

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Se ordena la suspensión provisional del acto de elección del Contralor del Municipio de Neiva

El problema jurídico a ser definido por la Sala consiste en determinar si el señor José Hildebrán Perdomo en el cargo de Jefe de la Oficina Jurídica de la Universidad Surcolombiana, ejerció autoridad administrativa como empleado público, dentro de los doce meses anteriores a su elección como Contralor del Municipio de Neiva, incurriendo de este modo en la inhabilidad establecida en el numeral segundo del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 y, de presentarse tal situación, verificar la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional. Por razones de orden metodológico, para desarrollar el problema jurídico planteado, se estudia: (i) la inhabilidad aplicable en el proceso, (ii) la postura expuesta por la Sección respecto de la aplicación de esta inhabilidad en particular al caso de los contralores y, por último, (iii) Se analizan los argumentos del recurso de apelación presentado.

INHABILIDAD DE CONTRALOR MUNICIPAL - Remisión expresa a las inhabilidades establecidas para los alcaldes / INHABILIDAD DE CONTRALOR MUNICIPAL - La inhabilidad de la reforma constitucional se circunscribe a los cargos desempeñados en el nivel ejecutivo excluyendo el nivel directivo

Existe un antecedente de esta Sección, referido a la aplicación de la inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 en el caso de los contralores. En aquella oportunidad, esta Sección consideró que la inhabilidad aplicable en cuanto al ejercicio de cargos públicos en el año anterior a su elección, en el caso de los contralores, no correspondía a la consagrada en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 en virtud de la remisión del literal c del artículo 163 ejusdem, teniendo en cuenta que la que resultaba aplicable era la establecida en el inciso 7 del artículo 272 constitucional (...) Se debe tener en cuenta que el nuevo texto del artículo 272 constitucional estableció un supuesto diferente al que venía rigiendo hasta el momento. En efecto, en el nuevo escenario la inhabilidad se circunscribe a los cargos desempeñados en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal, según sea el caso, excluyendo de esta manera el nivel directivo. Por lo anterior, y sin pretender determinar en la presente providencia el alcance de la inhabilidad consagrada en la reforma constitucional, la Sala encuentra que el fundamento jurídico en el cual se sustentó esta Sección en la sentencia citada, es diferente, por lo que no resulta entonces aplicable al presente caso. Esta posición en el caso subjudice, resulta acorde con la protección de los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública, invocados, precisamente, como fundamento en el antecedente analizado.

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 95 NUMERAL 2 MODIFICADO POR LA LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 37 / LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 163 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 272 INCISO 7

SUSPENSION PROVISIONAL – Reglas especiales para el proceso de nulidad electoral / MEDIDA CAUTELAR – Oportunidad para solicitarla / SUSPENSION PROVISIONAL – No constituye prejuzgamiento

Para el proceso de nulidad electoral en materia de suspensión provisional, el legislador estableció reglas en relación con la oportunidad de presentación de la solicitud de medida cautelar, con el momento procesal para decidir la solicitud, así como la competencia para resolverla, ya sea por el juez, sala o sección, según corresponda. Sin embargo, esta norma no estableció una regla

sobre la obligatoriedad de correr traslado de dicha solicitud, lo cual tampoco es óbice para que el funcionario judicial, si a bien lo tiene, proceda a realizarlo, por lo que no se incurre en ningún tipo de violación si dicho traslado no es concedido por el juez o magistrado conductor del proceso. Recientemente, la Sala sobre este asunto señaló lo siguiente: "...En relación con este punto debe tenerse en cuenta que si bien en el Título V del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se establecen las normas relacionadas con la demanda y el proceso contencioso administrativo y en el Capítulo XI se consagran las disposiciones referentes a las medidas cautelares, lo cierto es que el trámite y decisión de las pretensiones de contenido electoral están regidas por el Título VIII del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normas que tienen carácter especial y por tanto son de aplicación preferente, tal como lo establece el artículo 5 de la ley 57 de 1887. Así las cosas en el artículo 277 ibíd, se establece que en caso en que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, norma que no establece que se deba correr traslado de la solicitud de medida cautelar. Entonces, en el proceso electoral las solicitudes de medidas cautelares se resuelven en el auto admisorio de la demanda, sin que se tenga que correr traslado de manera previa. Con todo, si bien algunos magistrados en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción aplican el artículo 233 del código, para garantizar el derecho de defensa y contradicción y corren traslado, lo cierto es que no es obligatorio hacerlo..." De igual manera, la Sala considera necesario señalar que, tal y como se indicó en la providencia impugnada, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, no constituye prejuzgamiento ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que ab initio se adoptó. NOTA DE RELATORIA: Sobre la suspensión provisional en el medio de control de nulidad electoral ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 21 de abril de 2016, C.P: Carlos Moreno, Expediente No. 47001-23-33-000-2015-00492-01

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 277 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 233

INHABILIDAD DE CONTRALOR MUNICIPAL – Por ejercicio de autoridad administrativa

Encuentra la Sala que el comité del cual hizo parte el demandado, como Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, ejerce funciones de asesoría que no implican autonomía decisoria, por lo que respecto a este argumento esbozado en la impugnación tampoco procede la revocatoria de la decisión de primera instancia (...) la competencia para celebrar contratos se encuentra radicada en cabeza del Rector o de sus delegados respectivos, la cual indudablemente implica el ejercicio de autoridad administrativa. Finalmente, en relación con el ejercicio de la autoridad administrativa, los impugnantes consideran, contrario lo señalado por a quo, que la asunción de las funciones como Director Administrativo de Control Interno Disciplinario por parte del entonces Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Universidad Surcolombiana, así fuese ocasionalmente, materializa la inhabilidad objeto de la presente demanda (...) Examinando el presente caso a partir de las pruebas allegadas en esta etapa inicial, se tiene entonces que, a través del auto del 24 de febrero de 2015, el

Rector de la Universidad Surcolombiana delegó la competencia para adelantar el trámite de la indagación preliminar N° 972 de 2014 al titular de la Oficina Asesora Jurídica, es decir, al señor señor José Hildebrán Perdomo Fernández. Así mismo, en virtud de dicha competencia delegada, el demandado continuó el trámite de la misma, verbigracia, convocando a los señores Germán Alfonso López Daza y Katherin Torres Posada, a la respectiva ampliación de la queja, tal y como dan cuenta los antecedentes mencionados. Finalmente, mediante auto del 08 de mayo de 2015, el demandado calificó esta indagación preliminar y resolvió ordenar la terminación de la actuación y, en consecuencia, dispuso su archivo. En este orden de ideas, esta Sala, apartándose de las consideraciones del a quo, estima que el ejercicio de esta facultad disciplinaria, así hubiese sido de manera ocasional, constituyó ejercicio de autoridad administrativa, lo cual entonces hace imperativo estudiar los demás presupuestos de la inhabilidad para determinar si procede o no la solicitud de medida cautelar deprecada por los demandantes. Tal y como quedó señalado en renglones superiores, es necesario verificar, en primer lugar, si dicha autoridad administrativa se ejerció en calidad de empleado público. La Sala encuentra acreditado este presupuesto, teniendo en cuenta que en el expediente obra copia de la Resolución N° P1448 del 1° de octubre de 2014 por medio del cual el Rector de la Universidad Surcolombiana nombró en el cargo de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, al señor José Hildebrán Perdomo Fernández, así mismo, obra copia del Acta de Posesión No. 136 del 1ª de octubre de 2014. De igual manera, la Sala advierte que el ejercicio de autoridad administrativa se realizó durante los doce meses anteriores a la elección, la cual se efectuó el 9 de enero de 2016, pues aquél se configuró a partir de la delegación de funciones de investigación disciplinaria, realizada a través del pluricitado auto del 24 de febrero de 2015 (...) lo discurrido por la Sala permite colegir que procede la suspensión provisional del acto demandado, toda vez que del acervo probatorio allegado y de los argumentos expuestos por los impugnantes para tal fin, se demostró mérito para ello, advirtiendo entonces la verosimilitud de los cargos presentados por el demandante.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: ROCIO ARAUJO OÑATE

Bogotá D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 41001-23-33-000-2016-00059-01

Actor: HUGO ALBERTO LLANOS PABON Y OTROS

Demandado: CONTRALOR DEL MUNICIPIO DE NEIVA

Naturaleza: Recurso de apelación –Electoral-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la decisión adoptada el 5 de abril de 2016, por medio de la

cual el Tribunal Administrativo del Huila admitió la demanda y negó la solicitud de suspensión provisional.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 09 de febrero de 2016, los señores Hugo Alberto Llanos Pabón, María Cecilia Ocampo Chávez y Roberto Carranza Rada presentaron demanda¹ en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, en la cual solicitaron la suspensión provisional del acto de elección del señor José Hildebrán Perdomo como Contralor del Municipio de Neiva para el período constitucional 2016 – 2019 y elevaron las siguientes pretensiones:

1.1 Pretensiones

1.1.1. Solicitaron estimar la procedencia y decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto de elección del señor José Hildebrán Perdomo como Contralor del Municipio de Neiva para el período constitucional 2016 – 2019.

1.1.2 Se declare la nulidad del acto en que se declaró la elección del señor José Hildebrán Perdomo como Contralor del Municipio de Neiva para el período constitucional 2016 – 2019, contenido en el Acta de Sesión Plenaria del Concejo Municipal de esta entidad territorial del día 09 de enero de 2015 (sic).

1.1.3 Como consecuencia de lo anterior, se comuniquen la sentencia a las diferentes autoridades Administrativas y electorales para los fines constitucionales

1.2. Hechos

1.2.1 El 01 de octubre de 2014, el demandado tomó posesión del cargo de “Jefe de la Oficina Jurídica código 1045 grado 07 de la OFICINA JURIDICA”, dependiente del despacho del Rector de la Universidad Surcolombiana.

¹ Folios 1 a 14.

1.2.2 El demandado se desempeñó en dicho cargo hasta el 8 de enero de 2016, fecha en la cual le fue aceptada la renuncia mediante la Resolución N° P0038.

1.2.3 El 9 de enero de 2016, el Concejo Municipal de Neiva eligió al señor José Hildebrán Perdomo como Contralor del Municipio de Neiva para el período constitucional 2016 – 2019. De igual manera, tomó posesión del cargo en esta misma fecha.

1.2.4 Entre la dejación del cargo de “Jefe de la Oficina Jurídica código 1045 grado 07 de la OFICINA JURIDICA”, en la Universidad Surcolombiana, y la elección como Contralor del Municipio de Neiva, sólo transcurrió un día.

1.2.5 De acuerdo con el numeral 3 de las funciones esenciales descritas en la Resolución N° 182 de 2014° (Manual de funciones y competencias) y con la Resolución Rectoral N° 108 del 16 de julio de 2013, el “Jefe de la Oficina Jurídica código 1045 grado 07 de la OFICINA JURIDICA desempeñaba de forma clara e inequívoca ejercicio de “autoridad jurisdiccional y administrativa”. Lo anterior, comoquiera que de acuerdo con los artículos sexto y séptimo de la Resolución N° 108 de 2013, actuó como juez de ejecuciones fiscales en todos los procesos superiores a 60 SMLMV, como por ejemplo en el proceso de cobro coactivo adelantado contra los docentes Jesús Antonio Motta Manrique y Geovanny Perdomo Charry.

1.2.6 Los contralores están afectados por el mismo régimen de inhabilidades establecido para los alcaldes, por lo que en este caso el señor José Hildebrán Perdomo estaba impedido para aspirar al cargo de Contralor del Municipio de Neiva².

² Ley 136 de 1994

ARTÍCULO 163. INHABILIDADES. <Artículo subrogado por el artículo 9o. de la Ley 177 de 1994. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser elegido Contralor, quien:

(...) c) Esté incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo de esta Ley, en lo que sea aplicable."

ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. <Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...) 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

1.2.7 Señaló que la Corte Constitucional, sobre el ejercicio de jurisdicción coactiva ha indicado: *“...De todo lo anterior cabe concluir que la jurisdicción coactiva obedece al reconocimiento de una facultad evidentemente extraordinaria o excepcional de la Administración, consistente en eximirla de llevar el asunto al conocimiento de los jueces, para lograr ella directamente la ejecución de ciertas obligaciones a su favor.*

Cabe recordar que la regla general consiste en que las controversias originadas en la inejecución de una obligación sean dirimidas por los jueces, y por ello, ciertamente constituye una excepción el hecho de que sea la propia Administración la que esté investida del poder para hacer ejecutar directamente ciertos actos, convirtiéndose de esta forma en juez y parte, en cuanto ella ejecuta a los deudores por su propia cuenta, sin intermediación de los funcionarios judiciales.

En todo caso, obedezca la jurisdicción coactiva a una función judicial o a una de naturaleza administrativa -polémica que, para los efectos del presente juicio de constitucionalidad no es indispensable dilucidar-, lo cierto es que aquélla va atada indiscutiblemente a los conceptos de imperio, soberanía, poder y autoridad...”³

1.2.8 Es claro que el demandado ejerció funciones jurisdiccionales y de autoridad como juez de ejecuciones fiscales.

1.2.9 El hecho que la Universidad Surcolombiana sea una entidad de carácter nacional no impedía que se concrete la inhabilidad comoquiera que esta entidad tiene sede principal en Neiva. Es claro que la inhabilidad establece que la actividad jurisdiccional o de autoridad sea realizada no como empleado del municipio sino que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

1.2.10 Aunado a lo anterior, el demandado como Jefe de la Oficina Jurídica fue delegado por la Rectoría de la Universidad, mediante Auto del 24 de febrero de 2015, para asumir competencia, adelantar y calificar la indagación preliminar dentro del asunto Disciplinario radicado con el N° 972 de 2014, teniendo en cuenta que el titular de la Dirección Administrativa de Control Disciplinario se

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.

³ Sentencia C-666/00

había declarado impedido para actuar en dicho trámite. En ejercicio de tal función, por medio de decisión del 08 de mayo de 2015, el señor José Hildebrán Perdomo ordenó la terminación de la actuación y en consecuencia dispuso el archivo del expediente, ejerciendo claramente autoridad administrativa.

1.2.11 Por otra parte, como Jefe de la Oficina Jurídica le fue delegada la representación legal de la universidad en toda clase de procesos judiciales y administrativos, mediante acto administrativo y escritura pública, por lo cual el demandado ejerció dicha función a nombre y representación de la entidad.

1.2.12 Adicionalmente, el demandado fue integrante del comité asesor de contratación de la Universidad, por lo cual ningún proceso de contratación puede adelantarse a menos que este órgano lo revise y apruebe. En este mismo sentido, le correspondía al señor José Hildebrán Perdomo según el manual de funciones: revisar, aprobar y visar todos los pliegos de condiciones, los contratos, convenios y las liquidaciones; todas estas actividades que corresponden al ejercicio de autoridad administrativa.

1.3. De la solicitud de suspensión provisional

En el escrito de la demanda, el actor solicitó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, para lo cual se remitió a los fundamentos expuestos en el sustento fáctico y a los conceptos de violación de las disposiciones invocadas en el libelo.

Adujo el actor que de la confrontación del acto acusado con las normas invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la demanda, se colegía la configuración de la inhabilidad en cabeza del señor José Hildebrán Perdomo al haber ejercido como empleado público de la Universidad Surcolombiana dentro de los doce meses anteriores a la fecha de sus elección como Contralor del Municipio de Neiva para el período constitucional 2016-2019.

2. Actuaciones Procesales

2.1 De la admisión de la demanda y decreto de medida cautelar

Por medio de auto del 05 de abril de 2016⁴, el Tribunal Administrativo del Huila: (i) admitió la demanda presentada por los señores Roberto Carranza Rada, Hugo Alberto Llanos Pabón y María Cecilia Ocampo Chávez, contra el acto que declaró la elección del señor José Hildebrán Perdomo, como Contralor del Municipio de Neiva para el período constitucional 2016-2019 y (ii) negó la solicitud de suspensión provisional que realizara la accionante⁵.

En el auto en mención, señaló el a quo respecto al ejercicio de autoridad administrativa:

*“...La Resolución No. 182 de octubre 23 de 2014, de la Universidad Surcolombiana (fs. 19 y 20), establece para el cargo de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, código 1045, grado 07 el manual específico de funciones y competencias laborales, teniendo ese cargo como “PROPOSITO PRINCIPAL. Asesorar al Rector y a la institución en todo lo concerniente a temas de carácter legal, asuntos jurídicos y administrativos, representarla en los procesos judiciales en los que sea parte la Universidad y brindar de manera oportuna los conceptos jurídicos que sean requeridos por la comunidad universitaria. (...) De donde se puede inferir que **su función central y principal es eminentemente de asesoría y no es decisoria.** Adicionalmente, comparado el anterior listado (Artículo 190, Ley 136 de 1994) con la descripción de las funciones esenciales que trae la mencionada resolución, **no se encuentran ninguna que indique que su tiene autonomía decisoria, pues su función es de dar conceptos jurídicos pero no tomar la decisión.**”*

Así mismo, se aporta el Acuerdo número 029 de 2011, por el cual se expide el estatuto de contratación de la universidad Surcolombiana, (...) Por su parte, la Resolución N° 194 del 3 de octubre de 2011, reglamentaria del anterior acuerdo, establece en el artículo 7 que el Comité Asesor de Contratación está integrado por el “Rector, Vicerrector Administrativo, el Vicerrector de Investigaciones, el Jefe de la Oficina Asesora de Planeación, quien actuará como Secretario del Comité, el Secretario General, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, el Profesional de Gestión Institucional del Area Financiera y el Jefe de Control Interno, como invitada (sic), con voz pero sin voto”

⁴ Folios 201 y siguientes.

⁵ Folio 206

Sin embargo en lo allegado no se demuestra que el demandado José Hildebran Perdomo Fernández, haya ejercido esta función dentro de los 12 meses anteriores a su elección de Contralor municipal, participando en la definición de las políticas y los procedimientos para la elaboración del plan de compras y de todas maneras la definición de políticas y procedimientos para elaborar el plan de compras se adopta al interior del comité y no por el jefe de la Oficina Asesora Jurídica.

Ahora bien, la parte actora allegó una indagación preliminar de carácter disciplinario, radicada bajo el número 972 de 2014, firmada por el demandado en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Universidad Surcolombiana, de fecha mayo 8 de 2015, (fs. 68 a 80), función que, según el referido manual, no es del resorte del código 1045, grado 07, sino del Director Administrativo de Control Interno Disciplinario código 0060, grado 11 (fs. 66 y 67), tal y como lo establece la Resolución No. 182 de octubre 23 de 2014, y el demandado actuó allí ante el impedimento del Director, luego esa función fue puntual para el caso y no como función permanente y propia del cargo, lo que en criterio de la Sala no conlleva a que se genere la inhabilidad que se predica... (Subraya y negrita fuera de texto original)

Respecto al ejercicio de jurisdicción, el a quo señaló lo siguiente:

“...Luego entonces la llamada función jurisdiccional coactiva, es función pública administrativa y no jurisdiccional, así tenga esa denominación, al punto que el artículo 3 de la Resolución 108 de 2013 señala que se rige por los principios de la función administrativa del artículo 209 de la Constitución Política y lo itera en el artículo 6, sobre distribución de competencias, (...) De otro lado debe decirse que igualmente se aporta el mandamiento de pago N°.001 del 25 de febrero de 2013 expedido por el Jefe de la Oficina Jurídica Vladimir Salazar Arévalo (f. 123 a 126), persona diferente al demandado; luego entonces no se demuestra que José Hildebran Perdomo Fernández, haya ejercido esta función dentro de los 12 meses anteriores a su elección de Contralor municipal...” (Subraya y negrita fuera de texto original)

2.2. Del recurso de apelación presentado por los demandantes

Mediante escrito radicado el 12 de abril de 2016⁶, la parte demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra las consideraciones del a quo respecto a la decisión de negar la solicitud de medida cautelar, en los siguientes términos:

2.2.1 En cuanto a lo indicado en el numeral 2.3 ii) de las consideraciones del auto admisorio.

En este numeral el auto admisorio señaló que el acto de posesión no es un acto administrativo y por ende no era demandable. Según los impugnantes, el acto de posesión cuando se trata de cargos de período fijo, como el de contralor municipal, a diferencia a los cargos de libre nombramiento y remoción, corresponde verdaderamente a un acto administrativo, por lo que se debe demandar tanto la elección como la posesión.

2.2.2 En cuanto a lo indicado en el numeral 2.4.4 de las consideraciones del auto admisorio

En este numeral, el a quo señaló que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 296 de la Ley 1437 de 2011, en materia de medidas cautelares en la nulidad electoral se le aplican las reglas del proceso ordinario, en lo no regulado en este trámite especial en tanto sean compatibles con su naturaleza.

Según el actor, el Tribunal Administrativo debió aplicar el artículo 229 del CPACA el cual, entre otros aspectos, señala que la decisión sobre la solicitud de medida cautelar no implica el prejuzgamiento. Para los demandantes, el a quo expresó anticipadamente consideraciones jurídicas específicas sobre los hechos que le fueron relatados, omitiendo además la obligación de solicitar el pronunciamiento correspondiente por parte del demandado para que conociera los argumentos de la suspensión provisional y aportara pruebas para demostrar lo contrario. De esta manera, el Tribunal le entregó las herramientas jurídicas para que el demandado se pueda defender y sustentar la fase probatoria.

2.2.3 En cuanto lo indicado en el numeral 2.4.6.1 de las consideraciones, respecto al ejercicio de autoridad administrativa.

⁶ Folios 225 a 236.

2.2.3.1 Se refiere el escrito al siguiente aparte de la providencia: “...*De donde se puede inferir que su función central y principal es eminentemente de asesoría y no es decisoria. Adicionalmente, comparado el anterior listado (Artículo 190, Ley 136 de 1994) con la descripción de las funciones esenciales que trae la mencionada resolución, no se encuentran ninguna que indique que su tiene autonomía decisoria, pues su función es de dar conceptos jurídicos pero no tomar la decisión...*”

Conforme lo indican los impugnantes, las funciones esenciales del cargo de Jefe de la Oficina Jurídica contenidas en los numerales 2, 3, 4, 5, 6, 8 y 11 y las contribuciones individuales señaladas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, en especial el 10,12 y 13, demuestran que en el ejercicio de tales funciones, el demandado tenía autonomía decisoria y no de asesoría, a diferencia de lo señalado por el a quo.

2.2.3.2 Se refiere el escrito en este argumento al siguiente aparte de la providencia: “...*Sin embargo en lo allegado no se demuestra que el demandado José Hildebran Perdomo Fernández, haya ejercido esta función dentro de los 12 meses anteriores a su elección de Contralor municipal, participando en la definición de las políticas y los procedimientos para la elaboración del plan de compras y de todas maneras la definición de políticas y procedimientos para elaborar el plan de compras se adopta al interior del comité y no por el jefe de la Oficina Asesora Jurídica...*”

Según lo señalan los impugnantes, el ejercicio de una función se prueba a través del manual de funciones y competencias, el cual fue efectivamente allegado. No es correcto entonces que el a quo haya concluido en relación con este aspecto, la no demostración del ejercicio de esta función por parte del demandado.

2.2.3.3 Se refiere el escrito ahora al siguiente aparte de la providencia: “...*Ahora bien, la parte actora allegó una indagación preliminar de carácter disciplinario, radicada bajo el número 972 de 2014, firmada por el demandado en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Universidad Surcolombiana, de fecha mayo 8 de 2015, (fs. 68 a 80), función que, según el referido manual, no es del resorte del código 1045, grado 07, sino del Director Administrativo de Control Interno Disciplinario código 0060, grado 11 (fs. 66 y 67), tal y como lo establece la Resolución No. 182 de octubre 23 de 2014, y el demandado actuó allí ante el*

impedimento del Director, luego esa función fue puntual para el caso y no como función permanente y propia del cargo, lo que en criterio de la Sala no conlleva a que se genere la inhabilidad que se predica...”

De acuerdo con lo señalado por los impugnantes en relación con este argumento, el Rector de la Universidad Surcolombiana delegó la competencia funcional de la Oficina de Control Disciplinario Interno en cabeza del Jefe de la Oficina Jurídica a través del auto del 24 de febrero de 2015, así haya sido por esa sola ocasión.

2.3 Del impedimento presentado

El Consejero Alberto Yepes, mediante escrito presentado a la Magistrada Ponente el pasado 08 de junio de 2016, manifestó encontrarse impedido en el asunto de la referencia, señalando que se encontraba incurso en la causal establecida en el numeral 9º del artículo 141 del C.G.P., aplicable al caso por disposición del artículo 130 del C.P.A.C.A.

Mediante auto de la misma fecha, los demás integrantes de esta Sección declararon fundado el impedimento y decidieron separarlo del conocimiento de este asunto.

II. CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. COMPETENCIA

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer del recurso de apelación presentado por los demandantes contra la decisión adoptada el 5 de abril de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Huila negó la solicitud de suspensión provisional, está fijada en los artículos 150, 152.8 y 277 de la Ley 1437 de 2011, al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 de 2003 expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

2. OPORTUNIDAD DEL RECURSO

El artículo 244 de la Ley 1437 de 2011⁷ dispone el trámite que debe surtir para la interposición y decisión del recurso de apelación contra autos. El numeral 2º de esta normativa señala que aquel deberá interponerse dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la providencia impugnada.

En el caso objeto de estudio, el auto del 05 de abril de 2016, que admitió la demanda de la referencia y decretó la suspensión provisional del acto acusado, se notificó por estado⁸ el 07 de abril de 2016 y, el recurso de reposición y en subsidio apelación se presentó el 12 de abril de la misma anualidad, es decir, dentro de la oportunidad legal.

Por su parte, a través de auto del 26 de abril de 2016⁹, el Tribunal Administrativo del Huila rechazó el recurso de reposición por ser improcedente y concedió el recurso de apelación en el efecto devolutivo, el cual fue notificado por estado el 28 de abril de la misma anualidad¹⁰, quedando ejecutoriado el 3 de mayo de 2016, según informe del Secretario del Tribunal Administrativo del Huila¹¹, para luego ser remitido a esta Corporación¹².

3. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a ser definido por la Sala consiste en determinar si el señor José Hildebrán Perdomo en el cargo de Jefe de la Oficina Jurídica de la Universidad Surcolombiana, ejerció autoridad administrativa como empleado público, dentro de los doce meses anteriores a su elección como Contralor del Municipio de Neiva, incurriendo de este modo en la inhabilidad establecida en el numeral 2º artículo 95 de la Ley 136 de 1994¹³ y, de presentarse tal situación, verificar la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional.

⁷ ARTÍCULO 244. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas: 2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.

⁸ Folio 207

⁹ Folio 230

¹⁰ Folio 232

¹¹ Folio 236

¹² Folio 236 y 238

¹³ Ley 136 de 1994. ARTÍCULO 163. INHABILIDADES. <Artículo subrogado por el artículo 9o. de la Ley 177 de 1994. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser elegido Contralor, quien:

Por razones de orden metodológico, para desarrollar el problema jurídico planteado, resulta necesario estudiar (i) la inhabilidad aplicable en el presente proceso para así, de esta manera, (ii) la postura expuesta por esta Sección respecto de la aplicación de esta inhabilidad en particular al caso de los contralores y, por último, (iii) analizar los argumentos del recurso de apelación presentado, desarrollando el caso concreto.

3.1 DE LA INHABILIDAD APLICABLE AL CASO PARTICULAR

En el presente caso, los actores consideran que se vulneró la inhabilidad consagrada en el numeral 2° del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, el cual resulta aplicable a los contralores municipales en virtud de la remisión del artículo 163 de la Ley 136 de 1994¹⁴. Esta norma establece en su tenor literal lo siguiente:

“...ARTICULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. <Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...) 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...**”
(Subraya y negrita fuera de texto)

(...) c) Esté incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo de esta Ley, en lo que sea aplicable.”

ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. <Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...) 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.

¹⁴ “...ARTÍCULO 163. INHABILIDADES. <Artículo subrogado por el artículo 9o. de la Ley 177 de 1994. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser elegido Contralor, quien:

a) Haya sido Contralor o Auditor de la Contraloría Municipal en todo o parte del período inmediatamente anterior, como titular o como encargado;

b) Haya sido miembro de los tribunales que hagan la postulación, dentro de los tres años anteriores;

c) **Esté incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo de esta Ley, en lo que sea aplicable...**” (Subraya y negrita fuera de texto)

De esta manera, no obstante existir para el caso de los contralores municipales una remisión expresa a las inhabilidades establecidas para los alcaldes en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, se debe tener en cuenta que aquéllos se encuentran incurso en las inhabilidades prescritas en esta disposición normativa en cuanto les sean aplicables.

En este sentido, la Sala encuentra que la inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, arriba transcrito, resulta aplicable al caso en particular porque el demandado, según lo expuesto por el impugnante en el recurso de alzada, ejerció autoridad administrativa al desempeñarse como Jefe de la Oficina Jurídica de la Universidad Surcolombiana, dentro del año inmediatamente anterior a su elección como Contralor Municipal de Neiva.

3.2 DE LA POSTURA EXPUESTA POR ESTA SECCIÓN RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE LA INHABILIDAD ALEGADA EN EL CASO DE LOS CONTRALORES

Existe un antecedente de esta Sección, referido a la aplicación de la inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 en el caso de los contralores.

En aquélla oportunidad, esta Sección consideró que la inhabilidad aplicable en cuanto al ejercicio de cargos públicos en el año anterior a su elección, en el caso de los contralores, no correspondía a la consagrada en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 en virtud de la remisión del literal c del artículo 163 ejusdem, teniendo en cuenta que la que resultaba aplicable era la establecida en el inciso 7º del artículo 272 constitucional. En los siguientes términos, la Sala explicó su postura:

*“...Por ende, en la medida en que el artículo 153 (sic) señala que no podrá ser contralor quien esté incurso en las causales de inhabilidad establecidas para el alcalde municipal, pero únicamente "en lo que le sea aplicable", debe entenderse que sólo se extienden al contralor aquellas inelegibilidades previstas en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 cuando tal extensión resulte claramente necesaria para asegurar una adecuada protección a la imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública. **Así, en aquellos eventos en que esa extensión carezca de evidente razonabilidad o exista duda sobre su pertinencia, debe entenderse que la inhabilidad del alcalde no es aplicable al contralor.***

Sobre este punto, esta Corporación, en sentencia del 6 de febrero de 2003, manifestó lo siguiente:

“Siendo así las cosas, la inhabilidad establecida en el artículo 95, numeral 2, de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, - según el cual no puede ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal, quien como empleado público, sin distingos, dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido jurisdicción en el respectivo municipio-, **no es inhabilidad para ser contralor municipal, en lo que pugna con el artículo 272, inciso séptimo, de la Constitución, según el cual, conforme al criterio expresado, no puede ser elegido contralor municipal quien en el último año haya ocupado cargo público del orden municipal, salvo la docencia**”. MP. Mario Alario Méndez. Exp. 2001-0387...”¹⁵ (Subraya y negrita fuera de texto)

No obstante lo anterior, la Sala advierte que el citado antecedente no resulta aplicable al caso objeto de estudio, pues, en primer lugar, el inciso 7º del artículo 272 fue modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo 02 de 2015, cambiando el supuesto fáctico de la inhabilidad consagrada, así:

<p align="center">INCISO 7º DEL ARTICULO 272 CONSTITUCION POLITICA DE 1991</p>	<p align="center">INCISO 7º DEL ARTICULO 272 MODIFICADO POR EL ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2015</p>
<p>(...) No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal. (...)</p>	<p>(...) No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal. (...)</p>

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el nuevo texto del artículo 272 constitucional estableció un supuesto diferente al que venía rigiendo hasta el momento. En efecto, en el nuevo escenario la inhabilidad se circunscribe a los cargos desempeñados en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal, según sea el caso, excluyendo de esta manera el nivel directivo.

Por lo anterior, y sin pretender determinar en la presente providencia el alcance de la inhabilidad consagrada en la reforma constitucional, la Sala encuentra que el fundamento jurídico en el cual se sustentó esta Sección en la sentencia citada, es diferente, por lo que no resulta entonces aplicable al presente caso.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009), C.P: Susana Buitrago, **Expediente N°: 730012331000-2008-00052-03**

Esta posición en el caso subjudice, resulta acorde con la protección de los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública, invocados, precisamente, como fundamento en el antecedente analizado.

3.3 CASO CONCRETO

3.3.1 Los argumentos de apelación de los demandantes

3.3.1.1 En cuanto a lo indicado en el numeral 2.3 ii) de las consideraciones del auto admisorio.

Respecto a este cargo, la Sala observa que la decisión contenida en el auto admisorio de la demanda que es pasible de recursos, es la que resuelve la solicitud de suspensión provisional¹⁶, empero, lo que se refiere a la admisión de la demanda no lo es, en virtud de lo establecido expresamente en el artículo 276 de la Ley 1437 de 2011¹⁷. De ahí que esta decisión, en este particular aspecto, haya quedado ejecutoriada al día siguiente de la notificación por estado a los demandantes, es decir, el 7 de abril de 2016¹⁸.

Por lo anterior, este cargo, al referirse a aspectos de la admisión de la demanda, no será estudiado por la Sala en esta providencia.

3.3.1.2 En cuanto a lo indicado en el numeral 2.4.4 de las consideraciones del auto admisorio

Respecto a este cargo, la Sala advierte que para el proceso de nulidad electoral en materia de suspensión provisional, el legislador estableció reglas en relación con la oportunidad de presentación de la solicitud de medida cautelar, con el momento procesal para decidir la solicitud, así como la competencia para resolverla, ya sea por el juez, sala o sección, según corresponda. Sin embargo,

¹⁶ **ARTÍCULO 277. CONTENIDO DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA Y FORMAS DE PRACTICAR SU NOTIFICACIÓN.** Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá:

(...) En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación.

¹⁷ **ARTÍCULO 276. TRÁMITE DE LA DEMANDA.** Recibida la demanda deberá ser repartida a más tardar el día siguiente hábil y se decidirá sobre su admisión dentro de los tres (3) días siguientes.

El auto admisorio de la demanda no es susceptible de recursos y quedará en firme al día siguiente al de la notificación por estado al demandante.

¹⁸ Ver folios 206 y 207

esta norma no estableció una regla sobre la obligatoriedad de correr traslado de dicha solicitud, lo cual tampoco es óbice para que el funcionario judicial, si a bien lo tiene, proceda a realizarlo, por lo que no se incurre en ningún tipo de violación si dicho traslado no es concedido por el juez o magistrado conductor del proceso.

Recientemente, la Sala sobre este asunto señaló lo siguiente:

“...En relación con este punto debe tenerse en cuenta que si bien en el Título V del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se establecen las normas relacionadas con la demanda y el proceso contencioso administrativo y en el Capítulo XI se consagran las disposiciones referentes a las medidas cautelares, lo cierto es que el trámite y decisión de las pretensiones de contenido electoral están regidas por el Título VIII del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normas que tienen carácter especial y por tanto son de aplicación preferente, tal como lo establece el artículo 5 de la ley 57 de 1887¹⁹.

Así las cosas en el artículo 277 ibíd, se establece que en caso en que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, norma que no establece que se deba correr traslado de la solicitud de medida cautelar.

Entonces, en el proceso electoral las solicitudes de medidas cautelares se resuelven en el auto admisorio de la demanda, sin que se tenga que correr traslado de manera previa. Con todo, si bien algunos magistrados en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción aplican el artículo 233 del código, para garantizar el derecho de defensa y contradicción y corren traslado, lo cierto es que no es obligatorio hacerlo...”²⁰

De igual manera, la Sala considera necesario señalar que, tal y como se indicó en la providencia impugnada, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, **no constituye prejuzgamiento** ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta,

¹⁹ Artículo 5 ley 57 de 1887: “Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla. Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: 1ª. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.”

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 21 de abril de 2016, C.P: Carlos Moreno, Expediente No. 47001-23-33-000-2015-00492-01

dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que *ab initio* se adoptó.

Por lo anterior, este cargo de la impugnación tampoco está llamado a prosperar.

3.3.1.3 En cuanto al ejercicio de autoridad administrativa

En primer lugar, en relación con el ejercicio de funciones con autonomía decisoria y no de asesoría, una vez revisada la Resolución N° 182 del 23 de octubre de 2014 *“Por medio de la cual se ajusta el manual de funciones, requisitos, equivalencias y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la Universidad Surcolombiana”*, específicamente el cargo identificado como Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, la Sala advierte que su propósito general es: *“...Asesorar al Rector y a la Institución en todo lo concerniente a temas de carácter legal, asuntos jurídicos y administrativos, representarla en los procesos judiciales en los que sea parte la Universidad y brindar de manera oportuna los conceptos jurídicos que sean requeridos por la comunidad universitaria. La oficina asesor jurídica es la encargada de ejecutar y desarrollar las políticas, planes programas y proyectos de carácter jurídico...”*

De esta manera, las funciones esenciales y las contribuciones individuales que se encuentran descritas en el mismo, se desarrollan en el marco de este propósito general.

El análisis probatorio realizado en esta etapa procesal frente a este argumento de la impugnación, no amerita entonces que la decisión tomada en primera instancia sea revocada, pues el ejercicio de las funciones señaladas para este cargo corresponden a aquellas propias del nivel asesor, las cuales no implican autonomía decisoria.

En segundo lugar, los impugnantes manifiestan su inconformidad respecto a la posición del a quo, en relación con el ejercicio de funciones por parte del demandado en la definición de las políticas y los procedimientos para la elaboración del plan de compras. Según su parecer, esta situación se prueba simplemente a través de la acreditación de la función respectiva en el manual de funciones y competencias.

Al respecto, la Sala observa que el Acuerdo N° 029 del 15 de junio de 2011 “Por el cual se expide el Estatuto de Contratación de la Universidad Surcolombiana”, establece en su artículo 10 que el Comité **Asesor** de Contratación tiene por objeto **asesorar** al Rector y/o sus delegados con competencia para celebrar contratos. Así mismo, corresponde al Comité Asesor en Contratación definir las políticas y los procedimientos para la elaboración del plan de compras y asesorar en la materia a los funcionarios y unidades de la Universidad.

A su vez, la Resolución N° 194 del 03 de octubre de 2011 “Por medio de la cual se reglamenta el Acuerdo 029 de 2011 - Estatuto de Contratación de la Universidad Surcolombiana”, establece en su artículo 7, que dicho Comité Asesor de Contratación se encuentra integrado, entre otros, por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica.

De esta manera, en esta etapa procesal, encuentra la Sala que este comité del cual hizo parte el demandado, como Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, ejerce funciones de asesoría que no implican autonomía decisoria, por lo que respecto a este argumento esbozado en la impugnación tampoco procede la revocatoria de la decisión de primera instancia.

Recuérdese además que, en todo caso, según el artículo 10 del Estatuto de Contratación de la entidad, arriba mencionado, la competencia para celebrar contratos se encuentra radicada en cabeza del Rector o de sus delegados respectivos, la cual indudablemente implica el ejercicio de autoridad administrativa.

Finalmente, en relación con el ejercicio de la autoridad administrativa, los impugnantes consideran, contrario lo señalado por a quo, que la asunción de las funciones como Director Administrativo de Control Interno Disciplinario por parte del entonces Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Universidad Surcolombiana, así fuese ocasionalmente, materializa la inhabilidad objeto de la presente demanda.

En este sentido, se observa que en el expediente obra copia del auto de fecha 08 de mayo de 2015²¹, por medio del cual el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, señor José Hildebrán Perdomo Fernández, calificó la indagación preliminar con número de radicación 972 de 2014, resolviendo ordenar la terminación de la actuación y, en consecuencia disponiendo su archivo, la cual tuvo origen en el oficio del 12 de diciembre de 2014, suscrito por el Coordinador y Presidente del Comité de la Maestría en Derecho Público de la Universidad Surcolombiana, Dr. Germán Alfonso López Daza, y por la entonces Secretaria del mencionado comité, Dra. Katherin Torres Posada, por el cual formularon un reclamo respetuoso al Consejo Académico de la entidad.

En los antecedentes del citado auto, se advierte que en razón al impedimento para actuar en el trámite de la indagación preliminar, presentado mediante auto del 19 de febrero de 2015 por parte del Director Administrativo de Control Disciplinario, el Rector de la Universidad Surcolombiana, **a través de auto del 24 de febrero de 2015**, decidió aceptar dicho impedimento y, en consecuencia, **delegó la competencia para adelantar el asunto en el titular de la Oficina Asesora Jurídica.**

Así mismo, en las consideraciones respectivas, se afirma que el despacho: *“...es competente para pronunciarse sobre ésta (sic) diligencias, en los términos ordenados en auto del 24 de febrero de 2015 emanado de la Rectoría de la Universidad Surcolombiana, la cual asignó a ésta (sic) Oficina la labor de instruir lo atinente al trámite, dada la estimación del impedimento concurrente en el titular del empleo de Jefe de la Dirección Administrativa de Control Disciplinario Interno...”*

Lo anterior tiene toda la trascendencia del caso pues, de conformidad con el arriba transcrito artículo 190 de la Ley 136 de 1994, la facultad para investigar faltas disciplinarias se encuentra contenido dentro del concepto de dirección administrativa, ergo, constituye ejercicio de autoridad administrativa.

La figura de la delegación ha sido entendida como: *“una técnica de manejo administrativo de las competencias (...), en virtud de la cual, se produce el traslado de competencias de un órgano que es titular de las respectivas funciones*

²¹ Visible a folios 68 - 80

*a otro, para que sean ejercidas por éste, bajo su responsabilidad, dentro de los términos y condiciones que fije la ley*²².

Al respecto, la Sala precisa, en primer lugar, que el artículo 211 de la Constitución Política²³ establece la posibilidad de que las autoridades administrativas deleguen funciones en sus subalternos o en otras autoridades., señalando además que la delegación exime de responsabilidad al delegante²⁴.

Por su parte, el artículo 9 la Ley 489 de 1998²⁵ establece que las autoridades administrativas pueden transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, mediante acto de delegación. Dicho acto, en virtud del artículo 11 ejusdem²⁶, siempre debe ser escrito, determinado la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-382 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell

²³ "...ARTICULO 211. La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.

La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios.

²⁴ "...la expresión del artículo 211 dice que el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, lo cual no significa que aquél no responda por sus propias acciones u omisiones en relación con los deberes de dirección, orientación, instrucción y seguimiento, las cuales serán fuente de responsabilidad cuando impliquen infracción a la Constitución y a la ley, la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones o el incumplimiento de los principios de la función administrativa (C.P., arts. 6º, 121 y 209)..."*Corte Constitucional, Sentencia C-372 del 15 de mayo de 2002. M.P: Jaime Córdoba Triviño*

²⁵ ARTICULO 9o. DELEGACION. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

PARAGRAFO. Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.

²⁶ ARTICULO 10. REQUISITOS DE LA DELEGACION. En el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.

El Presidente de la República, los ministros, los directores de departamento administrativo y los representantes legales de entidades descentralizadas deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas.

Seguidamente, este compendio normativo en su artículo 11²⁷ establece las materias sobre las cuales no puede operar este mecanismo, a saber: (i) La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley; (ii) las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación; y (iii) las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.

De igual manera, al igual que el artículo 211 constitucional, esta Ley en su artículo 12²⁸ establece que la delegación exime de responsabilidad al delegante, quién podrá en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario.

Examinando el presente caso a partir de las pruebas allegadas en esta etapa inicial, se tiene entonces que, a través del auto del 24 de febrero de 2015, el Rector de la Universidad Surcolombiana delegó la competencia para adelantar el trámite de la indagación preliminar N° 972 de 2014 al titular de la Oficina Asesora Jurídica, es decir, al señor señor José Hildebrán Perdomo Fernández²⁹. Así mismo, en virtud de dicha competencia delegada, el demandado continuó el trámite de la misma, verbigracia, convocando a los señores Germán Alfonso López Daza y Katherin Torres Posada, a la respectiva ampliación de la queja, tal y como dan cuenta los antecedentes mencionados³⁰.

²⁷ ARTICULO 11. FUNCIONES QUE NO SE PUEDEN DELEGAR. Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:

1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.

2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.

3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.

²⁸ ARTICULO 12. REGIMEN DE LOS ACTOS DEL DELEGATARIO. Los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas.

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.

PARAGRAFO. En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal.

²⁹ Visible en los antecedentes del auto de archivo, folio 69

³⁰ Visible en los antecedentes del auto de archivo, folio 69

Finalmente, mediante auto del 08 de mayo de 2015, el demandado calificó esta indagación preliminar y resolvió ordenar la terminación de la actuación y, en consecuencia, dispuso su archivo³¹.

En este orden de ideas, esta Sala, apartándose de las consideraciones del a quo, estima que el ejercicio de esta facultad disciplinaria, así hubiese sido de manera ocasional, constituyó ejercicio de autoridad administrativa, lo cual entonces hace imperativo estudiar los demás presupuestos de la inhabilidad para determinar si procede o no la solicitud de medida cautelar deprecada por los demandantes.

Tal y como quedó señalado en renglones superiores, es necesario verificar, en primer lugar, si dicha autoridad administrativa se ejerció en calidad de empleado público.

La Sala encuentra acreditado este presupuesto, teniendo en cuenta que en el expediente obra copia de la Resolución N° P1448 del 1° de octubre de 2014³², por medio del cual el Rector de la Universidad Surcolombiana nombró en el cargo de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, código 1045, grado 07, de la Oficina Jurídica, al señor José Hildebrán Perdomo Fernández, a partir del 01 de octubre de 2014, devengando una asignación básica mensual de \$4.041.863. Así mismo, obra copia del Acta de Posesión No. 136 del 1ª de octubre de 2014³³.

De igual manera, la Sala advierte que el ejercicio de autoridad administrativa se realizó durante los doce (12) meses anteriores a la elección, la cual se efectuó el 9 de enero de 2016³⁴, pues aquél se configuró a partir de la delegación de funciones de investigación disciplinaria, realizada a través del pluricitado auto del 24 de febrero de 2015.

Finalmente, respecto al elemento territorial, es decir, el ejercicio como empleado público en el respectivo municipio, se tiene que tanto la Resolución N° P1448 del 1° de octubre de 2014³⁵, por medio del cual el Rector de la Universidad Surcolombiana nombró en el cargo de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, al señor José Hildebrán Perdomo Fernández, a partir del 01 de octubre de 2014, así

³¹ Visible en el resuelve del auto de archivo, folio 80

³² Visible a folio 15

³³ Visible a folio 17

³⁴ Acta del concejo de Neiva No. 008 del 9 de enero de 2016, visible a folios 149-158

³⁵ Visible a folio 15

como la Resolución No. P0038 del 08 de enero de 2016, a través de la cual se aceptó la renuncia, se dieron en la ciudad de Neiva³⁶.

4. CONCLUSION

En esta etapa procesal, lo discurrido por la Sala permite colegir que procede la suspensión provisional del acto demandado, toda vez que del acervo probatorio allegado y de los argumentos expuestos por los impugnantes para tal fin, se demostró mérito para ello, advirtiendo entonces la verosimilitud de los cargos presentados por el demandante.

Por todo lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta en uso de facultades constitucionales y legales,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión adoptada el 5 de abril de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Huila negó la solicitud de suspensión provisional, y en su lugar, **DECRETAR** la medida de suspensión provisional del acto de elección del señor José Hildebrán Perdomo Fernández, como Contralor del Municipio de Neiva.

SEGUNDO: COMUNICAR al Presidente del Concejo Municipal de Neiva lo resuelto en esta providencia para lo de su cargo.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CUARTO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

³⁶ Ver folios 16 y 22 respectivamente.

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Presidente

ROCIO ARAUJO OÑATE

Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero