

PROCESO ELECTORAL - No exige sustentación del recurso de apelación / RECURSO DE APELACION - No requiere sustentación en proceso electoral

El recurso de apelación se interpuso dentro del término que para el efecto señala el artículo 250, inciso primero, del Código Contencioso Administrativo. Si bien la parte actora no sustentó dicha apelación, se recuerda que es criterio reiterado de esta Sección que tal omisión no puede conducir a la declaratoria de desierto del recurso, pues la norma no previó tal sanción para los procesos de nulidad electoral, como sí lo hizo respecto de los procesos ordinarios que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los cuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 212 del Código Contencioso Administrativo, la falta de sustentación del recurso de apelación, dentro del término concedido para el efecto, conduce a la declaratoria de desierto de dicho recurso y a la ejecutoria de la sentencia objeto de apelación. En consecuencia, la Sala entiende que el recurso de apelación fue interpuesto en lo desfavorable a la parte actora y en ese sentido será analizado.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 250

INHABILIDADES ELECTORALES - Su valoración corresponde al juez. Las autoridades que conforman la terna y eligen presumen que los candidatos no están incursos

La Sala precisa que en nada afecta la existencia de la terna de candidatos el hecho de que el demandante considere que algunos de los aspirantes estaban inhabilitados para ocupar el cargo de Contralor Municipal, porque determinar la presencia de circunstancias que según la Constitución o la Ley le impidan que pueda resultar válidamente elegido es materia que le compete al juez que ejerce el control de legalidad del acto de elección. La autoridad que postula y la que elige parten de la declaración bajo la gravedad del juramento que hacen los candidatos al presentar su aspiración, acerca de que no se encuentran incursos en alguna causal de esta naturaleza.

CONTRALOR DE IBAGUE - No se configuró inhabilidad por haber sido funcionario de la Contraloría Departamental del Tolima el año anterior a la elección / CONTRALOR DEL ORDEN TERRITORIAL - Inhabilidad por haber ocupado cargo público el año anterior / CONTRALOR MUNICIPAL - No constituye inhabilidad haber ocupado cargo público del nivel departamental: Reiteración jurisprudencial / INHABILIDAD DE CONTRALOR MUNICIPAL POR EJERCICIO DE CARGO PUBLICO - El cargo debe ser del mismo nivel territorial: Reiteración jurisprudencial

Como se observa, en la jurisprudencia de esta Sección la interpretación que se le ha dado a la inhabilidad consagrada en el artículo 272 de la Carta para contralores departamentales, distritales o municipales, se resume en que no puede ser contralor departamental quien en el último año haya ocupado cargo público tanto del orden departamental, municipal o distrital en el respectivo departamento, ni contralor distrital quien haya ocupado cargo público del orden distrital, ni contralor municipal quien haya ocupado cargo público del orden municipal, en el respectivo municipio, lo cual surge de una correcta lectura y del aspecto teleológico de la norma constitucional. En el caso objeto de estudio, si bien está demostrado que el señor Rafael Enrique Bernal, dentro del año anterior a la elección como Contralor Municipal de Ibagué se desempeñó como funcionario de la Contraloría Departamental del Tolima, es lo cierto que la inhabilidad endilgada por el demandante no se configura, pues, como se puso de presente, hace falta el

supuesto fáctico esencial que surge de la interpretación armónica del artículo 272 de la Constitución Política: que dicho cargo público lo ejerciera en el mismo orden territorial en el que resultó electo el demandado, esto es, en el municipio de Ibagué.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 272

NOTA DE RELATORIA: Sobre el ámbito territorial de la inhabilidad para contralores por desempeño de cargo público el año anterior, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 21 de enero de 1999, Rad. 2130, sentencia de 9 de noviembre de 2001, Rad. 2703 y sentencia de 6 de agosto de 2009, Rad. 2008-0176.

CONTRALOR MUNICIPAL - Remisión al régimen de inhabilidades de alcaldes en lo que sea aplicable / CONTRALOR MUNICIPAL - No se aplica inhabilidad de alcaldes por ejercicio anterior de empleo público / INHABILIDADES ELECTORALES - Interpretación restrictiva: entre dos interpretaciones posibles se debe preferir la que limite menos el derecho a ocupar cargos públicos

En lo que tiene que ver con la inhabilidad prevista en el artículo 95, numeral 2º de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que es la causal que invoca el demandante como sustento de ilegalidad del acto acusado, la Sala estima que ésta no tienen aplicación en la elección de contralor, pues el desempeño de empleo público, en relación con los contralores, está consagrado expresamente en el artículo 272 de la Constitución Política, según el cual “no podrá ser elegido contralor quien haya ocupado cargo de orden público del orden departamental, distrital o municipal”. Más aun cuando la causal endilgada exige, por una parte, que el ejercicio del cargo se haya realizado en la misma circunscripción territorial respecto de la cual resulta electo, o, por otro lado, que la ordenación del gasto en la ejecución de recursos de inversión o la celebración de contratos, deba ejecutarse o cumplirse en el mismo municipio, requisitos que no se verifican en el caso objeto de estudio. Es decir, la Constitución Política previó una inhabilidad específica para ser Contralor cuando la persona haya ocupado previamente cargo público en el orden departamental, distrital o municipal y, por tal razón, en atención al principio de interpretación restrictiva de las inhabilidades, no es razonable extender a los Contralores la inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 37 de la ley 617 de 2000. No se puede olvidar que las inhabilidades, incluso si tienen rango constitucional, son excepciones al principio general de igualdad en el acceso a los cargos públicos y del derecho político de carácter fundamental a ser elegido, que no sólo están expresamente consagrados por la Carta (CP arts 13 y 40) sino que ambos constituyen elementos fundamentales de la noción misma de democracia. De esta forma y por su naturaleza excepcional, el alcance de las inhabilidades, incluso de aquellas de rango constitucional, debe ser interpretado restrictivamente, pues de lo contrario se correría el riesgo de convertir la excepción en regla. Por consiguiente y en función del principio hermenéutico pro libertate, entre dos interpretaciones alternativas posibles de una norma que regula una inhabilidad, se debe preferir aquella que menos limita el derecho de las personas a acceder igualmente a los cargos públicos.

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 163 LITERAL A / LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 163 LITERAL C

NOTA DE RELATORIA: Sobre la aplicación de las causales de inhabilidad de los alcaldes a los contralores municipales, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 6 de febrero de 2003, Rad. 2001-0387, MP. Mario Alario Méndez. Sobre la inexequibilidad de la expresión “como encargado” del literal a) del artículo 6º de la Ley 330 de 1996, que tiene que ver con los contralores departamentales, Corte Constitucional, sentencia C-1372 de 2000.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá, D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009)

Radicación numero: 73001-23-31-000-2008-00052-03

Actor: CESAR VALENCIA PARRA

Demandado: CONTRALOR DEL MUNICIPIO DE IBAGUE

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación que propuso la parte actora contra la sentencia del 16 de junio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, providencia que denegó las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Cesar Valencia Parra contra la elección del señor Rafael Enrique Bernal Poveda como Contralor Municipal de Ibagué.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

A. LAS PRETENSIONES

El señor Cesar Valencia Parra, en nombre propio, instauró demanda de nulidad electoral en contra de la elección del señor Rafael Enrique Bernal Poveda como contralor del municipio de Ibagué para el período 2008-2011, demanda en la que planteó las siguientes pretensiones:

“Primera.- Que es nula la elección de Rafael Enrique Bernal Poveda como Contralor del Municipio de Ibagué para el período 2008-2011.

Segunda.- Que como consecuencia de la nulidad de esa elección, se ordene integrar una terna con candidatos a ese cargo que estén constitucional y legalmente habilitados y para que los Tribunales postulantes y el Concejo Municipal

enmienden los errores cometidos y subsanen las omisiones en que incurrieron.

Tercera.- Se ordene comunicar la respectiva sentencia a los Presidentes del Tribunal Superior de Ibagué, Tribunal Administrativo del Tolima y del Concejo Municipal para lo que les corresponda”.

B. LOS HECHOS

Los hechos del presente caso giran alrededor de la elección del señor Rafael Enrique Bernal Poveda como contralor del municipio de Ibagué, para el período 2008-2011.

Dice la parte actora que en sesión del concejo municipal de Ibagué del 8 de enero de 2008, el señor Rafael Enrique Bernal Poveda fue postulado, dentro de la terna presentada por el Tribunal Superior de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima, para el cargo de contralor de ese municipio.

Relata el demandante que varios de los candidatos estaban inhabilitados para ser parte de la terna. Que, por ejemplo, el señor Rafael Enrique Bernal había prestado sus servicios a la Contraloría Departamental de Ibagué desde el dos (2) de enero de 2001 hasta el 14 de enero de 2008. Que durante ese tiempo, se había desempeñado como Contralor Auxiliar y en ocasiones había sido encargado tanto como Contralor del Departamento del Tolima como Secretario General de esa entidad y que, por tanto, es evidente que ejerció autoridad civil y administrativa dentro del año anterior a la elección.

A su juicio, el hecho de que la terna hubiese estado conformada por personas inhabilitadas para ser elegidas como contralores municipales, prueba la inexistencia de ésta.

C. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Las normas que la parte actora invocó como violadas y de las que explicó un real concepto de la violación fueron:

- *Los artículos 6 y 272 de la Constitución Política.*
- *Los artículos 158, 163 literales a y c y 95, numeral 2º de la ley 136 de 1994, modificado por la ley 617 de 2000, artículo 37.*

En síntesis, el demandante formuló los siguientes cargos contra el acto acusado:

- *Que la terna presentada por el Tribunal Administrativo del Tolima y el Tribunal Superior de Ibagué ante el Concejo Municipal de Ibagué para la elección del contralor de ese municipio, “quedó desintegrada” cuando se verificó que los candidatos que integraban esa lista estaban inhabilitados y, por tanto, ninguno podía ser elegido para desempeñarse como contralor, entre ellos, el señor Rafael Enrique Bernal Poveda.*
- *Que, por consiguiente, la terna no contenía candidatos legal y constitucionalmente aptos para acceder a dicho cargo y, en consecuencia, el Concejo Municipal de Ibagué debió abstenerse de realizar la elección.*
- *Que los señores Fernando Guzmán García, Víctor Augusto Sánchez y Rafael Enrique Bernal (quien resultó electo), dentro del año anterior a la elección, ejercieron autoridad civil, política y administrativa en el departamento de Tolima.*
- *Que, en concreto, de conformidad con el numeral 2º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, el señor Rafael Enrique Bernal Poveda estaba inhabilitado para ser elegido como Contralor del municipio de Ibagué, toda vez que dentro del año anterior a la elección, en su condición de Subcontralor Departamental del Tolima y de los encargos que tuvo como Contralor Departamental, por un lado, ejerció autoridad administrativa, civil o política en el municipio de Ibagué y, por otra parte, intervino “como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión” o en la “celebración de contratos que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio”.*
- *“Que los contralores municipales deben rendir cuentas del manejo de su presupuesto ante la Contraloría Departamental, razón por la cual” el legislador ha querido que quien llegue a la Contraloría Municipal no tenga nexos ni ataduras con los organismos que puedan llegar a juzgar su*

conducta y determinar su responsabilidad fiscal, porque el Contralor también es ordenador de los gastos internos del ente y ejerce la contratación de los mismos con sujeción a la ley”.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El señor Rafael Enrique Bernal Poveda contestó la demanda por intermedio de apoderado. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones. De forma concreta, ofreció argumentos de defensa respecto del concepto de la violación, los cuales se resumen a continuación:

- *Que la jurisdicción de la contraloría municipal es diversa de la Distrital y sin lugar a dudas de la departamental, razón por la cual la prohibición constitucional que pretende hacer valer el demandante debe ser aplicada bajo el entendido de que no “exista control posterior de quien sea electo contralor y las posibles actuaciones que estarían sujetas a su control según el ámbito de acción de su empleo”.*
- *Que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, la inhabilidad para la elección del Contralor debe ser aplicada de la siguiente forma:*
 1. *Quien se desempeñe como funcionario público del orden departamental no podrá ser elegido como Contralor Departamental.*
 2. *Quien se desempeñe como empleado distrital no podrá ser elegido como Contralor Distrital.*
 3. *Quien se desempeñe como empleado municipal no podrá ser elegido como Contralor Municipal.*
- *Que, dentro de ese contexto, es claro que el demandado, si bien ejerció como empleado público dentro del año anterior a la elección, es lo cierto que en la medida que prestó sus servicios a la Contraloría Departamental del Tolima, no existía inhabilidad alguna que le impidiera ser elegido como contralor municipal de Ibagué.*

- *Que no es verdad que, en razón a los encargos que desempeñó el señor Rafael Bernal Poveda en la Contraloría Departamental del Tolima, hubiera ejercido control fiscal en el municipio de Ibagué, pues la Contraloría de Ibagué, de acuerdo con lo dicho por la Sala de Consulta y de Servicio Civil del Consejo de Estado y de conformidad con la Ley 330 de 1996, es fiscalizada por la Auditoría General de la Nación. En otras palabras, que de las funciones y atribuciones asignadas por la Ley al Contralor Departamental es posible afirmar que dicha autoridad no ejerce control fiscal sobre las contralorías municipales.*
- *Que la sentencia C-1372 de 2000, en la medida que declaró la inexecutable de la expresión “como encargado”, que estaba contenida en el literal a) del artículo 6º de la Ley 330 de 1996, permitió “la aspiración al cargo de contralor departamental de quienes hayan ejercido en condición de encargados el cargo de contralor en los departamentos”, razón suficiente para sostener también que aquellos que ocuparon encargos en la contraloría departamental pueden aspirar, de forma legítima, a ser electos como contralores municipales, que es lo que se presenta en el caso objeto de estudio.*
- *Argumentó que, contrario a lo dicho por la parte actora, la terna que fue propuesta por el Tribunal Administrativo del Tolima y por el Tribunal Superior de Ibagué cumplía con todos los requisitos previstos para tal efecto y, por tal razón, no puede afirmarse que la supuesta configuración de inhabilidad en cabeza de algunos de los integrantes de dicha terna, pudiera llevar a concluir sobre la inexistencia de ésta. Más aun cuando las calidades requeridas por la Constitución Política para acceder al cargo de contralor fueron tenidas en cuenta por los tribunales al momento de elaborar la terna que se presentó al Concejo Municipal de Ibagué.*
- *Que en relación con la configuración de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, que fue modificado por la Ley 617 de 2000 y que trata sobre la intervención en la ordenación del gasto o la celebración de contratos dentro del año anterior a la elección, en el caso sub examine no están demostrados los elementos necesarios para que dicha causal se configure, pues falta aquel atinente al elemento*

temporal, toda vez que si bien es cierto que en su condición de Contralor Departamental encargado firmó órdenes de pago y celebró contratos de prestación de servicios, tales contratos se ejecutaron por fuera del término inhabilitante.

Aunado a lo anterior, propuso la excepción de inepta demanda, pues, a su juicio, la parte actora no cumplió con la carga procesal de individualizar el acto demandado.

4. COADYUVANCIA

Al proceso concurrió el ciudadano Juan Guillermo González Zota con el fin de oponerse a las pretensiones de la demanda.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo del Tolima.

Por auto del 27 de marzo de 2007, ante la recusación hecha por el demandante, esta Sección separó del conocimiento del presente asunto a los magistrados del Tribunal Administrativo del Tolima.

Luego de realizado el respectivo sorteo de conjueces, por auto del 29 de octubre de 2008, la demanda se admitió y, a su vez, se denegó la solicitud de suspensión provisional.

Ante la falta de notificación personal al señor Rafael Enrique Bernal del auto admisorio de la demanda, mediante auto del 21 de enero de 2009, el a quo decretó la nulidad de todo lo actuado desde el primero de diciembre de 2008 y, en consecuencia, ordenó que las providencias del 29 de octubre de 2008 y del 12 de noviembre de 2008 (que admitió la corrección de la demanda) fueran notificadas personalmente al demandado.

Mediante sentencia del 16 de junio de 2009, el Tribunal Administrativo del Tolima denegó las pretensiones de la demanda.

4. SENTENCIA APELADA

La sentencia apelada, como ya se dijo, denegó las pretensiones de la demanda. Como sustento de esa decisión, el a quo expuso las siguientes consideraciones:

- Que la excepción de inepta demanda propuesta por la parte demandada en el sentido de que no se individualizó el acto demandado, no está llamada a prosperar, pues es “evidente que el juez está obligado a estudiar las demandas que falten a esta exigencia legal en aplicación de la normatividad superior contenida en el artículo 228 de la C.P., según la cual “... las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Que, además, con la corrección de la demanda se hizo más explícita la pretensión de lograr la nulidad de la elección del Contralor Municipal de Ibagué por la inexistencia de la terna en la medida que los aspirantes, a juicio del demandante, estaban inhabilitados.*
- Que no resulta viable elevar a la calidad de “causal de nulidad” el desempeño ocasional originado en una ausencia temporal, toda vez que el encargo, como situación administrativa, pretende mantener la eficiencia en la prestación del servicio. Que, en ese orden de ideas, de acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-1372 de 2000, quien haya sido contralor encargado no está inhabilitado para ser elegido como contralor en propiedad.*
- Que, contrario a lo dicho por el demandante, la Contraloría Municipal de Ibagué no tiene la obligación de rendirle cuentas a la Contraloría Departamental del Tolima y, por tanto, no se encuentra bajo su dependencia. Por el contrario, de conformidad con el artículo 17 del Decreto 272 de 2000, es la Auditoría General de la República la encargada de ejercer control y vigilancia sobre todas las cuentas de las contralorías municipales del país.*
- Que en el expediente obra prueba de que el Tribunal Administrativo del Tolima y el Tribunal Superior de Ibagué presentaron ante el Concejo*

Municipal de Ibagué la terna de candidatos que aspiraban a ser elegidos como contralor de ese municipio, circunstancia que desvirtúa el argumento según el cual no existió terna. Que, en efecto, en estricto sentido “existió terna elegida de conformidad con la Constitución y la ley, ... si se tiene en cuenta primero que no existe esta inhabilidad y segundo, por que (sic) el procedimiento aplicado estuvo de conformidad con la Constitución y la Ley, y tercero, porque las presuntas inhabilidades endilgadas a los otros candidatos que conformaron la terna..., surgen para el momento de la de la elección, más no para el momento de la postulación, y se predicen en contra de quien resulta elegido, por cuanto no es procedente la revisión legal de la existencia de una inhabilidad para un candidato no electo”.

- *Que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, el tema de las inhabilidades para ocupar cargos públicos debe ser interpretado de forma restrictiva, más aun cuando, como en el presente caso, la inhabilidad endilgada, esto es, “inexistencia de la terna”, no está consagrada en el ordenamiento jurídico.*

5. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, mediante escrito del 23 de junio de 2009, apeló la sentencia del 16 de junio de 2009. Sin embargó, omitió sustentar dicho recurso.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta instancia, la parte demandada presentó alegatos de conclusión mediante escrito del 19 de agosto de 2009. En síntesis, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Sobre el particular, se destaca lo siguiente:

“De acuerdo a la prueba documental legal y oportunamente allegada, se puede inferir que el Dr. Rafael Enrique Bernal Poveda no ejerció ningún tipo de control fiscal a la Contraloría Municipal de Ibagué durante los 12 meses anteriores a su elección.

Conforme a las certificaciones arrimadas al proceso, se puede inferir que el Doctor Rafael Enrique Bernal Poveda, en su condición de Contralor Departamental del Tolima encargado o Subcontralor, no intervino como ordenador

del gasto o celebró contratos en el Municipio de Ibagué durante los 12 meses anteriores a la elección.

De acuerdo al material probatorio allegado al proceso, es claro que tanto el Dr. Rafael Bernal Poveda como los demás aspirantes a la Contraloría Municipal de Ibagué cumplieron los requisitos mínimos para ser postulados como candidatos ante el Concejo Municipal de Ibagué.

En el trámite de la primera instancia y así lo reconoció el Tribunal Administrativo del Tolima, no se allegó prueba de la cual se pueda inferir que el Dr. Rafael Bernal Poveda se encontraba en condición de inelegibilidad”.

Por su parte, el demandante guardó silencio.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta instancia, el Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado rindió concepto sobre el asunto de la referencia. Luego de reseñar los fundamentos de la demanda y las actuaciones relevantes de la primera instancia, solicitó que esta Corporación confirmara el fallo del 16 de junio de 2009.

Al respecto manifestó:

“Según el actor la elección del Contralor del Municipio de Ibagué se hizo inobservando este mandato superior porque los candidatos presentados a consideración del Concejo, se encontraban inhabilitados.

Esta causal no está llamada a prosperar por cuanto no es posible el estudio de las inhabilidades de quien no resulta electo, sólo se consideran las causales de inelegibilidad en el candidato que es elegido.

(...)

Sostiene el actor que el designado Contralor Municipal no lo podía ser por haber desempeñado en el último año cargo del nivel departamental, exactamente haber fungido como Contralor Auxiliar en la Contraloría del Departamento del Tolima.

Siguiendo la interpretación jurisprudencial que efectuara la H. Sección Quinta de la disposición que se alega quebrantada, en el caso de la nulidad de la elección de la Contralora del Municipio de Cali, el cargo no está llamado

a prosperar. En la sentencia que se alude se dijo lo siguiente:

“...En el inciso 9º del artículo 272 de la Carta se delimita claramente cuál es el alcance de la prohibición y en términos generales concreta lo que ya se venía concluyendo de la lectura de los incisos anteriores, en los cuales, aunque no se incluyó el adjetivo “respectivo”, se puede inferir que ese cargo público ejercido el año anterior a la elección como contralor, inhabilita para ser elegido en la medida de que haya sido ejercido en el mismo territorio, es decir, si la elección de que se trata es de contralor municipal, estará inhabilitado si dicho cargo público se ejerció en ese municipio y si se trata de contralor distrital, quedará inhabilitado si el cargo público se ejerció en el distrito respectivo”.

(...)

Destaca este despacho que conforme fue consagrada la causal por el legislador, ésta se predica de los Contralores solo en lo que sea aplicable, es decir, que no es directa y mecánica su aplicación, la misma requiere del ejercicio de interpretación que lleve al juzgador a precisar los eventos en los que las causales del alcalde aplican al Contralor y en relación con el desempeño de cargo público es claro que no hay lugar a su aplicación por cuanto que este aspecto lo regula taxativamente la Carta Política al señalar que no podría ser contralor quien haya ocupado cargo público del orden departamental, Distrital o municipal.

Ahora bien, en la medida que la Constitución previó un inhabilidad específica para ser Contralor cuando la persona haya ocupado previamente cargo público en el orden departamental, distrital o municipal, la cual se contiene en el inciso 8 del artículo 272 superior, siguiendo el lineamiento jurisprudencial trazado por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-767 de diciembre 10 de 1998, al decidir sobre un aspecto similar pero referido con los personeros municipales, no parece razonable extender a los Contralores la inhabilidad establecida en el numeral 2º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 para los alcaldes. Se debe entender que esta inhabilidad no es aplicable a los Contralores no solo debido a la interpretación restrictiva de las causales de inelegibilidad, sino también en virtud del principio hermenéutico según el cual la norma especial (la inhabilidad específica para Contralor) prima sobre la general (la remisión global a los Contralores de todas las inhabilidades previstas para el alcalde).

En cuanto a la intervención como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión, a la luz de la certificación obrante a folio 222, es claro que la misma no puede darse si se tiene en consideración que el presupuesto de la Contraloría del Tolima está asignado sólo para funcionamiento.

La celebración de contratos que deban ejecutarse en el respectivo municipio también se descarta, si se considera la misma prueba documental a que se aludió de manera antecedente, en ella se dice que “durante la vigencia 2007 la Contraloría Departamental del Tolima, no ha celebrado convenios, contratos, orden de prestación de servicios ni erogación alguna con el Municipio de Ibagué, ni con la Contraloría Municipal”.

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en los artículos 129 y 231 del Código Contencioso Administrativo, esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Tolima.

El recurso de apelación se interpuso dentro del término que para el efecto señala el artículo 250, inciso primero, del Código Contencioso Administrativo. Si bien la parte actora no sustentó dicha apelación, se recuerda que es criterio reiterado de esta Sección que tal omisión no puede conducir a la declaratoria de desierto del recurso, pues la norma no previó tal sanción para los procesos de nulidad electoral, como sí lo hizo respecto de los procesos ordinarios que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los cuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 212 del Código Contencioso Administrativo, la falta de sustentación del recurso de apelación, dentro del término concedido para el efecto, conduce a la declaratoria de desierto de dicho recurso y a la ejecutoria de la sentencia objeto de apelación.

En consecuencia, la Sala entiende que el recurso de apelación fue interpuesto en lo desfavorable a la parte actora y en ese sentido será analizado.

En este caso se pretende la nulidad del acto que declaró la elección del señor Rafael Enrique Bernal Poveda como Contralor del Municipio de Ibagué para el periodo 2008-2011.

Esta Corporación anticipa que la sentencia de primera instancia será confirmada.

Para efectos de sustentar esta decisión, la Sala, se ocupará de estudiar cada uno de los cargos que, a juicio de esta Corporación, propuso la parte demandante, para luego concluir, como bien lo hizo el a quo, que las pretensiones no estaban llamadas a prosperar.

1. DE LA “DESINTEGRACIÓN DE LA TERNA” – VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 272 – 4 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Según la parte actora, la terna presentada por el Tribunal Administrativo del Tolima y el Tribunal Superior de Ibagué ante el Concejo Municipal de Ibagué para la elección del contralor de ese municipio, “quedó desintegrada” cuando se verificó que los candidatos que integraban esa lista estaban inhabilitados y, por tanto, ninguno podía ser elegido para desempeñarse como contralor. Que, de esa forma, la elección no fue hecha conforme con lo prescrito en la referida norma, pues materialmente no existió terna de candidatos y, en consecuencia, en la medida que la terna no contenía candidatos legal y constitucionalmente aptos para acceder a dicho cargo, el Concejo Municipal de Ibagué debió abstenerse de realizar la elección.

La Sala, para efectos de resolver este cargo, se permite transcribir el artículo 272 de la Constitución Política, que es la disposición de la cual el demandante deriva la supuesta ilegalidad del acto acusado. Esta norma, a la letra dice:

“ARTÍCULO 272. *La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.*

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

Igualmente les corresponde elegir contralor para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo. (Subrayado fuera de texto original).

Sobre el particular, la Sala verifica lo siguiente:

- Que mediante oficio TATSG-0451 del 16 de noviembre de 2007, la Secretaría del Tribunal Administrativo del Tolima le informó al Presidente del Concejo Municipal de Ibagué que “escogió al Dr. DIEGO FERNANDO GUZMÁN, como candidato para conformar la terna por parte de este Tribunal”. (Folio 43).
- Que, mediante oficio SP. 1338 del 29 de noviembre de 2007, el Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué le manifestó al Presidente del Concejo de ese municipio que, “en cumplimiento de los mandatos legales y constitucionales, seleccionó a los señores Rafael Enrique Bernal Poveda y Víctor Augusto Sánchez Guzmán para integrar la terna de aspirantes al cargo de Contralor Municipal de Ibagué. (Folio 44).

Las anteriores pruebas ponen de presente que, contrario a lo dicho por la parte actora, en el presente caso, tanto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué como el Tribunal Administrativo del Tolima cumplieron en debida forma la obligación que les impone el artículo 272 de la Constitución Política en relación con la elección del contralor municipal, en concreto, con lo referente a la postulación de los aspirantes.

Que, por tal razón, no es de recibo el argumento expuesto por el demandante, pues está demostrado que, en realidad, sí existió terna de candidatos para contralor de Ibagué, terna de la cual el Concejo Municipal de Ibagué, en uso de sus atribuciones legales y constitucionales, escogió al señor Rafael Enrique Bernal Poveda.

Aunado a lo anterior, la Sala precisa que en nada afecta la existencia de la terna de candidatos el hecho de que el demandante considere que algunos de los aspirantes estaban inhabilitados para ocupar el cargo de Contralor Municipal,

porque determinar la presencia de circunstancias que según la Constitución o la Ley le impidan que pueda resultar válidamente elegido es materia que le compete al juez que ejerce el control de legalidad del acto de elección. La autoridad que postula y la que elige parten de la declaración bajo la gravedad del juramento que hacen los candidatos al presentar su aspiración, acerca de que no se encuentran incursos en alguna causal de esta naturaleza.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

2. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 272 - 8 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La parte actora sostiene que en la medida que el demandado, dentro del año anterior a la elección, se desempeñó como funcionario de la Contraloría Departamental del Tolima, en el cargo de “contralor auxiliar”, de conformidad con el artículo 272 de la Constitución Política, estaba inhabilitado para ser designado como contralor municipal de Ibagué, pues la citada norma consagra que “...No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia”.

El artículo 272 de la Constitución Política, al respecto, consagra:

“ARTÍCULO 272. *La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.*

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

Igualmente les corresponde elegir contralor para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el

tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo.

Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato.

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años, acreditar título universitario y las demás calidades que establezca la ley.

No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones". (Negritas y subrayado fuera de texto original).

La referida norma establece que los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán en el ámbito de su jurisdicción las funciones atribuidas al Contralor General de la Nación. Así mismo, fija los requisitos y prohibiciones para el ejercicio del cargo de contralor departamental, distrital o municipal, dada la importancia que ese organismo de control está llamado a tener en los diferentes entes territoriales y la responsabilidad que implica la vigilancia del correcto manejo y de la gestión de los bienes públicos.

Cada una de las contralorías de los diferentes órdenes debe ejercer esas funciones de control y vigilancia, excepto en aquellos municipios donde no existan tales dependencias, en donde el control fiscal corresponderá a la contraloría departamental respectiva.

Para resolver el presente asunto es de vital importancia analizar el artículo 272 de la Constitución Política en su contexto y no aisladamente. Es decir, debe atenderse a su finalidad, pues no hacerlo, puede llevar a conclusiones erróneas, en el entendido de que sólo de esta forma se interpretará la norma tal como la previó el constituyente al consagrar tales prohibiciones a quien aspire a ocupar el cargo de Contralor en alguno de los entes territoriales.

El inciso 8° de la referida norma, como se dijo, establece que “No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia.”

Si se observa fuera de su contexto, el aparte en mención daría a entender que si una persona aspira a ser elegida contralor en uno de los diferentes niveles territoriales y anteriormente ha ocupado un cargo público ya sea en un departamento, en un distrito o en un municipio, se encuentra inhabilitada para ser elegida en dicho cargo.

El inciso no hace distinción alguna en cuanto a si el cargo público se hubiera desempeñado en un orden diferente al que pertenece la contraloría a la cual se está aspirando e incluso, se presta para confusión en la medida de que no hace referencia a que dicho cargo público pudiera ser ejercido aún fuera de la respectiva circunscripción, por ejemplo, haber desempeñado el cargo en un departamento diferente al de la contraloría departamental a que se aspira.

No obstante, establece, discriminando el correspondiente nivel de dicho órgano de control fiscal, que “Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años, acreditar título universitario y las demás calidades que establezca la ley”.

La lectura de estas condiciones de elegibilidad permiten inferir que cuando en el inciso 8 señala que “No podrá ser elegido quien...”, en una lectura coherente de la norma, debe entenderse que se refiere a que “No podrá ser elegido contralor del departamento, del distrito o del municipio quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya

ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia”..

A continuación, el inciso 9 de la norma en cuestión dispone que “Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.”

Como se observa, en este inciso se introduce el adjetivo “respectivo”, que es determinante en cuanto al ámbito espacial de la consagración de la prohibición: quien haya ocupado el cargo de contralor distrital no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo distrito y, asimismo, quien haya ocupado el cargo de contralor municipal no podrá desempeñarse como funcionario público en dicho municipio, lo anterior hasta que transcurra un año de haber cesado en sus funciones.

No existe razón lógica para considerar que el constituyente quisiera que el tratamiento espacial de la inhabilidad que refiere el inciso 8° fuere diferente y tampoco sería coherente con la finalidad que persigue la norma. Lo que se busca es evitar que se obtengan beneficios indebidos o ventajas por el antecedente de desempeñar un cargo donde se pueda influir para hacerse elegir luego contralor en ese mismo nivel. Por ello, entonces, no es lógico que en lugares donde existen contralorías propias, en lo que tiene que ver con la elección de contralor, pueda derivarse beneficio por haber desempeñado cargo público en otra jurisdicción, como ocurre en el presente caso.

En el inciso 9° del artículo 272 de la Carta se delimita claramente el alcance de la prohibición, de lo cual se puede concluir que ese cargo público que ostentó el año anterior a la elección como contralor, lo inhabilita para ser elegido en la medida que haya sido ejercido en igual orden político territorial, es decir, si la elección de que se trata es la de contralor municipal, estará inhabilitado si dicho cargo público se ejerció en ese municipio y si se trata de contralor distrital, quedará inhabilitado si el cargo público se ejerció en el distrito respectivo.

En relación con este punto, en reiterada jurisprudencia de esta Sección se ha dicho lo siguiente:

*“Es evidente que, si bien la Corte Constitucional, como lo sostiene el demandante, declaró exequible el literal c) del art. 9º de la ley 177 de 1994, que modificó el art. 136 de la ley 136 del mismo año, dejando así vigente la remisión que esa norma autoriza al art. 95 ibídem y, por ende, en vigor para los contralores, “en lo que sea aplicable”, las causales de inhabilidad establecidas para los alcaldes, es cierto también que, en cuanto hace a la contemplada en el numeral 4º del art. 95 citado, resulta inaplicable dado que, **sobre ese aspecto de la inelegibilidad de los contralores seccionales por desempeño de cargos públicos, el art. 272 de la Carta en su 8º inciso, la consagra para quienes hayan “ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia”, y en el inciso final la restringe al “respectivo departamento, distrito o municipio”, lo cual permite entender que la imposibilidad jurídica de ser elegido por la inhabilidad en cuestión, debe provenir del desempeño de cargos en el correspondiente nivel territorial al cual la elección se contrae;** luego podría estar incurso el contralor elegido siempre y cuando el cargo ocupado antes de su elección lo hubiese sido en la misma jurisdicción y en el mismo nivel territorial del municipio de Duitama, más no en uno distinto, como lo fue en este caso el de Paipa.”¹ (Negrilla fuera de texto)*

De igual forma, en sentencia del nueve (9) de noviembre de dos mil uno (2.001), radicación número: 76001-23-31-000-2001-0316-01(2703), se dijo:

*“Según el artículo 272 de la Constitución no puede ser elegido contralor departamental, distrital o municipal quien en el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia. **Ello quiere decir que no puede ser contralor departamental quien en el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, ni contralor distrital quien haya ocupado cargo público del orden distrital, ni contralor municipal quien haya ocupado cargo público del orden municipal, en el respectivo departamento, distrito o municipio, como se dijo en sentencia de 4 de diciembre de 1.995² y se reitera en esta oportunidad, salvo en lo concerniente a los contralores departamentales, porque mediante el artículo 6.º de la ley 330 de 1.996, “por la cual se [...] se dictan otras disposiciones relativas a las contralorías departamentales”, se estableció que no podía ser elegido contralor departamental quien durante el último año hubiera***

¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de enero veintiuno (21) de mil novecientos noventa y nueve (1999).-Radicación número 2130.

² Expediente 1.441.

ocupado cargo público, y no solo del orden departamental, sino también “distrital o municipal”, salvo la docencia, disposición que, en lo concerniente, fue declarada executable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-509 de 9 de octubre de 1.997. (Negrilla fuera de texto).

Entonces, según lo expuesto, la señora Cardona Echeverry no se encuentra inhabilitada, a términos del artículo 272 de la Constitución, para ser Contralora Municipal de Santiago de Cali por el hecho de haber sido Contralora Municipal de Palmira.”³

La referida posición fue reiterada por esta Sección en sentencia del 6 de agosto de 2009. En esa oportunidad, sobre el tema objeto de estudio se dijo:

“(…)

El inciso no hace distinción alguna en cuanto a si el cargo público se hubiera desempeñado en un orden diferente al de la contraloría a la cual se está aspirando e incluso se presta para confusión en la medida de que no hace referencia a que dicho cargo público pudiera ser ejercido aún fuera de la respectiva circunscripción, por ejemplo, haber desempeñado el cargo en un departamento diferente al de la contraloría departamental a que se aspira.

*No obstante, el inciso 7 del artículo 272 de la Constitución Política establece que “Para ser elegido **contralor departamental, distrital o municipal** se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años, acreditar título universitario y las demás calidades que establezca la ley.”, de donde puede inferirse que cuando en el inciso 8 se menciona “No podrá ser elegido quien...”, en una lectura coherente de la norma, se refiere a que “ **No podrá ser elegido contralor departamental, distrital o municipal** quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia ...”.*

En este punto se encuentra la primera razón para concluir que el constituyente no quiso que la jurisdicción donde se ejerció el cargo público, el año anterior a la elección como contralor en cualquiera de los órdenes referidos, fuera irrelevante para determinar la inhabilidad de quien aspirara a ser contralor en determinado departamento, distrito o municipio.

³Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de nueve (9) de noviembre de dos mil uno (2.001), radicación número: 76001-23-31-000-2001-0316-01(2703)

Ello lo confirma el inciso 9 de la norma en cuestión, pues dispone que “Quien haya ocupado en propiedad el cargo de **contralor departamental, distrital o municipal**, no podrá desempeñar empleo oficial alguno **en el respectivo departamento, distrito o municipio**, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.”

Como se observa, en este inciso se introduce el adjetivo “respectivo”, determinante en el análisis, pues en el contexto hace alusión a que quien haya ocupado el cargo de contralor departamental no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento; quien haya ocupado el cargo de contralor distrital no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo distrito y asimismo en el orden municipal, un año después de haber cesado en sus funciones.

(...)

Con los contralores departamentales sucede diferente, pues de acuerdo a la Ley 330 de 1996, cuya constitucionalidad (en el aparte subrayado) fue analizada en sentencia C-509 de 1997, no podrá ser elegido contralor departamental quien “Durante el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia;”.

Lo anterior lleva a concluir que para los Contralores departamentales se hace expresa la inhabilidad por haber ejercido cargo público el año anterior a su elección en cualquiera de los órdenes, bien sea departamental, distrital o municipal, pues en palabras de la Corte Constitucional “La razón para restringir el acceso al desempeño como contralor departamental, por haber ejercido el candidato funciones públicas con anterioridad a la postulación, en los ordenes territoriales mencionados y en el año inmediatamente anterior a la elección que efectúa la correspondiente asamblea departamental (C.P., art. 272), está dirigida a impedir el ingreso de personas que, de alguna forma, tuvieron la oportunidad, los medios y las prerrogativas propias del ejercicio de funciones públicas, para incidir en su favor en una elección o nominación posterior, con clara violación del principio de igualdad de condiciones entre los demás postulantes (C.P., art. 13), y en detrimento de la prestación eficaz, moral, imparcial y pública de la función administrativa (C.P., art. 209), **así como neutralizar la posibilidad de que se produzca un autocontrol de la gestión fiscal realizada**. La Sala encuentra que el legislador en la disposición demandada se sujetó estrictamente a lo dispuesto por los mandatos constitucionales sin excederse en su reglamentación” MP. Filemón Jiménez Ochoa. Exp. 2008-0176.

Como se observa, en la jurisprudencia de esta Sección la interpretación que se le ha dado a la inhabilidad consagrada en el artículo 272 de la Carta para contralores departamentales, distritales o municipales, se resume en que no puede ser contralor departamental quien en el último año haya ocupado cargo público tanto del orden departamental, municipal o distrital en el respectivo departamento, ni contralor distrital quien haya ocupado cargo público del orden distrital, ni contralor municipal quien haya ocupado cargo público del orden municipal, en el respectivo municipio, lo cual surge de una correcta lectura y del aspecto teleológico de la norma constitucional.

En el caso objeto de estudio, si bien está demostrado que el señor Rafael Enrique Bernal, dentro del año anterior a la elección como Contralor Municipal de Ibagué se desempeñó como funcionario de la Contraloría Departamental del Tolima, es lo cierto que la inhabilidad endilgada por el demandante no se configura, pues, como se puso de presente, hace falta el supuesto fáctico esencial que surge de la interpretación armónica del artículo 272 de la Constitución Política: que dicho cargo público lo ejerciera en el mismo orden territorial en el que resultó electo el demandado, esto es, en el municipio de Ibagué.

Es pertinente anotar que la Contraloría Municipal de Ibagué, como bien lo dijo la parte demandada, es un ente que goza de autonomía administrativa y financiera y, por tanto, la gestión fiscal que realiza no se ve influida por la Contraloría Departamental, la cual sólo ejerce control fiscal a aquellos municipios donde no existe una contraloría propia, que no es el caso del municipio de Ibagué. Además, de conformidad con el artículo 17 del Decreto 272 de 2000⁴, es la Auditoría General de la República la encargada de ejercer control y vigilancia sobre todas las cuentas de las contralorías municipales del país⁵.

⁴ **“Artículo 17.. FUNCIONES DEL AUDITOR GENERAL DE LA REPUBLICA.** Son las siguientes:

(...)

Ejercer la vigilancia de la gestión fiscal, ~~en forma excepcional~~, sobre las cuentas de las contralorías municipales y distritales, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales”;

⁵ Sobre este punto, la Contraloría General de la República, se pronunció en el siguiente sentido:

“Así las cosas, la Auditoría General de la República tiene la potestad fiscalizadora sobre las cuentas de las contralorías municipales, que la faculta a efectuar el fenecimiento de dichas cuentas. Este ejercicio de vigilancia fiscal de la Auditoría General subsume cualquier potestad otorgada sobre las Contralorías Departamentales que son de nivel jerárquico inferior; lo cual significa no solo que a las contralorías municipales les corresponde rendir la cuenta a la Auditoría General de la

3. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 163, LITERALES A Y C DE LA LEY 136 DE 1994, MODIFICADO POR LA LEY 617 DE 2000 – EJERCICIO DE AUTORIDAD DENTRO DEL AÑO ANTERIOR A LA ELECCIÓN

El artículo 163, literales a y c de la Ley 136 de 1994, modificada por la Ley 617 de 2000, que es la norma que la parte actora invoca como sustento de la demanda, consagra:

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

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

(...)

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

Por su parte, el artículo 95 de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la ley 617 de 2000, prevé:

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

(...)

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio”.

República, sino que el fenecimiento de sus cuentas se entiende en firme cuando lo efectúa la Auditoría”. Oficio 110-023-2009 del 20 de mayo de 2008.

La parte demandante estima que, de conformidad con las normas transcritas y en vista de que a los contralores le son aplicables las inhabilidades que fueron consagradas respecto de los alcaldes municipales, el señor Rafael Enrique Bernal Poveda se encontraba inhabilitado para ser elegido como Contralor Municipal de Ibagué, toda vez que en el año anterior a la elección, en su condición de funcionario de la Contraloría Departamental de Ibagué y como Contralor encargado de dicha entidad, ejerció autoridad administrativa e “intervino como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión y celebró contratos que debían ejecutarse o celebrarse en el respectivo municipio”. Que, además, el demandado también estaba inhabilitado por la causal prevista en el literal a del artículo 163 de la Ley 136 de 1994, pues en parte del período anterior estuvo encargado como Contralor Departamental de Ibagué.

La Sala estima que este argumento no está llamado a prosperar por las razones que a continuación se exponen:

Las causales de inhabilidad previstas por el legislador para los alcaldes municipales o distritales en el artículo 95 de la ley 136 de 1994, modificado por la ley 617 de 2000, de conformidad con lo dicho por el artículo 163 de esa misma norma, sólo son extensibles a la elección de contralor en lo que “sea aplicable”. La simple lectura de esta norma permite concluir que la disposición extiende a los contralores algunas de las inhabilidades de los alcaldes pero no todas, pues de ser así, la expresión “en lo que le sea aplicable” no tendría ningún efecto normativo. En otras palabras, la aplicación de dicha causal inhabilitante no es directa ni inmediata, pues requiere de la labor del juez para precisar las hipótesis bajo las cuales dichas prohibiciones aplican a la designación de contralor.

En lo que tiene que ver con la inhabilidad prevista en el artículo 95, numeral 2º de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que es la causal que invoca el demandante como sustento de ilegalidad del acto acusado, la Sala estima que ésta no tienen aplicación en la elección de contralor, pues el desempeño de empleo público, en relación con los contralores, está consagrado expresamente en el artículo 272 de la Constitución Política, según el cual “no podrá ser elegido contralor quien haya ocupado cargo de orden público del orden departamental, distrital o municipal”. Más aun cuando la causal endilgada exige, por una parte, que el ejercicio del cargo se haya realizado en la misma

circunscripción territorial respecto de la cual resulta electo, o, por otro lado, que la ordenación del gasto en la ejecución de recursos de inversión o la celebración de contratos, deba ejecutarse o cumplirse en el mismo municipio, requisitos que no se verifican en el caso objeto de estudio.

Es decir, la Constitución Política previó una inhabilidad específica para ser Contralor cuando la persona haya ocupado previamente cargo público en el orden departamental, distrital o municipal y, por tal razón, en atención al principio de interpretación restrictiva de las inhabilidades, no es razonable extender a los Contralores la inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 37 de la ley 617 de 2000.

No se puede olvidar que las inhabilidades, incluso si tienen rango constitucional, son excepciones al principio general de igualdad en el acceso a los cargos públicos y del derecho político de carácter fundamental a ser elegido, que no sólo están expresamente consagrados por la Carta (CP arts 13 y 40) sino que ambos constituyen elementos fundamentales de la noción misma de democracia. De esta forma y por su naturaleza excepcional, el alcance de las inhabilidades, incluso de aquellas de rango constitucional, debe ser interpretado restrictivamente, pues de lo contrario se correría el riesgo de convertir la excepción en regla. Por consiguiente y en función del principio hermenéutico pro libertate, entre dos interpretaciones alternativas posibles de una norma que regula una inhabilidad, se debe preferir aquella que menos limita el derecho de las personas a acceder igualitariamente a los cargos públicos.

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

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

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

Por otra parte, tampoco puede existir configuración de la causal prevista en el literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994, toda vez que la Corte Constitucional, en sentencia C-1372 del 11 de octubre de 2000, declaró la inexecutable de la expresión “como encargado”, contenida en literal a) del artículo 6º de la Ley 330 de 1996. Sobre el particular, expresó:

“(…)

3.4. El encargo es una situación administrativa, por medio de la cual se nombra temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o absoluta de su titular. Es una medida excepcional que tiene una vocación temporal, que busca suplir las necesidades del servicio, a fin de evitar traumatismos en el mismo, permitiendo su continuidad.

“...el encargo es una situación administrativa creada por legislador para permitir a la administración sortear las dificultades que se le puedan presentar en casos de ausencias temporal o definitiva de un empleado cuyo concurso sea necesario e indispensable para la atención de los servicios a su cargo; en consecuencia es una medida excepcional para sortear igualmente situaciones excepcionales y de urgencia que se presentaren. De allí la necesaria temporalidad del encargo, lo cual implica lapsos cortos, bien por ausencia temporal o definitiva del empleado titular...” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de septiembre 3 de 1987).

En tratándose de las faltas temporales o absolutas de los contralores departamentales, el legislador previó la forma de llenar éstas. En el artículo 5º de la ley 330 de 1996,

señaló que las faltas temporales de los contralores departamentales -licencia, suspensión del cargo, enfermedad, etc- serían llenadas por el subcontralor o el contralor auxiliar, y a falta de éstos, por el funcionario de mayor jerarquía de la contraloría departamental. Por su parte, las faltas absolutas -muerte, destitución, renuncia, vencimiento del período, etc- serían suplidas en la forma establecida en la Constitución y en la ley, es decir, por elección de la asamblea departamental correspondiente, de las ternas que le son enviadas por el Tribunal Superior de Distrito Judicial y por el Tribunal Contencioso Administrativo, correspondientes.

Así mismo, se previó que en caso de vencimiento del período del contralor, y en razón a que éste debe hacer inmediata dejación del cargo (artículo 267 de la Constitución), entraría a reemplazarlo el funcionario de mayor jerarquía en la Contraloría, mientras se realiza la elección correspondiente por los órganos competentes.

Significa lo anterior, que la norma en la parte acusada está señalando que el subcontralor o el contralor auxiliar, y a falta de éstos, el funcionario de mayor jerarquía de la contraloría departamental no pueden ser elegidos como contralores departamentales en un período determinado, por el hecho de haber estado temporalmente a la cabeza del control fiscal a nivel departamental, ante situaciones excepcionales que impedían al titular de ésta ejercerla.

Situación ésta que podría hallarse razonada, si se tiene en cuenta que con esta clase de inhabilidades, se busca el manejo transparente, inflexible y recto de la función administrativa, y, en el caso específico, del control fiscal. Razón que aconsejaría que quien tenga que ejercer dicha función, sin importar en calidad de qué la asuma, o el tiempo que en ella emplee, no utilice la misma en procura de satisfacer sus intereses personales. Por ejemplo, ejerciendo su poder para una futura elección, situación que se evita, cuando se contempla la imposibilidad de acceder al cargo en un período determinado, después a aquel en que éste se ha ejercido, tal como lo contempla la norma acusada.

Sin embargo, el que la inhabilidad acusada pueda encontrarse razonable, ella deviene en desproporcionada al objeto mismo que se busca cumplir con su consagración, pues si el motivo que llevó al legislador para su consagración fue que esa función no se desviase con fines proselitistas, es decir, para lograr la elección como contralor en propiedad de quien lo venía ejerciendo por encargo, no otra se encuentra, el legislador ha debido fijar un término mínimo para la aplicación de ésta, pues

tal como lo señala el demandante y el Ministerio Público, no puede darse el mismo tratamiento al funcionario que ejerció dicha función por encargo en el primer año de un período, que aquél que lo hace en el último año y en vísperas de la elección correspondiente, por cuanto el ejercicio de la función con tal objetivo sería intrascendente, inane.

Entonces, si bien puede resultar razonado impedir la elección de quien ejerció como contralor encargado, resulta irracional y desproporcionado que el legislador hubiese establecido que dicha inhabilidad operaría sin tener en cuenta en qué época fue ejercida la función fiscal en dicha calidad.

El propio Constituyente, en materia de inhabilidades, marcó o determinó lo que podría entenderse como término razonable y proporcional de una causal de esta naturaleza. Las inhabilidades señaladas por él, y que precisamente tienden a contrarrestar el abuso o desvío del poder para satisfacción de intereses personales, como lo sería una elección, se caracterizan por un aspecto temporal que se echa de menos en la norma acusada.

Así, por ejemplo, basta observar en el artículo 179, numerales 2 y 3 de la Constitución, en relación con las inhabilidades para ser congresista, que el Constituyente fijó períodos de doce (12) y seis (6) meses para inhabilitar a los ciudadanos que hubiesen ocupado cargos públicos, en la primera, o por relación contractual con alguna entidad pública, en la segunda. Igual razonamiento para la inhabilidad que se consagra en el artículo 240, para quienes aspiran a ser elegidos Magistrados de la Corte Constitucional, en donde se consagra el lapso de un año. Así mismo, para el Contralor General de la República y los contralores departamentales, artículos 267 y 272 de la Constitución, en los que se estipula una inhabilidad de un año.

Dentro de este contexto, es claro que la norma en el aparte acusado deviene en inconstitucional, no porque el legislador prohíba elegir a quien se hubiese desempeñado como contralor encargado, pues ello tiene un sustento claro, máxime si se tiene en cuenta que lo que se busca con esta clase de inhabilidad, es impedir que se abuse de la función de control fiscal y la misma se use con fines proselitistas, en procura del interés personal, sino por el hecho mismo de no haberse fijado un término para contar ésta, tal como lo hizo el Constituyente frente a las inhabilidades que tienen la misma razón de ser de la que ahora es objeto de estudio.

No es fundado pensar que quien desempeña la función fiscal faltando un lapso considerable para que se produzca la elección, pueda hacer uso de ella para presionar a sus posibles nominadores, en detrimento de los principios mismos que rigen la función administrativa, en general, y la fiscal en particular.

En esta materia, la Corte debe ser absolutamente restrictiva, y el análisis de una causal determinada de inhabilidad creada por el legislador, para efectos de determinar su constitucionalidad, debe concluir en un equilibrio ponderado entre el derecho fundamental de acceder y desempeñar, en condiciones de igualdad, cargos y funciones públicas y el mantenimiento de los principios que rigen la función administrativa

En el caso en análisis, la Corte ha de cumplir ese deber de ponderación, declarando la inexecutable de la expresión “como encargado” contenida en el literal a) del artículo 6 de la ley 330 de 1996, toda vez que el legislador en detrimento del derecho político de acceder y desempeñar, en condiciones de igualdad, cargos y funciones públicas, no fijó un término razonable para la configuración de la causal de inhabilidad, producto del desempeño de un cargo público específico en encargo, término éste que la Corte no está llamada a fijar, por cuanto ésta, es una función propia del legislador”. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Las anteriores son razones suficientes para concluir que, como se anticipó, lo que se impone en el presente caso, es confirmar la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. **CONFIRMAR** la sentencia del 16 de junio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

2°. En firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ

PINZÓN

MAURICIO TORRES CUERVO