



## Sentencia 00141 de 2005 Consejo de Estado

**CONSEJO DE ESTADO NULIDAD ELECCION DE PERSONERO** - Revocatoria directa de acto demandado no impide estudio de legalidad del acto de elección / **SUSTRACCION DE MATERIA** - Improcedencia con fundamento en revocatoria directa de acto de elección demandado / **PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA** - No se configura con fundamento en revocatoria de acto de elección demandado / **ACTO DE ELECCION** - Su revocatoria directa no impide estudio de legalidad por la jurisdicción / **REVOCATORIA DIRECTA** - La surtida frente al acto de elección no impide estudio de legalidad de aquél / **ACCION ELECTORAL** - Objetivo. Efectos de la revocatoria del acto de elección

El apoderado del demandado sustenta esta excepción -decaimiento (sic) y pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo demandado-, en el hecho de que el acto de elección acusado fue revocado por el concejo municipal de Chachagüí y por lo tanto ha perdido su fuerza ejecutoria porque desaparecieron los fundamentos de hecho y derecho en los que se sustentaba, que por esta razón existe sustracción de materia para que el caso sea juzgado por el Tribunal Administrativo de Nariño. Advierte la Sala que entre las causales de pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos, contenidas en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, no se encuentra la revocatoria directa y no existe razón jurídica alguna que justifique asimilar la causal 2<sup>a</sup> del artículo, consistente en la desaparición de los fundamentos de hecho y de derecho del acto administrativo, a la figura de la revocatoria directa. La excepción no está llamada a prosperar, porque si bien es cierto que el acto administrativo acusado fue revocado por el concejo municipal, el mismo existió y produjo efectos jurídicos desde el 9 de enero de 2004, hasta la fecha de su revocatoria; por lo tanto, el control de legalidad procede para establecer si el acto administrativo se expidió conforme al ordenamiento jurídico. En este sentido la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que la legalidad o no de un acto administrativo "está vinculada con el momento de su nacimiento o existencia, para lo cual el juez debe examinar si en la expedición del acto ésta estuvo acorde con el ordenamiento jurídico superior. Entonces cuando el juez de lo contencioso administrativo examina la validez de un acto, no es necesario que éste rija aún en el ordenamiento jurídico y, por lo tanto el pronunciamiento jurisdiccional que se haga en definitiva, determinará solamente si nació o no válido; y cuando concluye su invalidez la sentencia no produce otro efecto que precisar que desde que nació a la vida jurídica lesionó el ordenamiento jurídico. Los razonamientos anteriores son suficientes para declarar la improsperidad de la excepción porque el hecho de que el acto acusado haya sido revocado tal situación no impide un pronunciamiento de mérito sobre su legalidad.

NOTA DE RELATORIA: Sentencia 3331 de 6 de mayo de 2004. Sección Quinta. Ponente: Darío Quiñones Pinilla. Actor: Faber Jemay López Narváez. Demandado: Director de Gobierno del municipio de la Tebaida

**NULIDAD ELECCION DE PERSONERO** - Improcedencia. Análisis de inhabilidad con fundamento en desempeño como concejal / **INHABILIDAD DE PERSONERO** - No se configura con fundamento en desempeño como concejal / **ELECCION DE FUNCIONARIOS DEL CONCEJO** - No se genera nulidad de la elección por convocatoria con siete días de anticipación

Del contenido del artículo 35 de la ley 136 de 1994, se observa que la elección de los funcionarios por parte del concejo municipal debe cumplir los siguientes requisitos: a) que la instalación del concejo y la elección de los funcionarios de su competencia, se produzca dentro de los primeros diez días del mes de enero correspondientes a la iniciación del período constitucional de sesiones y b) que la fecha de la elección se determine con tres (3) días de antelación. El demandante señala que se dio cumplimiento al primer requisito pero no al segundo, porque el concejo municipal fijó la fecha de la elección con siete (7) días de antelación y no con tres (3) como lo ordena la norma. El artículo 35 de la Ley 136 de 1994, señala el término dentro del cual debe producirse la elección de funcionarios del municipio, como también, el término mínimo que debe mediar entre el señalamiento de la fecha de la elección y la realización de ésta; por lo tanto, no puede sustentarse la nulidad del acto de elección en el hecho de haberse fijado la fecha de la elección con 7 días de antelación y no con 3. La jurisprudencia de la Sección ha declarado la nulidad de la elección por trasgresión del artículo 35 de la Ley 136 de 1994 en aquellos casos en los que el Concejo elige Personero por fuera del plazo de los primeros diez (10) días del mes de enero del primer período constitucional de sesiones o sin el previo señalamiento de la fecha de la elección, o si ese señalamiento se hace con menos de tres (3) días de anticipación; pero no obedece a una correcta interpretación de la norma citada entender que si la fijación de la fecha de elección se hace con más de tres días de anticipación dicha elección resulta viciada de nulidad por trasgresión de la norma legal, porque la finalidad que la misma al fijar el término mínimo de los tres días es precisamente dar publicidad, transparencia, y permitir una amplia participación de candidatos para seleccionar al más idóneo para el ejercicio del cargo sin que ello constituya un concurso de méritos y por lo tanto, si el concejo municipal amplía este término, tal hecho lejos de viciar de nulidad el acto de elección, le otorga mayores salvaguardas del interés jurídico protegido por la norma al propiciar una mayor participación y mejores opciones de selección como lo ha sostenido la Sala al decidir asuntos similares.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: REINALDO CHAVARRO BURITICA

Bogotá, D. C., nueve (9) de junio de dos mil cinco (2005)

Rad. No. : 52001-23-31-000-2004-00141-01(3706)

Actor: CARLOS ENRIQUE BUSTAMANTE DE LA CRUZ

Demandado: PERSONERO DEL MUNICIPIO DE CHACHAGÜI

Superado el trámite de la segunda instancia procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño el 23 de septiembre de 2004 mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

-  
La Demanda.

El señor Carlos Enrique Bustamante de la Cruz, actuando en su propio nombre, en ejercicio de la acción pública de nulidad electoral, solicita al Tribunal Administrativo de Nariño que declare lo siguiente:

1. La nulidad de la elección del señor Danilo Yépez Recalde como personero del Municipio de Chachagüí para el período constitucional 2004-2007, contenida en el acta No. 002 de 9 de enero de 2004, expedida por el concejo de este municipio.
2. Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene la cancelación de la credencial que lo acredita como personero de dicho municipio.

Hechos

-  
1. Dice el demandante que el Concejo Municipal de Chachagüí (Nariño) se instaló el 2 de enero de 2004, según acta No. 001 de esa Corporación, fecha en la cual aprobó por unanimidad que el día 9 de enero del mismo año elegirían al personero municipal, es decir, no se dio cumplimiento a lo establecido por el artículo 35 de la Ley 136 de 1994, en cuanto que la fijación de la fecha de elección debe hacerse con tres (3) días de antelación. También manifiesta que ni en la primera sesión ni en las realizadas posteriormente se indicó nada para la recepción de las hojas de vida y estas se recibieron hasta el 7 de enero de 2004 y fueron evaluadas el mismo día de la elección; que tampoco se determinaron las pautas o lineamientos para la selección del personero, ni se adelantó el respectivo concurso; que esta situación da lugar a la nulidad de la elección conforme a la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Nariño y de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

2. Que además, el personero elegido se encuentra inhabilitado por haberse desempeñado como concejal del Municipio de Chachagüí durante el período anterior que culminó el 31 de diciembre de 2003, por cuanto las inhabilidades del personero son las mismas previstas en el artículo 174 de la Ley 136 de 1994 para el alcalde municipal.

Normas violadas y concepto de violación.

Señala como norma violada el artículo 35 de la Ley 136 de 1994 porque la elección del Personero se realizó “sin que mediara señalamiento con tres (3) días de anticipación”; agrega que en las actas de instalación del Concejo Municipal “existe señalamiento de fecha para elección, pero sin la antelación de 3 días” y que esta situación “vicia la elección cuestionada (...)porque no se trata de un simple formalismo sino de una obligación legal”; que la elección efectuada en cualquier momento vulnera en forma manifiesta la norma citada.

Sostiene que la elección de personero no estuvo precedida de convocatoria en cartelera para recibir las hojas de vida ni hubo un estudio mesurado de éstas pues tan solo se hizo su lectura en la sesión de elección; que la omisión de las formalidades que la ley establece, necesariamente conducen a la invalidez del acto expedido.

Igualmente señala como norma violada el artículo 95, numeral 2º de la Ley 136 de 1994 que establece las inhabilidades para los alcaldes, aplicable a los personeros según mandato del artículo 174, literal a) de la misma Ley, por cuanto el personero elegido se desempeñó como concejal del respectivo municipio durante el período anterior y como tal ejerció autoridad política, situación que coloca en desventaja a los demás candidatos. (fls. 2 a 4).

En el mismo escrito de la demanda, solicitó la suspensión provisional del acto acusado por considerar que el mismo viola flagrantemente el artículo 35 de la Ley 136 de 1994. (fl. 5).

## II. ACTUACION PROCESAL

El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante auto del 16 de febrero de 2004 admitió la demanda, ordenó las notificaciones de ley y negó la solicitud de suspensión provisional, por considerar que no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 152 del C.C.A. y que además, el demandante hace referencia a la elección del Secretario por parte del Concejo Municipal del Peñol (Nariño) (fls. 27 a 29).

### 1. Contestación de la demanda.

El Alcalde del Municipio de Chachagüí, por intermedio de apoderado y dentro de la oportunidad procesal correspondiente, contestó la demanda, y se opuso a los hechos y pretensiones de la misma en los términos que se resumen a continuación:

Manifiesta que el Concejo Municipal de Chachagüí dio estricto cumplimiento a lo exigido por el artículo 35 de la Ley 136 de 1994.

Que la figura de la revocatoria directa se encuentra establecida en el Código Contencioso Administrativo, artículos 69 a 74, para que la administración pueda corregir los errores que se presenten en sus decisiones administrativas cuando advierta que ha infringido la Constitución Política o la Ley. Que el Concejo Municipal de Chachagüí y el mismo demandado advirtieron que la elección estaba viciada de nulidad, toda vez que se encontraba inhabilitado para ser elegido personero por haberse desempeñado como concejal del citado municipio durante el año anterior, situación que motivó al demandado a solicitar la revocatoria directa de su nombramiento como personero municipal para el período 2004 a 2007 y el Concejo procedió a revocar su elección según consta en el Acta No. 21 de 1º de marzo de 2004, enmendando así su propio error jurídico.

Propone como excepciones las que denomina de “decaimiento (sic) y pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo demandado”, “inepta demanda por falta de integración del acto administrativo electoral complejo” y “solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones” .

### 2. Alegatos de conclusión

El demandante, dentro de la oportunidad procesal que para el efecto ordena la ley, alegó de conclusión en memorial en el que reitera lo expuesto en la demanda y adicionalmente manifiesta que ni la Personería, ni el Concejo Municipal, ni el demandado contestaron la demanda, situación que demuestra su apatía y falta de interés en los asuntos municipales; que el Concejo Municipal conocía de la inhabilidad del señor Yepes Recalde desde antes de ser elegido personero, y no obstante esta situación fue designado con la esperanza de que nadie demandaría la elección, pero como sí se impugnó, entonces acudieron a la revocatoria directa del acto.

Para sustentar la inhabilidad cita la sentencia de 3 de abril de 2004, Exp. 2868 de la Sección Quinta del Consejo de Estado que confirmó la declaratoria de nulidad del Personero de Guachucal (Nariño).

### 3. Concepto del Ministerio Público en primera instancia

El Agente del Ministerio Público, Procurador 35 en lo judicial, se abstuvo de emitir concepto (fl. 79).

### 4. La Sentencia Impugnada.

Es la dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño el 23 de septiembre de 2004, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

Considera el Tribunal que son tres los conceptos que deben analizarse para dilucidar el problema: el de la validez del acto administrativo, el de su eficacia y el de su fuerza ejecutoria, sobre los cuales hace un breve análisis y afirma que en el sub lite el acto de elección del personero perdió su fuerza ejecutoria por haberse revocado pero que el fenómeno del decaimiento no afecta la validez del acto administrativo ni altera su presunción de legalidad.

Que el juzgamiento debe hacerse en relación con las circunstancias vigentes al momento de la expedición del acto y que por lo tanto no hay razón alguna que impida un pronunciamiento de fondo respecto de la legalidad de la elección del personero porque la nulidad solicitada concierne a la validez del acto administrativo y en el caso de prosperar se "remonta hasta el momento de su expedición" mientras que la causal de decaimiento ataña a circunstancias posteriores al nacimiento del acto administrativo. Que entre el momento de la expedición del acto hasta su revocatoria se presenta un lapso de existencia cuya legalidad debe dirimirse porque los fundamentos de hecho y de derecho no desaparecieron con la revocatoria directa.

Que si la acusación de nulidad del acto de elección del personero se fundamenta en el artículo 174 literal b) de la Ley 136 de 1994, por haberse desempeñado como concejal, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que conforme al artículo 123 de la C.P. los miembros de las Corporaciones públicas son servidores públicos y solo eso, por lo tanto, los concejales no tienen la categoría de empleados públicos no pueden incurrir en la causal de inhabilidad referida, pese a que gozan de un régimen especial dada la función que ejercen; concluye que el hecho de que el demandado se hubiera desempeñado como concejal durante el año anterior a su elección no lo inhabilitaba para ser elegido personero del mismo municipio; que en consecuencia, el Concejo Municipal de Chachagüí no incurrió en violación de la norma superior y por lo tanto se denegarán las súplicas de la demanda.(fls. 79 a 90).

### 5. El Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia el demandado la apeló en escrito presentado oportunamente, en el que manifestó que el desempeño como concejal inhabilita para ser elegido personero del mismo municipio; que el ejercicio de las funciones de concejal constituye el desempeño de cargo público y trascibe apartes de la sentencia de 3 de abril de 2003, Exp. 2868 dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Concluye que efectivamente se presenta inhabilidad lo cual da lugar a que se declare la nulidad del acto administrativo que eligió al señor Danilo Yepes Recalde como personero del Municipio de Chachagüí. (fl. 94 a 95).

### 6. Concepto del Ministerio Público en Segunda Instancia.

Según constancia de la Secretaría de la Sección Quinta, el Agente del Ministerio no solicitó traslado especial (fl. 140), ni rindió concepto en esta oportunidad procesal.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño.

El asunto previo

Excepciones.

El apoderado de la parte demandada propuso las excepciones que denominó de "Decaimiento y pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo demandado" e "Inepta demanda por falta de integración del acto administrativo electoral complejo; y "las innombradas"

La Sala reitera su jurisprudencia<sup>1</sup> en el sentido de que en los procesos contencioso administrativos las excepciones propuestas se deciden en la sentencia, según lo establecido en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, y que hechos como la falta de los presupuestos procesales de la acción o de la demanda requeridos para que el proceso se desenvuelva válidamente y que en el proceso civil constituyen las denominadas excepciones previas, conforme a lo dispuesto en los artículos 97, 98 y 99 del Código de Procedimiento Civil, se estudian como impedimentos procesales igualmente en la sentencia.

Hechas las anteriores precisiones se procede a su examen:

1. "Decaimiento (sic) y pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo demandado"

El apoderado del demandado sustenta esta excepción en el hecho de que el acto de elección acusado fue revocado por el Concejo Municipal de Chachagüí según consta en el acta No. 21 de 1º de marzo de 2004 y por lo tanto ha perdido su fuerza ejecutoria porque desparecieron los fundamentos de hecho y derecho en los que se sustentaba, que por esta razón existe sustracción de materia para que el caso sea juzgado por el Tribunal Administrativo de Nariño.

El artículo 66 del C.C.A. prescribe:

ARTICULO 66. PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

1. Por suspensión provisional.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan su vigencia.

Advierte la Sala que entre las causales de pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos, contenidas en la norma trascrita, no se encuentra la revocatoria directa y no existe razón jurídica alguna que justifique asimilar la causal 2<sup>a</sup> del artículo 66 del C.C.A., consistente en la desaparición de los fundamentos de hecho y de derecho del acto administrativo, a la figura de la revocatoria directa.

La revocatoria directa es un medio del cual dispone la administración para hacer desaparecer de la vida jurídica los actos que ella misma ha expedido cuando se configura alguna de las causales previstas en el artículo 69 del C.C.A., es decir, que la revocatoria directa es una forma de extinción del acto administrativo por decisión de la misma administración, mientras que la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo se produce por factores externos y diferentes a la voluntad o decisión de la administración; el decaimiento del acto hace relación a su eficacia, de manera que su operancia determina que pierde su obligatoriedad por haberse producido alguna de las causales previstas en el artículo 66 del C.C.A; y en cuanto a la causal segunda invocada por el apoderado del demandado, "desaparición de los fundamentos de hecho y derecho" se refiere a la desaparición de circunstancias fácticas que determinaron la expedición del acto, vg. la muerte o disolución de la persona titular de un derecho particular y concreto, y a la desaparición, del mundo jurídico, de las normas legales o reglamentarias que sirvieron de sustento para la expedición del acto, bien por derogatoria expresa o tácita o por declaratoria de inexequibilidad o de nulidad de las mismas, lo cual genera la extinción de sus efectos.

Hechas las anteriores precisiones observa la Sala que la excepción no está llamada a prosperar, porque si bien es cierto que el acto administrativo acusado fue revocado por el Concejo Municipal de Chachagüí el 1º de marzo de 2004, el mismo existió y produjo efectos jurídicos desde el 9 de enero del citado año hasta la fecha de su revocatoria; por lo tanto, el control de legalidad procede para establecer si el acto administrativo se expidió conforme al ordenamiento jurídico.

En este sentido la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que la legalidad o no de un acto administrativo "está vinculada con el momento de su nacimiento o existencia, para lo cual el juez debe examinar si en la expedición del acto ésta estuvo acorde con el ordenamiento jurídico superior. Entonces cuando el juez de lo contencioso administrativo examina la validez de un acto, no es necesario que éste rija aún en el ordenamiento jurídico y, por lo tanto el pronunciamiento jurisdiccional que se haga en definitiva, determinará solamente si nació o no válido; y cuando concluye su invalidez la sentencia no produce otro efecto que precisar que desde que nació a la vida jurídica lesionó el ordenamiento jurídico.<sup>2</sup>

Los razonamientos anteriores son suficientes para declarar la improsperidad de la excepción porque el hecho de que el acto acusado haya sido revocado tal situación no impide un pronunciamiento de mérito sobre su legalidad.

## 2. "Inepta demanda por falta de integración del acto administrativo complejo".

El apoderado del demandado expone como fundamentos de esta excepción la falta de integración del acto administrativo acusado debido a que el mismo fue revocado por el Concejo Municipal de Chachagüí el 1º de marzo de 2004.

Como quiera que el sustento de esta excepción es idéntica a la de la primera, la Sala remite a su análisis para denegar su prosperidad.

## El Asunto de Fondo

En el recurso de apelación el demandante solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, por considerar que la elección del Personero del Municipio de Chachagüí estuvo viciada de nulidad.

## Primer cargo

Violación del artículo 35 de la ley 136 de 1994 porque el Concejo Municipal de Chachagüí fijó la fecha de elección del Personero del Municipio

con siete días de antelación, y no con tres días como lo ordena la norma citada.

La norma presuntamente trasgredida ordena:

**ARTÍCULO 35. Elección de funcionarios:** Los concejos se instalarán y elegirán a los funcionarios de su competencia en los primeros diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos constitucionales, previo señalamiento de fecha con tres días de anticipación. En los casos de faltas absolutas, la elección podrá hacerse en cualquier período de sesiones ordinarias o extraordinarias que para el efecto convoque el alcalde. (el resaltado no es del texto)

Del contenido de la norma trascrita se observa que la elección de los funcionarios por parte del Concejo Municipal debe cumplir los siguientes requisitos a) que la instalación del Concejo y la elección de los funcionarios de su competencia, se produzca dentro de los primeros diez días del mes de enero correspondientes a la iniciación del período constitucional de sesiones; b) que la fecha de la elección se determine con tres (3) días de antelación.

El demandante señala que se dio cumplimiento al primer requisito pero no al segundo, porque el Concejo Municipal fijó la fecha de la elección con siete (7) días de antelación y no con tres (3) como lo ordena la norma.

Al proceso se aportaron los siguientes documentos:

1. Acta No. 001 de 2 de enero de 1994, correspondiente a la sesión de instalación del Concejo Municipal de Chachagüí para el periodo 2004 a 2008 (fls. 31 a 36 del cuaderno 2 de pruebas).

2. Acta No. 002 de 9 de enero de 2004 en la cual consta la elección del personero municipal de Chachagüí (Nariño) (fls. 37 a 45 del cuaderno 2 de pruebas).

3. Certificación del Secretario General del Concejo Municipal de Chachagüí en la cual se hace constar que en la sesión realizada el 9 de enero de 2004 se eligió al señor Danilo Yepes Recalde como personero del citado municipio para el período 2004 a 2007. (fl.30 cuaderno 2 de pruebas).

Examinados los documentos referidos se pudo comprobar que la instalación del Concejo Municipal de Chachagüí se efectuó el 2 de enero de 2004, fecha en la cual se aprobó por unanimidad la propuesta presentada por el concejal Luis Antonio Inca para que las elecciones del Secretario General del Concejo y del Personero Municipal se hicieran conjuntamente el 9 de enero del mismo año, oportunidad en la que efectivamente el Concejo Municipal hizo la designación del Personero Municipal, después de recibir 16 hojas de vida y de escuchar a cinco de los candidatos que se hicieron presentes en la sesión; el Concejo por unanimidad acordó escoger el nombre del nuevo personero del grupo que sustentó su hoja de vida. Se probó igualmente que la única postulación que se hizo fue la del candidato elegido, señor Danilo Yepes Recalde.

El artículo 35 de la Ley 136 de 1994, señala el término dentro del cual debe producirse la elección de funcionarios del municipio, como también, el término mínimo que debe mediar entre el señalamiento de la fecha de la elección y la realización de esta; por lo tanto, no puede sustentarse la nulidad del acto de elección en el hecho de haberse fijado la fecha de la elección con 7 días de antelación y no con 3, ni tampoco, por haberse omitido la fijación de parámetros para la escogencia de este funcionario, o no haberse adelantado previamente un concurso de méritos para la selección, porque el cargo de personero no se provee por concurso y es de período fijo, tal como lo ha precisado la jurisprudencia de la Sección.<sup>3</sup>

La jurisprudencia de la Sección ha declarado la nulidad de la elección por trasgresión del artículo 35 de la Ley 136 de 1994 en aquellos casos en los que el Concejo elige Personero por fuera del plazo de los primeros diez (10) días del mes de enero del primer período constitucional de sesiones o sin el previo señalamiento de la fecha de la elección, o si ese señalamiento se hace con menos de tres (3) días de anticipación;<sup>4</sup> pero no obedece a una correcta interpretación de la norma citada entender que si la fijación de la fecha de elección se hace con más de tres días de anticipación dicha elección resulta viciada de nulidad por trasgresión de la norma legal, porque la finalidad que la misma al fijar el término mínimo de los tres días es precisamente dar publicidad, transparencia, y permitir una amplia participación de candidatos para seleccionar al más idóneo para el ejercicio del cargo sin que ello constituya un concurso de méritos y por lo tanto, si el Concejo Municipal amplía este término, tal

hecho lejos de viciar de nulidad el acto de elección, le otorga mayores salvaguardas del interés jurídico protegido por la norma al propiciar una mayor participación y mejores opciones de selección como lo ha sostenido la Sala al decidir asuntos similares.<sup>5</sup>

Se encuentra probado en el proceso que el Concejo Municipal de Chachagüí cumplió con los términos previstos por el artículo 35 de la Ley 136 de 1994 tanto para la elección del Personero del Municipio, por haberla efectuado dentro de los primeros 10 días del mes de enero del respectivo período constitucional, como para la fijación de la fecha de dicha elección que se aprobó en sesión del 2 de enero de 2004; en consecuencia, no se produjo trasgresión alguna de la norma referida.

Se concluye, entonces, que no se estructura la causal de nulidad invocada en la demanda,

Segundo cargo

Violación del régimen de inhabilidades previsto en el literal a) del artículo 174 de la ley 136 de 1994 porque el personero elegido se había desempeñado como concejal del municipio de Chachagüí (Nariño) dentro del año anterior a su elección.

La norma que se dice violada prescribe lo siguiente:

Ley 136 de 1994.

"Artículo 174. Inhabilidades. No podrá ser elegido personero quien:

"a) Esté incurso en las causales de inhabilidad establecidas para el alcalde municipal, en lo que le sea aplicable"

(....)

El demandante al remitir a las inhabilidades de los alcaldes cita el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, norma que fue modificada por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000 y que a la letra dice:

ARTICULO 37. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

"ARTÍCULO 95. *Inhabilidades para ser alcalde*. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

1. (...)

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. (El resaltado no es del texto).

3. (...)

Antes de proceder al análisis del cargo formulado es necesario hacer las siguientes precisiones:

La Sala reiteradamente<sup>6</sup> ha manifestado que no todas las inhabilidades de los alcaldes son aplicables a los personeros y que a estos últimos tan solo se les aplican las causales de inhabilidad previstas en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 (hoy modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000) cuando sean diferentes de aquellas reguladas específicamente para los personeros en los literales b) y siguientes del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

En sentencia de 30 de noviembre de 2001, Expediente 2665, esta Sala determinó que la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 en la forma como fue modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, es aplicable a los personeros porque "se trata de una causal nueva y distinta de la prevista por el artículo 174 literal b) de la Ley 136 de 1994"

En este orden de ideas se procede al análisis correspondiente:

La inhabilidad derivada del numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 (modificado por el artículo 37 de la ley 617 de 2000) aplicable a los personeros municipales exige el cumplimiento de los siguientes presupuestos, en cuanto a la primera situación prevista por la norma y que corresponde al supuesto fáctico expuesto en la demanda.

- a) la calidad de empleado público del personero elegido.
- b) el ejercicio de autoridad política, civil, administrativa o militar en el municipio en donde fue elegido el personero.
- c) que se haya ejercido esa autoridad dentro de los doce meses anteriores a la elección.

Entre las pruebas aportadas al proceso se encuentran las siguientes:

- Copia auténtica del "Acta parcial de Escrutinio de votos Formulario E- 26 de 31 de octubre de 2000 (fls. 4 y 5 del cuaderno 2 de pruebas) en la cual consta la elección del señor Danilo Yepes Recalde como Concejal del Municipio de Chachagüí (Nariño) para el período 2001 a 2003.
- Acta No. 002 de 9 de enero de 2004 en la cual consta la elección del personero municipal de Chachagüí (Nariño) (fls. 37 a 45 del cuaderno 2 de pruebas) para el período 2004 a 2007.
- Certificación del Secretario General del Concejo Municipal de Chachagüí en la cual se hace constar que en la sesión realizada el 9 de enero de 2004 se eligió al señor Danilo Yepes Recalde como personero del citado municipio para el período 2004 a 2007. (fl.30 cuaderno 2 de pruebas).

El demandante considera que el personero demandado se encontraba inhabilitado para ser elegido en dicho cargo, por haber ejercido como concejal del mismo municipio durante los doce meses anteriores a su elección.

- a) El desempeño como empleado público.

El asunto a dilucidar es si el haber ejercicio como concejal de un municipio constituye el desempeño de un empleo público.

El artículo 123 de la Constitución Política señala que: "Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios". De conformidad con la norma constitucional, los miembros de las Corporaciones Públicas son "servidores públicos" al igual que los "empleados y trabajadores del Estado"; significa entonces, que son tres las clases de servidores públicos en el estado colombiano, la primera de ellas, la conforman los miembros de las corporaciones

públicas, la segunda, los empleados y la tercera, los trabajadores. Es así que por expreso mandato superior, los congresistas, los diputados y los concejales aunque son servidores públicos, no tienen la calidad de empleados o trabajadores del Estado.

A su vez, el artículo 312 de la Constitución Política establece lo siguiente: "La ley determinará las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos". La Constitución deja a la ley, la facultad de determinar las calidades que deben reunir los concejales para ser designados como tales, definir el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que les regirá y señalar la época de reuniones ordinarias; es decir, que dichos servidores estarán sujetos a un régimen especial que fija la ley. Igualmente en forma expresa y categórica la norma determina que los concejales no tienen la calidad de empleados públicos, es decir, que en manera alguna la investidura que detentan conlleva el ejercicio de empleo público, porque, se reitera, son servidores del Estado y gozan de un régimen especial que corresponde a la naturaleza de la corporación a la cual pertenecen.

Por lo anterior, se concluye que los concejales de los municipios no tienen la calidad de empleados públicos; por lo tanto no se da el primer supuesto previsto por la norma para que se configure la inhabilidad acusada.

La Sala precisa que en sentencia de 3 de abril de 2003, Exp. 2868 citada por el demandante en el recurso de alzada, cuya copia fue allegada al expediente en esa oportunidad (fl. 105 a 126), se rectificó la jurisprudencia de la Sección en el sentido de que se configuraba inhabilidad para el personero por haber sido concejal durante el año anterior a su elección, pero respecto de la causal de inhabilidad específica prevista por el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, por cuanto si bien era cierto que los concejales no tenían la calidad de empleados públicos si ejercían cargo público. Es claro, sin embargo, que la causal de inhabilidad que se invoca en el sub judice, es la contenida en el literal a) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 y por remisión, la del numeral 2º del artículo 95 ibídem en la forma como fue modificada por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, numeral 2º, que consagra las inhabilidades de los Alcaldes y que se refiere a quien haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio; pero como quedó demostrado que los concejales no son empleados públicos, no se configura la causal de inhabilidad invocada.

b) Ejercicio de autoridad política, civil, administrativa o militar en el municipio en donde resultó elegido.

Dice el demandante que el personero elegido ejerció autoridad política en el municipio cuando se desempeñó como concejal; por lo tanto, habrá de analizarse si, según lo previsto por la ley, los concejales ejercen autoridad política.

El artículo 189 de la Ley 136 de 1994 no definió el concepto de autoridad política pero estableció quienes son los funcionarios que la ejercen en el municipio:

"ARTÍCULO 189. *Autoridad Política*. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

"Tal autoridad también se predica de quienes ejercen temporalmente los cargos señalados en este artículo".

Como puede observarse, la autoridad política en el municipio la cumplen el alcalde, sus secretarios y los jefes de departamento administrativo pero no los concejales quienes no están comprendidos dentro de la norma, por lo tanto, no le asiste razón al demandante en cuanto afirma que el demandado ejerció autoridad política en el municipio cuando se desempeñó como concejal.

Ahora bien, como el segundo supuesto de la norma que prevé la inhabilidad también hace referencia al ejercicio de autoridad civil, administrativa o militar, resulta útil examinar si el desempeño como concejal conlleva el ejercicio de alguna de estas formas de autoridad.

A la luz del artículo 190 de la Ley 136 de 1994, la dirección administrativa en el municipio la ejercen el alcalde, sus secretarios, los directores de departamento administrativo y los gerentes y jefes de las entidades descentralizadas o jefes de unidades administrativas, dentro de los cuales no están enunciados los concejales municipales. También ejercen dirección administrativa quienes detentan la calidad de empleados oficiales en el municipio y cumplen precisas funciones, tales como celebrar contratos, ordenar gastos, conferir comisiones, licencias, vacaciones, ordenar traslados, reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta y quienes ejercen control interno

o tienen facultades para investigar las faltas disciplinarias.

Si bien es cierto que de conformidad con el artículo 313 de la Constitución Política los concejales cumplen algunas de las funciones antes descriptas, no lo es menos, como ya se analizó ampliamente en esta providencia, que ellos no tienen la calidad de empleados públicos del municipio y por tal razón su ejercicio no puede tenerse como constitutivo de dirección o autoridad administrativa.

De otra parte, según el artículo 188 de la Ley 136 de 1994 la autoridad civil, comprende facultades de poder y mando, de imposición, de dirección por parte de quien tiene la calidad de empleado oficial, no solo respecto de sus subalternos, sino también, en relación con los particulares a quienes puede legalmente exigir el cumplimiento de las normas constitucionales y legales, aún por medio de la fuerza o coacción, pero como los concejales no tienen la calidad de empleados públicos, condición exigida por la norma para poder ejercer autoridad civil, es claro que las funciones que desempeñan, así sean similares a las antes enunciadas, no conllevan el ejercicio de esta forma de autoridad.

Conforme a la definición de autoridad militar prevista en el artículo 191 de la Ley 136 de 1994 y como los concejales no son oficiales al servicio activo de las fuerzas militares, en manera alguna ejercen autoridad militar en el municipio.

Se concluye que el demandado cuando se desempeñó como concejal del municipio de Chachagüí no ejerció autoridad política, civil, militar ni dirección administrativa; en consecuencia, no se cumple con el segundo supuesto exigido por la norma para que se configure la inhabilidad.

### 3. Ejercicio de empleo público dentro del año anterior a su elección

Del examen de la prueba aportada al proceso, que ya fue relacionada, se pudo comprobar que el señor Yepes Recalde se desempeñó como Concejal del Municipio de Chachagüí (Nariño) hasta el 31 de diciembre de 2003, es decir, dentro del año anterior a su elección como personero del mismo Municipio; sin embargo, como está ampliamente demostrado que el concejal no tiene la calidad de empleado público, tampoco se da este tercer supuesto exigido por la norma para que se configure la inhabilidad acusada.

En esta forma, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, pues no se estructura la causal de inhabilidad señalada por el demandante ni se infringió norma superior con la expedición del acto de elección.

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: CONFIRMASE la sentencia apelada, dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño el 23 de septiembre de 2004.

SEGUNDO: En firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

FILEMON JIMENEZ OCHOA

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

Presidente

REINALDO CHAVARRO BURITICA

DARIO QUIÑONES PINILLA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Ver entre otras, Sentencia de 7 de marzo de 2002, Expediente 2818; Sentencia de 8 de febrero de 2002, Expediente 2785.

2 Sección Tercera, Sentencia de 3 de julio de 2003, Exp. 13433, M.P. María Elena Giraldo Gómez

3 Sección Quinta, Sentencia de 10 de mayo de 2002, Exp. 0206

4 Sección Quinta, Auto de 26 de abril de 2001, Exp. 2555.

5 Sentencias de 5 de diciembre de 2002, Exp. 2983 y de 21 de abril de 2005, Exp. 3665

6 Entre otras las sentencias de 15 de abril de 1999, Exp. 2202; de 24 de junio de 1999, Exp. 2331, de 23 de

---

*Fecha y hora de creación: 2025-12-22 13:18:07*