

**RECURSO DE APELACION - Auto que niega suspensión provisional / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - El acto de convocatoria pública no puede ser objeto de la acción / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Validez de la aplicación analógica del concurso de méritos para la elección de contralores de las entidades territoriales**

Cuando se pretenda la suspensión provisional en ejercicio de los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos fijados en el artículo 231 del C.P.A.C.A. La suspensión provisional de los efectos del acto acusado es procedente siempre y cuando se acredite que existe violación de las disposiciones y que dicha transgresión surja del análisis del acto y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. El acto de convocatoria pública no puede ser objeto del medio de control de nulidad electoral, puesto que en los términos del artículo 139 del CPACA no es de elección, nombramiento ni de llamamiento. Ciertamente, es incuestionable que las normas superiores del ordenamiento jurídico (...) exigen que la escogencia de los contralores debe estar precedida de una convocatoria pública de acuerdo con lo que establezca la ley. Advierte la Sala que el mandato contenido en el artículo 272 de la Carta no ha sido objeto de desarrollo legislativo, lo cual implica que no existe actualmente un mecanismo que permita determinar el procedimiento que debe seguirse a partir de la convocatoria pública que corresponde hacer a las corporaciones territoriales para la elección, en este caso, de los contralores. No obstante, estima la Sala que este vacío normativo (...) no permite concluir, en esta etapa inicial del proceso, que el trámite adelantado por la Asamblea de Santander para la elección del contralor departamental haya sido irregular, ni que la convocatoria pública hecha para tales efectos sea ilegal en sí misma. 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. Entonces, comparte la Sala la posición asumida por el Tribunal Administrativo Oral de Santander según la cual solo el estudio de fondo, propio de la etapa de sentencia, llevará a establecer si el procedimiento desplegado por la Asamblea de Santander era el adecuado para la elección del contralor departamental.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 229 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 231 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 272 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 126

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION QUINTA**

**Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

**Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016)**

**Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00149-01**

**Actor: MIGUEL DARIO CARDENAS MANCERA**

**Demandado: CONTRALOR DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER**

**Electoral - auto - resuelve apelación**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor contra el auto de febrero dieciséis (16) del presente año, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Oralidad de Santander negó la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados.

### **ANTECEDENTES**

#### **1. La demanda**

En su propio nombre y en ejercicio del medio de control de nulidad electoral previsto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Miguel Darío Cárdenas Mancera presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Oralidad de Santander para que se hicieran las siguientes declaraciones:

*“PRIMERA: Que se declare nulo el acto administrativo de nombramiento y posesión del contralor Departamental periodo 2016-2019 contentivos (sic) en el acta de sesión 012 del 2016 del 30 de enero de 2016 expedido por la Asamblea Departamental y acta de posesión del 20 de enero del 2016 del dr Diego Fran Ariza Pérez identificado con C.C. No. 91.475.741 de Bucaramanga (...).*

*SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior declarar la Nulidad del acto administrativo de convocatoria pública para elegir contralor Departamental de Santander y sus actuaciones subsiguientes de acuerdo a lo expuesto en el presente escrito, por ser actos abiertamente inconstitucionales e ilegales.*

*TERCERO: Que se Declaren nulos los actos administrativos expedidos por Diego Fran Ariza Pérez identificado con C.C. No. 91.475.741 de Bucaramanga, actuando como contralor departamental por estar viciados de nulidad.*

*CUARTO: Que se ordene a la Asamblea Departamental que al existir vacío (sic) normativo para nombrar contralor Departamental, que hasta que no este (sic) reglamentado el procedimiento, por el órgano competente no se podrá iniciar ningún proceso de selección de contralor Departamental de Santander”.*

#### **2. La solicitud de suspensión provisional**

En el texto de la demanda, el actor solicitó, como medida cautelar, la suspensión de los actos de nombramiento y posesión del contralor departamental, de los

efectos del acto de convocatoria pública para la elección y de los actos expedidos por el funcionario en ejercicio de su cargo por estar viciados de nulidad.

Consideró que la Asamblea de Santander incurrió en violación directa del artículo 126 de la Constitución, según el cual la elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, que fije los requisitos y procedimientos para garantizar los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y los criterios de mérito para la selección.

Agregó que también fue desconocido el artículo 272 de la Carta Política que estableció que los contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las asambleas y concejos mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los diferentes principios anteriormente señalados.

Subrayó que, además, fueron transgredidos los artículos 267, 300 y 287 de la Constitución que establecieron la elección del contralor general de la República, las funciones que corresponden a las asambleas departamentales y los límites impuestos a la gestión de las entidades territoriales, respectivamente.

Aseguró que como no existe ley, la Asamblea extralimitó sus funciones, abrió la convocatoria sin reglamentación, adoptó un procedimiento irregular y acomodado a sus propios intereses para la elección del contralor departamental y asumió una competencia que le corresponde al Congreso, por lo cual desconoció el debido proceso y los principios de publicidad, transparencia, objetividad, participación ciudadana, equidad de género y mérito.

Manifestó que tampoco aplicó los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, donde concluyó que la ausencia de ley no impide que las corporaciones públicas, al disponer la elección, puedan acudir por analogía a las normas que regulan los concursos públicos de méritos, con la salvedad que no habrá prelación en la lista de elegibles.

### **3. La decisión apelada**

A través de la providencia impugnada, el Tribunal Administrativo de Oralidad de Santander admitió la demanda y negó la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados.

Precisó que el acto administrativo de convocatoria pública no puede ser objeto de demanda mediante el medio de control de nulidad electoral, ya que en los términos del artículo 139 del CPACA no es de elección, nombramiento ni de llamamiento.

Indicó que la confrontación de las normas citadas como vulneradas no permite advertir la violación a que se refiere el demandante y tampoco se cuenta con los elementos materiales para señalar la transgresión del debido proceso administrativo.

Aseguró que “(...) si bien el accionante menciona que el trámite de convocatoria pública que se llevó a cabo para efectos de elegir al contralor, contraria (sic) las garantías publicidad, transparencia, objetividad, participación ciudadana y créditos de mérito que son parte del acceso a la función pública, como se dijo anteriormente, no hay material probatorio en este momento que respalde tal afirmación, pues pese a que en efecto no existe un trámite establecido para la convocatoria pública de elección de Contralor Departamental, le correspondería a esta Corporación establecer si el procedimiento dado en este caso fue el correcto o si por el contrario debe ser declarado nulo, pero esto solo puede ser determinado una vez se tenga la evidencia suficiente, que permita un pronunciamiento de fondo y debidamente sustentado, lo que en este momento no es posible (...)”.

#### **4. La impugnación**

Extensamente, el actor reiteró los distintos argumentos expuestos en la demanda y en la solicitud de suspensión provisional acerca de la posible violación directa de los artículos 126, 267 y 272 de la Constitución, pues la elección del contralor tenía que estar precedida del procedimiento reglado establecido por la ley.

Insistió en que la Asamblea de Santander extralimitó las funciones previstas en el decreto No. 1222 de 1986, ya que no podía llenar el vacío existente en esta materia para la escogencia del funcionario, ni abrogarse la competencia que le corresponde al Congreso para expedir la norma legal que regule la convocatoria pública.

Enfatizó que la corporación departamental no acató las directrices trazadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en los conceptos rendidos el diez (10) y diecinueve (19) de noviembre de 2015, donde advirtió que ante la ausencia de ley era viable la aplicación analógica de las disposiciones sobre el concurso público de méritos.

Recalcó que la Asamblea Departamental desconoció el debido proceso administrativo, omitió las etapas de selección y mérito y violó las garantías de publicidad, transparencia, objetividad y participación ciudadana en el acceso a la función pública.

Subrayó que durante el procedimiento tampoco fue aplicada ninguna prueba que pudiera medir la capacidad e idoneidad de los aspirantes al cargo y agregó que la elección del contralor de Santander fue hecha en un día y en horas no hábiles.

### **CONSIDERACIONES**

#### **1. Competencia**

La Sección es competente para conocer la apelación interpuesta contra la providencia que resolvió la solicitud de suspensión de los efectos de los actos demandados, según lo dispuesto en los artículos 150<sup>1</sup> y 277<sup>2</sup> del CPACA.

## 2. La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos

En el capítulo XI, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció la posibilidad de decretar medidas cautelares en los procesos que se adelanten en esta jurisdicción, sin que la decisión implique prejuzgamiento por parte del operador jurídico respecto del asunto sometido a examen.

El contenido de dicha regulación permite que el juez pueda decretar una amplia gama de medidas de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa y de suspensión, pero es claro que frente a los actos administrativos, tanto de carácter general como particular, opera principalmente la suspensión provisional de los efectos jurídicos.

A partir de las normas que regulan las medidas cautelares y según lo dispuesto en el artículo 229 del CPACA, la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo exige la *“petición de parte debidamente sustentada”*.

Cuando se pretenda la suspensión provisional en ejercicio de los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos fijados en el artículo 231 del CPACA.

La norma señaló que la suspensión procederá *“por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”*. (Negrillas fuera del texto).

Así, la suspensión provisional de los efectos del acto acusado es procedente siempre y cuando se acredite que existe violación de las disposiciones y que dicha transgresión surja del análisis del acto y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

## 3. La decisión

---

<sup>1</sup> “Artículo 150. Modificado Ley 1564 de 2012, art. 615. **El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación (...)**”. (Negrillas fuera del texto).

<sup>2</sup> “Art. 277. (...) 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 sólo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación**”. (Negrillas fuera del texto).

Observa la Sala que en la apelación, el demandante expuso una reiterativa serie de argumentos contra el procedimiento que culminó con la elección del contralor de Santander, incluyendo desde luego la convocatoria pública hecha por la Asamblea mediante la comunicación externa de julio siete (7) de 2015.

Sin embargo, la lectura del extenso memorial permite establecer que el actor no cuestionó la primera de las razones que tuvo el Tribunal Administrativo de Santander para negar la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados, según la cual el acto de convocatoria pública no puede ser objeto del medio de control de nulidad electoral, puesto que en los términos del artículo 139 del CPACA no es de elección, nombramiento ni de llamamiento.

En esta medida, la Sala no hará ningún pronunciamiento sobre el particular porque es claro que este aspecto de la providencia de primer grado no fue objeto de reparo por parte del actor, pese a que insistió en la suspensión provisional del acto de convocatoria pública expedido por la corporación departamental.

En lo que corresponde al acto de elección del contralor de Santander, precisa la Sala que en el artículo 126 de la Constitución, modificado por el artículo 2º del acto legislativo No. 2 de 2015, señaló lo siguiente:

“(…)

*Salvo los concursos regulados por ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.*

(…)”.

En sentido similar y respecto de los contralores de las entidades territoriales, el artículo 272 de la Constitución, modificado por el artículo 23 del acto legislativo No. 2 de 2015, también dispuso lo siguiente:

“(…)

*Los contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para el periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso.*

(…)”.

Ciertamente, es incuestionable que las normas superiores del ordenamiento jurídico, desde la reforma introducida el año 2015, exigen que la escogencia de los contralores debe estar precedida de una convocatoria pública de acuerdo con lo que establezca la ley.

Advierte la Sala que el mandato contenido en el artículo 272 de la Carta no ha sido objeto de desarrollo legislativo, lo cual implica que no existe actualmente un mecanismo que permita determinar el procedimiento que debe seguirse a partir de la convocatoria pública que corresponde hacer a las corporaciones territoriales para la elección, en este caso, de los contralores.

No obstante, estima la Sala que este vacío normativo en el cual insistió el actor no permite concluir, en esta etapa inicial del proceso, que el trámite adelantado por la Asamblea de Santander para la elección del contralor departamental haya sido irregular, ni que la convocatoria pública hecha para tales efectos sea ilegal en sí misma.

En principio, considera la Sala que no puede decirse que la Asamblea haya sustituido al legislador pues lo que hizo fue abrir la convocatoria, en virtud del principio general contenido en el artículo 272 de la Constitución, para sustentar el procedimiento que culminó con la elección del contralor. El hecho de no haber actuado así hubiese implicado el incumplimiento de la obligación que tiene de elegir al funcionario.

La determinación de los posibles vicios en dicho procedimiento constituye un aspecto que solo puede ser determinado en la sentencia, cuando sea abordado el análisis de fondo sobre la incidencia que tiene la ausencia de norma que establezca la actuación que debe seguirse para la elección del contralor.

En este sentido, en la etapa inicial del proceso tampoco es posible señalar que la Asamblea de Santander haya extralimitado sus funciones, ni que haya invadido la órbita propia del Congreso de la República, por el hecho de haber adelantado el procedimiento que culminó con la elección del contralor del departamento.

Subraya la Sala que el material probatorio aportado con la demanda no resulta suficiente para concluir que la convocatoria pública hecha por la Asamblea desconoció las garantías de publicidad, objetividad, transparencia y mérito cuando dicho acto, incluso sin existencia de la ley, incluyó las fases requeridas para tales efectos.

Según consta en el expediente, la comunicación externa a partir de la cual fue hecha la convocatoria contempló expresamente la divulgación pública de la misma por conducto de varios medios, la inscripción de los candidatos, el control ciudadano sobre las personas inscritas, la verificación de los requisitos para el cargo, la publicación de los aspirantes admitidos y del posterior listado de elegibles y la presentación ante la plenaria de la Asamblea, previamente a la elección (fls. 95 a 97).

Al expediente no fue aportada una prueba, por parte del actor, que demuestre que la Asamblea haya omitido cualquiera de las etapas del procedimiento, en detrimento de los principios que orientan la designación de los funcionarios que corresponde hacer a las corporaciones públicas de orden territorial.

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 (...)*”<sup>3</sup>.

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.

Entonces, comparte la Sala la posición asumida por el Tribunal Administrativo Oral de Santander según la cual solo el estudio de fondo, propio de la etapa de sentencia, llevará a establecer si el procedimiento desplegado por la Asamblea de Santander era el adecuado para la elección del contralor departamental.

Finalmente, la Sala considera que no quedó evidenciada la alegada violación directa del artículo 267 de la Constitución, dado que su texto contempla la elección del contralor general de la República, por parte del Congreso en pleno. Si bien la norma también hace referencia expresa a la convocatoria pública exigida para tales efectos, no encuentra la Sala que dicha regulación tenga incidencia en la escogencia de los contralores de las entidades territoriales.

En consecuencia, la providencia apelada será confirmada.

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

---

<sup>3</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de noviembre diez (10) de 2015, radicación No. 2274, expediente No. 11001-03-06-000-2015-0182-00, C.P. Álvaro Namen Vargas.

## **RESUELVE**

PRIMERO: Confirmar la providencia apelada, esto es el auto de febrero dieciséis (16) del presente año dictado por el Tribunal Administrativo de Oralidad de Santander en cuanto negó la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados.

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

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ  
Presidenta

ROCIO ARAUJO OÑATE  
Consejera de Estado  
(Ausente con excusa)

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO  
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO  
Consejero de Estado