

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Se niegan las pretensiones de nulidad de la designación del contralor Departamental del Quindío periodo 2016-2019

La jurisprudencia constitucional a la que alude el accionante no es aplicable al caso concreto, comoquiera que aquella se acuñó en el marco de un concurso de méritos, en tanto en el sub judice está acreditado que la Asamblea Departamental del Quindío adelantó una convocatoria pública. Lo anterior, porque así se desprende de la simple lectura de la Resolución N° 075 del 1 de diciembre de 2015, en la que se precisa que el procedimiento eleccionario para elegir al Contralor del Quindío estaría sometido a las reglas de una convocatoria. De hecho, a la misma conclusión arribó la Sala en sentencia del 14 de febrero de 2017, cuando señaló que la Asamblea Departamental del Quindío adelantó una “convocatoria pública en el que la escogencia final no aplica un orden específico de elegibilidad entre los seleccionados”. (...) Como puede observarse, fue una sentencia, que se encuentra debidamente ejecutoriada y que está amparada bajo el principio de cosa juzgada, la que determinó que la irregularidad cometida viciaba la validez de los tramites concerniente a la entrevista y, que por consiguiente, dicha fase debía rehacerse desde la citación a la misma, para garantizar que todos y cada uno de los candidatos que cumplían los requisitos pudieran presentarla. Bajo este panorama, es claro que el recurso de apelación presentado por el demandante no es el instrumento idóneo para controvertir una decisión judicial, de forma que no existe irregularidad alguna por el hecho de que la asamblea haya dado cumplimiento a un fallo, en los precisos términos en los que la orden fue dada. (...) Ninguno de los argumentos expuestos por la parte actora en su recurso de apelación son suficientes para desvirtuar las conclusiones a las que arribó la autoridad judicial de primera instancia, razón por la que la Sala confirmará en su integridad el fallo del 19 de octubre de 2017, a través del cual el Tribunal Administrativo del Quindío negó las pretensiones de la demanda electoral de la referencia.

RECURSO DE APELACIÓN – Está vedado que en el discurso de alegatos se pretenda adicionar el recurso

No escapa a la Sala que los cargos excluidos fueron desarrollados por el señor Zaraza Arcila en sus alegatos de conclusión. Sin embargo, esa argumentación no puede ser tenida en cuenta, ya que el escenario para controvertir la sentencia de primera instancia es el recurso de apelación, pues está vedado que a través del escrito de alegatos se adicione o corrija el recurso de alzada. Lo propio sucede con el argumento de los alegatos tendiente a controvertir el fallo del 14 de febrero de 2017 calificando de “injusto o inequitativo”, no solo porque nada se dijo sobre el punto en la demanda, de forma que no puede el actor formular una nueva censura contra el acto acusado, sino porque, además, este no es el escenario idóneo para controvertir una decisión judicial que está amparada por la cosa juzgada. En síntesis, el análisis de la Sección se centrará, únicamente, en los temas que de acuerdo lo descrito en los párrafos que preceden sí fueron objeto de apelación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 63001-23-33-000-2017-00212-01

Actor: GILBERTO ZARAZA ARCILA

Demandado: GERMÁN BARCO LÓPEZ COMO CONTRALOR DEL DEPARTAMENTO DEL QUINDÍO- PERÍODO 2016-2019

Asunto: Nulidad Electoral – Fallo de Segunda Instancia

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia dictada el 19 de octubre de 2017 por el Tribunal Administrativo del Quindío que negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral formulada contra la elección de **Germán Barco López** como contralor del citado departamento.

I.ANTECEDENTES

1. Demanda

El señor **Gilberto Zaraza Arcila** demandó, en ejercicio del medio de control del artículo 139 del CPACA, la nulidad de la elección de **Germán Barco López** como Contralor del Departamento del Quindío para lo que resta del período 2016-2019. Al respecto, formuló la siguiente pretensión¹:

“Decretar la nulidad del ACTO ADMINISTRATIVO DE ELECCIÓN CONTRALOR DEL DEPARTAMENTO DEL QUINDÍO, por infringir el ordenamiento jurídico superior, en particular por desconocer la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 2485 de 2014, (núm. 5º Artículo 275 de CPACA, art 275 Núm. 5 Eiusdem; 3º de la Ley 1474 de 2011 y 9º de la Ley 177 de 1994 modificadorio de la artículo 163 de la Ley 136 de 1994.”² (Mayúsculas en original)

Como sustento de su pretensión, el actor expuso la siguiente situación fáctica:

1.1 A través de Resolución N° 074 de 30 de noviembre de 2015, la Asamblea Departamental del Quindío reguló las normas del “*concurso de méritos*” que guiaría la elección del contralor de esa entidad territorial.

1.2 El acto descrito en el numeral anterior, se aclaró mediante Resolución N° 075 del 1º de diciembre de 2015, y en ella se especificó que el procedimiento eleccionario se trataba de una convocatoria pública y no de un concurso de méritos.

¹ Se transcribe la de la subsanación de la demanda.

² Folio 207 del expediente.

1.3 Surtidas las etapas pertinentes, resultó electa como contralora la señora Sandra Milena Gómez Fajardo.

1.4 La citada elección fue demandada, razón por la que mediante sentencia del 14 de febrero de 2017 proferida dentro del radicado 63001-23-33-000-2016-00042-03, la Sección Quinta del Consejo de Estado confirmó la sentencia del Tribunal del Quindío y, por consiguiente declaró la nulidad del acto de la elección de la señora Sandra Milena Gómez Fajardo. En la citada providencia se ordenó, además que la Asamblea tendría que dar continuidad a la convocatoria desde la citación a la prueba de entrevista con todos y cada uno de los participantes habilitados para ello.

Lo anterior, por cuanto se encontró que existió un vicio en la fase de entrevista, consistente en que la asamblea solo entrevistó a una terna, y no a todos los participantes que habían aprobado las pruebas tal y como lo contemplaban las reglas del procedimiento electoral.

1.5 Mediante Resolución N° 046 del 25 de marzo de 2017, la asamblea departamental ajustó el procedimiento a efectos de retomar la elección desde la fase ordenada por la Sección Quinta, es decir, desde la citación a entrevista, y se fijó como fecha para realizar esa diligencia el día 3 de abril de 2017.

1.6 El día 3 de abril de 2017, se realizó por parte de la Asamblea Departamental del Quindío la entrevista a los 5 participantes que habían superado las pruebas de conocimientos y de competencias, entre ellos el demandante y el demandado.

1.7 El 6 de abril de 2017, algunos de los entrevistados presentaron reclamaciones a la asamblea respecto a la forma en la que se había calificado la entrevista. Dichas reclamaciones se respondieron de forma negativa el día 7 de abril de 2017.

1.8 A través de Resolución N° 019 del 10 de abril de 2017, se publicó la lista de elegibles y la terna de la cual la asamblea elegiría al Contralor de Quindío para lo que resta del periodo 2016-2019.

1.9 En sesión ordinaria del 27 de abril de 2017, la asamblea departamental eligió al señor **Germán Barco López** como Contralor del Departamento del Quindío.

En este contexto, para el demandante la elección del señor Barco López se encuentra viciada de nulidad por los siguientes motivos³:

a) El acto transgredió las normas en las que debía fundarse: En este punto el accionante, señaló que se violaron los artículos 29, 126, 209 y 272 de la Carta Política, el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 y las Resoluciones N° 074 y 075 de 2015 y N° 016 de marzo de 2017 proferidas por la Asamblea del Quindío. El concepto de la violación lo desarrolló así:

³ Se toman los expuestos en la subsanación de la demanda.

Adujo que se desconocieron los artículos 126 y 272 de la Carta Política, pues la asamblea debió adelantar un concurso de méritos, y no una convocatoria pública, habida cuenta que en la Resolución N° 074 de 30 de noviembre de 2015 se estableció que el procedimiento de la elección del Contralor del Quindío se sujetaría a lo reglado para la designación de personeros en la Ley 1551 de 2012.

Para el accionante, la asamblea no podía modificar el procedimiento de elección convirtiéndolo de un concurso de méritos a una convocatoria pública, pues ese hecho incidió indudablemente en la elección acusada y configuró la trasgresión a los principios de objetividad y transparencia.

b) El señor Barco López se encuentra inhabilitado para ejercer como contralor.

En este sentido, el accionante indicó que el demandado estaba incurso en dos inhabilidades distintas y por hechos disímiles. Así pues, según su criterio, no podía ser designado porque hasta el 31 de agosto de 2015 se desempeñó como Gerente Seccional de la Auditoría General de la República con fiscalización en la Contraloría del Quindío, lo que configuraba la inhabilidad prevista en el artículo 3° de la Ley 1474 de 2011.

Adicionalmente, sostuvo que el señor Barco López también estaba incurso en la prohibición dispuesta en el inciso 8° del artículo 272 de la Constitución y en el artículo 7° de la Ley 177 de 1994, toda vez que desde el 2° de enero y hasta el 30 de octubre de 2016 ejerció como Asesor Jurídico y Jefe de Contratación del municipio de Circasia, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios.

c) Expedición irregular

Para el actor esta causal se materializó, toda vez que en la fase de entrevistas se presentaron varias anomalías, tales como:

- El demandado no debió ser citado a la entrevista ordenada por el fallo del 14 de febrero de 2017, toda vez que aquel se rehusó a presentar la primera entrevista adelantada por la asamblea, razón por la que, a su juicio, perdió el derecho a seguir participando en el “concurso”, puesto que de forma libre y voluntaria se sustrajo de una de las fases del mismo.
- La orden del Consejo de Estado fue incumplida, toda vez que en esta se dictaminó que la entrevista debía realizarse a los “habilitados”, siendo claro que dos de los participantes no lo estaban.

Especialmente, sostuvo que la señora Laura Cristina Tabares y el demandado no estaban habilitados para presentar la entrevista. Frente a la primera, porque aquella fungió como Directora Administrativa y Financiera de la Contraloría del Quindío, y por ende, estaba incurso en la prohibición descrita en el inciso 8° del artículo 272 Superior, y respecto al segundo por las razones anotadas en el literal anterior.

Para el demandante si se hubiese dado cabal cumplimiento a la orden del juez electoral, los citados ciudadanos no habrían participado y, por ende, el demandado no habría resultado electo.

- Indicó que en la entrevista se vulneró el derecho al debido proceso, toda vez que: **i)** algunos de los diputados tenían un cuestionario de preguntas⁴; **ii)** las preguntas realizadas a algunos de los candidatos no tenían relación con el cargo a desempeñar; **iii)** la calificación fue subjetiva y no motivada⁵, pese a que en la sesión del 2 de enero de 2016 se habían fijado los criterios de evaluación, y a que las reglas de la convocatoria habían establecido que la elección respondería a criterios de objetividad; **iv)** inexistencia de criterios previamente establecidos para la calificación y **v)** el día de las entrevistas estaban en el recinto de la asamblea personas ajenas a la corporación y/o los participantes.
- En la entrevista se violó el derecho a la igualdad, comoquiera que a 3 de los candidatos se les formularon las mismas preguntas, según el cuestionario definido, en tanto a los demás se les enunciaron cuestionamientos distintos, los cuales variaban según el candidato que se buscaba favorecer⁶.
- Se materializó lo que denominó como “*violación del acto propio*”, porque la entrevista no tenía parámetros objetivos de evaluación, pese a que en la convocatoria se había establecido que la designación correspondería a criterios objetivos de selección.
- El demandando el día de la entrevista modificó de forma manuscrita y en presencia de los diputados su hoja de vida, con lo cual violó las reglas del procedimiento establecido por la asamblea, según la cual los documentos aportados por los participantes eran inmodificables⁷.

Con fundamento en los anteriores argumentos solicitó, además, la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados.

2. Admisión de la demanda

2.1 Mediante auto del 12 de junio 2017, el Magistrado Ponente en el Tribunal Administrativo del Quindío admitió la demanda de la referencia y ordenó las notificaciones correspondientes de las que trata el artículo 277 del CPACA.

⁴ En este orden de ideas, explicó que el diputado Humberto Turriago realizó un cuestionario de preguntas que fue entregado a todos los diputados salvo a Mary Luz Ospina, Gloria Patricia Pareja y Bernardo Valencia.

⁵ Sobre el punto precisó que algunos candidatos se les puso notas muy bajas sin que se diera explicación o justificación para el guarismo obtenido.

⁶ En este sentido, explicó que se hicieron preguntas sobre el plan de desarrollo de la contraloría departamental, con lo que se favoreció al demandado y a la señora Sandra Gómez y Laura Tabares, comoquiera que ellos habían desempeñado cargos en la contraloría, y conocían de antemano dicho documento.

⁷ Especialmente, señaló que se desconoció el artículo 7º de la Resolución N° 074 de 2015.

2.2 En providencia del 13 de julio de 2017, el Tribunal Administrativo del Quindío negó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

3. Contestaciones

3.1. El demandado

A través memorial radicado el 18 de julio de 2017⁸, el señor **Germán Barco López** contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la misma. Para el efecto presentó los siguientes argumentos:

Señaló que el tema relacionado con que la elección debía estar precedida de una convocatoria o de un concurso de méritos, ya había sido resuelto por el tribunal al estudiar la demanda contra la elección de la señora Sandra Milena Gómez, pues ahí se determinó que no existía ningún vicio en el procedimiento adelantado, razón por la que se ordenó rehacerlo solo desde la fase de entrevistas.

Indicó que no estaba incurso en ninguna causal de inhabilidad, habida cuenta que la vinculación con el municipio de Circasia se produjo a través de un contrato de prestación de servicios, es decir, no ejerció, en los términos del inciso 8º del artículo 272 Superior, cargo público.

Según su criterio, la anterior conclusión se corrobora si se tiene en cuenta que el DAFP mediante concepto N° 20176000128991 de 5 de mayo de 2017; la Corte Constitucional en sentencia C-509 de 1998 y la Sección Quinta del Consejo de Estado en fallo de 24 de marzo de 2005 radicación 88001-23-31-000-2004-00001-02 coincidieron en colegir que el contrato de prestación de servicios no materializa la prohibición constitucional.

Aseguró que tampoco se configuraba el supuesto previsto en el artículo 3º de la Ley 1474 de 2011, toda vez que aquel se refiere a la prohibición de los ex servidores públicos de gestionar intereses privados, ni el contemplado en el artículo 6º de la Ley 330 de 1996, pues el cargo de Gerente Seccional de la Auditoría General de la República es del orden nacional, y no departamental, municipal o distrital como lo exige la norma en comentario⁹.

Manifestó que tampoco estaba incurso en la inhabilidad prevista en el artículo 9º de la Ley 177 de 1994, toda vez que la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰ ha precisado que aquella solo es exigible para contralores municipales y no departamentales.

Frente a las presuntas irregularidades presentadas en la fase de entrevista manifestó que: i) tenía todo el derecho a ser llamado a la misma, porque la sentencia de nulidad electoral ocasionó que el procedimiento de elección se

⁸ Folios 660 a 702

⁹ Para reforzar su postura transcribió algunos apartes del concepto rendido por el DAFP, antes citado.

¹⁰ Al efecto referenció: Consejo de Estado, sentencia del 14 de noviembre de 2002, radicación 15001-23-31-000-2001-1092-02 C.P Darío Quiñones; Corte Constitucional sentencia C-367 de 1996, Consejo de Estado, sentencia del 24 de marzo de 2005, radicación 88001-23-31-000-2004-00001-02 .P Darío Quiñones.

retrotrajera a esa fase, sin tener en cuenta nada de lo que previamente había sucedido; ii) lo relacionado con la inhabilidad de la señora Laura Tabares, no tiene vocación de prosperidad, toda vez que aquella no resultó electa; iii) los parámetros fijados en sesión del 2 de enero de 2016 no podían ser tenidos en cuenta como señala el actor, porque aquellos quedaron viciados por la nulidad decretada; iv) las preguntas se ajustaron a las exigencias del cargo, siendo el demandado el que mejor calificación obtuvo, pues incluso quienes no votaron por él le asignaron una calificación muy alta en su entrevista.

Aseguró que aunque era cierto que la entrevista fue meramente subjetiva, ello no constituye causal de nulidad, pues el ordenamiento jurídico permitió que en las convocatorias públicas existiera una fase con esa característica atendiendo a que esta es la que menor peso tiene dentro del procedimiento electoral.

Finalmente, sostuvo que la presencia de personas ajenas a la entrevista, ni la modificación manuscrita de la hoja de vida alteraba en lo más mínimo la elección acusada.

3.2. Autoridad que profirió y/o intervino en la adopción del acto acusado: Asamblea Departamental de Quindío¹¹

A través de su presidente, la Asamblea Departamental del Quindío se opuso a las pretensiones de la demanda. Para el efecto, sostuvo que el procedimiento electoral se llevó a cabo con respeto irrestricto de las normas constitucionales y las resoluciones que reglaban la elección.

Explicó que no se materializó vulneración alguna por el hecho de que la asamblea haya decidido realizar una convocatoria pública, pues el mismo Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil determinó que se podía hacer uso de las normas de los concursos de méritos, pero teniendo en cuenta que en la escogencia final no aplicaba un orden específico de elegibilidad.

Señaló que la fase de entrevista se ajustó a lo que sobre el punto ha determinado la jurisprudencia, pues aquella no correspondía a más del 10% del puntaje total de los candidatos, los entrevistadores fueron los 11 diputados y aquella no tenía carácter eliminatorio.

Frente a los reproches de la demanda respecto a la presuntas irregularidades sostuvo que: i) no era cierto que la señora Laura Cristina Tabares o el demandado se encontraran inhabilitados; ii) el señor Barco López sí podía participar en la nueva entrevista, porque la sentencia del Consejo de Estado dictaminó que aquella debía efectuarse a todos los participantes habilitados; iii) cada diputado estaba en libertad de efectuar las preguntas que considerara pertinentes relacionadas con el cargo a proveer, y si alguno llevó un cuestionario lo hizo en el marco de esa discrecionalidad; iv) los candidatos nunca señalaron que no estaban

¹¹ Folios 307 a 320

de acuerdo con la forma de calificación y v) la entrevista no tenía un peso mayor sobre el puntaje final.

Finalmente, frente a las inhabilidades endilgadas al demandado, sostuvo que aquellas no estaban materializadas; en primer lugar, porque el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución no se refiere a los contratos de prestación de servicios, pues aquel no le asigna la categoría de funcionario público; en segundo lugar, porque ni el artículo 3º de la Ley 1474 de 2011, ni el artículo 9º de la Ley 177 de 1996 son aplicables al caso concreto, especialmente, porque las inhabilidades de las contralorías departamentales están previstas en la Ley 330 de 1996.

4. Terceros intervinientes

4.1 En escrito radicado el 23 de junio de 2017, el señor Jaime Andres López Gutiérrez solicitó ser reconocido como impugnador, y que por consiguiente, no se decretara la medida cautelar. El citado ciudadano, además, contestó la demanda en escrito del 19 de julio de 2017, documento en cual retomó en gran medida los argumentos expuestos tanto por el señor Barco López, como por la asamblea.

5. Trámite del proceso en primera instancia

5.1 La audiencia inicial

El día 17 de agosto de 2017 se celebró la audiencia inicial dentro del proceso de la referencia, y en ella: se saneó el proceso y se fijó el litigio en los siguientes términos:

“¿está viciado de nulidad el acto administrativo demandado, esto es el proferido por la Asamblea Departamental del Quindío, a través del cual se eligió al señor GERMÁN BARCO LÓPEZ como Contralor del Departamento del Quindío para el periodo 2016-2019, en acta de sesión del 27 de abril de 2017?”.¹²

Igualmente, se decretaron las siguientes pruebas: i) las documentales tanto aportadas por el demandante, como por el demandado; ii) los testimonios de los señores Mary Luz Ospina en calidad de diputada de la Asamblea del Quindío; Jorge Hernán Gutiérrez y Humberto Delgadillo en su calidad Presidente y Secretario de la duma departamental y iii) de oficio la relacionada con oficiar a la Auditoría General de la República para que certificara si el señor López Barco estuvo vinculado a esa entidad.

Frente a las anteriores decisiones, ninguna de las partes presentó recurso razón por la que **aquellas quedaron ejecutoriadas y en firme.**

5.2 Audiencia de Pruebas

¹² Reverso del folio 724

El día 24 de agosto de 2017, se llevó a cabo la audiencia de pruebas y en ella se recibieron las declaraciones de los señores Jorge Hernán Gutiérrez y José Humberto Delgadillo. En esta diligencia se puso de presente que la señora Mary Luz Ospina no hizo presencia para rendir su declaración.

Igualmente, el Secretario de la Asamblea Departamental señaló que la documentación requerida a esa corporación ya fue aportada, y obraba en el expediente. Frente a esto el demandante, puso de presente que lo allegado no correspondía con lo solicitado, razón por la que el testigo se comprometió a anexar la prueba decretada.

5.3 Alegatos de conclusión en primera instancia

Las partes presentaron alegatos así:

5.3.1 En su intervención tanto el presidente de la Asamblea Departamental, el demandado, así como el impugnador de la demanda coincidieron en solicitar que las pretensiones fueran negadas.

5.3.2 Por su parte, el señor **Gilberto Zaraza Arcila** insistió en la nulidad del acto acusado, porque se infringieron las normas en las que la elección debía fundarse, el demandado estaba inhabilitado y la fase de entrevista se adelantó con varias anomalías.

5.3.3 Finalmente, el **Ministerio Público** solicitó que las pretensiones de la demanda fueran negadas, por cuanto, según su criterio, ninguna de las censuras endilgadas se encontraban materializadas.

6. Sentencia recurrida

Mediante sentencia del 19 de octubre de 2017, el Tribunal Administrativo del Quindío falló:

“Primero: NEGAR las pretensiones de la demanda incoada por GILBERTO ZARAZA ARCILA, en contra de la elección del señor GERMÁN BARCO LÓPEZ como Contralor del Departamento del Quindío, por las razones expuestas.”¹³ (Mayúsculas y negritas en original)

6.1 Para sustentar la anterior decisión, la autoridad judicial de primera instancia, realizó algunas consideraciones sobre: i) el procedimiento de elección de contralores territoriales, ii) las formas de vinculación con el Estado, en especial a través de contratos de prestación de servicios y iii) la naturaleza de la Auditoría General de la República.

¹³ Reverso del Folio 897

6.2 Hechas las anteriores precisiones, concluyó que no era necesario que la asamblea adelantara un concurso de méritos, pues fue el mismo Consejo de Estado el que determinó que si bien se podían aplicar por analogía las disposiciones de la Ley 1551 de 2012, lo cierto era que en todo caso no existía un orden específico de elegibilidad entre los seleccionados, razón por la que ese cargo no estaba llamado a prosperar.

6.3 Frente la censura según la cual el demandado fue entrevistado, pese a que no participó en la entrevista del 2 de enero de 2016, indicó que ese fue el efecto de la declaratoria de nulidad decretada en el fallo el 10 de noviembre de 2016 y confirmado el 14 de febrero de 2017, pues las decisiones judiciales señalaron que debía llamarse a los 5 aspirantes que habían superado la prueba de conocimientos, incluyendo al señor Barco López.

6.4 Señaló que no existía prueba de que la señora Tabares Gil estuviese inhabilitada, pues no obraba en el expediente copia del acto que la nombró como Directora Administrativa y Financiera de la Contraloría Departamental, y que en todo caso, ello era inane, pues la presunta inhabilitación en nada incidía en el acto de elección que había recaído en cabeza de señor **Barco López**.

6.5 Puso de presente que aunque estaba acreditado que la entrevista se calificó de acuerdo a criterios subjetivos de los diputados, lo cierto es que ello no derivaba, per se, en la nulidad del acto acusado, ya que es sabido que esa fase está permeada por esa clase de criterios y, en consecuencia, lo que le correspondía al juez era garantizar que aquellos sean razonables, ponderados y no arbitrarios.

En este orden de ideas, señaló que lo reglado en el artículo 13 de la Resolución N° 074 de 2015, no podía interpretarse de forma literal, toda vez que el hecho de que la convocatoria consagrara criterios objetivos de calificación, no implicaba que la entrevista no podía ser subjetiva, pues en esta fase lo que importaba era que la calificación no dependiera de situaciones personales, de simpatía o animadversión hacia los participantes.

6.6 Aseguró que no estaba demostrado que los diputados hubiesen creado un procedimiento para adelantar la entrevista o elaborado un cuestionario que solo fuera puesto en conocimiento de algunos miembros de la duma departamental.

De hecho, precisó que aunque los testigos referenciaron que el diputado Humberto Turriago sí tenía un escrito con preguntas que elevó a todos los participantes, lo cierto era que esa circunstancia no era suficiente para decretar la nulidad de la elección, puesto que aquel estaba en libertad de realizar, *motu proprio*, un cuestionario.

6.7 El tribunal coligió que las inhabilidades endilgadas al demandado no estaban acreditadas, en primer lugar, porque el inciso 8° del artículo 272 del CPACA consagra que lo prohibido es ocupar un cargo público en las entidades descritas

en esa disposición, en tanto estaba demostrado que el demandado estuvo vinculado al municipio de Circasia por un contrato de prestación de servicios.

Señaló que la conducta de la que trata la norma constitucional, tampoco se materializaba porque el señor Barco López hubiese ostentado el cargo de Gerente Seccional de la Auditoría, pues esta última es una entidad del orden nacional.

A juicio del *a quo*, tampoco estaba configurada la inhabilidad prevista en el artículo 3º de la Ley 1474 de 2011, toda vez que la Corte Constitucional en sentencia C-257 de 2013 concluyó que sí es viable que los ex servidores públicos puedan asistir o asesorar a quienes estuvieron sujetos a inspección, pero solo en asuntos distintos a aquellos que se relacionen con las competencias que desarrollaron.

En este orden de ideas, como para el tribunal las funciones de la Contraloría Departamental son distintas a las que pudo ejercer el señor Barco López en la Auditoría General, aquel sí podía resultar electo.

7. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión anterior, el accionante formuló recurso de apelación el 26 de octubre de 2017, escrito en el que presentó los siguientes razonamientos que la Sala resume así:

7.1 Adujo que el tribunal no tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁴, según la cual quién no realiza una prueba del “*concurso*”, salvo ciertos eventos excepcionales, pierde el derecho a presentarla de nuevo si esta tiene carácter clasificatorio.

7.2 Señaló que se pasó por alto que entre el periodo transcurrido entre la elección de la señora Sandra Milena Gómez y la nueva designación pudieron presentarse inhabilidades sobrevinientes. Adujo que ese fue precisamente el caso de la señora Laura Tabares que fue nombrada en la Contraloría Departamental como Directora Financiera el 6 de abril de 2016, razón por la que aquella “*perdió*” el derecho a participar en la entrevista.

7.3 Sostuvo que con la decisión de llamar a entrevista a los 5 aspirantes habilitados se favoreció al demandado, pues de haberse convocado únicamente a los 2 aspirantes arbitrariamente excluidos, el señor Barco López no habría resultado electo como contralor.

7.4 El *a quo* no valoró adecuadamente la “*confesión*” del presidente y secretario de la asamblea, pues pese a que estos en la audiencia de pruebas reconocieron que la entrevista no se realizó con los parámetros establecidos en el artículo 13 de

¹⁴ Especialmente la sentencia T-090 de 2013 proferida por la Corte Constitucional.

la Resolución N° 074 -convocatoria- y en la sentencia SU-613 de 2002, el tribunal no encontró acreditado ese cargo.

En este sentido indicó, además, que no se “valoró la falsedad testimonial” del presidente de la asamblea cuando aseguró que la calificación de cada participante fue motivada y argumentada.

7.5 El tribunal no tuvo en cuenta los formatos de evaluación de la entrevista que obraban como prueba en el expediente, de los cuales se desprendía que aquellos no tenían motivación o justificación; circunstancia que se corrobora al verificar que al demandado sin ningún motivo lo calificaron con 10 puntos, en tanto otros participantes, sin ninguna justificación, obtuvieron calificaciones muy bajas como 4 o 5.

7.6 No se valoraron los audios contentivos de la sesión eleccionaria, pese a que ahí se evidenciaban las inconformidades de dos de las diputadas, en cuanto la existencia del cuestionario que algunos diputados crearon para la entrevista, especialmente porque no conocían su contenido.

7.7 La autoridad de primera instancia no tuvo en cuenta que el demandado modificó el último día y de forma manuscrita su hoja de vida, violando así el numeral 7° del artículo 6 de la Resolución N° 74 de 2015.

7.8 El tribunal pasó por alto que en el caso concreto hubo desconocimiento del acto propio, especialmente por la transgresión de los artículos 6° y 13 de la Resolución N° 074 de 2015¹⁵. Para el actor, la elección no se sometió a los artículos 29,126, y 272 de la Constitución, ni al A.L 02 de 2015, ni a la Ley 1551 de 2012, ni a las reglas fijadas en la convocatoria.

7.9 No es cierto que no se hubiese aportado prueba sobre la inhabilidad que recayó en la señora Laura Tabares, pues las pruebas documentales pertinentes fueron allegadas con la demanda.

7.10 Señaló que no compartía la hermenéutica del *a quo* sobre el artículo 13 de la Resolución N° 074 de 2015, pues no existía nada que determinara que aquel no podía ser interpretado de forma exegética.

7.11 Finalmente, solicitó que las declaraciones de las señoras Mary Luz Ospina y Gloria Patricia Pareja fueran recibidas en segunda instancia, a efectos de dilucidar las irregularidades que, a su juicio, se presentaron en la fase de entrevista adelantada por la Asamblea Departamental del Quindío en el marco del procedimiento eleccionario que precedió la designación del señor Barco López como Contralor Departamental.

¹⁵ Para reforzar este punto transcribió abundante doctrina sobre “el principio de legalidad y constitucionalidad”

Con base en las anteriores consideraciones solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

8. Trámite en segunda instancia

8.1 El recurso propuesto fue admitido por el Despacho Ponente el 20 de noviembre de 2017¹⁶.

8.2 Mediante auto del 15 de enero de 2018, el Despacho Ponente negó el decreto y practica de pruebas en segunda instancia. Frente a esta decisión no se interpuso recurso alguno, razón por la que aquella quedó en firme.

9. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Dentro del lapso concedido para alegar se presentaron las siguientes manifestaciones:

9.1 El demandante

Sostuvo que se refirmaba en todos y cada uno de los reproches presentados en la demanda. Para el efecto, insistió en el que demandado no podía ser entrevistado, pues al rehusarse a presentar la entrevista del 2 de enero de 2016, había perdido el derecho a ser escuchado en la asamblea.

Señaló que, a su juicio, la decisión adoptada por el tribunal el 10 de noviembre de 2016 y confirmada por la Sección Quinta el 14 de febrero de 2017, era injusta e inequitativa, por que permitió que las personas que ya habían sido entrevistadas, presentaran de nuevo esa fase. Consideró que lo que debió hacerse fue convocar a la entrevista, únicamente, a los participantes que fueron excluidos.

Insistió en que la señora Laura Tabares se encontraba inhabilitada, y por ende, tampoco podía ser llamada a entrevista.

Adujo que la elección del demandado se debió a una coalición política, pues no de otra manera se explica que 8 de los 11 diputados le hayan asignado en la entrevista, sin justificación alguna, la calificación más alta.

Insistió en que se “*desconoció el acto propio*”, ya que pese a que en la convocatoria se señaló que el procedimiento se adelantaría conforme a criterios objetivos, en la entrevista: i) se aplicaron aspectos subjetivos; ii) no se estipularon cuáles serían los parámetros a calificar; iii) las preguntas formuladas no fueron las mismas para todos los participantes y iv) no se siguieron los planteamientos de calificación fijados el día 2 de enero de 2016.

¹⁶ Folio 916

Reiteró que la elección contentiva en el Acta N° 20 del 27 de abril de 2017 es nula porque: i) el demandado modificó su hoja de vida el día de la entrevista, de forma manuscrita; ii) la calificación no tenía motivación o justificación alguna y iii) el demandado sí se encuentra inhabilitado según lo reglado en el artículo 3° de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 9° de la Ley 177 de 1994.

Finalmente, presentó unas “*consideraciones*” frente al fallo de primera instancia, para lo cual retomó en gran medida los argumentos vertidos en el recurso de apelación, y reiteró su petición de práctica de pruebas en segunda instancia.

9.2 El demandado

A través de apoderado judicial, el señor Barco López aludió en su integridad a los argumentos de la contestación de la demanda, pero añadió un análisis sobre el audio contentivo de la sesión en la que se adelantó la entrevista del cual concluyó que, salvo la inconformidad de la diputada Mary Luz Ospina por no contar con un cuestionario, aquella se desarrolló en condiciones de normalidad, siendo claro que las preguntas fueron uniformes para todos los candidatos.

Finalmente, señaló que en el plenario se probó que no existía una metodología para llevar a cabo la entrevista, y que tampoco era cierto que se hubiese desarrollado un cuestionario, pues cada diputado estaba en libertad de formular las preguntas que considerara pertinentes.

En este orden de ideas, solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia.

9.3 La Asamblea Departamental

No realizó manifestación alguna.

9. Concepto del agente del Ministerio Público en segunda instancia

Mediante concepto rendido el 12 de diciembre de 2017 la Procuradora Séptima Delegada (E) ante el Consejo de Estado solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia.

Para el efecto, analizó la orden dada por la Sección Quinta en el fallo del 14 de febrero de 2017 y concluyó que aquella habilitó al demandado a participar en la entrevista pues, a su juicio, dicha sentencia anuló todo lo relacionado con esa etapa, incluyendo la renuencia del señor Barco López a presentarla en la primera oportunidad.

Frente a la inhabilidad de la señora Laura Tabares consideró que ahondar sobre el punto era inocuo, toda vez que aquella no resultó elegida.

Indicó que no era cierto que el *a quo* no hubiese valorado adecuadamente las pruebas testimoniales respecto a la forma en la que se calificó la entrevista, pues

este aceptó que aquella había tenido un componente subjetivo, solo que concluyó que esto estaba permitido en la elección acusada, pues el mismo Consejo de Estado¹⁷ ha admitido que esta clase designaciones tiene un componente subjetivo.

En lo que atañe a las presuntas anomalías presentadas en las entrevistas coligió que el demandante se limitó a señalar que esa etapa fue subjetiva, pero no evidenció como aquella se convirtió en arbitraria al punto de favorecer a algún candidato. Sostuvo que lo propio sucedía con la existencia de un cuestionario, pues el reproche no fue probado en debida forma.

Finalmente señaló que, según su criterio, el demandado no se encontraba inhabilitado, de un lado, por cuanto ejercer como Gerente Seccional de la Auditoría General no materializaba ninguna conducta prohibitiva, y de otro, por cuanto la prohibición prevista en la Ley 177 de 1994 es aplicable para el contralor municipal, pero no para el departamental.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

En los términos de los artículos 125, 150, 152.8 y 292 del CPACA corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia dictada el 19 de octubre de 2017 en la que el Tribunal Administrativo del Quindío negó las pretensiones de la demanda.

2. Acto demandado

Corresponde al acto de elección del Contralor Departamental del Quindío para el período 2016-2019, contenido en el Acta No.020 del 27 de abril de 2017 de la sesión plenaria ordinaria de dicha entidad, obrante a folios 476 y siguientes, reiterado a folios 762 a 770.

3. Problema jurídico

Conforme a lo expuesto corresponde a la Sala establecer si debe modificar, confirmar o revocar la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo del Quindío que negó las pretensiones de la demanda, conforme con lo señalado en el recurso de apelación.

Por efectos metodológicos el análisis del *sub judice*, se hará en dos capítulos: **Primero**, se realizará una cuestión previa para delimitar los temas que serán

¹⁷ Al efecto citó: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 2261 del 3 de agosto de 2015., radicación 11001-03-06-000-2015-00125-00

objeto de estudio por parte de la Sección y **Segundo**, se analizará el caso concreto.

4. Cuestión previa

Como quedó expuesto en los antecedentes de esta providencia, son varios los cargos que el demandante formuló contra el acto acusado. Sin embargo, no todos fueron objeto del recurso de alzada. En efecto, en el recurso de apelación **no** se aludió a todos los reproches inicialmente presentados.

Así pues, el actor se limitó a cuestionar: i) que el demandado haya sido llamado, de nuevo, a presentar la entrevista ordenada por el juez electoral; ii) la forma en la que se adelantó la etapa de la entrevista¹⁸; iii) que el señor Barco López hubiese modificado de forma manuscrita su hoja de vida; iv) la transgresión de los artículos 6º y 13 de la Resolución N° 074 de 2015; los artículos 29,126, y 272 de la Constitución, el A.L 02 de 2015, la Ley 1551 de 2012 y las reglas fijadas en la convocatoria y v) la presunta inhabilidad de una de las entrevistadas.

No obstante, nada dijo el apelante respecto a las censuras relacionadas con:

i) La presunta inhabilidad del demandado, de un lado, por haberse desempeñado como contratista del municipio de Circasia, y de otro, por haber ejercido como Gerente Seccional de la Auditoría General de la República en Quindío.

ii) El hecho de que mediante Resolución N° 074 de 2015 la asamblea haya convocado para un “*concurso de méritos*”, y que luego a través de Resolución N° 075 de 2015 sustituyera dicho procedimiento con una convocatoria pública.

iii) Que al momento de la entrevista hicieran presencia en la sede de la asamblea departamental personas ajenas a la elección o que se hayan formulado preguntas que, a su juicio, no tenían relación con el cargo a proveer.

Bajo este panorama, y en aplicación del artículo 320 del C.G.P¹⁹ que contempla que “*El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, **únicamente** en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión*”, el estudio del *sub judice* **se limitará** a analizar lo argumentado en el recurso de apelación.

Lo anterior significa que respecto de los temas antes anotados, **no se realizará pronunciamiento alguno** y, que por ende, frente a ellos se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, no escapa a la Sala que los cargos excluidos fueron desarrollados por el señor Zaraza Arcila en sus alegatos de conclusión. Sin embargo, esa argumentación no puede ser tomada en cuenta, ya que el escenario para

¹⁸ En relación con la existencia de criterios meramente subjetivos, la calificación sin justificación y la existencia de un supuesto cuestionario.

¹⁹ Aplicable al proceso electoral por disposición del artículo 296 y 306 del CPACA.

controvertir la sentencia de primera instancia es el recurso de apelación, pues está vedado que a través del escrito de alegatos se adicione o corrija el recurso de alzada.

Lo propio sucede con el argumento de los alegatos tendiente a controvertir el fallo del 14 de febrero de 2017 calificando de “*injusto o inequitativo*”, no solo porque nada se dijo sobre el punto en la demanda, de forma que no puede el actor formular una nueva censura contra el acto acusado, sino porque, además, este no es el escenario idóneo para controvertir una decisión judicial que está amparada por la cosa juzgada.

En síntesis, el análisis de la Sección se centrará, únicamente, en los temas que de acuerdo lo descrito en los párrafos que preceden sí fueron objeto de apelación.

6. Caso concreto

Hechas las anteriores precisiones corresponde a la Sala examinar si, de acuerdo a lo expuesto en el recurso de alzada, la sentencia de primera instancia puede ser revocada para, en su lugar, decretar la nulidad de la elección acusada.

6.1 Sobre la participación del señor Barco López en la entrevista ordenada por la autoridad judicial

Para el accionante, el *a quo* no tuvo en cuenta que la Corte Constitucional ha concluido que quién en el marco de un concurso de méritos no presenta una determinada prueba, pierde el derecho a que aquella pueda ser practicada más adelante; tesis que, según su criterio, aplicada al caso concreto imponía colegir que el señor Barco López no podía ser llamado a entrevista del 3 de abril de 2017, pues aquel se rehusó a participar en la primera entrevista realizada.

Sobre el punto lo primero a precisar es que la jurisprudencia constitucional a la que alude el accionante no es aplicable al caso concreto, comoquiera que aquella se acuñó en el marco de un concurso de méritos, en tanto en el *sub judice* está acreditado que la Asamblea Departamental del Quindío adelantó una convocatoria pública.

Lo anterior, porque así se desprende de la simple lectura de la Resolución N° 075 del 1 de diciembre de 2015²⁰, en la que se precisa que el procedimiento eleccionario para elegir al Contralor del Quindío estaría sometido a las reglas de una convocatoria. De hecho, a la misma conclusión arribó la Sala en sentencia del 14 de febrero de 2017²¹, cuando señaló que la Asamblea Departamental del Quindío adelantó una “*convocatoria pública en el que la escogencia final no aplica un orden específico de elegibilidad entre los seleccionados*”.

²⁰ Visible a folio 161 a 165.

²¹ En la que se estudió la legalidad del primer acto que expidió la Asamblea del Quindío para proveer el cargo de contralor.

Así las cosas, es claro que, contrario a lo asegurado por el accionante, la autoridad de primera instancia no estaba obligada a ceñir su decisión a una jurisprudencia que no es aplicable al caso concreto.

Ahora bien, frente a la participación del demandado en la entrevista realizada el 2 de enero de 2016 obra en el expediente: i) El acta de la sesión del 3 de abril de 2017 en la cual la señora Laura Cristina Tabares aseguró *“el año pasado cuando el doctor barco fue a entrar a la entrevista (sic) que no había criterios de evaluación él no iba a participar (...)”* Fl. 347 y ii) La afirmación del Presidente de la Asamblea en la declaración rendida en la audiencia de pruebas en la que sobre el punto, señaló que el demandado asistió a la entrevista del 2 de enero de 2016, pero no fue entrevistado²².

No obstante, lo anterior no impone a la Sala revocar la sentencia de primera instancia, pues incluso si se aceptara que el señor Barco López no participó en la entrevista del 2 de enero de 2016, lo cierto es que esa situación no tendría la potencialidad de enervar la legalidad del acto acusado, ya que, como puso de presente el ministerio público, no puede perderse de vista que en virtud de la nulidad decretada por el fallo del 14 de febrero de 2017, **toda actuación** relacionada con la entrevista carecía de validez.

Fue precisamente por lo anterior, por lo que esa fase debió surtir de nuevo desde la citación, pero esta vez garantizando la intervención **de todos y cada uno de los candidatos que habían** superado la prueba de conocimientos, incluyendo al demandado, habida cuenta que aquel culminó la *“fase objetiva”* con el puntaje suficiente para proceder a la siguiente etapa.

Si esto es así y fue la decisión judicial la que determinó que la entrevista debía realizarse, entre otros, con el demandado, mal podría la Sala decretar la nulidad por su participación en la misma, pues no cabe duda que aquella obedeció al cumplimiento de una orden judicial.

Por las razones expuestas, para la Sala este reproche no está llamado a prosperar.

6.2 Sobre la inhabilidad de la señora Laura Tabares

La Sala concuerda con el Ministerio Público y encuentra que este reproche no tiene la vocación de modificar la sentencia de primera instancia, comoquiera que la señora Tabares no resultó electa, y por consiguiente, resulta superfluo examinar si aquella estaba inhabilitada o no.

En este orden de ideas, y pese a que el recurrente tiene razón cuando asegura que, contrario a lo concluido por el tribunal, sí allegó prueba de la presunta inhabilidad en la que estaba incurso la señora Tabares²³, lo cierto es la referida ciudadana no resultó electa y, por lo tanto, pronunciarse sobre su capacidad o no para acceder al cargo resulta inocuo.

²² Audiencia de Pruebas Minuto 18:01 a 18:15 –Disco compacto fl.731

²³ Así se corrobora al examinar el folio 146 del expediente.

A la misma conclusión se arriba, si este cargo se analiza desde la perspectiva de la expedición irregular, en el entendido en que el acto es nulo porque en el trámite se permitió la participación de personas no habilitadas, pues incluso si la restricción de acceso al cargo se encontrara acreditada, aquella no tendría incidencia en el resultado, toda vez que tal circunstancia no cambiaría el hecho de que quien resultó electo fue el señor Germán Barco López y no la señora Laura Tabares.

Por consiguiente, este argumento no prospera.

6.3 El procedimiento que precedió la elección demandada

Para el recurrente la sentencia de primera instancia debe revocarse, por cuanto: i) el acto acusado desconoció los artículos 29, 126, y 272 de la Constitución, el A.L. 02 de 2015, la Ley 1551 de 2012 y las reglas fijadas en la convocatoria en cuanto al principio de objetividad se refiere; ii) la entrevista se calificó con criterios netamente subjetivos, iii) algunos diputados tenían un cuestionario de preguntas y iv) el demandado modificó su hoja de vida.

En este contexto y como todos los reproches presentados por el recurrente cuestionan la forma en la que se adelantó el procedimiento eleccionario y en especial la fase de entrevista, la Sala los analizará de forma conjunta.

- **Desconocimiento de las normas invocadas en la demanda**

Es menester señalar que, de acuerdo a lo establecido por el Acto Legislativo N° 02 de 2015, la elección de contralores territoriales -departamentales y municipales- está a cargo de la respectiva corporación pública -asamblea y concejo-, la cual por mandato del artículo 272 Superior deberá adelantar, a efectos de proveer el citado cargo, una convocatoria pública en los términos fijados por la ley.

Ahora bien, no puede perderse de vista que a la fecha la ley de la que trata la disposición constitucional en comento no ha sido expedida. No obstante, ello no significa que los concejos o asambleas -según el caso- puedan relevarse del mandato constitucional o que las disposiciones superiores se tornen inanes hasta que tengan el desarrollo legislativo pertinente.

Lo que ocurre es que **dada la primacía y la fuerza normativa de la Constitución**, las citadas corporaciones públicas están en la obligación de adelantar una convocatoria pública, solo que hasta la expedición de la ley correspondiente, aquellas tienen un grado mayor de discrecionalidad para reglar el procedimiento eleccionario, la cual en todo caso está limitada por los principios constitucionales que permean esta designación.

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha rendido dos conceptos de acuerdo con los cuales, mientras se expide una ley especial que

regule la convocatoria pública para la elección de contralores se puede aplicar por analogía la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario No. 2485 de 2014 sobre concurso público de méritos para la elección de personeros municipales y distritales, teniendo en cuenta que en todo caso, en la escogencia final no aplica un orden específico de elegibilidad entre los seleccionados.

Sin embargo, en relación con el alcance de estos conceptos, en auto de 31 de marzo de 2016 la Sala advirtió que **éstos no eran vinculantes** y que solamente contenían **una posibilidad** a seguir por las corporaciones públicas que tuvieran a su cargo la elección de los contralores. Al respecto, se dijo:

“Ahora, precisa la Sala que no es acertado afirmar, como insistentemente lo hizo el actor, que la Asamblea de Santander desacató las directrices trazadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil en los dos (2) conceptos que sobre esta materia rindió en noviembre de 2015, por solicitud del ministro del Interior.

En el primero de tales conceptos, la corporación concluyó que “(...) Para la elección los contralores territoriales por parte de las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales se puede aplicar por analogía, mientras se expide una ley que regule las convocatorias públicas, la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario No. 2485 de 2014 sobre concurso público de méritos para la elección de personeros municipales y distritales, teniendo en cuenta en todo caso que en la escogencia final no aplica un orden específico de elegibilidad entre los seleccionados (...)” .

Precisa la Sala que los conceptos emitidos por la Sala de Consulta no tienen efectos vinculantes, por lo cual no puede decirse que los criterios expuestos en torno de la elección de los contralores tengan que ser necesariamente acogidos por las asambleas y concejos para la escogencia de los citados funcionarios.

*La alternativa de aplicar analógicamente las normas reguladoras de los concursos de méritos, particularmente de aquellas dictadas para la designación de los personeros municipales, **era una posibilidad que podía materializar la corporación para la escogencia del contralor, sin que fuera la única opción para que la elección pueda ser válida.**”²⁴ (Negritas fuera de texto)*

Bajo este panorama es evidente, que la Asamblea Departamental del Quindío no estaba obligada a realizar un concurso de méritos, pues tal y como se explicó en

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 68001-23-33-000-2016-00149-01. Auto de 31 de marzo de 2016. C.P.: Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio. Demandado: Contralor del Departamento de Santander, reiterado en Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 29 de septiembre de 2016, radicación: 66001-23-33-000-2016-00117-01 CP. Alberto Yepes Barreiro. Ddo. Contralor de Dosquebradas y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 4 de octubre de 2017, radicación: 68001-23-33-000-2016-00801-02 CP. Alberto Yepes Barreiro. Ddo. Contralor de Bucaramanga.

precedencia esta era tan solo una posibilidad que tenía la duma departamental para proveer el cargo de contralor.

No obstante, la Sección encuentra que autoridad que expidió el acto acusado siguió los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y optó por aplicar por analogía las normas que regulan la elección de personeros, pero en todo caso dejando claro que en el caso concreto no existiría orden estricto de elegibilidad²⁵.

En efecto, la autoridad que expidió el acto acusado dispuso que la elección del Contralor del Quindío tendría las siguientes fases: i) una prueba de conocimientos eliminatoria y con valor del 70% sobre el puntaje total; ii) una prueba de competencias con carácter clasificatorio y con un valor de 15%; iii) análisis de antecedentes con un valor de 5% y iv) finalmente una entrevista con un valor de 10% de la suma total²⁶.

Igualmente, se dispuso que con los tres mayores puntajes se conformaría una terna de la cual se elegiría al contralor departamental, sin que la duma estuviera obligada a elegir al primero de la lista²⁷.

En este orden de ideas, la Sala puede concluir que contrario a lo señalado por el actor, no se transgredieron las disposiciones invocadas en la demanda, pues el trámite se ajustó a lo ordenado en el ordenamiento jurídico, y en especial a las normas que invoca como desconocidas.

- **La fase de entrevistas**

Ahora bien, uno de los principales reproches del recurrente tiene que ver con la manera en la que se llevó a cabo la fase de la entrevista. A su juicio, esta violó el artículo 13 de la Resolución N° 074 de 2015, pues pese a que en dicho acto se estableció que las pruebas responderían a criterios objetivos, lo cierto es que la entrevista se calificó de forma netamente subjetiva, ya que así no solo lo reconocieron los testigos en la audiencia de pruebas, sino también se desprende de los formatos de calificación que obran en el expediente.

Para resolver sobre este asunto es importante señalar que la jurisprudencia ha reconocido que cuando el marco de un procedimiento electoral se realiza una entrevista, aquella tiene **carácter netamente subjetivo, sin que ello constituya, per se, causal de nulidad alguna, pues esa característica hace parte de su naturaleza misma.**

Sobre el punto se ha establecido:

“Si bien la entrevista corresponde a una fase subjetiva del concurso de méritos para la elección de los personeros, y por tanto está sujeta a la

²⁵ Así se desprende de las Resoluciones N° 74 y 075 de 2015 visibles a folios 147 y 161, respectivamente, pues en su parte motiva se establece que los referidos conceptos *“hacen parte integral”* de la convocatoria.

²⁶ Artículo 13 De la Resolución N° 074 de 30 de noviembre de 2015. Fl. 157

²⁷ Artículo 29 De la Resolución N° 074 de 30 de noviembre de 2015. Fl.160

discrecionalidad de los evaluadores, dicha facultad no es ilimitada y por ende, no puede resultar arbitraria. Por consiguiente, las preguntas realizadas deben atender la finalidad que el Decreto 2485 de 2014 estableció.

Por ello, aunque las respuestas no necesariamente deben valorarse en términos de correcto-incorreto pues dependen de la subjetividad de los concejales, estos están sujetos a la razonabilidad, que constituye el límite de estas facultades.”²⁸

Aunque no escapa a la Sala que esta postura se ha acuñado al analizar la elección de personeros, **aquella es plenamente aplicable a la elección objeto de estudio**, pues si a tal conclusión se ha arribado en una designación que sí sigue las reglas irrestrictas de un concurso de méritos, con mayor razón esa misma premisa debe adoptarse tratándose de la elección de contralores en donde, a la fecha, la realización de un procedimiento semejante al concurso de méritos es apenas una opción.

En este orden de ideas, el hecho de que la entrevista esté inherentemente sujeta a parámetros subjetivos no vicia de nulidad el acto acusado, pues en esta clase de escenarios de lo que se trata es que, como acertadamente concluyó el *a quo* y lo advirtió el Ministerio Público, esa subjetividad no se convierta en arbitrariedad, ya que en todo caso la razonabilidad será el límite de la misma.

Lo anterior significa, que dado el carácter subjetivo de las entrevistas no existe un criterio bajo la fórmula de “correcto o incorrecto” que permita identificar con certeza cuando una respuesta fue acertada o no. Por supuesto, esto no implica que esta fase este permeada por criterios arbitrarios o ajenos a los postulados del ordenamiento jurídico, de lo que se trata es que en el marco de la discrecionalidad que caracteriza esa fase, los miembros de la corporación pública apliquen en la entrevista criterios razonables y acordes al cargo al cual se pretende acceder.

Conforme a lo expuesto, no cabe duda que el hecho de que el presidente de la asamblea haya reconocido que la entrevista sí tuvo carácter subjetivo no deriva, como erradamente entiende el recurrente, en la “confesión” de la nulidad del acto acusado ya que, se insiste, esa es precisamente una de las características esenciales de esa fase, y su mera existencia no resta validez a la elección acusada.

Lo propio sucede con la postura según la cual se transgredió el artículo 13 de la Resolución N° 074 de 2015, en la cual se especificó que las pruebas estarían sujetas a criterios objetivos, pues tal y como concluyó el *a quo*, dicha disposición no puede leerse de manera exegética, sino de manera armónica, no solo con

²⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 1° de diciembre de 2016, radicación 68001-23-33-000-2016-00131-02 CP. Alberto Yepes Barreiro Ddo. Robiel Barbosa Otálora – Personero de Floridablanca

todas las normas que regularon el procedimiento eleccionario, sino con la naturaleza misma de la fase aplicar.

En consecuencia, no se puede predicar la vulneración a las normas de la convocatoria por el simple hecho de que la entrevista tenga carácter subjetivo ya que, se insiste, la subjetividad, más no arbitrariedad, es una característica intrínseca de esa fase, de forma que la mera existencia de este parámetro no puede conllevar a la revocatoria del fallo del 19 de octubre de 2017.

Ahora bien, el señor Zaraza Arcila sostiene, además, que la calificación de la entrevista no tuvo ninguna justificación, toda vez que los puntajes se asignaron de forma arbitraria, pues algunos participantes obtuvieron calificaciones muy altas, en tanto otros muy bajas sin justificación alguna; circunstancia que, a su juicio, estaba acreditada, pero que el tribunal no lo concluyó así, porque los medios de convicción pertinentes no fueron valorados.

Bajo este panorama, es importante precisar que la Sección ha entendido, tratándose de la elección de personeros, que las irregularidades que se atribuyan a las entrevistas se enmarcan en la causal de nulidad de expedición irregular²⁹. Así pues, como en el caso concreto, la asamblea departamental resolvió aplicar por analogía las normas previstas para esa designación³⁰, es viable analizar los reproches presentados por el actor contra la entrevista desde la perspectiva de esta causal de nulidad.

Frente a la expedición irregular, la Sección ha sostenido que no basta con acreditar la anomalía en la formación del acto acusado, sino es que menester que, además, se demuestre que la irregularidad fue de tal magnitud que **“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.”**³¹

Así las cosas, debe la Sala analizar la incidencia del presunto vicio -calificación de la entrevista - en el resultado, máxime cuando el tribunal *a quo* no realizó dicho análisis, pues aquel se limitó a sostener que la entrevista sí podía tener carácter subjetivo, pero no ahondó en este punto.

Según lo dispuesto en las normas que regulaban la convocatoria pública adelantada por la Asamblea del Quindío, una vez conocidos los resultados de las pruebas y la entrevista, la citada corporación elaboraría una terna con los nombres de aquellos que obtuvieran los tres puntajes más altos, y de esa terna se elegiría al contralor sin designar necesariamente al primero de la lista³².

²⁹ Sobre el punto consultar: Consejo de Estado, sentencia de 27 de octubre de 2016, radicación 52001-23-33-000-2016-00115-01, C.P Carlos Enrique Moreno Rubio. Ddo. Personero de Pasto y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 1º de diciembre de 2016, radicación 68001-23-33-000-2016-00131-02 CP. Alberto Yepes Barreiro Ddo. Robiel Barbosa Otálora – Personero de Floridablanca.

³⁰ Con la salvedad que la “lista de seleccionables” no implica orden estricto de elegibilidad

³¹ Consejo de Estado, sentencia de 27 de octubre de 2016, radicación 52001-23-33-000-2016-00115-01, C.P Carlos Enrique Moreno Rubio. Ddo. Personero de Pasto

³² El artículo 29 de la Resolución N° 74 de 30 de noviembre de 2015 consagró: “Conocido el resultado de las pruebas, la asamblea departamental elaborará la lista de elegibles con los tres primeros resultados, de

En este contexto, no cabe duda que, prima facie, el resultado de la entrevista tenía plena incidencia en el resultado. Lo anterior, por cuanto el valor asignado en la entrevista sería el que permitiría definir, de manera definitiva, los concursantes que tenían el mayor puntaje, y por ende, quienes podrían conformar la terna de la cual se realizaría la elección.

Es decir, en principio, un menor o mayor puntaje de alguno de los candidatos en la entrevista pudo haber variado sustancialmente la terna, y por ende, el resultado mismo de la elección.

En el caso concreto, está demostrado que la terna quedó conformada por los aspirantes Sandra Milena Gómez, Germán Barco López y Laura Cristina Tabares³³, pues estos fueron los candidatos que mayor puntaje obtuvieron a lo largo de la convocatoria. También está acreditado que el máximo puntaje asignado en la entrevista fue de 9.64 sobre 10 y el menor 6.55 sobre 10³⁴.

Un esquema ilustrará mejor la situación³⁵:

Candidato	Puntaje entrevista	Puntaje parcial sin entrevista	Puntaje Total	Terna
Sandra Milena Gómez Fajardo	8.19	82.82	91.01	Sí
Germán Barco López	9.64	75.26	84.9	Sí
Laura Cristina Tabares	6.91	73.37	80.28	Sí
Gilberto Zaraza Arcila	6.72	69.66	76.38	No
Juan Carlos Ospina Arias	6.55	69.48	76.03	No

Con fundamento en esta información, la Sección concluye que **no hay incidencia del vicio en el resultado**, pues incluso si a los candidatos que obtuvieron el menor valor en el puntaje de la entrevista, se les sumara el valor máximo asignado en esa fase, la terna de la cual escogió la asamblea no se habría modificado. Veamos:

Candidato	Puntaje probable	Puntaje sin	Puntaje
-----------	------------------	-------------	---------

manera que la corporación que se posesiona el 1º de enero de 2016, puede hacer la elección del Contralor departamental, sin que el orden de ello obligue a elegir a quien está ubicado en primer lugar de la lista de elegibles" Fl. 160.

³³ Según consta en la Resolución N° 019 de 10 de abril de 2017 " por medio de la cual se publica la lista de elegibles y la terna para la elección del contralor departamental del Quindío para lo que resta del periodo 2016-2019 y se da cumplimiento a una decisión judicial"

³⁴ Folio 170

³⁵ -Se elaboró con la información obrante a folios 172 y 170 del expediente, correspondiente a la Resolución N° 19 de 10 de abril de 2017, a través de la cual se publicó la "lista de elegibles", y el acto mediante el cual se publicó el puntaje obtenido por los candidatos en la entrevista, respectivamente.

	de entrevista	entrevista	Probable Total
Sandra Milena Gómez Fajardo	8.19	82.82	91.01
Germán Barco López	9.64	75.26	84.9
Laura Cristina Tabares	6.91	73.37	80.28
Gilberto Zaraza Arcila	9.64	69.66	79.3
Juan Carlos Ospina Arias	9.64	69.48	79.12

Como puede observarse, incluso si a los candidatos con menor puntaje se les asignara una calificación mayor, la terna no habría mutado en lo más mínimo. De hecho, a la misma conclusión se arriba si el ejercicio se realiza en sentido contrario, esto es, si a los ternados se les hubiese atribuido la calificación más baja obtenida -6.55- y los otros candidatos la más alta.

Un ejemplo evidenciará mejor el asunto: supongamos, que a la señora Sandra Milena Gómez se le hubiere asignado un puntaje de 6.55 en la entrevista y a los señores Gilberto Zaraza y Juan Carlos Ospina el valor de 9.64, incluso en esa circunstancia la terna se mantendría incólume³⁶, pues los candidatos Sandra Milena Gómez, Germán Barco López y Laura Cristina Tabares seguirían obteniendo la puntuación más alta.

Como corolario de lo expuesto, no queda sino concluir que **no existe incidencia del vicio en el resultado**, pues incluso si las anomalías denunciadas se materializaran aquellas no alterarían el acto de designación. En otras palabras, es inane determinar si los vicios alegados se materializaron o no, pues aun si los mismos existieran no variarían la decisión adoptada por la Asamblea Departamental, en cuanto a la conformación de la terna se refiere.

En otras palabras, en todo caso la asamblea hubiese escogido de la terna conformada por Sandra Milena Gómez, Germán Barco López y Laura Cristina Tabares.

Así pues, y aunque es cierto que el tribunal omitió valorar: i) los formatos de calificación de las entrevistas³⁷, ii) el audio contentivo de la entrevista realizada a los participantes y iii) el acta de la sesión en la que se llevó a cabo esta fase³⁸, esa circunstancia no permite revocar la sentencia de primera instancia.

Lo anterior se explica ya que, se insiste, incluso si al valorar tales medios de convicción se arribare a la conclusión que sí existieron las anomalías denunciadas, **tales irregularidades no alterarían en lo más mínimo la decisión**

³⁶ La conclusión se mantiene si dicho ejercicio se realiza con todos los participantes que conformaron la terna.

³⁷ Visibles a folios 179 a 183 y 576 a 630.

³⁸ Folio 339 a 367

final, pues en todo caso la terna se habría conformado con los mismos nombres con los que se integró.

La misma suerte corre el argumento relacionado con la existencia de un cuestionario, no solo porque tal y como evidenció el Ministerio Público su existencia no está acreditada en el caso concreto, pues al revisar el acta de la sesión del 3 de abril de 2017 -entrevista- se observa que las declaraciones de los diputados no son certeras, sino porque, además, incluso si se aceptara que aquel sí se elaboró, conforme a lo antes expuesto ello no modificaría la terna de la cual la asamblea finalmente designó al demandado.

Finalmente, es de advertir que tampoco es posible examinar si las preguntas realizadas a los participantes estuvieron acordes al cargo a proveer, pues aunque no escapa a la Sala que el demandante en su escrito introductorio presentó algunos argumentos en este sentido, lo cierto es que dicho aspecto no fue apelado, y por consiguiente, conforme a las competencias del fallador de segunda instancia, no es posible para la Sección analizar tales razonamientos.

En suma, con fundamento en este argumento tampoco es posible revocar la sentencia de primera instancia como solicita el señor Zaraza Arcila.

- **La modificación de la hoja de vida por parte del demandado**

De las pruebas recaudadas en el trámite del proceso, se desprende que el señor Barco López modificó de forma manuscrita su hoja de vida, pues así consta en la documentación allegada por la Asamblea Departamental del Quindío.

En efecto, en el referido documento se observa que el acápite "*experiencia docente*" de la hoja de vida del demandado se modificó "*a mano*", especialmente en lo que atañe a las fechas en las que el señor Barco López se desempeñó en el cargo de docente catedrático de la Universidad La Gran Colombia -sede Armenia- en la materia "*contratación administrativa*". De las pruebas se evidencia que el cambio consistió en la sustitución de la expresión "*hasta la fecha*" por la de hasta "*25 de septiembre de 2016*".

Sin embargo, por las razones que se explicarán, la Sala Electoral del Consejo de Estado considera que la anterior circunstancia no impone declarar la nulidad del acto de elección del señor Barco López.

En **primer lugar**, porque dicha modificación no tiene ninguna incidencia en el acto acusado, debido a que los puntajes obtenidos por los candidatos fueron el resultado de las pruebas realizadas a los participantes, y no al análisis que de la hoja de vida hicieran los diputados.

En **segundo lugar**, y de la mano con lo anterior, debido a que los temas relacionados con los antecedentes y experiencia de los candidatos en el ámbito docente, ya habían sido valorados por quien adelantó la fase objetiva de la convocatoria -Universidad del Quindío-. En efecto, según se desprende de las

reglas que permearon la elección acusada, fue la citada institución la que asignó el puntaje que consideró pertinente por ese factor; sin que por supuesto, dicho guarismo pudiera ser modificado por la asamblea en la entrevista.

En **tercer lugar**, debido a que la modificación hecha por el demandado se explica en razón del proceso electoral adelantado contra la primera designación, pues cuando el señor Barco López presentó su hoja de vida aquella estaba actualizada al año 2015; sin embargo, cuando la misma fue puesta en conocimiento de los diputados al momento de realizar la entrevista ordenada en el fallo de 2017, está había variado en lo que a su experiencia docente concierne.

Por las razones expuestas, para la Sala Electoral la modificación a la que alude el actor no vicia de nulidad el acto acusado.

6.4 La forma en la que se cumplió la orden

Finalmente, corresponde a la Sala examinar el argumento según el cual la decisión de llamar a entrevista a los 5 aspirantes habilitados se favoreció al demandado, pues de haberse convocado únicamente a los 2 aspirantes arbitrariamente excluidos, el señor Barco López no hubiese sido designado como contralor.

Para dilucidar este asunto basta con referirse a los términos en los que la declaratoria de nulidad fue decretada, pues de ellos se desprende que los efectos de la anulación conllevaba a que todo el trámite relacionado con la entrevista debía restablecerse. En efecto, el fallo del 14 de febrero de 2017 dispuso:

“para esta Sala de Decisión que le corresponde a la asamblea departamental darle continuidad a la convocatoria a partir de la citación a la prueba de entrevista de todos y cada uno de los participantes habilitados para ello, en la forma como lo dispuso el fallador de primera instancia en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia impugnada.”

(...)

CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Quindío accedió a las pretensiones de la demanda, conforme con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído y disponer que la asamblea departamental del Quindío de continuidad a la convocatoria desde la citación a la prueba de entrevista de todos y cada uno de los participantes habilitados para ello.”

(Subrayas fuera de texto)

Como puede observarse, fue una sentencia, que se encuentra debidamente ejecutoriada y que está amparada bajo el principio de cosa juzgada, la que determinó que la irregularidad cometida viciaba la validez de los tramites concerniente a la entrevista y, que por consiguiente, dicha fase debía rehacerse

desde la citación a la misma, para garantizar que **todos y cada uno de los candidatos que cumplían los requisitos pudieran presentarla.**

Bajo este panorama, es claro que el recurso de apelación presentado por el demandante no es el instrumento idóneo para controvertir una decisión judicial, de forma que no existe irregularidad alguna por el hecho de que la asamblea haya dado cumplimiento a un fallo, en los precisos términos en los que la orden fue dada.

Por lo anterior, para la Sala Electoral este reproche tampoco está llamado a prosperar.

7. Conclusión

Ninguno de los argumentos expuestos por la parte actora en su recurso de apelación son suficientes para desvirtuar las conclusiones a las que arribó la autoridad judicial de primera instancia, razón por la que la Sala confirmará en su integridad el fallo del 19 de octubre de 2017, a través del cual el Tribunal Administrativo del Quindío negó las pretensiones de la demanda electoral de la referencia.

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,

III. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 19 de octubre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío que negó las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Zaraza Arcila contra la designación del Contralor Departamental del Quindío para lo que resta del periodo 2016-2019.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado