

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1 Folios 70 a 93, 121 a 129, 130 a 162 del cuaderno 1 del expediente.

2 Folio 165 del cuaderno 1 del expediente.

3 Folios 200 a 203 del cuaderno 1 del expediente.

4 La decisión que se adoptó sobre la fijación del litigio no fue controvertida

5 Folios 70 a 79 del cuaderno 1 del expediente.

6 Folios 84 a 88 del cuaderno 1 del expediente

7 Folios 204 a 216 del cuaderno 1 del expediente.

8 Folios 229 a 255 y 256 a 259 del cuaderno 1 del expediente, respectivamente.

9 Folio 261 del cuaderno 1 del expediente.

10 Folios 426 y 427 del cuaderno 3 del expediente

11 Folios 246 a 313 del cuaderno 2 del expediente

12 Las Partes en el Código General del Proceso. Hernán Fabio López Blanco. Vicepresidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Página 71

13 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

14 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 14 de septiembre de 2017. Expediente 11001-03-28-000-2017-00012-00 Actor: Neomar José Andrioli. Magistrado ponente: Dr. Alberto Yepes Barreiro.

Fecha y hora de creación: 2024-12-27 10:15:08