

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Magistrada Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Medio de control de nulidad electoral
Radicación: 85001-23-33-000-2020-00024-01
Demandante: **ROBINSON LUNA PARRA**
Demandado: **CARMEN LUCÍA BERNAL NIÑO, Contralora Departamental de Casanare**
Tema: **Nulidad electoral – Infracción de normas y expedición irregular**

FALLO – SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y la Asamblea Departamental de Casanare contra la sentencia de 22 de octubre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, que declaró la nulidad del acto de elección acusado.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El señor **ROBINSON LUNA PARRA**, en nombre propio, presentó demanda en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 139 del CPACA, a través de la cual solicitó:

“PRIMERO: Que es nula la resolución No. 006 del 07 de enero de 2019 (sic), expedida por la mesa directiva de la Asamblea Departamental de Casanare, y por medio de la cual resolvió encargar a la Directora Administrativa de la Contraloría Departamental del Casanare, CARMEN LUCÍA BERNAL, identificada con la cédula de ciudadanía No. 456.368.546 de Sogamoso, como contralora Departamental de Casanare con todas las atribuciones legales propias del encargo, hasta que se surta la elección correspondiente del contralor departamental período 2020-2021.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, debe ser nombrado como contralor Departamental del Casanare en encargo, en cumplimiento del artículo 5 de la Ley 330 de 1996 a (sic) quien ostentaba efectivamente la calidad de vicecontralor de la época.

TERCERO: Las demás oficiosas que su despacho considere pertinentes” (Negrillas propias del texto)

1.2. SOPORTE FÁCTICO

El demandante, en síntesis, los narró así:

La Asamblea Departamental de Casanare, con Ordenanza 020 del 12 de diciembre de 2016, estableció la estructura organizacional, modificó la planta de empleos y fijó la escala salarial de los empleados públicos de la Contraloría Departamental del Casanare.

Mediante Resolución No. 389 del 28 de diciembre de 2016, se distribuyeron los empleados que conforman la planta global de la Contraloría Departamental de Casanare, en las dependencias definidas en su estructura.

A través de la Resolución No. 512 del 30 de diciembre de 2019 se nombró al señor Robinson Luna Parra, en el empleo de vicecontralor, código 025, grado 2 de la Contraloría Departamental de Casanare.

El 31 de diciembre de 2019, el contralor Departamental de Casanare en uso de sus capacidades y facultades, solicitó al presidente de la Asamblea Departamental, que fuera incluido en el orden del día del 1° de enero de 2020, su reemplazo por fenecimiento del período y para el efecto anexó copia del nombramiento y posesión del señor Robinson Luna Parra, en calidad de vicecontralor.

La anterior solicitud no fue tenida en cuenta en el referido orden del día y se dejó acéfala a la Contraloría Departamental.

La Asamblea Departamental emitió la Resolución No. 006 del 7 de enero de 2020, por medio de la cual nombró a la señora Carmen Lucía Bernal en calidad de contralora Departamental en encargo hasta tanto se eligiera al funcionario correspondiente para el periodo 2020-2021.

La demandada es funcionaria del nivel directivo de la Contraloría Departamental de Casanare y desempeña el cargo como directora Administrativa, calidad que no le permite ser nombrada como contralora Departamental en encargo.

Señaló que, en la elección motivo de debate, fueron recusados 2 de 11 diputados porque tenían investigaciones abiertas (algunas notificadas personalmente y otras por conducta concluyente), sin embargo, participaron en la elección los señores Marco Tulio Ruiz Riaño y Lady Patricia Bohórquez Cuevas.

Indicó que, con el citado nombramiento en encargo, la Asamblea Departamental desconoció el debido proceso por no acatar lo dispuesto en la Ley 330 de 1996, toda vez que la norma es clara en señalar que cuando el contralor no pueda continuar en el ejercicio de sus funciones hasta el vencimiento de su periodo, lo suplirá quien siga en jerarquía (sub contralor), para el caso concreto, el vicecontralor.

Por último, resaltó que el 16 de enero de 2020, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Yopal mediante tutela con radicado No. 2020-0004, amparó transitoriamente los derechos fundamentales al debido proceso y de elegir y ser elegido del señor Robinson Luna Parra, y en consecuencia ordenó que en el término de 4 meses se cumpliera con lo previsto en el artículo 5 de la Ley 330 de 1996, por cuanto a su juicio, la norma establece que el vicecontralor es quien debió ser nombrado como contralor Departamental (E).

1.3. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

A juicio del libelista, el acto de elección se encuentra viciado de nulidad por las siguientes razones:

1.3.1. Primer Cargo: Infracción de las normas en que debía fundarse el acto. Artículos 29 de la Carta Política y 5 de la Ley 330 de 1996

Comentó que el 2 de enero de 2020, a las 6:00 p.m., en calidad de vicecontralor concurrió a la Asamblea Departamental de Casanare para que fuera nombrado en encargo de las funciones de contralor mientras se realizaba el proceso de convocatoria y elección de conformidad con la Ley 330 de 1996.

La mesa directiva solicitó autorización para llevar a cabo las actividades tendientes a verificar las hojas de vida de los directivos, para discutir en plenaria quién sería el reemplazo del contralor, lo cual pasó por alto el contenido del artículo 5 de la Ley en comento, que dispone claramente que lo reemplazará el funcionario que le siga en jerarquía, para el caso concreto, el vicecontralor.

Fundamentó lo anterior, con la sentencia de la Corte Constitucional C-060 de 1998, por cuanto trae un caso similar en el cual se estableció que cuando expira el periodo del contralor Departamental, el llamado a reemplazar al funcionario saliente, es aquel que le sigue en jerarquía y no como ocurrió, en el caso bajo análisis, por cualquier otro, perteneciente al directivo.

Concluyó que la Asamblea Departamental incurrió en una ilegalidad al nombrar a la señora Carmen Lucía Bernal como contralora Departamental encargada, por desconocimiento del artículo 5 de la Ley 330 de 1996.

1.3.2. Segundo Cargo: Expedición Irregular del acto administrativo

Consideró que la Asamblea Departamental en el procedimiento administrativo relativo a la provisión del cargo del Contralor Departamental violó el debido proceso, toda vez que hizo caso omiso a la aplicación del artículo 5 de la Ley 330 y efectuó una interpretación errada de la misma y, por tanto, realizó un mecanismo de provisión no fijado en la ley, lo que evidencia la expedición irregular del acto cuestionado.

1.3.3. Además, como medida cautelar solicitó:

“PRIMERA. Conforme el procedimiento establecido en el artículo 229 y 230 numeral 3° del C.P.A.C.A., se ordena de manera inmediata, la suspensión del nombramiento de, CARMEN LUCÍA BERNAL, identificada con cédula de ciudadanía No. 456.368.546 de Sogamoso, como contralora Departamental de Casanare en encargo.

SEGUNDA. Conforme el procedimiento del numeral 4° del C.P.A.C.A., se ordene al presidente de la Asamblea Departamental de Casanare, que actúe conforme a derecho respetando los lineamientos de la Ley 330 de 1995 art. 5, para nombrar al contralor Departamental de Casanare en encargo, hasta que se surta la elección correspondiente del contralo Departamental período 2020-2021.

TERCERA. Las demás que oficiosamente su despacho considere pertinentes para garantizar y proteger provisionalmente el objeto del medio de control y la efectividad de la sentencia de fondo que en futuro se pronuncie por dicha colegiatura.” (Negritas propias del texto)

1.4. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Casanare, en auto de 6 de febrero de 2020, admitió la demanda y decretó la suspensión provisional de la Resolución No. 006 del 7 de enero de 2020. Notificada esta decisión se dieron las siguientes intervenciones:

1.4.1. Contestaciones

1.4.1.1. Carmen Lucía Bernal

A través de apoderada, pidió que no se declarara la nulidad de la elección por cuanto no hubo violación al régimen constitucional y legal alegado. Así mismo, frente a la pretensión de que el vicecontralor de la época fuera nombrado en su lugar, indicó que el demandante ya no ostenta la calidad de funcionario público por cuanto presentó renuncia el 9 de enero de 2020 y en tal sentido, no puede ser nombrado como contralor del Departamento de Casanare en encargo.

Sustentó que de conformidad con la Ordenanza No. 020 de 12 de diciembre de 2016 se estableció la estructura organizacional de la Contraloría Departamental del Casanare la cual no contempló un orden jerárquico de las dependencias por cuanto la misma es de naturaleza plana, de manera que en concordancia con el artículo 5 de la Ley 330 de 1996 cualquier funcionario de nivel directivo estaba llamado a ser nombrado en encargo mientras la Asamblea Departamental llevaba a cabo la elección del titular del siguiente período.

Explicó que, el artículo 3° de la citada Ordenanza contempla dentro de las funciones del vicecontralor representar al contralor en sus faltas temporales, es decir, una delegación de funciones, pero no necesariamente cuando se trate de una falta absoluta como ocurre en el caso concreto.

Aseguró el Acto Legislativo 04 de 2019, consagró que en el evento de una falta absoluta o temporal del Contralor General de la República corresponde a su nominador, esto es, el Congreso de la República proveerlas, razón por la cual en aplicación de esta norma constitucional se debe interpretar la Ley 330 de 1996 y entender que la potestad de elección en el caso que se estudia, se encuentra en cabeza de la Asamblea Departamental.

Consideró que el caso no debió admitirse porque estamos en presencia de un encargo de funciones y ello no puede ser estudiado por este medio de control¹.

1.4.1.2. Asamblea Departamental de Casanare

El presidente de la entidad se opuso a las pretensiones de la demanda por cuanto “observado el artículo 5 de la Ley 330 de 1996, se puede establecer que confunde el accionante dos situaciones jurídicas de naturaleza sustancialmente diferentes, la una, la designación que ha de realizarse a la falta absoluta del contralor departamental siendo esta definitiva, cuya facultad recae única y exclusivamente en la Asamblea Departamental y no como lo pretende hacer ver, pues claro es que el “subcontralor” como lo define el artículo 5 de la Ley 330 de 1996, ocupará en encargo, la posición del contralor para vacancias temporales, y por disposición del contralor departamental, en las definitivas, corresponde a funcionario del nivel jerárquico que siga, que para el caso son 4 los del nivel directivo, pues al observar en contexto la totalidad de la ordenanza 020 expedida por esta corporación, queda claro qué cargos hacen parte del nivel directivo, las funciones asignadas a cada uno de ellos las cuales se encuentran en el mismo nivel, sin que ninguno pueda predicar autoridad funcional o jerárquico por encima del otro, salvo por disposición del contralor departamental en caso de ausencia temporal.”

Adujo que el acto solo es susceptible de ser controlado por el medio de control previsto en el artículo 139 del CPACA si con él se realiza un encargo del cargo, pero si por el contrario lo que se materializa es un encargo de funciones, se desborda la competencia del juez electoral y el asunto debe remitirse a la autoridad competente².

1.4.2. Alegatos de conclusión

En razón al estado de excepción y emergencia económica, social y ecológica decretado por el Gobierno Nacional como consecuencia del COVID-19 y la suspensión de términos judiciales previstos en el Acuerdo No. PCSJ20-11517 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura el Tribunal, señaló que no se pudo llevar a cabo la audiencia inicial prevista para el 16 de marzo de 2020.

De esta manera, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 806 de 2020 mediante auto de 28 de agosto de 2020, que reguló la figura de la sentencia anticipada ordenó la incorporación de las pruebas aportadas por las partes y las contestaciones.

Finalmente, el 17 de septiembre de 2020, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

En este momento procesal se presentaron las siguientes intervenciones:

1.4.2.1. Parte demandante

¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Alberto Yepes Barreiro, 30 de agosto de 2018, radicado No. 25000-23-41-000-2018-00165-01.

² Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Alberto Yepes Barreiro, 30 de agosto de 2018, radicado No. 25000-23-41-000-2018-00165-01.

Insistió en los fundamentos expuestos en el escrito de la demanda y enfatizó en el concepto 00198 de 2015 de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación para explicar que en consideración a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 330 de 1996, el Contralor Departamental podrá continuar con el ejercicio de sus funciones al vencimiento del período y hasta que sea nombrado el nuevo funcionario, lo remplazará quien que le siga en jerarquía, aspecto que fue estudiado por la Corte Constitucional en sentencia C-060 de 1998 para declarar la exequibilidad de la norma.

En ese orden de ideas, manifestó que conforme al artículo 1° de la Ordenanza 020 de 2016 que establece la estructura organizacional de la Contraloría Departamental, se evidencia que el vicecontralor está por debajo de contralor y encima de los demás cargos de dirección.

Aseguró que con el nombramiento de la señora Bernal en el cargo que debió ser para quien ostentaba la calidad de vicecontralor, esto es, el mismo demandante, tuvo que presentar al día siguiente su renuncia por solicitud de la señora Carmen Lucía.

1.4.2.2. Carmen Lucía Bernal

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y citó, igualmente, el concepto 00198 de 2015 de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación con el ánimo de precisar que al interior de la Contraloría Departamental no existen jerarquías y, por tanto, los cargos directivos están llamados a cubrir la vacancia definitiva.

Adicionalmente expuso que la demandada, en su calidad de directora administrativa de la entidad, ha sido encargada de las funciones del Contralor en varias oportunidades dada su idoneidad y responsabilidad, para lo cual hizo alusión a las resoluciones Nos. 148 del 09 de mayo de 2019, 293 del 13 de agosto de 2019, 115 del 23 de abril de 2018, 129 del 10 de mayo de 2018, 190 del 29 de mayo de 2018, 204 del 12 de junio de 2018, 224 del 29 de junio de 2018, 296 del 10 de septiembre de 2018, 342 del 11 de octubre de 2018, 362 del 30 de octubre de 2018, 389 del 23 de noviembre de 2018, 326 del 16 de septiembre de 2019 y 334 del 24 de septiembre de 2019, con el propósito de que el juez de instancia las valorara de manera oficiosa conforme al artículo 213 del CPACA, de encontrarlo necesario.

1.4.2.3. Asamblea Departamental de Casanare

Ratificó los argumentos señalados en la contestación de la demanda e insistió en la legalidad del acto cuestionado, en tanto la señora Carmen Lucía Bernal reunió los requisitos requeridos para ser nombrada contralora departamental en encargo dado que hacía parte del nivel directivo y era la funcionara con mayor experiencia y formación académica dentro de la entidad.

Adicionalmente, solicitó que fuera decretado de manera oficiosa el arribo de los actos administrativos a través de los cuales la señora Bernal fue encargada en al menos 16 oportunidades como contralora, dado que fue una situación que conoció luego de contestar la demanda. En ese sentido, presentó la siguiente relación:

ITEM	RESOLUCIÓN No.	FECHA	DÍAS DE COMISIÓN / PERMISO	VICE	DVF	DRF	ADM
1	329 y 330	11/11/2016	15, 16, 17, 18, 19 NOV				5
2	53	28/02/2017	1, 2, 3 MAR				3

ITEM	RESOLUCIÓN No.	FECHA	DÍAS DE COMISIÓN / PERMISO	VICE	DVF	DRF	ADM
3	94	19/04/2017	19 Y 20 ABRIL				2
4	115	23/04/2018	25,26,27,28 ABRIL				4
5	129	10/05/2018	16, 17 Y 18 MAYO				3
6	190	29/05/2018	30,31 MAYO – 01 JUNIO				3
7	204	12/06/2018	14 – JUNIO				1
8	224	29/06/2018	3- JULIO				1
9	296	10/09/2018	10,11,12,13 Y 14 SEP				5
10	342	11/10/2019	12 Y 13 OCT				2
11	362	30/10/2018	31 OCT, 1 Y 2 NOV				3
12	389	23/11/2018	26 Y 27 NOV				2
13	148	09/05/2019	15, 16 Y 17 MAYO				3
14	293	13/08/2019	14 Y 15 AGOSTO				2
15	326	16/09/2019	17 Y 19 SEP				2
16	334	26/09/2019	24 Y 27 SEP				2

Finalmente, resaltó que el artículo 4 de Decreto 785 de 2005 contempla los niveles jerárquicos a nivel territorial y en lo que respecta al directivo, no existe diferencia entre directores y el vicecontralor.

Por su parte, el Ministerio Público guardó silencio y no presentó concepto.

1.5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia de 22 de octubre de 2020, el Tribunal declaró la nulidad de la Resolución de la Mesa Directiva No. 006 del 7 de enero de 2020 por considerar que fue expedida con infracción a la norma en que debía fundarse, pues ante la terminación del período del contralor Departamental de Casanare, se debió nombrar en encargo al funcionario que le siguiera a aquél en jerarquía, que para el caso concreto era el vicecontralor, sin embargo, adoptó la decisión sin motivarla conforme a lo previsto en el artículo 5 de la Ley 330 de 1996.

Señaló que la norma también establece que las faltas temporales serán llenadas por el subcontralor o el contralor auxiliar y solo a falta de éstos por el funcionario de mayor jerarquía en la entidad, es decir, que la terminación del período del contralor permite la permanencia provisional del funcionario de mayor jerarquía para que asuma las funciones respectivas mientras se posesiona quien resulte elegido.

Analizó la Ordenanza 020 de 2016 proferida por la Asamblea Departamental e indicó que (i) en el artículo 1° se contempló la estructura organizacional de la entidad y en esta se advierte que debajo del contralor está el vicecontralor, (ii) el artículo 3° precisa que dentro de las funciones del vicecontralor está la de representar al contralor y reemplazarlo en sus ausencias temporales y (iii) deja claro en el artículo 17 que la asignación del vicecontralor es superior a la de los directores, de manera que no es cierto que la planta de la entidad sea plana, como lo expresó la parte demandada.

En ese orden de ideas, adujo que el señor Robinson Luna Parra fue nombrado como vicecontralor mediante Resolución No. 512 del 30 de diciembre de 2019 y tomó posesión el mismo día, motivo por el cual con fundamento en el artículo 5 de la Ley 330 de 1996, era la persona a quien debió designarse para el encargo, pero como ello no ocurrió, el acto demandado fue expedido con infracción en la norma que debía fundarse.

Argumentó que el acto también fue expedido de manera irregular teniendo en cuenta que no valoró las condiciones de la persona que ocupaba el cargo siguiente al de contralor como lo contemplaba de forma clara la citada norma, por lo que se enrostra otro motivo de nulidad.

Precisó que, consultada la página oficial de la Contraloría General de Casanare se encontró que la señora Yaneth Constanza Holguín Suárez fue nombrada para el período 2020-2021, razón por la que no es procedente acceder a la pretensión segunda de la demanda, que tenía por objeto que el demandante fuera nombrado en dicho cargo.

Finalmente, respecto a la solicitud de decretar pruebas de forma oficiosa para que se allegaran los actos administrativos que daban cuenta sobre el número de veces que la señora Bernal en su cargo de directiva ejerció como contralora encargada, aseguró que esta debió realizarse con la contestación de la demanda conforme al numeral 5 del artículo 162 del CPACA, aunado a que en el presente caso no se estudia la calidad y profesionalismo de la persona demanda, sino la legalidad de la Resolución 006 de 2020.

1.6. APELACIÓN³

1.6.1. Carmen Lucía Bernal

A través de su apoderado, pidió revocar el fallo de primera instancia y negar las pretensiones de la demanda, al considerar que los planteamientos del Tribunal “*no se ajustan a las premisas legales para la determinación de la forma como se debe suplir la vacancia definitiva del cargo de Contralor de Casanare*”, por cuanto el juicio que realizó frente al alcance del artículo 5 de la Ley 330 de 1996 dista del contenido en el mismo.

Arguyó que, con base en la estructura organizacional plana de la Contraloría Departamental de Casanare, adoptada en la Ordenanza No. 020 de 2016 por la Asamblea de dicho departamento, el vicecontralor no es la persona a reemplazar al contralor, como lo señaló el Tribunal. Resaltó que el artículo 1° de dicho acto simplemente enuncia las dependencias (direcciones, oficinas o despachos) que conforman a dicha vista fiscal y que dependen del contralor sin atribuir jerarquía alguna.

Calificó desacertada la tesis del *a quo*, al soportar la mencionada jerarquía de dicha entidad en el factor salarial en relación con los directores de las dependencias y el vicecontralor, teniendo en cuenta que en los artículos 2 a 7 del acto en cita, se les asignan funciones iguales derivadas de la potestad directa del contralor. En ese orden, cualquier directivo que le siga en jerarquía podrá ostentar el cargo (E) en los términos de la ley en referencia, según los criterios de idoneidad y responsabilidad, por lo que el reemplazo recae sobre una pluralidad de personas que reúnan tanto calidades personales como jerárquicas⁴.

³ La decisión de primera instancia se notificó por correo electrónico el 23 de octubre de 2020 y fue recurrida por la parte demandada el 30 de octubre de 2020. Documentos 30 a 33 de Samai.

⁴ Para el efecto, citó la Sentencia 060-1998 de la Corte Constitucional.

De allí, que no tuvo en cuenta la distinción entre el encargo del cargo y el encargo de funciones conforme al criterio expuesto por la Sala Electoral⁵; argumentos esbozados en la oportunidad procesal correspondiente y, parámetros aplicables a los presuntos vacíos predicados en la conformación jerárquica del asunto de marras, máxime teniendo en cuenta la reforma constitucional⁶ del régimen fiscal, su estructura y funciones, los que pide sean tenidos en cuenta.

Concordante con lo expuesto, subrayó que es, precisamente, con base en la potestad constitucional del Congreso de la República como nominador del Contralor General de la República para proveer vacancias absolutas, que debe interpretarse la Ordenanza para entender que la competencia en el caso objeto de estudio está en cabeza de la Asamblea Departamental por lo que, a su juicio, el caso no se trata de una delegación del cargo, sino de una delegación de funciones.

1.6.2. Asamblea Departamental de Casanare

En el mismo sentido, el presidente de la entidad adujo que el Tribunal desconoció el orden jerárquico de la estructura departamental del Casanare contenido en la Ordenanza 020 de 2016, del que se desprende que son 4 los cargos que le siguen al contralor, entre ellos 3 directivos y el vicecontralor, cuyas funciones son equiparables entre sí, por lo que la postura del *a quo* desconoce el derecho que les asiste a los directores en cuestión, en tratándose de la vacancia definitiva y, que no es de recibo fluctuar una jerarquía con base en el factor salarial.

Hizo referencia al artículo 4° de los decretos 770 y 785 de 2005 relativos a los niveles jerárquicos de los empleos de las entidades y organismos del orden nacional y territorial, respectivamente, para connotar la jerarquización de los empleos conforme a la naturaleza de las funciones e insistir en la ausencia de la primera mencionada entre los directivos y el vicecontralor conforme a la ordenanza en cita, argumento que reforzó con lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C - 060 de 1998 de la que concluyó que, en modo alguno, en esta se hace referencia al artículo 5 de la Ley 330 de 1996 sino que por el contrario, se enfatiza en la idoneidad y la responsabilidad de los funcionarios de orden directivo para ocupar el cargo, por lo que descarta el encargo del vicecontralor para faltas temporales en el *sub judice*.

Comparó la figura de elección y encargo para significar un yerro en la pretendida nulidad del acto, por cuanto, a su juicio se trata de una “*situación administrativa de encargo*”. Adicionalmente, en detalle, relató que la señora Carmen Lucía Bernal fungió como contralora (E) en 16 oportunidades y que con los actos de dichos encargos se demuestra que no hay diferencia jerárquica entre ella como directora y el vicecontralor.

Con todo, precisó que la elección del Contralor Departamental de Casanare para el período 2020-2021 se llevó a cabo el 11 de febrero de 2020.

1.7. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta. sentencia del 30 de agosto de 2018, radicado número 25000-23-41-000-2018-00165-01. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

⁶ Acto Legislativo No. 04 del 18 de septiembre de 2019.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, en decisión de ponente de 24 de noviembre de 2020, notificada por correo electrónico el 25 siguiente⁷, admitió el recurso interpuesto y dispuso correr los traslados de rigor a las partes (3 días) y al Ministerio Público (5 días). Una vez cumplidos, se presentaron las siguientes intervenciones:

La **Asamblea Departamental**, con memorial allegado el 2 de diciembre de 2020⁸, se pronunció por fuera del término concedido en el auto admisorio del recurso de apelación, comoquiera que de conformidad con la constancia de la Secretaría de la Sección Quinta⁹, el mismo venció el 30 de noviembre de 2020 a las 5:00 p.m.

La señora **Carmen Lucía Bernal** guardó silencio en esta etapa procesal.

La **Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado** rindió su concepto el 7 de diciembre de 2020¹⁰ y, solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, que decretó la nulidad electoral en cuestión, por cuanto la persona que seguía en jerarquía al contralor no era la directora (grado 1), sino el vicecontralor (grado 2), de conformidad con la estructura de la Contraloría Departamental de Casanare, las respectivas funciones a ellos asignadas (artículos 1º, 3º y 6 de la Ordenanza 020 de 12 de diciembre de 2016) y adicionalmente, la diferencia salarial (artículo 17 *ejusdem*), así que la estructura del nivel directivo, es decir, de ambos cargos, en nada es plana.

Detalló que las funciones del vicecontralor comprenden, además de aspectos administrativos, también los misionales, pues tiene asignada la supervisión respecto de otras dependencias de la entidad, mientras que el director administrativo tiene tareas administrativas, menos amplias, financieras y la gestión de talento humano. Agregó, que además al vicecontralor le corresponde "*representar al Contralor en todo lo que este determine y reemplazarlo en sus ausencias temporales*", lo que no fue asignado a la directora, y por lo que se desprende que, en efecto, el vicecontralor es superior jerárquicamente.

Enfatizó que el factor salarial sí comporta una situación determinante para establecer tal jerarquía, por cuanto: conforme i) al artículo 2º de la Ley 4 de 1992 se debe tener en cuenta el nivel de los cargos (naturaleza, responsabilidades y calidades) a efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados de la Contraloría General de la República, entre otros, por parte del Gobierno Nacional y ii) al artículo 3º *ibidem*, el sistema salarial de los servidores públicos está integrado por la estructura de los empleos conforme a sus funciones, escala y tipo de remuneración.

Afirmó que la vacancia del cargo de Contralor Departamental se debió proveer con el apremio del artículo 5 de la Ley 330 de 1996, mientras se elegía al titular, mediante convocatoria para el período 2020-2021, porque aunque no establece la forma de proveer las faltas absolutas, en todo caso, cabe de cuña la del vencimiento del periodo por cuanto la norma establece que "*en ningún caso el Contralor será reelegido para el período inmediato ni podrá continuar en el ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo. En este evento lo reemplazará el funcionario que le siga en jerarquía*".

⁷ Documento 49 de Samai.

⁸ Documento 52 Samai.

⁹ Documento 50 Samai.

¹⁰ Documentos 53 y 54 de Samai.

Dijo que carecía de relevancia establecer, en el caso de marras, la diferenciación entre elección y encargo, y entre encargo del cargo y encargo de funciones puesto que lo que aquí se discute es respecto del funcionario llamado a proveer el cargo, así como las veces que fue designada demandada como contralora (E) dado que se hizo con inobservancia de la normativa aplicable al caso.

Explicó que el acto demandado se encuentra derogado, comoquiera que desde el 11 de febrero de 2020 se nombró a la actual contralora Departamental de Casanare; no obstante, como el acto produjo efectos jurídicos, es necesario que el juez se pronuncie sobre su validez.

Solicitó desestimar las pruebas requeridas en esta etapa procesal al no presentarse ninguno de los supuestos previstos en el artículo 212 del CPACA.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con los artículos 150 y 152.8 del CPACA, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo 080 del 12 de marzo de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado, esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 22 de octubre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare que declaró la nulidad de la Resolución No. 006 del 7 de enero de 2020, expedida por la Asamblea Departamental de Casanare.

2.2. Acto demandado

Corresponde a la Resolución de Mesa Directiva No. 006 del 7 de enero de 2020, expedida por la Asamblea Departamental de Casanare, por medio de la cual se nombró a la señora Carmen Lucía Bernal como Contralora Departamental de Casanare (E) mientras se llevaba a cabo la elección correspondiente del Contralor Departamental para el período 2020-2021.

2.3. Problema jurídico

Se contrae a determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar el fallo de primera instancia. En tal sentido, se debe establecer, a partir de los argumentos plasmados en la alzada, si el acto cuestionado incurrió en las causales de infracción en la norma en que debía fundarse y expedición irregular, al desconocer el contenido del artículo 5 de la Ley 330 de 1996 con violación al debido proceso del demandante.

Para dar respuesta al anterior cuestionamiento, la Sala por efectos metodológicos abordará los siguientes temas: (i) marco teórico sobre las causales genéricas de nulidad sobre la expedición con infracción de las normas en que debe fundarse y de forma irregular, (ii) naturaleza del encargo de cargos y, (iii) caso concreto.

2.4. Expedición con infracción de las normas en que debería fundarse¹¹

Sobre esta causal, la Sección Quinta ha precisado que “...*consiste en el desconocimiento de las disposiciones normativas que componen el marco jurídico del acto administrativo...*”¹² y que, para su configuración se deben presentar dos elementos:

- El primero, demostrar que la normativa que se señala como vulnerada por parte de la autoridad pública a través de las acciones u omisiones en la expedición del acto administrativo enjuiciado, regula “*la materia que es objeto de decisión administrativa*”¹³.
- El segundo elemento, consiste en demostrar que dicho acto, en efecto, quebranta el precepto normativo que se alega como vulnerado¹⁴.

En ese sentido, la Sección¹⁵ ha caracterizado diversos eventos en los cuales puede tener configuración el desconocimiento de las normas en que deberían fundarse los actos administrativos, dentro de los cuales pueden mencionarse:

“(i) **Falta de aplicación de la norma**, situación que se presenta luego de que la autoridad que profiere el acto ignora la existencia del presupuesto normativo, o conociéndolo, no lo aplica en el asunto que la ocupa;

(ii) **Aplicación indebida de la norma**, la cual se presenta luego de que las reglas jurídicas empleadas por la autoridad para fundar el acto, no se conforman a la situación fáctica del caso a tratar, como consecuencia de una equivocación en la valoración y escogencia de la disposición normativa;

(iii) **Interpretación errónea de la norma**, consistente en el entendimiento desatinado del precepto o preceptos que sustentan el asunto por resolver.” (Negrilla del original)

De allí que el método para establecer si en el asunto de autos los actos demandados contrarían el ordenamiento jurídico superior sobre el cual debieron fundarse, deba consistir en cotejar las normas invocadas como infringidas frente al acto electoral acusado¹⁶.

¹¹ Reiteración jurisprudencial, ver Sentencia del 8 de febrero de 2018 del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Radicación No. 11001-03-28-00-2014-00117-00 acumulado con 11001-03-28-00-2014-00109-00. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Demandante: Álvaro Young Hidalgo Rosero y Movimiento Independiente de Renovación Absoluta – Mira. Demandados: Senadores de la República, Período 2014-2018.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. No. 11001-03-28-000-2016-00038-00. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Demandados: Magistrados Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. No. 08001-23-31-000-2007-00972-01. M.P. Filemón Jiménez Ochoa. Actor: Lourdes del Rosario López Flórez.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. No. 11001-03-28-000-2016-00038-00. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Demandados: Magistrados Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

¹⁵ *Ibídem*.

¹⁶ *Ibídem*.

2.5. Expedición en forma irregular¹⁷

Se materializa cuando en el trámite de expedición de un acto administrativo se ostenta un vicio en su formación, es decir, se vulnera el debido proceso.

Ahora bien, en materia electoral, la Sección en sentencia de 6 de octubre de 2016, indicó que no solo se debe probar que hubo una irregularidad en la expedición del acto, sino que, además, se debe demostrar que ésta *“fue de tal magnitud que afectó de forma directa el sentido de la decisión. En otras palabras la irregularidad que se presente debe ser sustancial, trascendental y con incidencia directa en el contenido y/o sentido del acto definitivo”*¹⁸.

Frente a este vicio de nulidad, la Sección en sentencia de 9 febrero de 2017¹⁹ señaló que:

“... concierne al elemento de la forma del acto administrativo y se materializa cuando se acredita una situación anómala en el trámite de expedición del mismo, es decir, cuando se cuestiona el proceso que empleó la autoridad administrativa para proferir su respectiva decisión. En relación con los actos electorales, esta Sección²⁰ ha indicado que habrá lugar a la declaratoria de su nulidad, con base en este vicio, luego de que se omiten formalidades que afectan de manera determinante la transparencia de un proceso electoral y su correspondiente resultado.

Así, compete a quien alega este motivo de ilegalidad señalar, claramente, las falencias o irregularidades procedimentales, de las cuales adolece el trámite de expedición del acto enjuiciado, de conformidad con el carácter rogado, propio de la justicia contencioso-administrativa”.²¹

En ese orden, la Sala de Sección, ha señalado las características de la referida causal de anulación en los siguientes términos:

“1. (...) La decisión de la administración viole las normas de orden adjetivo, las cuales establecen el procedimiento para su formación o la forma como éste debe presentarse.

2. Cuando el acto es expedido con vicios en el trámite debe verificarse si éstos son de una suficiencia tal que afecten el sentido de la decisión.

¹⁷ Reiteración jurisprudencial, ver Sentencia del 8 de febrero de 2018 del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Radicación No. 11001-03-28-00-2014-00117-00 acumulado No. 11001-03-28-00-2014-00109-00. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Demandante: Álvaro Young Hidalgo Rosero y Movimiento Independiente de Renovación Absoluta – Mira. Demandados: Senadores de la República, Período 2014-2018.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. No. 11001-03-28-000-2015-00041-00. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. No. 11001-03-28-000-2014-00112-00. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Actor: Zoilo César Nieto Díaz.

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. No. 11001-03-28-000- 2006-00172-01(4120). M.P. Darío Quiñones Pinilla. Sentencia del 23 de marzo de 2007

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. No. 08001-23-31-000-2011-01484-00. M.P. Alberto Yepes Barreiro. Sentencia del 20 de noviembre de 2011.

3. Si la irregularidad en el proceso logra afectar la decisión por cuanto es sustancial o trascendente, el acto será anulable por expedición irregular...”.²²

En consecuencia, el vicio de nulidad se **crystaliza** cuando el procedimiento que la autoridad administrativa empleó para la expedición del acto electoral del cual se cuestiona su legalidad, está inmerso en omisiones de formalidad determinantes en el resultado electoral y, por eso con buen criterio, se ha indicado que la entidad del vicio no puede ser cualquiera, pues debe revestir tal importancia que debe sobrepasar el calificativo de insignificante o de poco calado.

2.6. Naturaleza del encargo de cargos

Esta Sala ha sostenido que:

“Debe tenerse especial cuidado con la modalidad de encargo, pues si bien esta es una forma de provisión de los empleos – acto de nombramiento-, también puede constituirse como una situación administrativa.²³ Así, el artículo 2.2.5.4.7 del Decreto 1083 de 2015 establece:

“Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo, en los términos señalados en el siguiente capítulo”²⁴

De esta forma, como se ha indicado en varias oportunidades²⁵, el encargo es una modalidad de provisión temporal de empleos públicos, de conformidad con lo preceptuado por la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación²⁶. Esta particularidad permite, en principio, parangonar esta figura jurídica al nombramiento, forma típica de acceso a la función pública.

Sin embargo, es menester indicar que no en todas las ocasiones los encargos deben ser comprendidos como una forma de proveer los empleos públicos, pues, no en pocas ocasiones, se encargan las funciones, pero no el cargo, eventos en los cuales dicha situación administrativa no puede ser equiparada a un nombramiento.

En otros términos, **el encargo del cargo** implica un reemplazo del titular del mismo, mientras que en el contexto del **encargo de funciones** éste continúa ocupándolo, a pesar de que por alguna situación administrativa no puede desempeñar el catálogo de funciones asignado a su empleo.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. rad. No. 11001-03-28-000-2010-00007-00 M. P. Mauricio Torres Cuervo. Sentencia del 27 de octubre de 2016. Actor: Rector De La Universidad Surcolombiana.

²³ Según lo establecido en los artículos 2.2.5.4.1 y 2.2.5.5.1 del Decreto 1083 de 2015.

²⁴ ²⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 30 de agosto de 2018, radicación 25000-23-41-000-2018-00165-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 30 de noviembre de 2017, radicación 11001-03-28-000-2017-00035-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 14 de agosto de 2009, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 2143-2007.

En lo que respecta a esta distinción, la Sala sostuvo, en sentencia de 6 de diciembre de 2011, que:

“En este orden de ideas, haber sido meramente encargado del despacho del Gobernador no significa haberlo reemplazado. No es posible reemplazar a quien **no se ha desvinculado del cargo**, a quien **continúa siendo el titular**, pero se encuentra en comisión, o está en licencia, o en vacaciones, o suspendido provisionalmente.

Solo es posible reemplazar, en toda la extensión de la palabra, y más aún para el periodo para el cual fue elegido, cuando **realmente se sustituye al titular, quien deja de serlo**.

Por su parte a la situación administrativa del encargo la caracteriza la transitoriedad y la brevedad en el servicio. Obedece a esta particular condición, que es diferente a cuando el cargo se ejerce en condición de titular (...)”²⁷. (Negrilla fuera de texto)

Se colige de lo anterior que el “encargo” no comporta, *ipso facto*, una modalidad de provisión de los empleos públicos, toda vez que no conlleva, en principio, reemplazo de quien dispone del vínculo legal y reglamentario, razón por la que puede concluirse que, bajo esta situación, el encargo deberá ser entendido como relativo exclusivamente a las funciones del empleo.

De allí que esta figura jurídica –encargo– no pueda ser, en todos los casos, comprendida como un nombramiento y, por contera, catalizar la competencia jurisdiccional que, desde la perspectiva de los actos, reposa en cabeza de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Esta premisa ha sido, incluso, admitida por la propia jurisprudencia del alto Tribunal Constitucional:

“Tratándose de ausencia temporal, la cual genera el encargo temporal, la misma es por esencia transitoria y, por tanto, el encargo durará, como máximo, el término dispuesto para la ausencia definitiva cual es, según la norma anteriormente citada, de tres (3) meses. **Obsérvese, que la ausencia temporal del empleado supone de todas maneras su vinculación en el cargo del cual es titular, aún cuando circunstancias de orden administrativo o de otro orden, no le permitan, transitoriamente, estar al frente del mismo.**”²⁸ (Negrilla y subraya fuera de texto)

Descendiendo al caso concreto se tiene que, por medio de la Resolución No. 006 de 7 de enero de 2020, la Asamblea Departamental nombró a la señora Carmen Lucía Bernal como

²⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia de 6 de diciembre de 2012. Radicado: 540012331000-01. Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia (E).

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-428 de 1997. Magistrados Ponentes: José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Vladimiro Naranjo Mesa.

contralora Departamental de Casanare en encargo, mientras se llevaba a cabo la elección correspondiente del contralor departamental para el período 2020-2021.

De esta manera es claro, que no nos encontramos ante una situación administrativa de encargo de funciones, por cuanto lo ocurrido en el presente asunto fue que el Contralor Departamental de Casanare terminó su periodo y al no poder continuar en el cargo se hizo necesario efectuar **un nombramiento de manera transitoria para cubrir la vacancia definitiva** entre tanto se llenaba con el nuevo titular.

Por lo expuesto, la señora Carmen Lucía Bernal tuvo acceso al citado cargo público y por ello, es evidente que el acto de elección en encargo, es pasible de ser estudiado en el medio de control de nulidad electoral previsto en el artículo 139 del CPACA, conforme se explicó ampliamente en este marco teórico.

2.7. Caso concreto

De acuerdo con lo anterior, corresponde a la Sala realizar el estudio de legalidad de la Resolución de Mesa Directiva No. 006 del 7 de enero de 2020, expedida por la Asamblea Departamental de Casanare para lo cual se hace necesario citar el contenido del artículo 5 de la Ley 330 de 1996, el cual establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 5o. PERIODO, REELECCIÓN Y CALIDADES. Los Contralores Departamentales serán elegidos para un período igual al del Gobernador. En ningún caso el Contralor será reelegido para el período inmediato ni podrá continuar en el ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo. En este evento lo reemplazará el funcionario que le siga en jerarquía.

Las faltas temporales serán llenadas por el Subcontralor o el Contralor auxiliar y a falta de éstos por el funcionario de mayor jerarquía de la Contraloría Departamental. Las faltas absolutas serán llenadas de acuerdo con lo prescrito en la Constitución y en la ley. (...)" (Se destaca)

En consideración a que el contralor no podrá continuar en el ejercicio de sus funciones, la norma establece que deberá ser reemplazado por el funcionario que le siga en jerarquía.

Si bien el artículo en su segundo inciso contempló que las faltas absolutas serán llenadas de acuerdo con lo previsto en la Constitución y en la Ley, no es menos cierto que, cuando el funcionario termina su periodo nos encontramos frente a una falta absoluta que genera

una vacancia definitiva²⁹, pero la misma disposición se encargó de establecer cómo debe reemplazarse³⁰ al funcionario, esto es, con aquel que le siga en jerarquía.

Así la cosas, la discusión se concentra en establecer si dentro de la planta de la estructura organizacional de la Contraloría Departamental de Casanare cuenta o no con un nivel jerárquico, pues las partes no están de acuerdo en dicho punto dado que para el demandante sí existe un nivel jerárquico y por tal motivo, él en calidad de vicecontralor era el llamado a ser nombrado como contralor Departamental de Casanare en encargo, mientras que para la demandada y la Asamblea Departamental la estructura organizacional es plana y cualquiera de sus directivos estaba en condiciones de ser nombrado.

El Tribunal Administrativo de Casanare consideró que de la lectura de la Ordenanza 020 de 2016 que contempla la estructura organizacional, se puede inferir que sí existe un nivel jerárquico al interior de la entidad y que uno de los criterios a tener en cuenta es la escala salarial de los funcionarios, por lo que concluyó que quien seguía debajo del contralor era el vicecontralor.

La Sala comparte la postura del *a quo* en la medida en que la asignación salarial puede ser un criterio para determinar el nivel de jerarquización de cargos dentro de Contraloría Departamental, sin embargo, no corresponde al único aspecto que puede evaluarse para arribar a esa decisión.

Lo anterior, por cuanto el Gobierno Nacional cuando fijó el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos en la Ley 4 de 1992, entre ellos, los pertenecientes a la Contraloría General de la República, estipuló en el artículo 2 algunos de los criterios a tener en cuenta para efectuar esta fijación esto es, la naturaleza de las funciones, las responsabilidades y las calidades exigidas de desempeño, así como los diferentes rangos de remuneración para los cargos de nivel profesional, asesor, ejecutivo y directivo:

“ARTÍCULO 2o. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

(...) j) El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;

²⁹ Sobre este particular, la Magistrada Ponente, salvó voto recientemente en el auto de 19 de noviembre de 2019, con radicado No. 54001-23-33-000-2020-00506-01, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, mediante el cual se decretó la suspensión provisional del acto de elección de Martín Eduardo Herrera León, como Personero Municipal Transitorio de San José de Cúcuta, por cuanto consideró que la designación del demandado tenía como fundamento la ausencia definitiva del personero, habida cuenta de la terminación del periodo del titular y las vicisitudes judiciales experimentadas por el concurso público seguido para ello. No obstante, la Sala mayoritaria adujo que el nombramiento temporal del funcionario para cubrir transitoriamente el empleo de personero, correspondía a una falta temporal y en tal sentido, se debía dar aplicación a lo dispuesto en Ley 136 de 1994 que dispone que *“Las faltas temporales del personero serán suplidas por el funcionario de la Personería que le siga en jerarquía siempre que reúna las mismas calidades del personero”*.

³⁰ Mientras se proveía el cargo de la forma establecida en la Constitución y a la Ley.

k) El establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional, asesor, ejecutivo y directivo de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y de la Organización Electoral; (...)"

En esta misma línea, el artículo 3 *ibidem* dispuso que “**El sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.**” (Negrilla fuera de texto)

Para el caso de marras, la estructura organizacional de la Contraloría Departamental de Casanare se encuentra regulada en la Ordenanza 020 de 2016, motivo por el cual para la Sala es indispensable realizar un estudio integral de esta para definir si de sus disposiciones se puede inferir la existencia de una jerarquización.

“ORDENANZA No. 20
(DICIEMBRE 12 DE 2016)

“POR LA CUAL SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL, SE MODIFICA LA PLANTA DE EMPLEOS Y SE FIJA LA ESCALA SALARIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE CASANARE”.

LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE CASANARE

En uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por los Artículo 272 y 300 de la Constitución Política, la Ley 42 de 1993 y la Ley 330 de 1996,

ORDENA:

I. Estructura organizacional

Artículo 1°. Estructura Organizacional. La Estructura Organizacional de la Contraloría Departamental de Casanare favorecerá el cumplimiento de su misión y funciones institucionales; la cual estará conformada por las siguientes dependencias:

1. Despacho del Contralor
2. Despacho del Vicecontralor
3. Dirección de Vigilancia Fiscal
4. Dirección de Responsabilidad Fiscal
5. Dirección Administrativa
6. Oficina Asesora Jurídica

(...)

Artículo 3°. Objetivos y funciones del despacho del Vicecontralor. Es objetivo del Despacho del Vicecontralor prestar los apoyos administrativos y misionales que demande la entidad para el cumplimiento de sus funciones.

Son funciones del Despacho del Vicecontralor, las siguientes:

1. Asistir al despacho del Contralor y a las demás dependencias de la Contraloría, en el desarrollo de las políticas, planes y programas, para el ejercicio de las funciones asignadas a la Contraloría Departamental de Casanare.
2. Asistir al Despacho del Contralor en la coordinación y control del manejo y desarrollo de los aspectos técnicos que en ejercicio de sus funciones desarrolle la Contraloría.
3. Implementar y desarrollar el Sistema Integrado de Gestión, propendiendo por el mejoramiento continuo de la Contraloría y enmarcándola en la gestión de la calidad, con miras a lograr la efectividad en los procesos y procedimientos adelantados por ésta.
4. Desarrollar indicadores que permitan establecer los niveles de rendimiento y eficiencia en el desarrollo de los planes, programas y proyectos adelantados por las distintas dependencias de la Contraloría.
5. Servir de enlace con las dependencias encargadas de ejecutar los diferentes planes de acción con el fin de lograr su evaluación y ajustes
6. Participar en la elaboración, coordinación y control de los diferentes planes para la vigilancia de la gestión fiscal.
7. Asistir el despacho del contralor en el ejercicio de la facultad de tutela y coordinación de las actividades de vigilancia fiscal
8. Acompañar a las dependencias en la definición, determinación, y elaboración de los planes que en materia de vigilancia de la gestión fiscal realice la Contraloría, y hacer seguimiento y evaluación de los mismos.
9. Diseñar y adoptar el sistema de control interno, administracion y funcionamiento: para garantizar el acatamiento por parte de la Contraloría de los principios de la función administrativa de que tratan el artículo 209 de la Constitución Política y la Ley 87 de 1993.
10. Dirigir el examen objetivo, sistemático y profesional de las áreas financiera, administrativa, de participación ciudadana y de vigilancia de la gestión fiscal, con el fin de evaluar y verificar el ejercicio del control interno en las mismas y preparar el informe correspondiente, que contendrá comentarios, conclusiones y recomendaciones.
11. Dirigir la elaboración de la Cuenta de Manejo y Gestión que debe rendir el Contralor a la Auditoría General de la Nación.
12. Identificar las necesidades de herramientas informáticas, y en la definición de procedimientos, que permitan el desarrollo tecnológico de la entidad y la eficiencia en sus operaciones.
13. Realizar análisis de evaluación de factibilidad técnica y operativa, para la implementación y mejora de los sistemas de información en la Contraloría, de acuerdo con los requerimientos de la dependencias y los parámetros definidos en la materia.
14. Velar por la buena marcha de la Contraloría, por la eficaz desenvolvimiento de su misión constitucional y legal, y por el cumplimiento de las instrucciones impartidas por el Contralor.
15. Representar al Contralor en todo lo que éste determine y reemplazarlo en sus ausencias temporales.
16. Las demás que le sean asignadas por Ordenanza, o bien por indicación del Contralor, que guarden correspondencia con su objetivo institucional.

(...)

Artículo 6. Objetivo y funciones de la Dirección Administrativa. Es objetivo de la Dirección Administrativa orientar y dirigir el conjunto de labores y actividades que demande el ejercicio administrativo, financiero y de gestión de talento humano de la Contraloría, así como formular las políticas en la materia, en procura de brindar apoyo requerido por las demás dependencias para el logro de sus objetivos.

Son funciones de la Dirección Administrativa las siguientes:

1. Dirigir, diseñar y proponer, para la adopción por parte del Contralor, las políticas, planes y programas que en materia de recursos físicos, financieros y de talento

humano se deben desarrollar para el buen funcionamiento de la Contraloría Departamental.

2. Preparar los proyectos de reglamentaciones internas para su adopción por parte del Contralor, las políticas, planes y programas que en materia de recursos físicos, financieros y de talento humano se deben desarrollar para el buen funcionamiento de la Contraloría Departamental.
3. Formular, de acuerdo con lo que establezca el Contralor para el tema, políticas que tiendan a una mejor administración de los recursos financieros y físicos a fin de procurar niveles óptimos de calidad, cantidad, oportunidad, eficiencia y eficacia.
4. Dirigir, en coordinación con el Despacho del Vicecontralor, la elaboración del proyecto de presupuesto y el plan de compras para la Contraloría.
5. Velar por que en la Contraloría se observen estrictamente los principios de eficiencia, economía, equidad, calidad total y planteamiento estratégico en la gestión de la administración de recursos.
6. Velar por el manejo de la nómina de salarios, prestaciones y cesantías de los funcionarios de la Contraloría, de tal manera que se realice de conformidad con las normas vigentes sobre la materia.
7. Diseñar, controlar y garantizar la ejecución de planes, programas y procedimientos para la adquisición, contratación, almacenamiento, suministro, registro, control y seguro de bienes muebles e inmuebles de propiedad de la Contraloría.
8. Dirigir y Organizar las funciones correspondientes al almacén.
9. Administrar los bienes muebles e inmuebles de propiedad de la Contraloría.
10. Manejar y llevar el control de los inventarios y de los seguros de los bienes de la Contraloría.
11. Realizar el estudio de las necesidades de elementos de consumo de equipos para las distintas dependencias de la Contraloría, procurando una provisión oportuna de los mismos con el fin de asegurar el adecuado funcionamiento de éstas.
12. Coordinar la administración, mantenimiento y vigilancia de las instalaciones de la Contraloría.
13. Coordinar la organización y prestación de los servicios de conmutador, vigilancia, electricidad, aseo y de los demás servicios concernientes al mantenimiento, conservación y seguridad del edificio sede de la contraloría,
14. Coordinar la administración y el desarrollo de las actividades presupuestales contables y de tesorería de la Contraloría.
15. Coordinar y dirigir las certificaciones sobre la disponibilidad y reserva presupuestal necesarias para la adecuada ejecución del presupuesto de la Contraloría
16. Mantener actualizado el sistema de archivo de la Contraloría
17. La demás que le sean asignadas por Ordenanza, o bien por indicación del Contralor, que guarden correspondencia con su objetivo institucional.

(...)

Artículo 17. Escala Salarial. La Escala Salarial para los empleos públicos de la Contraloría Departamental de Casanare, será:

Denominación	Código	Grado Salarial	Asignación Salarial
Nivel Directivo			
Contralor	010	03	9,170,267
Vicecontralor	025	02	5,835,134
Director	009	01	4,162,639
Nivel Asesor			
Jefe de oficina asesora	115	01	3,720,187
Nivel profesional			
Profesional Especializado	222	03	3,381,988
Profesional Univesitario	219	02	3,311,792
Profesional Univesitario	219	01	2,569,291
Nivel técnico			
Técnico Administrativo	367	01	1,921,679

Nivel asistencial			
Conductor Mecánico	482	04	1,535,579
Secretario	440	03	1,309,815
Auxiliar Administrativo	407	02	975,029
Auxiliar de Servicios Generales	470	01	916,479

(...)"

De las normas transcritas, lo primero que se advierte es que en la estructura organizacional la Contraloría está conformada por dependencias y debajo del despacho del contralor se encuentra el del vicecontralor, seguido de las direcciones de vigilancia fiscal, responsabilidad fiscal y administrativa, de forma que el artículo no señala una jerarquía en estricto sentido, pero sí se encuentran enumeradas en un orden descendente dejando en primer lugar, al contralor y en segundo lugar, al vicecontralor.

De otra parte, si se hace una lectura de las funciones del vicecontralor se puede concluir de forma clara que por la importancia de las mismas y responsabilidades es el segundo al mando, dado que debe brindar apoyo administrativo y misional que demande la entidad, lo que resalta que tiene injerencia en todas las áreas de la Contraloría e inclusive está en la obligación de supervisarlas.

No ocurre lo mismo con las funciones asignadas a la Dirección Administrativa, pues estas dan cuenta que su radio de acción se circunscribe a las tareas administrativas financieras y de talento humano, lo que refleja un menor campo de responsabilidades si se comparan con las atribuidas al despacho de vicecontralor.

Aunado a lo expuesto, otra razón indicativa que el vicecontralor es superior jerárquico, tiene que ver con que el mismo artículo 5 de la Ley 330 de 1996 cuando reguló las faltas temporales señaló, en primer lugar, al vicecontralor y a falta de éste contempló la posibilidad que fueran llenadas por el funcionario de mayor jerarquía lo que salta a la vista que en primer término está el vicecontralor.

Estas circunstancias justifican que la asignación salarial del vicecontralor (grado 2) esté por debajo del contralor (grado 3) y por encima de las direcciones (grado 1) y de lo cual se deduce, sin lugar a equivocación alguna, que quien le sigue en jerarquía al contralor es justamente el vicecontralor.

De las pruebas obrantes en el expediente, está demostrado que el señor Robinson Luna Parra fue nombrado mediante Resolución No. 512 del 30 de diciembre de 2019, por el Contralor Departamental de Casanare como vicecontralor de la entidad.

De manera que, para la Sala es evidente que quien debió ser nombrado en encargo mediante la Resolución 006 del 7 de enero de 2020 era el vicecontralor, pues seguía en jerarquía al contralor, para remplazarlo en el cargo mientras se elegía al titular para el periodo 2020-2021, pero como ello no ocurrió, en tanto se tuvo en cuenta fue a la Directora Administrativa, el acto cuestionado se expidió con infracción en la norma en que debía fundarse en tanto desconoció lo previsto en el artículo 5 de la Ley 330 de 1996.

De otra parte, se concluye que no quedó demostrado la expedición irregular del acto por cuanto como se indicó en líneas previas, este vicio de nulidad se **crystaliza** cuando el procedimiento que la autoridad administrativa empleó para la expedición del acto de elección, está inmerso en omisiones de formalidad determinantes en el resultado, pero dicha circunstancia no se presente en el caso concreto pues el desconocimiento de la norma superior es de carácter sustancial y no procedimental.

2.7.1. Efectos jurídicos de la decisión

De otra parte, vale la pena precisar que, a la fecha la entidad ya cuenta con Contralora Departamental de Casanare para el período 2020-2021³¹, lo que demuestra que el acto cuestionado ya no está produciendo efectos jurídicos comoquiera que luego de agotarse el proceso de convocatoria pública para elegir al correspondiente titular se realizó la designación en propiedad y por tal motivo, la Resolución No. 006 del 7 de enero de 2020 está derogada.

Sobre este particular, es importante indicar que, en sentencia de 24 de mayo de 2018, la Sección Quinta³², de conformidad con la posición de la Sala Plena³³ respecto del estudio de aquellas normas que al momento de fallar se encuentran derogadas, sostuvo que se presenta una carencia actual de objeto por sustracción de manera cuando el acto no surtió efectos, pero en el evento en que sí los haya producido, como en efecto ocurrió en el asunto de debate, se requiere de un fallo de mérito en el que se estudie la legalidad del acto acusado pese a que no se encuentre vigente. Lo anterior, por cuanto se hace necesario establecer si la resolución objeto de censura respetó los lineamientos establecidos en el ordenamiento jurídico.

Como se explicó en el acápite anterior, del estudio de legalidad realizado por esta Sala, el acto acusado será declarado nulo por cuanto se encuentra configurada la causal genérica de nulidad. Sin embargo, no habrá lugar a la prosperidad de la pretensión de la parte demandante, relacionada con que sea nombrado el vicecontralor de la época, es decir, el señor Robinson Luna Parra, pues de acuerdo con la naturaleza de este medio de control no es posible el estudio del restablecimiento de derecho solicitada por la parte actora, por lo que esta Sala no comparte la negativa de la decisión de primera instancia frente a este asunto, en el que mencionó que el remplazo transitorio terminó con el nombramiento de la señora Yanneth Constanza Holguín Suárez como contralora Departamental para el periodo 2020-2021.

2.7.2. Solicitud de pruebas de oficio

³¹ Página web de la Contraloría Departamental de Casanare- <https://www.contraloriacasanare.gov.co/>- La señora Yanneth Constanza Holguín Suárez fue nombrada como contralora Departamental de Casanare y la señora Carmen Lucía Bernal es la Directora Administrativa de la entidad.

³² Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 24 de mayo de 2018. Expediente: 47001-23-33-000-2017-00191-02, Magistrada Ponente: Rocío Araújo Oñate.

³³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de julio 19 de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente No. 11001-03-25-000-2015-01042-00.

La parte demandada y la Asamblea Departamental solicitaron en los alegatos de primera instancia que en virtud de lo dispuesto en el artículo 212 del CPACA el Tribunal decretara de oficio el arribo de 16 actos administrativos a través de los cuales la señora Bernal fue encargada como contralora Departamental, dado que fue una situación que conoció luego de contestar la demanda.

Al respecto, la Sala precisa que el momento procesal para solicitar las pruebas en primera instancia fue en la etapa de la contestación de la demanda y dichos sujetos procesales no lo hicieron.

En segunda instancia, el Ministerio Público hizo alusión a este hecho para que denegaran las mismas, por cuanto no se reúnen los presupuestos de la norma para que sean tenidas en cuenta en este momento. En efecto, la Sala encuentra que los supuestos que contempla el 212 del CPACA son los siguientes:

- “1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia.

2. Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.

3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.

4. Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

5. Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta.”

De esta manera, al no encontrarse configurado ninguno de los numerales anteriormente transcritos, no es viable el decreto de pruebas en esta instancia procesal solicitadas por la señora Carmen Lucía Bernal y la Asamblea Departamental de Casanare.

Con todo, se precisa que las pruebas de oficio como su nombre lo indica dependen de la necesidad que encuentre el fallador de decretarlas, pero en el *sub examine*, es claro que las mencionadas resoluciones resolvieron encargos por comisiones y/o permisos que nada tienen que ver con el asunto que se estudia, pues el objeto de debate se centra en la Resolución No. 006 del 7 de enero de 2020 que contempla un encargo por terminación del periodo del contralor, es decir una vacancia definitiva.

2.8. Conclusión

Así las cosas, para la Sala resulta palmario que el acto acusado adolece de la causal de nulidad incoada por la parte actora y, en tal sentido, se impone confirmar la sentencia de 22 de octubre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare que declaró la nulidad de la Resolución No. 006 del 7 de enero de 2020 a través de la cual se nombró a Carmen Lucia Bernal como contralora departamental de Casanare (E).

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: CONFIRMAR la sentencia de 22 de octubre de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, que declaró la nulidad del acto de elección de la ciudadana CARMEN LUCÍA BERNAL como contralora Departamental del Casanare (E).

SEGUNDO: En firme la decisión, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Magistrado

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”