

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Se declara la nulidad del acto de elección del contralor municipal de Ibagué

Los problemas jurídicos que habrá de resolver la Sala en esta ocasión son los siguientes: Si el señor Ramiro Sánchez incurrió en la inhabilidad prevista en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución Política, esto es, si durante el año anterior a su elección como Contralor municipal de Ibagué ocupó “cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal”; si el señor Ramiro Sánchez incurrió en la inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, para ser elegido en el cargo de Contralor del municipio de Ibagué, (i) por haber ejercido autoridad administrativa como empleado público en dicho municipio dentro de los doce (12) meses anteriores a su elección; y (ii) por haber suscrito, dentro del año anterior a su elección, contratos que debían ejecutarse en ese municipio; si el Concejo municipal de Ibagué, en el proceso de elección del señor Ramiro Sánchez como Contralor de esa municipalidad, vulneró las reglas de la convocatoria pública establecidas para dicha elección en las resoluciones Nos. 330 y 333 de 2015, (i) al introducir en la parte final de ese procedimiento de elección una modificación a un criterio de mérito y (ii) al incorporar en la lista de elegibles a personas que no obtuvieron un puntaje final igual o superior al 80% del total del valor porcentual equivalente al 100%, entre quienes estaba el demandado (...). Por razones de orden metodológico y en virtud del principio de limitación que restringe el ámbito de competencia del juez de segunda instancia en los términos de lo dispuesto en el artículo 320 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso – CGP), para resolver los problemas jurídicos planteados se analizarán los argumentos presentados en los recursos de apelación formulados, desarrollando el caso concreto. Lo discurrido por la Sala permite colegir que no procede la revocación del fallo apelado que declaró la nulidad del acto de elección del Contralor municipal de Ibagué adoptado por el Concejo de esa municipalidad en sesión del 9 de enero de 2016, pero por las causales y razones que acaban de ser expuestas con detalle; y, en virtud de lo consignado en el último acápite de estas consideraciones, se aplicarán las descritas consecuencias específicas de esa decisión anulatoria para precaver que el proceso se rehaga sólo en aquello que resultó viciado y, al tiempo, se respeten los derechos subjetivos que nacieron con la conformación de la lista de elegibles y que, adicionalmente, comportan debida protección en el caso concreto del principio de equidad de género rector de estos procedimientos de convocatoria pública según lo dispuesto en los artículos 126 y 272 de la Carta Política.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 73001-23-33-000-2016-00107 02

Actor: MARCELA JARAMILLO TAMAYO Y CARLOS SANTANA BONILLA

Demandado: ACTO DE ELECCIÓN DE RAMIRO SÁNCHEZ COMO CONTRALOR MUNICIPAL DE IBAGUÉ

Asunto: Sentencia de segunda instancia.- Confirma sentencia que declaró nulidad del acto de elección

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante Marcela Jaramillo Tamayo, por el demandado Ramiro Sánchez y por el apoderado judicial del Concejo municipal de Ibagué contra el fallo del 12 de septiembre de 2016, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Tolima declaró la nulidad del acto de elección del demandado como Contralor municipal de Ibagué.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Los señores Marcela Jaramillo Tamayo y Carlos Ernesto Santana Bonilla presentaron demandas¹ en ejercicio del medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, con la pretensión de que se declare la nulidad del acto de elección de Ramiro Sánchez como Contralor municipal de Ibagué para el período 2016-2019, adoptado por el respectivo Concejo municipal en sesión del 9 de enero de 2016.

1.1 Síntesis de los hechos expuestos por los demandantes²

1.1.1 Mediante la resolución No. 330 del 7 de diciembre de 2015, el Concejo municipal de Ibagué, a través de su mesa directiva, efectuó la convocatoria pública para integrar la lista de elegibles con el fin de proveer el cargo de Contralor de dicha entidad territorial³.

1.1.2 El artículo 17 de la mencionada resolución fijó las pruebas que habrían de realizarse para la conformación de la lista de elegibles junto con la calificación y valor porcentual correspondientes. En este artículo se estableció: *“Nota Aclaratoria: Los participantes que obtengan un puntaje final igual o superior a 80%, integrarán la lista de elegibles”*. Adicionalmente, en el inciso final del mismo artículo se dispuso: *“Formarán parte de la lista de elegibles quienes logren un puntaje final igual o superior a 80. El puntaje final del participante resulta de multiplicar los puntos obtenidos en cada una de las pruebas por el valor porcentual asignado a las mismas y de sumar los valores que arrojen las operaciones anteriores”*.

¹ Folios 86 a 101 y 633 a 699, respectivamente.

² Folios 635-647

³ Folios 40 a 65.

1.1.3 Por su parte, en el artículo 6º de la citada resolución No. 330 de 2015 el concejo municipal estableció que la convocatoria podría ser modificada o complementada en cualquier oportunidad hasta antes del inicio de las inscripciones. De igual manera, la mesa directiva podría modificar la misma durante su desarrollo mediante acto administrativo motivado “*con respeto irrestricto a los principios del debido proceso, objetividad, transparencia y publicidad*”.

1.1.4 La mesa directiva del Concejo municipal de Ibagué, atendiendo la regla prevista en el artículo 6º de la resolución No. 330 de 2015 y antes del inicio de la etapa de inscripciones, profirió la resolución No. 333 del 14 de diciembre de 2015, mediante la cual realizó ajustes a la convocatoria precisando (i) las fechas para la realización de las etapas previstas en la convocatoria pública y (ii) la forma de realización de la entrevista y la dinámica para la evaluación de la misma.

1.1.5 El artículo 6º de esta nueva resolución No. 333 del 14 de diciembre de 2015 hizo también algunas precisiones, entre otras, al texto del artículo 17 de la resolución No. 330 de 2015 (convocatoria pública, así:

*“...*Nota aclaratoria: Los participantes que obtengan un puntaje final total igual o superior al 80% del total del valor porcentual equivalente al 100%, integrarán la lista de elegibles.*

/.../.

Formarán parte de la lista de elegibles quienes logren un puntaje final igual o superior a 80% del total del valor porcentual equivalente al 100%. El puntaje final del participante resulta de multiplicar los puntos obtenidos en cada una de las pruebas por el valor porcentual asignado a las mismas y de sumar los valores que arrojen las operaciones anteriores”. (Se subrayan las modificaciones introducidas)

1.1.6 Luego, la mesa directiva del Concejo municipal de Ibagué expidió la resolución No. 343 del 21 de diciembre de 2015, por medio de la cual agregó precisiones respecto de la convocatoria pública realizada a través de la resolución No. 330 del 7 de diciembre de la misma anualidad, esta vez para señalar el lugar de presentación de las pruebas a desarrollar por la entidad universitaria contratada para tal fin y el correo electrónico para presentar reclamaciones.

1.1.7 Posteriormente, la mesa directiva del Concejo municipal de Ibagué expidió la resolución No. 001 del 3 de enero de 2016, en la cual dispuso:

“...ARTÍCULO 1. Para todos los efectos legales de la convocatoria pública adelantada por el Concejo de Ibagué para proveer el empleo de CONTRALOR MUNICIPAL DE IBAGUÉ, aclárese en las Resoluciones 330 de DICIEMBRE 30 DE 07 DE 2015, 333 DE DICIEMBRE 15 DE 2015, 343 DE DICIEMBRE 21 DE 2015, que no se conformará lista de elegibles sino lista de aspirantes (...)

ARTÍCULO 2. ~~Suprímase del artículo 6º de la Resolución 333 del 14 de Diciembre de 2015,~~ por la cual se modifica el artículo 17 de la Resolución 330 de Diciembre 7 de 2015, ~~lo correspondiente a “nota aclaratoria”, según la cual los participantes que obtengan un puntaje final total igual o superior al 80% del total del valor porcentual equivalente al 100%, integran la lista de elegibles...~~”.

1.1.8 La mesa directiva del Concejo municipal de Ibagué no expuso motivación alguna en esta resolución No. 001 de 2016, para sustentar la supresión del criterio del mérito previsto en la nota aclaratoria consagrada en el artículo 6º de la Resolución No. 333 de 2015.

1.1.9 El artículo 2º de la misma resolución No. 001 de 2016 suprimió únicamente lo correspondiente a la nota aclaratoria consagrada en el artículo 6º de la resolución No. 333 del 14 de diciembre de 2015, por medio de la cual se modificó el artículo 17 de la resolución No. 330 de 2015; sin embargo, no derogó el inciso final del mismo artículo, según el cual sólo formarían parte de la lista de elegibles quienes lograran un puntaje final igual o superior al 80% del total del valor porcentual equivalente al 100%.

1.1.10 Por medio de la resolución No. 005 del 8 de enero de 2016, la mesa directiva hizo la publicación final de los resultados e integración de la lista de aspirantes para proveer el cargo de Contralor municipal de Ibagué para el período 2016 -2019.

1.1.11 La integración de la lista de aspirantes se realizó de manera irregular y con violación de las normas que regulaban la convocatoria pública, pues en tal lista se incluyeron los nombres de los señores Ramiro Sánchez, Ariel Medina y Luis G. Pérez quienes no obtuvieron una puntuación superior al 80%, incumpliendo lo que preveía el artículo 17 de la resolución No. 330 de 2015 modificado por la resolución No. 333 de 2015.

1.1.12 El Concejo municipal de Ibagué eligió como Contralor municipal de Ibagué al señor Ramiro Sánchez, desconociendo los criterios de mérito para integrar la lista de elegibles establecidos en el artículo 17 de la resolución No. 330 de 2015, modificado por el artículo 6º de la resolución No. 333 de 2015.

1.1.13 Por otra parte, el señor Ramiro Sánchez fungió como Director de la Territorial Tolima en la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP, establecimiento público descentralizado del orden nacional, creado por la Ley 19 de 1958.

1.1.14 El señor Ramiro Sánchez fue nombrado mediante resolución No. 1051 del 23 de julio de 2009 como Director Territorial 0042-13 de la Planta Global de Personal Administrativo de la ESAP con funciones en la Dirección Territorial No. 14 Regional Tolima de la ESAP, empleo del que tomó posesión el 6 de agosto de

la misma anualidad. Según certificación anexada⁴, ocupó dicho cargo hasta el 16 de noviembre de 2015.

1.1.15 El señor Ramiro Sánchez expidió diversos actos administrativos durante la vigencia 2015, en los cuales se menciona expresamente que actuó conforme con las facultades delegadas por resolución 0441 de 2015 para conceder licencias, asignar funciones, conceder vacaciones, efectuar comisiones y ordenar reembolsos a la caja menor, lo cual comporta ejercicio de autoridad administrativa durante los 12 meses anteriores a su elección como Contralor municipal de Ibagué, por lo que incurrió en la inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

1.1.16 De igual forma, el señor Ramiro Sánchez en desarrollo de sus funciones como Director de la Territorial Tolima de la ESAP, suscribió diversos contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión de conformidad con la Ley 80 de 1993, los cuales se ejecutaron en el Municipio de Ibagué durante los 12 meses anteriores a su elección como Contralor municipal de Ibagué, por lo que incurrió en la inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

1.1.17 Así mismo, el señor Ramiro Sánchez, en desarrollo de sus funciones como Director de la Territorial Tolima de la ESAP, intervino en la gestión de negocios ante entidades públicas del orden territorial como lo es la Gestora Urbana y la Fábrica de Licores del Tolima, los cuales se ejecutaron en el municipio de Ibagué, por lo que incurrió en la inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

1.1.18 Igualmente, el señor Ramiro Sánchez en desarrollo de sus funciones como Director de la Territorial Tolima de la ESAP, ejerció sus facultades de representante legal de una entidad que administra tributos, tasas o contribuciones derivadas de la Ley 21 de 1982, por lo que incurrió en la inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

1.1.19 El Concejo municipal de Ibagué efectuó la elección del señor Ramiro Sánchez como Contralor municipal de Ibagué, persona en quien concurren las causales de inhabilidad previstas en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

1.1.20 Adicionalmente, en particular la demanda presentada por el señor Carlos Ernesto Santana Bonilla expresamente incluyó el cargo de nulidad por incursión en la inhabilidad prevista en el artículo 272, inciso octavo, de la Constitución política, por haber *“ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal”*.⁵

1.2 Pretensiones

⁴ Folio 18.

⁵ Folios 89 y 90.

Con fundamento en estos hechos los demandantes presentaron las siguientes pretensiones.

1.2.1 La demanda de la señora Marcela Jaramillo Tamayo⁶:

En síntesis, la demandante pretende la nulidad del acto de elección del señor Ramiro Sánchez como Contralor municipal de Ibagué, ocurrida en sesión del Concejo municipal correspondiente del 9 de enero de 2016, por incursión del elegido en causal de inhabilidad prevista en la Ley 136 de 1994, modificada por las leyes 177 de 1994 y 617 de 2000.

Adicionalmente, pretende que se declare la nulidad de las resoluciones No. 001 y 005 adoptadas por la mesa directiva del Concejo municipal de Ibagué, a través de las cuales se modificó la convocatoria pública y se conformó la lista de aspirantes al cargo de Contralor municipal, y en subsidio de estas pretensiones solicitó que tales resoluciones fueran inaplicadas por inconstitucionales e ilegales por variar de manera sustancial criterios de mérito, la primera, y por incluir en la lista a personas que no obtuvieron un puntaje total igual o superior al 80%, la segunda.

También formuló como pretensión que se declare que, en los términos de la convocatoria pública, la lista de aspirantes sea integrada por quienes hayan obtenido un puntaje total igual o superior al 80% y se ordene que el Consejo municipal de Ibagué efectúe la correspondiente elección del Contralor municipal conforme a esta lista y atendiendo criterio de mérito.

1.2.2 La demanda del señor Carlos Ernesto Santana Bonilla:

El demandante pretende que se declare la nulidad de la elección efectuada por el Consejo municipal de Ibagué de Ramiro Sánchez como Contralor Municipal, *“por violación del régimen de inhabilidades previsto por el artículo 272 de la Constitución Nacional y el artículo 95 de la Ley 136 de 1994”*.

Como consecuencia, solicitó que se ordene al Consejo municipal de Ibagué que elija al Contralor municipal para el período 2016-2020 de la lista de elegibles conformada mediante la resolución No. 005 de 2016, excluyendo de la misma a los señores RAMIRO SANCHEZ y MARCELA JARAMILLO TAMAYO, por violación del régimen de inhabilidades previsto en el artículo 272 de la Constitución Nacional y el artículo 95 de las Ley 136 de 1994.

1.3 De la solicitud de suspensión provisional

Por medio de escrito separado de la demanda⁷, el apoderado de la demandante Marcela Jaramillo Tamayo solicitó que se decretara la suspensión provisional de los efectos del acto de elección del señor Ramiro Sánchez y de las resoluciones

⁶ Folios 824 y 825.

⁷ Folios 1 – 33 Cuaderno de Medidas Cautelares

Nos. 001 y 005 de 2016 expedidas por la mesa directiva del Concejo municipal de Ibagué, reiterando para tal efecto los fundamentos fácticos de la demanda.

El solicitante consideró que se habían violado los artículos 163 literal c) de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 9 de la Ley 177 de 1994 y los numerales 2º y 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, pues el demandado incurrió en las inhabilidades consagradas en dichos numerales, por cuanto como empleado público (i) ejerció autoridad administrativa dentro de los doce (12) meses anteriores a su elección como Contralor municipal de Ibagué; (ii) suscribió diversos contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión de conformidad con la Ley 80 de 1993, los cuales se ejecutaron en el Municipio de Ibagué durante los 12 meses anteriores a su elección como Contralor municipal de Ibagué; (iii) intervino en la gestión de negocios ante entidades públicas del orden territorial como lo es la Gestora Urbana y la Fábrica de Licores del Tolima, los cuales se ejecutaron en el municipio de Ibagué, durante el año anterior a su elección como Contralor municipal de Ibagué.

Así mismo, estimó que (iv) la resolución No. 001 de 2016 desconoció las reglas de la convocatoria pública establecidas en la resolución No. 330 de 2015, toda vez que dicho acto administrativo fue expedido con posterioridad del inicio de las inscripciones y sin la motivación requerida.

Adicionalmente, consideró que (v) la resolución No. 005 de 2016 infringió las reglas de la convocatoria pública por cuanto a través de dicho acto administrativo se integró la lista de aspirantes desconociendo lo previsto en el artículo 17 de la resolución 330 de 2015 y en la nota aclaratoria allí incluida originalmente, pues incluyó a los señores Ramiro Sánchez, Ariel Medina y Luis G. Pérez, quienes no obtuvieron una puntuación igual o superior al 80%.

2. Actuaciones Procesales

Mediante auto del 17 de mayo de 2016⁸, el Tribunal Administrativo del Tolima decretó la acumulación de los procesos electorales promovidos por Carlos Ernesto Santana Bonilla y Marcela Jaramillo Tamayo.

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

Por medio de auto del 18 de marzo de 2016⁹, el Tribunal Administrativo del Tolima (i) admitió la demanda de nulidad electoral instaurada por la señora Marcela Jaramillo Tamayo, contra la elección como Contralor municipal de Ibagué, del señor Ramiro Sánchez y (ii) decretó la suspensión provisional solicitada por el accionante¹⁰.

⁸ Folios 1507 a 1512.

⁹ Folios 839 -843

¹⁰ Folios 14 a 15, sin fecha de radicación en el Tribunal Administrativo de Casanare.

Sobre la solicitud de suspensión provisional, el tribunal de instancia consideró lo siguiente:

“El proceso de convocatoria se encontraba regulado en el presente caso en las Resoluciones números 330 y 333 de 2015, emitidas por la Mesa Directiva del Concejo de Ibagué, el cual fuera modificado cuando ya había transcurrido el 90% del proceso de elección del Contralor municipal de Ibagué excluyendo del mundo jurídico una nota aclaratoria que señalaba que solo quienes obtuvieran un puntaje igual o superior al 80% del total del valor porcentual equivalente al 100%, podían hacer parte de la lista de aspirantes; no obstante, en la práctica, la misma exigencia quedó vigente en el inciso final del artículo 6º de la Resolución 330 de 2015, por lo que es claro que en esos precisos términos, en principio, la demandante habría sido la única integrante de la citada lista al superar el guarismo mínimo exigido, luego, no habría sido posible elegir al Dr. Ramiro Sánchez en el cargo de Contralor.

En segundo lugar, la actora esgrime que el Dr. RAMIRO SÁNCHEZ se encuentra inhabilitado para ejercer el cargo de Contralor municipal, en razón a que por una parte, ejerció autoridad administrativa como empleado público; y por otra, celebró contratos que fueron ejecutados en el municipio de Ibagué dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección, transgrediendo de esta forma los numerales 2º y 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000”.

Así mismo, indicó:

“Con respecto a la solicitud de suspensión provisional de las Resoluciones número 001 y 005 de 2016 expedidas por la Mesa directiva del Concejo Municipal de Ibagué, encuentra la Sala que conforme a lo señalado en el artículo 139 del CPACA, cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por cuerpos electorales, advirtiéndose que en sub judice, el único acto pasible de control de legalidad es el proferido el 09 de enero de 2016 por la corporación edilicia, luego, las resoluciones expedidas con antelación constituyen actos preparatorios para la expedición del acto definitivo de elección, el cual es el que genera los efectos en el tráfico jurídico; motivo por el cual, la Sala denegará por improcedente la suspensión provisional de las citadas resoluciones”.

Y concluyó:

“Por reunir los requisitos legales, se admitirá la demanda de la referencia, y al prosperar la medida cautelar solicitada, por ser procedente, se decretará la SUSPENSIÓN PROVISIONAL de los efectos de acto administrativo de elección del señor RAMIRO SÁNCHEZ como Contralor Municipal de Ibagué”.

2.2. Recurso de apelación presentado por el señor Ramiro Sánchez

El 13 de abril de 2016¹¹ la parte demandada, a través de apoderado judicial, interpuso recurso de apelación contra la decisión que decretó la medida cautelar, argumentando que:

2.2.1 Las causales de inhabilidad en que se sustenta la solicitud provisional del acto de elección resultan inaplicables en el presente caso. Ello en cuanto, el literal c) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 9 de la Ley 177 de 1994, establece que no puede ser elegido Contralor quien: “...*Esté incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo de esta ley, en lo que sea aplicable...*”, es decir, aquéllas establecidas para los alcaldes municipales.

Según el impugnante, las inhabilidades consagradas para los alcaldes en los numerales 2° y 3° del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 no son aplicables a los contralores, al resultar “*una situación excesiva, innecesaria e irrazonables, por no darle ventaja frente a los demás aspirantes y por cuanto los principios de moralidad e igualdad en el ingreso al cargo no sufren ningún quebranto y por otra parte en nada mengua la idoneidad, moralidad y probidad de que goza la persona durante el desempeño del empleo*”.

Sostuvo el recurrente que en el caso de los contralores el régimen de inhabilidades se encuentra establecido en el artículo 272 de la Constitución Política y en las causales de los alcaldes consagradas en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 que les sean aplicables, de acuerdo con la remisión del artículo 163 de esta misma Ley.

En este sentido, la causal de inhabilidad respecto del ejercicio de empleos o cargos públicos que resulta aplicable al caso de los contralores, es aquélla que se encuentra consagrada en el artículo 272 constitucional y no la consagrada para tal efecto en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994. En síntesis, al existir norma específica y de orden constitucional aplicable al caso concreto, la remisión del artículo 163 de la Ley 136 de 1994 no procede.

Por otra parte, al no configurarse en el presente caso el supuesto establecido en la inhabilidad prescrita en el artículo 272 de la Constitución Política¹², no existió fundamento para decretar la medida cautelar.

Explicó que, en efecto, el demandado desempeñó el cargo de Director Regional de la ESAP dentro del año anterior a su elección, sin embargo, se trató de un

¹¹ Folios 851 - 862

¹² ARTICULO 272. (...) <Inciso modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal.

empleo del nivel directivo y del orden nacional, según la resolución 011 de enero 18 de 2006.

2.2.2 Contrario a lo sostenido por el Tribunal Administrativo del Tolima, la modificación realizada por el Concejo municipal a través de las resoluciones 001 y 003 de 2016, no vulneraron el mecanismo de convocatoria pública, en tanto lo efectuado mediante dichas resoluciones se realizó en aplicación analógica del artículo 2° del Decreto 2485 de 2014, norma que dispone los porcentajes de las pruebas para los concursos públicos de mérito para la elección de personeros.

2.3 Mediante proveído del 28 de julio de 2016¹³, la Sección Quinta del Consejo de Estado, al resolver el reseñado recurso de apelación, decidió confirmar la suspensión provisional del acto demandado decretada por el tribunal de primera instancia.

2.4 La contestación de la demanda

Mediante los respectivos escritos presentados oportunamente en los procesos que aún no estaban acumulados constaron las demandas el señor Ramiro Sánchez¹⁴ y el Concejo Municipal de Ibagué¹⁵, ambos a través de apoderado judicial. No se hará descripción detallada de estos escritos porque fueron replicados en las demás intervenciones que los mismos hicieron a lo largo de proceso que serán recogidas en adelante en esta providencia con un criterio de pertinencia en función de lo que es en esta instancia objeto de decisión.

2.5 De la Audiencia inicial¹⁶

En la audiencia inicial¹⁷ celebrada el 17 de junio de 2016, el Magistrado conductor, luego de constatar la presencia de las partes, estableció que en el proceso no se encontró causal que invalide lo actuado, razón por la cual procedió a (i) resolver las excepciones previas presentadas, (ii) hacer la fijación del litigio y (iii) a tener como pruebas los documentos aportados por las partes y decretar otras.

En el acápite de la fijación del litigio, expresamente se definió lo siguiente:

En relación con la demanda presentada por Marcela Jaramillo Tamayo¹⁸, se determinó que los hechos se contraen a que (i) la elección de Ramiro Sánchez como Contralor municipal de Ibagué se realizó con violación de las reglas definidas en la convocatoria pública porque en la lista de aspirantes de incluyeron personas que obtuvieron un puntaje total inferior al 80%, entre ellos el elegido, razón por la cual se vulneraron los principios de mérito y equidad de género, y (ii)

¹³ Folios 1518 a 1527.

¹⁴ Folios 742 a 763 y 867 a 898.

¹⁵ Folios 622 a 693 y 136 a 155

¹⁶ Mediante auto del 7 de junio de 2016 el Magistrado ponente convocó a las partes con sus respectivos apoderados con el fin de celebrar audiencia inicial el 14 de junio siguiente a las 3:00 pm. Folio 1522. Por auto del 8 de junio de 2016 el Magistrado ponente accedió a la solicitud de aplazamiento formulada por el apoderado del Concejo municipal de Ibagué y fijó como nueva fecha el 17 de junio siguiente a las 9 a.m. Folio 1532.

¹⁷ Artículo 283 en concordancia con el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, Folios 1546 y ss.

¹⁸ Folio 1549, anv.

Ramiro Sánchez estaba inhabilitado para ejercer el cargo de Contralor municipal de Ibagué porque dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección ejerció autoridad administrativa en la ciudad de Ibagué en su calidad de Director de la Territorial Tolima de la ESAP, y allí suscribió contratos que se ejecutaron en esa localidad, intervino en la gestión de negocios y ejerció facultades de representante legal, con lo cual se encontraba incurso en las causales de inhabilitación contempladas en los numerales 2º y 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

Respecto de la demanda instaurada por el señor Carlos Ernesto Santana Bonilla¹⁹ se definió que los hechos consisten en que (i) el elegido Ramiro Sánchez se encuentra inhabilitado porque celebró contratos estatales dentro del año inmediatamente anterior a su elección, (ii) la señora Marcela Jaramillo Tamayo también se encuentra inhabilitada porque durante el año anterior a la elección desempeñó el cargo de Personera Delegada para la Vigilancia Administrativa en el municipio de Ibagué, y (iii) el señor Ramiro Sánchez *“se encuentra inhabilitado porque incurrió en la causal prevista en el inciso 8º del artículo 272 de la Carta Política, así como la señalada en el numeral 5º del artículo 95 de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000”*.

Enseguida, al fijar el problema jurídico, se dejó consignado en el acta de la audiencia:

“De conformidad con los hechos y pretensiones relacionadas, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si el Concejo de Ibagué trasgredió las normas que rigieron el procedimiento de elección del Contralor Municipal de esta localidad, al integrar la lista de aspirantes con personas que no superaron la puntuación mínima para ello, y asimismo, se establecerá si el señor RAMIRO SÁNCHEZ incurrió en las causales de inhabilitación contempladas en los numerales 2º, 3º y 5º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000; es decir, se examinará si el acto de elección del Contralor Municipal de Ibagué para el periodo 2016-2019, proferido por el Concejo de Ibagué el 09 de enero de 2016 se encuentra acorde a derecho”.

Interrogadas allí las partes sobre esta fijación del litigio, ningún reparo u observación presentaron.

2.6 Se fijó el 6 de julio de 2016 a las 9 a.m. para la realización de la audiencia de pruebas y, en efecto, ese día se realizó²⁰. Al considerarse innecesaria la realización de audiencia de alegatos y juzgamiento, allí mismo se dispuso que los alegatos se presentaran por escrito dentro de término de diez (10) días.

2.7 De los alegatos de conclusión

2.7.1 El demandado Ramiro Sánchez²¹

¹⁹ Folio 1550.

²⁰ Folios 1562 a 1568.

²¹ Folios 1574 a 1597.

A través de apoderado judicial, el demandado presentó alegaciones de conclusión en primera instancia mediante escrito en el que solicitó que se negaran las pretensiones formuladas en las demandas.

Argumentó, en primer lugar, que ninguna irregularidad ocurrió en el procedimiento de convocatoria pública adelantado por el Concejo municipal de Ibagué para la selección del Contralor municipal porque dicha corporación dio aplicación a las normas que la regulan, haciendo énfasis en que según la norma constitucional (art. 272) se trataba de una convocatoria pública y no de un concurso de méritos y, por lo tanto, no era viable hablar de “lista de elegibles”, de manera que era procedente que el propio concejo hiciera las precisiones del caso y corrigiera así la irregularidad de la convocatoria.

En segundo lugar, expresó que el señor Ramiro Sánchez no se encuentra incurso en causal alguna de inhabilidad porque las situaciones descritas en los numerales 2º y 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 son aplicables a los alcaldes, no a los contralores, y la remisión a ellas solo es posible “en lo que sea aplicable”, de acuerdo con lo establecido en el literal c) del artículo 163 de la misma ley, por lo tanto, su interpretación es estricta y restrictiva y su aplicación debe darse en circunstancias de evidente razonabilidad y pertinencia que en el presente caso – dice- no existen.

Agregó que tales inhabilidades para alcaldes no son aplicables a contralores porque para éstos existen normas equivalentes y específicas sobre inhabilidades en el artículo 272 constitucional y en los literales a) y b) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994. Dijo que según concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 10 de noviembre de 2015 y una circular conjunta expedida el 24 de noviembre de 2015 por el Ministerio de Interior, el Departamento Administrativo de la Función Pública y la ESAP, en la escogencia de los contralores no aplica un orden específico de elegibilidad, es decir, no se configura una lista de elegibles.

También señaló que la ESAP es un establecimiento público del orden nacional y, por lo tanto, tampoco se configura en este caso la inhabilidad establecida en el artículo 272 de la Carta Política, porque el mismo se refiere exclusivamente al nivel ejecutivo del orden territorial, no nivel directivo del nacional.

Igualmente, precisó que la causal establecida en el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 relativa a la gestión de negocios, opera frente a los contratistas de la administración y que tampoco fue representante legal de entidad que administre tributos puesto que conforme a lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 21 de 1982, los aportes que recibe la ESAP son consignados en cuenta de orden nacional y su manejo corresponde directamente la sede central.

Por último, indicó que el requisito de superación del 80% de la puntuación es un capricho y no un requisito razonable y ponderado, y contrario a la norma que dice aplicar por analogía, porque ésta (Decreto 2485 de 2014, compilado en el Decreto

1083 de 2015, que hace referencia al concurso de méritos para la elección de personeros municipales) establece que la prueba de conocimientos académicos no podrá tener un valor inferior al 60%, y la convocatoria en este caso guardó silencio sobre el incremento al 80%.

2.7.2 El Concejo municipal de Ibagué²²

El apoderado judicial de la corporación municipal afirmó que las pretensiones no tienen vocación de prosperar y sustentó su aserto así:

Señaló que existe precedente judicial constituido por sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado²³, en la cual se estableció que ser director territorial de la ESAP no configura la inhabilidad prevista en el artículo 272 de la Constitución porque de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 219 de 2004, la ESAP es un establecimiento público del orden nacional, de carácter universitario, adscrito al Departamento Administrativo de la Función Pública y, por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, es una entidad del orden nacional que pertenece a la rama ejecutiva del poder público y que hace parte del sector descentralizado por servicios, de manera que el cargo de director territorial de la ESAP no es un cargo público de orden departamental, municipal o distrital.

Dijo también que la mesa directiva del Concejo municipal de Ibagué de 2016 evidenció errores sustanciales en la convocatoria pública para elegir Contralor municipal y procedió a corregirlos a través de la resolución No. 001 del 3 de enero de 2016, para darle sentido a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias. Lo anterior porque –aseveró– la mesa directiva de 2015 adelantó actuaciones irracionales y desproporcionadas al imponer un criterio adicional de mérito según el cual la lista de aspirantes solo estaría integradas por aquellos participantes que obtuvieran un puntaje total igual o superior al 80%.

Explicó que ante la falta de intervención del legislador en la regulación de la convocatoria pública para elegir contralores territoriales establecida por el Acto legislativo 02 de 2015, el Ministerio del Interior elevó consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado²⁴, que concluyó que los concejos y asambleas, para poder cumplir el deber legal de elegir a los respectivos contralores podrían aplicar por analogía las normas que reglaron el concurso de méritos para elegir personeros, precisando el concepto las diferencias entre concurso de méritos y convocatoria pública para resaltar que ésta última no existe un orden obligatorio de escogencia entre quienes se encuentren en la lista de elegibles en la medida en que se mantiene un grado de discrecionalidad política en cabeza de las corporaciones públicas, concepto que fue acogido en la circular conjunta expedida el 24 de noviembre siguiente por el Ministerio del interior, el Departamento Administrativo de la Función Pública y la ESAP.

²² Folios 1598 a 1605.

²³ Consejo de Estado, sección Quinta, sentencia del 24 de abril de 2013, CP. Susana Buitrago Valencia, Exp. No. 41001-23-31-000-2012-00064-01.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 10 de noviembre de 2015, CP. Álvaro Namén Vargas, Exp. No. 11001-03-06-000-2015-00182-00. Folios 238 a 260.

2.7.2 La demandante Marcela Jaramillo Tamayo²⁵

Solicitó que se acceda a las pretensiones insistiendo en que el señor Ramiro Sánchez, al haber desempeñado el cargo de Director Territorial de la ESAP durante el año anterior a la elección como Contralor municipal, ejerció autoridad administrativa en el municipio de Ibagué y, por lo tanto, violó el régimen de inhabilidades establecido en la Ley 136 de 1994, razón por la cual se configuró la causal de nulidad electoral invocada.

Lo anterior porque el demandado, en ejercicio de dicho cargo, firmó contratos estatales, concedió vacaciones, asignó funciones a empleados de nivel jerárquico inferior, realizó reembolsos de caja menor, autorizó viáticos, entre otros, y se desempeñó como representante legal de una entidad pública que administra la contribución de que trata la Ley 21 de 1982.

En cuanto a la violación de las reglas de la convocatoria pública, expresó que de acuerdo con el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de Consejo de Estado del 10 de noviembre de 2015, era imperativo aplicar a ella los principios establecidos en los artículos 126 y 272 de la Constitución, de acuerdo con la reforma introducida por el Acto Legislativo 02 de 2015, entre ellos el de mérito, garante de idoneidad de quien sería electo, que fue desarrollado en la convocatoria adoptada por el Concejo municipal de Ibagué que tenía, entonces, pleno poder vinculante.

Por lo anterior –dijo- el acto de elección demandado el nulo porque la mesa directiva de dicho Concejo municipal decidió modificar las reglas de la convocatoria cuando ya se habían surtido la mayoría de las etapas de la misma (inscripción, pruebas de conocimiento, antecedentes y evaluación del perfil) y sólo faltaba la entrevista, y dicha modificación fue introducida para eliminar un criterio que garantizaba el mérito como era que solo harían parte de la lista quienes hubieran obtenido un puntaje total igual o superior al 80%, con lo cual se defraudó la confianza legítima en la estabilidad de las reglas de la convocatoria, para terminar conformando la lista de elegibles y eligiendo a quien no alcanzó ese 80%, contra lo que el propio Consejo de Estado ha señalado en torno a la posibilidad excepcionalísima de variar las reglas de la convocatoria.

2.8 Concepto del Ministerio Público²⁶

Mediante escrito del 8 de julio de 2016, el Procurador Judicial 163 Administrativo de Ibagué conceptuó que se configuró la causal de nulidad electoral invocada y, por lo tanto, se debe acceder a la pretensión anulatoria presentada, porque el señor Ramiro Sánchez en calidad de Director Territorial de la ESAP y en ejercicio de la función de ordenador del gasto suscribió varios contratos que debían de ejecutarse en la ciudad de Ibagué ejerciendo con esto autoridad administrativa.

²⁵ Folios 1606 a 1616.

²⁶ Folios 1569 a 1573.

Además, porque se reúnen todos los elementos para considerar que el señor Ramiro Sánchez ejerció autoridad administrativa durante el período inhabilitante.

2.9 De la sentencia impugnada²⁷

El 12 de septiembre de 2016 el Tribunal Administrativo del Tolima declaró la nulidad del acto de elección de Ramiro Sánchez como Contralor municipal de Ibagué adoptado por el Concejo municipal de esa ciudad el 9 de enero de 2016.

El tribunal de primera instancia analizó los cargos de la siguiente forma:

2.9.1 Respecto de la inhabilidad establecida en el artículo 272, inciso 8º, de la Constitución Política²⁸, consideró que *“de la copia del Manuel Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los Empleados de la Planta Global del Personal de la ESAP²⁹, se observa que el empleo de Director Territorial de dicha entidad corresponde al **Nivel Directivo**, el cual no está contemplado por la norma superior para que pueda configurarse la causal de inhabilidad contenida en la misma; sin embargo, el Consejo de Estado³⁰ ha señalado que cuando el constituyente derivado consagró en dicha normativa al nivel ejecutivo, claramente dicha restricción abarca los niveles superiores, es decir, el asesor y el **directivo**, nivel al que corresponde el cargo desempeñado por el señor RAMIRO SÁNCHEZ hasta el 16 de noviembre de 2015³¹, esto es, dentro del año anterior a su elección como Contralor Municipal de Ibagué”*.

Agregó que, conforme a lo señalado por el mismo Consejo de Estado, el cargo de Director Territorial Tolima de la ESAP *“responde al ámbito de ejercicio de las funciones que correspondió a todo el departamento, incluyendo el municipio de Ibagué”*. Por estas razones, consideró configurada la causal de inhabilidad.

2.9.2 En relación con la inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994³², modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, el *a quo* consideró que la misma no se encuentra configurada toda vez que no se da ninguno de los tres eventos contemplados en la norma pues (i) no hay intervención en gestión de negocios porque la misma no se da cuando se ha establecido que hubo luego celebración de contratos (como ocurrió en este caso), (ii) tampoco se configura la celebración de contratos porque ha de suponerse que el demandado, al actuar en ejercicio de las funciones del cargo público, no obró en interés particular sino en representación de una entidad pública en interés general,

²⁷ Folios 1617 a 1633.

²⁸ *“No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal”*.

²⁹ Ver folios 19-21 y 24-26 del cuaderno de pruebas.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 28 de julio de 2016, Radicación N° 73001-23-33-000-2016-00107-01, CP. Rocío Araújo Oñate.

³¹ Ver constancia laboral expedida el 29 de junio de 2016 (folio 18, cuaderno de pruebas).

³² *“3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio”*.

y (iii) tampoco obró el demandado como representante legal de entidad que administre tributos o contribuciones parafiscales porque en la ESAP esa representación legal la ostenta el Director Nacional y, además, se verificó que el director territorial ninguna función tiene relacionada con la administración tales recursos.

2.9.3 En lo que se refiere a la inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994³³, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, el tribunal de primera instancia la encontró configurada porque según las funciones del director territorial de la ESAP -de acuerdo con lo establecido en el Decreto 219 de 2004, en el manual de Funciones y en resolución No. 441 del 4 de mayo de 2015- *“se hace evidente que el señor RAMIRO SÁNCHEZ detentó y ejerció dentro de los doce (12) meses anteriores a su elección como Contralor de Ibagué, aquellas que conforme con el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, entrañan poder de dirección, manejo y mando en la jurisdicción territorial de la Dirección Tolima de la ESAP, que comprende el municipio de Ibagué, pues legalmente estuvo facultado para celebrar contratos y/o convenios; además, por delegación del Director Nacional de dicha entidad fue habilitado para ordenar el gasto, conferir comisiones, licencias no remuneradas, permisos con remuneración hasta por tres (3) días, así como el disfrute o interrupción o aplazamiento de vacaciones; otorgar estímulos académicos y/o incentivos económicos; ejecutar trámites relacionados con la expedición y notificación de las liquidaciones oficiales y las resoluciones de morosidad; y realizar los trámites necesarios para negociar o suscribir acuerdos de pago para la cancelación de deudas por los aportantes; la compensación y/o reembolso de los saldos a favor de instituciones legalmente exentas, mediante acto administrativo.*

Está acreditado entonces que las anteriores funciones además de comprometer los recursos públicos, generaron derecho y obligaciones de la ESAP respecto de los alumnos, docentes, empleados, funcionarios de la entidad, y particulares contratantes y funcionarios de otras entidad aportantes a la ESAP, situaciones que configuran claramente el ejercicio de autoridad administrativa por parte del señor RAMIRO SÁNCHEZ mientras ocupó el cargo de Director Territorial Tolima de la mentada entidad, dentro de los doce (12) meses anteriores a su elección como Contralor Municipal de Ibagué”.

Agregó ese tribunal que las resoluciones aportadas al expediente y suscritas por el señor Ramiro Sánchez como Director Territorial de la ESAP fueron dadas en Ibagué y se allegó un extenso material probatorio sobre los contratos y convenios interadministrativos que el mismo celebró, que debían de cumplirse en la ciudad de Ibagué (cuaderno de anexos del expediente 2016-000107).

³³ 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.

2.9.4 En cuanto a la violación de la Constitución y la ley por la modificación de las reglas de la convocatoria pública, el tribunal de instancia también la encontró configurada porque ese proceso de convocatoria se encontraba regulado por las resoluciones No. 330 y 333 de 2015 adoptadas por la mesa directiva del Concejo municipal de Ibagué, y la resolución No. 001 de 2016 vino a introducir modificación de carácter sustancial a esas reglas cuando ya había transcurrido el 90% del proceso.

Al respecto explicó el juez colegiado que si bien es posible introducir modificaciones, las mismas no pueden ser injustificadas ni comportar variación del resultado de la elección al incluir en la lista a personas que no contaban con la calificación suficiente para integrarla, de donde se deduce que el proceso no cumplió la finalidad que lo convocó y resultó afectado el principio del mérito que lo rige en los términos de los dispuesto en el artículo 126 de la Carta Política.

Agregó la sentencia de primera instancia que también resultó afectado el principio de equidad de género previsto expresamente en los artículos 126 y 272 constitucionales, porque la norma aplicada en este caso por analogía (Decreto 2485 de 2014) no lo incluyó dentro de los principios rectores, y el mismo tampoco fue incluido en la convocatoria pública *“siendo necesario adoptar medidas afirmativas que propendan a la igualdad material en el acceso a los cargos públicos”*.

2.9.5 Finalmente, en relación con las pretensiones incluidas en las demandas relativas a la exclusión de la señora Marcela Jaramillo Tamayo de la lista de aspirantes y la inclusión en ella de las personas que hayan superado la valoración equivalente al 80%, el tribunal señaló que *“es claro que conforme a la fijación del litigio, sobre tales puntos no gira la presente controversia, pues, en este caso, la competencia de esta jurisdicción se limita a estudiar la legalidad del acto administrativo de elección acusado”*.

2.10 De los recursos de apelación

2.10.1 Apelación presentada por el demandado Ramiro Sánchez:

El 20 de septiembre de 2016³⁴ el apoderado judicial del demandado formuló recurso de apelación, solicitando la revocación integral de la sentencia de primera instancia.

Presentó los siguientes cargos contra la providencia atacada:

Primero: el fallo de primera instancia violó el principio de congruencia porque – dijo- la causal de inhabilidad prevista en el artículo 272, inciso séptimo (sic) de la Constitución Política no fue alegada por ninguno de los demandantes ni fue incluida en la fijación del litigio, razón por la cual resulta vulnerado el debido proceso y el derecho de defensa.

³⁴ Folios 1656 a 1686.

Segundo: se violó el debido proceso y el derecho de defensa porque el tribunal de instancia no cumplió la exhortación de que en adelante se notifique al demandado el auto admisorio de la demanda y que resolvió la solicitud de medida cautelar en los términos de lo dispuesto en el artículo 277, numeral 1., de la Ley 1437 de 2011, exhortación que le hizo la Sección Quinta del Consejo de Estado en el auto del 28 de julio de 2016, mediante el cual resolvió –confirmando- el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra el decreto de suspensión provisional del acto demandado adoptado en primera instancia.

Tercero: no se configura la inhabilidad establecida en el artículo 272 de la Constitución porque el cargo de director territorial de la ESAP es de nivel directivo de orden nacional, y porque el hecho de desempeñar funciones a nivel territorial no lo convierte en cargo de orden departamental, distrital o municipal, como tampoco lo convierte en cargo de nivel ejecutivo.

Trae a colación una sentencia del Consejo de Estado³⁵ en la que se estudio la eventual inhabilidad para ejercer el cargo de contralor municipal de quien ocupaba cargo de magistrado en un tribunal administrativo, descartando tal inhabilidad porque dicho cargo de funcionario judicial es de orden nacional.

Argumentó que no es posible sostener jurídicamente la posición contraria porque los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades, como excepciones al derecho de las personas a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas, deben ajustarse a un principio de taxatividad y ser interpretados de manera estricta y restrictiva, bajo consideraciones de evidente razonabilidad y pertinencia. Aseveró que la sentencia de primera instancia trasgredió este régimen de interpretación porque acudió a una interpretación extensiva y analógica para sostener que en el nivel ejecutivo a a alude la norma constitucional se incluyen los niveles directivo y asesor, y que en el cargo de director territorial de la ESAP es del orden departamental o municipal, forzando a decir al texto constitucional lo que no dice.

Cuarto: el fallo de primera instancia no expone las razones por las cuales la causal prevista en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000, que establece inhabilidades para ejercer el cargo de alcalde, le es aplicable al contralor municipal, siendo que la norma especial que prevé las inhabilidades para ser contralor señala que dicho artículo 95 se dirige a los contralores sólo en lo que sea aplicable.

Por lo tanto, siempre es indispensable que se establezcan expresamente las razones específicas de aplicabilidad a los contralores de cada inhabilidad de las previstas en el mencionado artículo 95, porque de lo contrario se contraría el principio de publicidad que impone esa motivación expresa y cuya omisión implica, entonces, la vulneración del debido proceso y de los derechos de contradicción y defensa, porque si no se conocen tales razones se impide la posibilidad de contradecirlas.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de febrero de 2003, Exp. No. 05001-23-15-000-2001-0387-01.

Luego de exponer una serie de aspectos en los que se diferencian las elecciones y funciones de alcaldes y contralores, el apelante agregó que la inaplicabilidad a los contralores de la inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificada por la Ley 617 de 2000, se corrobora si se observa que al respecto hay norma equivalente de carácter especial para los contralores en los literales a) y b) del artículo 163 de la misma ley, en cuanto al impedimento que la ordenación del gasto representa para desempeñar esos cargos.

Expuso como sustento sentencias de la Corte Constitucional³⁶ y del Consejo de Estado³⁷ en las se dejó consirgnado que no todas las inhabilidades para alcaldes son extensivas a los personeros.

Quinto: insistió en que las modificaciones introducidas a través de la resolución No. 001 de 2016 a la convocatoria para elegir Contralor municipal de Ibagué *“no corresponde a un evento de vulneración del mecanismo de convocatoria pública establecido en el artículo 272 Constitucional”*, puesto que dicha convocatoria fue más allá de la norma aplicada por analogía y de la misma Constitución pues estableció un concurso público de méritos donde sólo era procedente una convocatoria pública, y dispuso la conformación de una lista de elegibles donde sólo era procedente una lista de aspirantes. Por lo tanto, concluyó, la resolución No. 001 de 2016 lo único que hizo fue corregir esa irregularidad para ajustar el proceso a la Constitución, la ley y el reglamento.

Insistió en el contenido del concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 10 de noviembre de 2015, acogido enseguida por la circular conjunta del Ministerio del Interior, el Departamento Administrativo de la Función Pública y la ESAP, de acuerdo con el cual hay diferencias entre el concurso de méritos y la convocatoria pública de manera que si bien pueden los concejos municipales, para efectos de la elección de contralores, aplicar por analogía las normas que reglamentan el concurso público para elegir personeros, en la convocatoria no aplica un orden específico de elegibilidad, es decir, no se configura una lista de elegibles.

2.10.2 Apelación presentada por la demandante Marcela Jaramillo Tamayo:

El 19 de septiembre de 2016³⁸, a través de apoderado, la demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, insistiendo en que decrete la nulidad y/o se inapliquen las resoluciones No. 001 y 005 de 2016, adoptadas por la mesa directiva del Concejo municipal de Ibagué a través de las cuales se modificaron las reglas de la convocatoria pública para la elección de Contralor municipal, para excluir un criterio de mérito, y se conformó la lista de elegibles sin atender a ese mismo criterio de mérito establecido en la misma convocatoria, respectivamente.

³⁶ Sentencia C-767 de 1998.

³⁷ Sentencia del 7 de octubre de 2003.

³⁸ Folios 1645 a 1655.

Con fundamento en sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado³⁹, el libelista insistió también en el carácter vinculante de las normas reguladoras del procedimiento establecidas en la convocatoria pública y la muy excepcional posibilidad de modificar con posterioridad tales normas.

Resaltó que la resolución No. 001 de 2016, que modificó las reglas de la convocatoria pública, no incluyó motivación alguna para sustentar la pretendida exclusión de aludido criterio de mérito, a pesar de lo cual dicho criterio siguió vigente dado que la resolución en cuestión no modificó otro aparte de la convocatoria que lo consagraba también, que de todas formas resultó incumplido con la resolución No. 005 del mismo año que incluyó en la lista de elegibles a personas que no cumplieron dicho criterio porque el puntaje que obtuvieron fue inferior al 80% del total del valor porcentual equivalente al 100%.

Finalmente indicó que en estas circunstancias es procedente que el juez administrativo adopte decisiones encaminadas a que el Concejo municipal de Ibagué efectúe la elección de Contralor municipal teniendo en cuenta a quienes hayan cumplido el criterio de mérito reseñado previsto en la convocatoria pública, pues es un asunto que no es extraño al debate a que se refiere este proceso.

2.10.3 Apelación presentada por el apoderado del Concejo municipal de Ibagué:

El apelante formuló los siguientes cargos contra el fallo de primera instancia, como sustento de su solicitud de revocación integral:

Primero: el demandado Ramiro Sánchez no estaba inhabilitado para ser contralor municipal porque no ejerció autoridad administrativa dado que la ESAP es un establecimiento público del orden nacional, de carácter universitario, adscrito al Departamento Administrativo de la Función Pública, del sector descentralizado por servicios.

Insistió en que, de acuerdo con precedente específico del Consejo de Estado⁴⁰, el cargo de director territorial de la ESAP pertenece al orden nacional y, por lo tanto, no se configura uno de los requisitos indispensable de la inhabilidad, pues el cargo no es del orden departamental, municipal o distrital.

Segundo: insistió también el recurrente en que si bien el legislador no ha expedido la ley que regule la convocatoria pública a la que se refieren los artículos 126 y 272 de la Carta Política, dentro de su autonomía los concejos municipales deben en el entretanto regular el procedimiento de elección de contralor municipal a través de convocatoria pública, y así lo hizo en este caso el Concejo municipal de Ibagué sin que la norma reguladora estableciera límites temporales para introducir modificaciones que considerara pertinente.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de agosto de 2015, CP. Alberto Yepes Barreiro, Exp. No. 11001-03-28-000-2014-00128-00.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de abril de 2013, CP. Susana Buitrago Valencia, Exp. No. 41001-23-31-000-2012-00064-01.

Aseveró que en ejercicio de sus facultades dicho concejo municipal modificó la convocatoria pública para excluir un criterio adicional de mérito que –afirmó– *“fue considerado como un “mico” impuesto por la mesa directiva saliente con el fin de favorecer a la demandante”*, puesto que la norma aplicada por analogía (Decreto 2485 de 2014) no contemplaba dicho criterio para el concurso de méritos de personeros. Agregó que tal criterio adicional de mérito no tenía respaldo legal o jurisprudencial, y se consideró demedido y desproporcionado pues restringía de manera arbitraria e injustificada el acceso al empleo público en condiciones de igualdad.

Finalmente, el apoderado de la corporación pública municipal señaló que esa entidad actuó de buena fe, de manera objetiva, transparente, imparcial y con moralidad en el acceso al servicio público, lo que se corrobora con el hecho de haber entregado la realización de la prueba de conocimiento a una entidad universitaria, donde fueron verificados los requisitos sustanciales y formales que deben cumplirse para la inscripción de candidatos, razón por el ente universitario remitió el listado de las personas que aprobaron la prueba, con quienes se continuó el proceso siguiendo con las entrevistas, entre los cuales estaba el señor Ramiro Sánchez, quien presentó declaración jurada certificando que no estaba incurso en causales de inhabilidad.

2.11 Mediante auto del 10 de octubre de 2016⁴¹ el tribunal de origen concedió los recursos de apelación formulados contra la sentencia de primera instancia.

2.12 Del trámite en segunda instancia

2.12.1 En auto del 16 de noviembre de 2016⁴² la Magistrada ponente admitió los recursos de apelación presentados.

2.12.2 Durante el traslado se presentó intervención del apoderado de la demandante Marcela Jaramillo Tamayo⁴³, insistiendo en las posiciones sostenidas a lo largo de este proceso.

Agregó que, de conformidad con reciente pronunciamiento del Consejo de Estado⁴⁴, el juez de la nulidad electoral sí puede acceder a precisar las consecuencias de la decisión de nulidad y, por tanto, puede ordenar al Concejo municipal que haga la elección respetando el orden la lista de elegibles haciendo prevalecer el mérito.

2.12.3 Por su parte, el apoderado del demandado Ramiro Sánchez presentó escrito solicitando que se remitiera al asunto a la Sala Plena Contenciosa por

⁴¹ Folios 1706.

⁴² Folios 1711 y 1712.

⁴³ Folios 1766 a 1773.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 16 de diciembre de 2016, CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Exp. No. 20001-23-33-000-2016-00089-01

importancia jurídica⁴⁵, petición que fue resuelta negativamente por dicha sala plena mediante auto del 14 de febrero de 2017⁴⁶.

2.8.2 Concepto del Ministerio Público en segunda instancia⁴⁷.

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, en escrito del 18 de enero de 2017, solicitó la confirmación de la sentencia apelada que declaró la nulidad del acto demandado.

Explicó el señor agente del ministerio público con fundamento en jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, que los actos preparatorios o de trámites son susceptibles de control siempre y cuando se demande el control del acto definitivo, como en efecto ocurrió, de manera que si bien las irregularidades acaecidas en estos actos preparatorios dan lugar a la declaratoria de nulidad de la elección, esto no significa que sea procedente la anulación también de tales actos preparatorios.

Agregó que tampoco es posible a través del medio de control de nulidad electoral hacer declaraciones diferentes a la declaratoria de nulidad de la elección, como lo pretende la demandante Marcela Jaramillo Tamayo, *“puesto que una vez decretada la nulidad del acto de elección lo que procede es la realización de una nueva convocatoria por parte del órgano competente”*.

Dijo también el señor Procurador Delegado que el argumento planteado por el demandado Ramiro Sánchez según el cual se habría vulnerado el principio de congruencia está llamado al fracaso toda vez que la causal de inhabilidad contemplada en el inciso 7º (sic) del artículo 272 de la Carta Política fue presentada en la demanda.

Por otra parte, expresó que tampoco tiene posibilidad de prosperar el argumento de la vulneración del debido proceso y del derecho de defensa del demandado por la omisión de la notificación del auto admisorio y del que resolvió la solicitud de medida cautelar, porque lo ordenado en el auto fue una exhortación para que se haga en los demás asuntos tramitados en el tribunal de primera instancia, pues de lo contrario el *ad quem* hubiera procedido a decretar allí la nulidad.

Por último afirmó que el Consejo de Estado explicó que dentro de los cargos que comprende la inhabilidad prevista en la norma constitucional está el ejercido por el demandado, pues su ejercicio comprende dicha circunscripción dentro del marco de la desconcentración funcional.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

⁴⁵ Folios 1730 a 1738.

⁴⁶ Folios 1786 a 1790.

⁴⁷ Folios 1776 a 1784.

La Sección Quinta del Consejo de Estado tiene competencia para conocer de los recursos de apelación presentados por la demandante Marcela Jaramillo Tamayo, por el demandado Ramiro Sánchez y por el apoderado judicial del Concejo municipal de Ibagué, contra el fallo del 12 de septiembre de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, en virtud de lo dispuesto en los artículos 150 y 152.8 de la Ley 1437 de 2011, en armonía con lo normado en el Acuerdo No. 55 de 2003 expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

2. Oportunidad de los recursos

El artículo 292 de la Ley 1437 de 2011⁴⁸ dispone el trámite que debe surtir para la interposición y decisión del recurso de apelación contra sentencias en los procesos de nulidad electoral. El inciso primero de esta norma señala que la apelación deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia impugnada. Por lo tanto, siendo que la sentencia de primera instancia fue notificada mediante correos electrónicos del 13 de septiembre de 2016⁴⁹, y el traslado para apelar empezó a correr al día siguiente 14 de septiembre⁵⁰, los escritos de los recursos de apelación radicados los días 19 y 20 de septiembre de 2016⁵¹, respectivamente, fueron presentados oportunamente.

3. Cuestión previa

El demandado ha planteado en su escrito de apelación una supuesta vulneración de sus derechos de contradicción y defensa tomando como fundamento la irregularidad advertida por esta Corporación judicial en el auto de 28 de julio de 2016 a través del cual se confirmó la decisión de suspensión provisional decretada por el *a quo*, yerro que consistió en haberse omitido la notificación al demandado del auto que admitió la demanda y decretó la suspensión provisional.

En esa ocasión la Sección Quinta quiso resaltar el error y hacerlo ver al tribunal de instancia para que el mismo no se repitiera a futuro, pero claramente sobre la base de reconocer que tal situación irregular ningún detrimento había ocasionado a los derechos de contradicción y defensa del demandado, que integran en lo esencial el derecho fundamental al debido proceso según lo establecido en el artículo 29 constitucional.

Entre otras razones porque si uno de los principales propósitos de tal notificación consiste en que en efecto el demandado pueda hacer uso de las vías de derecho para impugnar tales decisiones, está claro que en el presente caso el demandado pudo presentar el recurso de apelación que consideró pertinente contra la decisión

⁴⁸ **Artículo 292. Apelación de la sentencia.** El recurso se interpondrá y sustentará ante él *a quo* en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes, y se concederá en el efecto suspensivo. Si el recurso no es sustentado oportunamente el inferior lo declarará desierto y ejecutoriada la sentencia.

⁴⁹ Folio 1634 a 1641.

⁵⁰ Folio 1642, anv.

⁵¹ Folios 1645, 1686, anv. y 1687.

de suspensión provisional que lo desfavoreció, así lo hizo, y el mismo se tramitó y decidió de fondo. Y tampoco se observa ni se ha alegado ningún otro efecto ocasionado por ese yerro que hubiera causado una afectación sustancial de tales derechos.

Por lo tanto, el error resaltado resultó inocuo pues ningún efecto sustancial produjo en punto de la plena garantía de los derechos de contradicción y defensa que se ha brindado al demandado dentro de este proceso. Por lo tanto, no había lugar a decretar nulidad alguna, en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial, en los términos del mandato previsto en el artículo 228 constitucional. Por lo mismo, la única medida correctiva que resultaba razonable y proporcionada en relación con dicho yerro era la de exhortar al tribunal de primera instancia para que en lo sucesivo aplicara el procedimiento de notificación consagrado en la ley como, en efecto, se hizo.

Por lo mismo, el reseñado yerro resultó completamente subsanado al haberse presentado en etapa anterior del proceso, en los términos de lo dispuesto en el artículo 207 de la Ley 1437 de 2011⁵² (CPACA), de manera que no podía venir a alegarlo el demandado en esta etapa puesto que no se trata de un hecho nuevo, en la medida en que –se repite- fue advertido por esta misma Corporación en el auto mencionado.

Si bien el artículo 294 del CPACA establece que la indebida notificación de la demanda al demandado constituye causal de nulidad originada en la sentencia, la finalidad de la norma claramente apunta a aquellos eventos en los cuales, por razón de la anotada irregularidad, el demandado haya quedado sin la posibilidad efectiva de defenderse dentro del proceso, de manera que en esa perspectiva la sentencia viene a ser para él una situación sorpresiva que en sí misma revela la falta de oposición que lo pone en una situación desventajosa irrazonable a la luz de debido proceso. Todo lo contrario a lo que ha ocurrido en este caso donde se ha establecido que el yerro anotado ningún efecto negativo produjo para los derechos de contradicción y defensa del demandado.

4. Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos que habrá de resolver la Sala en esta ocasión son los siguientes:

1. Si el señor Ramiro Sánchez incurrió en la inhabilidad prevista en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución Política, esto es, si durante el año anterior a su elección como Contralor municipal de Ibagué ocupó *“cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal”*

⁵² **Artículo 207. Control de legalidad.** Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrear nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes.

2. Si el señor Ramiro Sánchez incurrió en la inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, para ser elegido en el cargo de Contralor del municipio de Ibagué, (i) por haber ejercido autoridad administrativa como empleado público en dicho municipio dentro de los doce (12) meses anteriores a su elección; y (ii) por haber suscrito, dentro del año anterior a su elección, contratos que debían ejecutarse en ese municipio.
3. Si el Concejo municipal de Ibagué, en el proceso de elección del señor Ramiro Sánchez como Contralor de esa municipalidad, vulneró las reglas de la convocatoria pública establecidas para dicha elección en las resoluciones Nos. 330 y 333 de 2015, (i) al introducir en la parte final de ese procedimiento de elección una modificación a un criterio de mérito y (ii) al incorporar en la lista de elegibles a personas que no obtuvieron un puntaje final igual o superior al 80% del total del valor porcentual equivalente al 100%, entre quienes estaba el demandado.

Por razones de orden metodológico y en virtud del principio de limitación que restringe el ámbito de competencia del juez de segunda instancia en los términos de lo dispuesto en el artículo 320 de la Ley 1564 de 2012⁵³ (Código General del Proceso – CGP), para resolver los problemas jurídicos planteados se analizarán los argumentos presentados en los recursos de apelación formulados, desarrollando el caso concreto.

5. Caso concreto

Se analizarán uno a uno los cargos presentados en los recursos de apelación formulados contra la sentencia de primera instancia, análisis que se hará conjunto en aquellos puntos de coincidencia encontrados.

5.1 Supuesta falta de congruencia respecto de la causal de inhabilidad establecida en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución Política

Como bien lo explicó el señor agente del ministerio público ante esta instancia, no existe falta de congruencia en el presente proceso, mucho menos se ha fallado más allá de los cargos formulados en la demanda y la fijación del litigio establecida en la audiencia inicial, porque, como se dejó reseñado con detalle en los antecedentes de esta providencia, (i) el demandante Carlos Ernesto Santana Bonilla expresamente incluyó como norma violada el artículo 272 de la Carta Política⁵⁴, (ii) en el concepto de violación⁵⁵ el mismo demandante de manera puntual explicó que el señor Ramiro Sánchez estaba incurso en la inhabilidad prevista en el inciso 8º de dicha norma constitucional por haber ocupado un cargo

⁵³ **Artículo 320. Fines de la apelación.** 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.

⁵⁴ Folio 89.

⁵⁵ Folio 90.

del nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal, y (iii) el tribunal de instancia, al fijar el litigio en la audiencia inicial, expresamente reseñó el cargo de violación del artículo 272 constitucional⁵⁶ presentado por el demandante Santana Bonilla, y, si bien no incluyó expresamente la misma norma al describir el problema jurídico que a continuación planteó, sí expresó que dicho problema se configuraba “*de conformidad con a los hechos y pretensiones relacionadas*”, previamente descritas con toda precisión.

Por lo tanto, la definición de si el señor Ramiro Sánchez incurrió en la inhabilidad prevista en la norma constitucional señalada hace parte del objeto de este proceso porque fue aspecto demandado y porque se incluyó de manera inequívoca en la fijación del litigio; por ende, corresponde hacer pronunciamiento al respecto en el contexto de los cargos planteados en las apelaciones.

5.2 Configuración de la inhabilidad establecida en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución Política⁵⁷. El cargo de Director Territorial de la ESAP es del nivel directivo del orden nacional

Se ha planteado, en particular por el demandado Ramiro Sánchez y el representante judicial del Concejo municipal de Ibagué, que el cargo de Director Territorial Tolima de la ESAP que aquél ocupó dentro del año anterior a su elección como Contralor de esa municipalidad es de nivel directivo del orden nacional, que no del nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal, que es en lo que consiste la causal de inhabilidad al tenor literal de la norma constitucional mencionada.

Corresponde entonces hacer el análisis por separado de cada uno de los dos componentes del supuesto fáctico contemplado en la norma analizada, así:

5.2.1 En relación con el *nivel ejecutivo* que señala el artículo 272, inciso 8º, de la Constitución, es pertinente precisar que fue incluido en el Acto Legislativo 02 de 2015, en el entendido de que el resto de dicho inciso de la norma constitucional se mantuvo inalterado.

La finalidad de esa inclusión era limitar la inhabilidad para que la misma no se configurara por haber ocupado **cualquier cargo** en los mencionados órdenes territoriales, bajo la consideración de que con la amplitud que traía la causal ocasionaba una significativa restricción del derecho de acceso a esos cargos públicos; por lo tanto, la limitación introducida tenía por finalidad que la inhabilidad **se configurara sólo en aquellos cargos de mayor nivel dentro de la jerarquía administrativa**.

Por lo mismo, si la finalidad de la norma era establecer dicha limitación para ajustar de mejor manera la inhabilidad a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en función de una ponderación más adecuada entre el propósito

⁵⁶ Folio 1550.

⁵⁷ “No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, **ni quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal**”. (Negrillas fuera del texto)

de protección de los principios que rigen la función pública y el derecho de acceso a cargos públicos de los asociados, está claro que al incluir la norma el nivel ejecutivo quiso fijar un límite inferior de aquellos cargos a partir de los cuales se desempeñan funciones que en verdad podrían ser objeto de control fiscal en cabeza de la respectiva contraloría territorial, control que podría llegar a desarticularse precisamente por la llegada a la cabeza del ente de control fiscal respectivo de alguien que haya ocupado cargos y desempeñado funciones que están dentro del ámbito de competencia de ese control, todo esto en detrimento del interés general y de los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad.

En esta perspectiva, se impone concluir que si ocupar un cargo en el nivel ejecutivo configura la inhabilidad, con mayor razón la misma se materializa si el cargo ocupado es de mayor nivel, como ocurre con los cargos de nivel directivo y asesor, porque en estos niveles la posibilidad de adelantar conductas y actuaciones que llagasen a ser objeto de control fiscal aumenta.

Así lo ha considerado la Sección Quinta del Consejo de Estado⁵⁸ en varias decisiones, entre ellas esta de unificación en los siguientes términos:

*“En el caso concreto existe una palmaria necesidad lógica y práctica de apartarse parcialmente del tenor literal de la norma que establece la inhabilidad para contralores departamentales referida al ejercicio de cargos del nivel ejecutivo en el año anterior, para entender incluida dentro de la misma el ejercicio de cargos de nivel superior a ese –como el caso del nivel directivo- sin que ello implique o se traduzca necesariamente en una interpretación extensiva de la misma”.*⁵⁹

Con esta interpretación se preserva el efecto útil de la norma constitucional para la protección de los mencionados principios, a través de la ineludible determinación de su finalidad dentro de un marco también ineludible de interpretación lógica.

En consecuencia, el régimen de inhabilidades no impide la aplicación de las demás reglas de interpretación normativa como la lógica que aquí se ha utilizado en la forma en que se acaba de explicar, porque una postura en sentido contrario simplemente excluiría toda posibilidad de interpretación estableciendo para el efecto un sistema meramente exegético que resulta claramente incompatible con el carácter sistemático que se reconoce hoy al ordenamiento jurídico y con la condición de norma jurídica de carácter superior que ostenta la norma constitucional.

5.2.2 Ahora bien, en cuanto al segundo supuesto fáctico de la norma constitucional bajo análisis, según el cual la inhabilidad se configura por haber ocupado un cargo *en el orden departamental, distrital o municipal*, dentro del

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 23 de marzo de 2015, CP. Alberto Yepes Barreiro, Exp. No. 11001-03-28-000-2014-00034-00 (Acumulado).

⁵⁹ Este criterio fue reiterado en sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta, de 7 de diciembre de 2016, CP. Alberto Yepes Barreiro, Exp. No. 47001-23-33-000-2016-00074-02.

mismo marco de restricciones del régimen de interpretación de la norma, corresponde acudir de nuevo a su finalidad.

Al respecto, cabe reiterar que lo que busca dicho postulado normativo es evitar que quien ejerza la función de control fiscal en el respectivo orden territorial tenga la posibilidad de controlar sus propios actos adoptados en tiempo reciente en otra entidad pública del mismo orden.

Lo anterior porque, como se sabe, de acuerdo con el diseño constitucional introducido por el constituyente de 1991, desde el punto de vista tanto orgánico como funcional el control fiscal en Colombia se ajusta a un modelo descentralizado de acuerdo con el cual a cada orden territorial corresponde un ente de control fiscal que tiene autonomía e independencia⁶⁰.

Ahora bien, como se explicó en el auto del 28 de julio de 2016 donde se resolvió la apelación contra la medida de suspensión provisional en este mismo proceso, *“la Dirección de la Territorial Tolima de la ESAP, corresponde a la desconcentración prevista en la Carta Política⁶¹ y, en tal medida, **el ámbito de ejercicio de sus funciones correspondió a todo este departamento, dentro del cual se encuentra incluido, por supuesto, el municipio de Ibagué.**”*

De igual manera, se resalta que admitir una interpretación diferente en este sentido implicaría el desconocimiento de los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública, en razón a que los cargos que no correspondan al orden departamental, municipal, o distrital, pero que efectivamente el ejercicio de sus funciones se realiza dentro de este ámbito territorial, quedaría excluido sin justificación alguna del margen de restricciones establecido por el constituyente derivado, pues para la causal lo que importa además del nivel es donde se ejercita la función”.

Haciendo referencia específica a esta decisión y a este mismo caso, y en corroboración de dicha posición jurisprudencial, recientemente la Sección Quinta del Consejo de Estado⁶² señaló:

*Es de advertir que la Sala Electoral ha fijado el alcance de este elemento y ha establecido que para que aquel se encuentre materializado debe probarse **simplemente** que el cargo público se ocupó en una entidad del orden departamental, distrital o municipal, **sin que tenga incidencia alguna** la categoría de la entidad territorial en la que se aspira a ejercer contralor, ni si*

⁶⁰ Lo anterior se desprende de la interpretación armónica que ha predominado respecto de las normas que integran el Capítulo 1 del Título X de la Constitución, que encuentran desarrollo en particular en la Ley 42 de 1993 (sobre la organización del control fiscal financiero y los órganos que lo ejercen) y la Ley 267 de 2000, y la resolución orgánica No. 6541 de 2012 de la Contraloría General de la República.

⁶¹ ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

⁶² Consejo de Estado, Sección Quinta, de 7 de diciembre de 2016, CP. Alberto Yepes Barreiro, Exp. No. 47001-23-33-000-2016-00074-02.

en el ejercicio del cargo de contralor, la persona podrá ejercer control sobre los dineros gestionados por la entidad en la que trabajaba.

/.../.

*Como puede observarse, pese a que en esa oportunidad el demandado fue elegido en una contraloría municipal y había ocupado cargo público del nivel directivo, en una entidad desconcentrada territorialmente, la Sala Electoral encontró que dicha circunstancia no enervaba la prohibición, habida cuenta que la norma no preveía esa excepción, y por ello, **suspendió los efectos del acto acusado.***

*Así las cosas, la Sección Quinta **retoma** esta postura y colige que para entender satisfecho este elemento basta, con que se pruebe que el cargo se desempeñó en alguna entidad del orden territorial previsto en la disposición constitucional, debido a que aquella **no contiene ninguno de los condicionamientos expuestos por las partes**, y por ende, aquellos no tienen la posibilidad de enervarla o impedir su materialización”.*

Por tanto, se reitera la conclusión de que el demandado al haber desempeñado el cargo de Director de la Territorial Tolima de la ESAP dentro del año anterior a su elección, incurrió en la inhabilidad prevista en el inciso 8° del artículo 272 constitucional.

Por lo tanto, corresponde pasar a verificar si por las funciones ejercidas por el demandado Ramiro Sánchez en el desempeño de dicho cargo de Director Territorial de la ESAP, puede estar incurso también en otras causales de inhabilidad, previstas en normas diferentes, que persigan una finalidad distinta y que respondan a un principio de razón suficiente para sustentar tal restricción. Lo anterior, por supuesto, en la medida en que esas otras normas han sido presentadas en la demanda como violadas, ha sido allí sustentado el concepto de violación e incluidas las mismas en la fijación del litigio.

5.3 El cargo que el demandado ocupó en el año anterior a su elección es de orden nacional y, por tanto, no ejerció autoridad administrativa

En este punto, en particular el apoderado del Concejo municipal de Ibagué confunde dos causales de nulidad estructuralmente distintas, no sólo porque están contempladas en normas diferentes, sino porque tales normas tienen finalidades perfectamente distinguibles la una de la otra.

Como se explicó en el punto anterior, la finalidad de la inhabilidad incluida en el artículo 272 constitucional es evitar un permanente y masivo conflicto de intereses que en la práctica terminaría por vaciar de contenido el principio de prevalencia del interés general, el que se ocasionaría si quien ejerce las funciones de Contralor territorial tiene dentro de su ámbito de competencia el control sobre actuaciones propias anteriores.

Por su parte, la finalidad de la inhabilidad establecida en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000⁶³, consiste en evitar que con el ejercicio de autoridad administrativa en el respectivo ámbito territorial una persona pueda favorecer su propia candidatura al cargo de Contralor territorial, por la capacidad de influencia que le otorga dicha autoridad administrativa respecto de la corporación pública encargada de hacer la correspondiente elección, circunstancia que rompería las condiciones de igualdad en la competencia por el acceso al cargo, dando al traste con el principio de igualdad material.

De lo anterior, resulta evidente que las dos causales de inhabilidad tienen contenido sustancial estructuralmente distinto y, además, se puede establecer una distinción clara en cuanto a la finalidad que las acompaña, de manera que las mismas resultan perfectamente compatibles y aún complementarias en función de la prevalencia del interés general, a través de la protección que en conjunto procuran de los principios de igualdad, imparcialidad, transparencia y moralidad.

5.4 El fallo de primera instancia omitió señalar por qué la inhabilidad establecida en el numeral 2º del artículo 95 de la ley 136 de 1994 es aplicable a los contralores municipales

En relación con este punto planteado por el apoderado del demandado Ramiro Sánchez, es del caso precisar que una de las funciones del juez de segunda instancia es la de hacer pronunciamiento sobre aquellos aspectos que haya omitido el juez de primera instancia o frente a los cuales alguno de los apelantes estime insuficiente lo consignado en la sentencia atacada, en los términos de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 287 del CGP⁶⁴.

Por lo tanto, es el recurso de apelación una de las vías de derecho pertinentes e idóneas para plantear esta clase de cuestionamientos contra el fallo de primera instancia, razón por la cual el escenario que se genera a través de la utilización de esta vía de impugnación constituye precisamente mecanismo efectivo de garantía de los derechos de contradicción y defensa de los sujetos procesales.

Al respecto se encuentra que en la sentencia de primera instancia el tribunal se refirió al aspecto señalado por el apelante, esto es, a que la norma que establece las inhabilidades para los contralores municipales –art. 163 de la Ley 136 de 1994– señala que la remisión allí prevista a las causales de inhabilidad de los alcaldes es procedente *“en lo que sea aplicable”*⁶⁵.

⁶³ 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.

⁶⁴ **“El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvencción o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria”.** (Negrillas fuera del texto)

⁶⁵ Folio 1625, anv.

El *a quo* concluyó que, en particular, el numeral 2º de dicho artículo 95 sí era aplicable a los contralores municipales aunque ciertamente no ahondó en el tema, razón por la cual procede esta Corporación de segunda instancia a realizarlo.

Pues bien, para comenzar podría pensarse –como lo sostuvo en otra época esta Corporación judicial⁶⁶- que la inhabilidad prevista en el artículo 95-2 de la Ley 136 de 1994 no es aplicable a contralores territoriales por considerar que así lo impide la existencia de la inhabilidad establecida en el artículo 272-8 constitucional, de manera que a tales contralores sólo les sería aplicable ésta última.

Sin embargo, esa posición jurisprudencial fue modificada por la misma Sección Quinta al reconocer, como se dejó explicado con detalle en los dos puntos anterior de estas consideraciones, que en verdad las dos normas en cuestión tienen finalidades distintas y, por lo tanto, no son excluyentes sino complementarias en cuanto cada una cubre un ámbito diferente en el objetivo común de protección de los principios de igualdad, imparcialidad, transparencia y moralidad.

En efecto, en providencia del 16 de junio de 2016⁶⁷, la Sala Electoral tomando en consideración el reseñado fallo de 2009, y teniendo en cuenta la modificación que el Acto Legislativo 02 de 2015 introdujo al artículo 272 constitucional en este punto específico, plasmó así el cambio de posición al respecto:

“En el presente caso, los actores consideran que se vulneró la inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000⁶⁸, el cual resulta aplicable a los contralores municipales en virtud de la remisión del artículo 163 de la Ley 136 de 1994⁶⁹. /.../.

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

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 22 de octubre de 2009, CP. Susana Buitrago Valencia. Exp. 2008-00052-03

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 16 de junio de 2016, cp. Rocío Araújo Oñate, Exp. No. 41001-23-33-000-2016-00059-01.

⁶⁸ “...**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...” (Subraya y negrita fuera de texto)

⁶⁹ “...**ARTÍCULO 163. INHABILIDADES.** <Artículo subrogado por el artículo 9o. de la Ley 177 de 1994. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser elegido Contralor, quien:

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

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

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

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

En efecto, se reitera, resulta claro que la finalidad de la inhabilidad establecida en el numeral 2º del artículo 95 de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, consiste en evitar que por la capacidad de influencia que adquiere quien ejerce autoridad administrativa, civil, política o militar dentro de un determinado ámbito territorial, pueda favorecer su propia candidatura al ente de control del respectivo orden territorial, precisamente a través de la utilización de las potestades y atribuciones que conlleva el ejercicio de esa autoridad.

Por supuesto, esta no es una formulación meramente hipotética sino el fruto de la vasta experiencia recogida en el sector público de uso abusivo de las funciones públicas en beneficio de intereses particulares propios o de terceros, rompiendo la igualdad, en detrimento grave y permanente del interés público, y que ha constituido y constituye impedimento determinante del cumplimiento de los fines esenciales del Estado y, en particular, de la realización del Estado social de derecho.

Por lo tanto, es notorio que –contrario a lo aseverado por el apoderado del demandado Ramiro Sánchez en su recurso de apelación- la aplicación de esta causal de inhabilidad a los contralores territoriales supera con creces el juicio de razonabilidad y proporcionalidad en punto de la restricción que implica del derecho de acceso a dichos cargos públicos, para guarda de los principios de igualdad, imparcialidad, transparencia y moralidad que rigen la función pública y, por lo mismo, para rescatar la prevalencia de ese interés público.

Establecido lo anterior, es del caso evidenciar que, como bien lo explicó el *a quo* en la sentencia de primera instancia, obra en el expediente voluminoso material probatorio que demuestra en grado de certeza que el señor Ramiro Sánchez, dentro del año anterior a su elección como Contralor municipal de Ibagué, en ejercicio de las funciones propias del cargo que ocupaba como Director territorial de la ESAP en el Tolima y de otras que le delegó expresamente el Director Nacional de esa entidad, ostentó y ejerció funciones constitutivas de *autoridad administrativa en el municipio de Ibagué*.

Como esta circunstancia no fue controvertida en ninguno de los escritos de apelación, no procede en esta instancia hacer pronunciamiento adicional alguno frente a estos hechos perfectamente descritos, analizados y dados por probados en la sentencia de primera instancia⁷⁰.

⁷⁰ Folios 1627, anv. a 1630, anv.

Por lo tanto, se concluye que la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000⁷¹, es aplicable al caso de conformidad con lo establecido en el artículo 163, literal c) de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 9º de la Ley 177 de 1994, por las razones expuestas aquí.

Probado como está que el señor Ramiro Sánchez ostentó y ejerció autoridad administrativa en el municipio de Ibagué dentro del año anterior a su elección como Contralor de esa municipalidad, no existe duda de que estaba incurso en esa causal de inhabilidad que, al tenor de lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA⁷², constituye causal de nulidad de esa elección, lo que hace forzosa la confirmación en este aspecto de la sentencia de primera instancia apelada.

Ahora bien, es pertinente agotar el análisis de los demás cargos presentados en las apelaciones porque tal ejercicio resulta relevante para efectos de determinar con precisión las consecuencias de la nulidad electoral, como pasará e explicarse.

5.5 Carácter vinculante de las reglas establecidas en la convocatoria pública

No cabe duda de que las reglas establecidas en una convocatoria pública son vinculantes y de obligatorio cumplimiento, en particular para el ente convocante, por varias razones, entre ellas:

5.5.1. Porque hecha la convocatoria se abre para un grupo humano una expectativa concreta de ruta reglada de acceso a cargos públicos, que si bien hasta ese momento tiene un carácter provisional, en virtud de ella el grupo de los interesados comienza a adecuar su conducta en función de tales actos de convocatoria adelantados por el Estado, y por lo tanto, esa clase de actuaciones tiene una importancia jurídica significativa en cuanto elemento propio de la creación de reglas democráticas estables que generan la construcción de la confianza, por su conexión con la realización del pacto fundamental de la sociedad, puntualmente respecto de principios, valores y derechos estructurales de ese pacto.

5.5.2. Porque cumplido el término de la convocatoria y habiendo sido atendida la misma, se fija dicha ruta reglada para quienes sean aceptados, consolidándose para ellos una expectativa legítima de materialización del derecho de acceso a cargos públicos que, si bien no genera un derecho subjetivo aún, no pueden ser

⁷¹ "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".

⁷² "**Artículo 275. Causales de anulación electoral.** Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:
/.../

5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad".

cambiadas las reglas democráticas ni puede ser defraudada esa expectativa por el Estado porque constituiría incumplimiento del deber constitucional de ceñir sus actuaciones a los postulados de la buena fe, con las consecuencias jurídicas correspondientes.

5.5.3. Porque el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso que, como lo señala expresamente la norma constitucional *se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*, está compuesto por una serie de elementos entre los cuales se encuentra el principio de legalidad o de preexistencia, de suerte que si uno de los objetivos primordiales del Estado de derecho consiste en establecer un entorno de seguridad y estabilidad jurídica como condición indispensable para el logro de los propósitos sociales fundantes de convivencia armónica y desarrollo social, en este escenario de concreción del principio democrático constituye regla dura que, aprovechando su capacidad gráfica más universal (en un propósito pedagógico de acercamiento a la ciudadanía que no es extraño a su función), esta Corporación se permite expresar a través de una frase coloquial que se formula así: ***no se vale cambiar las reglas del juego en la mitad del partido.***

5.5.4. Porque si las reglas de la convocatoria definen como objetivo la conformación de una lista de elegibles, consolidada dicha lista se concreta un derecho subjetivo en cabeza del primero de la lista que no puede ser conculcado.

Sobre este punto, la Sección Quinta del Consejo de Estado⁷³ ha sostenido con reiteración lo siguiente:

“Como se ha expuesto a la largo de esta providencia, la convocatoria pública es una herramienta eficaz para lograr una mayor participación ciudadana y materializar de forma efectiva el acceso igualitario a los cargos públicos. Sin embargo, su carácter participativo no puede ser óbice para desconocer que los términos que en ella se estipulan se constituyen como normas reguladoras del procedimiento administrativo que desarrollan y en esa medida son vinculantes y de obligatorio cumplimiento, tanto para la administración como para los participantes del proceso de selección.

La convocatoria pública es un acto a través del cual se inicia un proceso selectivo abierto a la población en general, en el cual desde el principio y de manera expresa se especifican ciertas reglas y condiciones de participación.

En efecto, los términos en los que se convoca a la ciudadanía a participar en el proceso de selección, generan deberes y derechos recíprocos tanto para los interesados, como para la entidad pública que está llevando a cabo el respectivo procedimiento, razón por la cual dichas condiciones no solo

⁷³ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de agosto de 2015, CP. Alberto Yepes Barreiro, Exp. No. 11001-03-28-000-2014-00128-00.

permean y son transversales a toda la actuación administrativa, sino que además vinculan a la administración”.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-181 de 2010 precisó:

*“Cuando el legislador o la administración- como en este caso -, **en ejercicio de su libertad de configuración, deciden sujetar a los principios del concurso la provisión de cargos** de libre nombramiento y remoción, **tienen la obligación constitucional de velar por la realización del principio fundamental que rige estos procedimientos**, este es, el **respeto del mérito mediante el favorecimiento del concursante que obtenga el mejor puntaje en las respectivas evaluaciones**. En otras palabras, si el legislador o la administración deciden someter a concurso la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción, **la Constitución les impone el deber de sujetarse a las reglas propias del concurso fijadas por la ley y la jurisprudencia de esta Corporación**. En particular, es obligación del legislador o de la administración garantizar el derecho fundamental de quien demuestra mayores méritos a acceder al cargo por el cual concursa.”⁷⁴ (Negrillas fuera del texto)*

Por lo tanto, no existe duda de que el Concejo municipal de Ibagué, así como también los participantes del proceso de selección, quedaron vinculados con las reglas de la convocatoria pública que el concejo municipal fijó para la elección del Contralor municipal de Ibagué y, por lo mismo, estaba obligado a cumplirlas.

5.6 Procedencia y requisitos para introducir modificaciones al procedimiento de elección del Contralor municipal de Ibagué

El demandado alega que a través de la resolución No. 001 de 2016 se introdujeron modificaciones a la convocatoria pública para elegir Contralor municipal de Ibagué porque las mismas eran procedentes para ajustar el proceso a la norma constitucional y porque las reglas de dicha convocatoria autorizaban que se hicieran tales modificaciones en el transcurso de proceso.

Por su parte, la demandante Marcela Jaramillo Tamayo sostiene que, si bien existe esa posibilidad de modificación, la misma es excepcionalísima y debe cumplir unos requisitos estrictos.

El tema ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado⁷⁵ en los siguientes términos:

*“Así las cosas, es evidente que los términos y condiciones en los que se expida una convocatoria pública se erigen como un marco jurídico **de obligatorio acatamiento** para las partes que en ella intervienen, razón por la*

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia del 17 de marzo de 2010.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de agosto de 2015, CP. Alberto Yepes Barreiro, Exp. No. 11001-03-28-000-2014-00128-00.

cual los lapsos, requisitos, formas de calificación, entre otros aspectos, que en ella se consagren son de estricta observancia, y en consecuencia, su modificación o variación solo se permite en casos excepcionalísimos, pues de lo contrario los principios de buena fe y confianza legítima se verían resquebrajados.

Y es que no podía de ser de otra forma, pues solo si se acepta que las convocatorias son vinculantes se puede garantizar el debido proceso administrativo, la igualdad, el acceso equitativo a los cargos públicos y la seguridad de las actuaciones de la administración.

De lo anterior se desprende que cuando en una convocatoria se establece un plazo determinado, se entiende que aquel es preclusivo o perentorio, pues de lo contrario se minaría el debido proceso administrativo que debe permear la actuación administrativa.

Sin embargo, no escapa a la Sala que existen circunstancias en las cuales el ordenamiento jurídico avala la variación en los términos de una convocatoria. En este contexto, huelga manifestar que la administración no podrá modificar un lapso establecido en una convocatoria pública, salvo, cuando se presenten los siguientes eventos:

i) Cuando el cronograma expresamente así lo autorice: *Bajo el entendido de que una convocatoria está precedida, usualmente, de un acto de apertura y de un cronograma, se puede concluir que es válido que se modifiquen los términos de la misma cuando en el acto de apertura o en el respectivo cronograma así se autorice, en otras palabras, cuando desde la publicación de la convocatoria se establezcan los supuestos en los cuales los términos de la convocatoria podrán ser modificados.*

ii) Cuando el reglamento de la entidad así lo autoriza: *Es decir, cuando el reglamento de la autoridad que está adelantando el procedimiento administrativo contempla, de forma explícita, los eventos en los cuales se puede modificar los términos en los que se dictan las convocatorias públicas de dicha entidad.*

iii) En caso de fuerza mayor o caso fortuito: *Esto es, cuando acaezca un hecho extraño al querer de la administración, totalmente imprevisible e irresistible, capaz de determinar y justificar la variación de las condiciones establecidas en la convocatoria inicial.*

En suma, al ser los términos y condiciones de una convocatoria plenamente vinculantes, aquellos no podrán ser modificados, salvo, cuando así lo autorice el cronograma y/o el reglamento de la respectiva autoridad o cuando acaezca una situación configurativa de fuerza mayor o caso fortuito.

Lo anterior adopta más fuerza, si se tiene en cuenta que cuando se establece una convocatoria pública que culminara con la expedición de un acto administrativo, los términos, condiciones y formalidades allí estipulados hacen parte integral de la actuación administrativa y cualquier omisión o transgresión a dichas pautas podría, según la afectación que se realice, derivar en la expedición irregular del acto administrativo”.

En el presente caso es claro que si bien las reglas de la convocatoria en efecto permitían que se introdujeran modificaciones⁷⁶ aun luego de iniciada la etapa de inscripciones, tales modificaciones tenían un margen de acción estricto y estrecho, como la misma norma lo señala, de manera que era indispensable una debida motivación y *respeto irrestricto de los principios del debido proceso, objetividad, transparencia y publicidad.*

Por el contrario, la modificación introducida por la mesa directiva del Concejo municipal de Ibagué a través de la resolución No. 001 de 2016⁷⁷, que pretendió, sin haberlo logrado⁷⁸, excluir un criterio de mérito previsto en la convocatoria que consistió en que sólo formarían parte de la lista de elegibles las personas que obtuvieran *un puntaje final igual o superior al 80% del total del valor porcentual equivalente al 100%*, se produjo el 3 de enero de 2016, siendo que el cierre de inscripciones había ocurrido el 17 de diciembre de 2015, y la misma careció por completo de motivación que la sustentara, razón suficiente para establecer la invalidez de la misma en los términos explicados con profusión atrás.

Si el Concejo municipal de Ibagué efectuó la convocatoria pública para la elección del Contralor municipal y, dentro de su capacidad de configuración que el ordenamiento jurídico le reconoce en virtud de su autonomía, introdujo elementos de concurso de méritos, estaba obligado a acatar esas reglas que implican el respeto por el orden de elegibilidad derivado del resultado de las pruebas y, por lo mismo, no podía modificarlas de la manera en que lo hizo, sino con el cumplimiento de exigentes requisitos, de forma verdaderamente excepcionalísima, como lo dejó expresado esta Corporación en la sentencia atrás reseñada.

Ahora bien, de acuerdo con las reglas que estableció en las resoluciones No. 330 del 7 de diciembre de 2015 y No. 333 del 14 de diciembre siguiente⁷⁹, no hay duda de que en esta convocatoria pública el Concejo municipal de Ibagué introdujo

⁷⁶ El artículo 6º de la resolución No. 330 del 7 de diciembre de 2015, mediante la cual la mesa directiva del Concejo municipal de Ibagué efectuó la convocatoria pública para la elección del Contralor municipal y fijó sus reglas, dispone:

“ARTÍCULO 6º. MODIFICACIÓN DE LA CONVOCATORIA. La Convocatoria es norma regulatoria de todo proceso y obliga tanto a la administración como a los participantes. La Convocatoria podrá ser modificada o complementada en cualquier oportunidad hasta antes del inicio de las inscripciones. De igual manera podrá la Mesa directiva modificar la misma durante su desarrollo mediante acto administrativo debidamente motivado, con respeto irrestricto de los principios del debido proceso, objetividad, transparencia y publicidad”.

⁷⁷ Folios 754 a 758.

⁷⁸ Lo anterior, porque sí bien dicha resolución No. 001 de 2016 suprimió una *nota aclaratoria* que contenía la regla en cuestión, dejó vigente otro aparte de la misma norma (art. 6º de la resolución No. 333 de 2015) que corroboraba exactamente la misma regla.

⁷⁹ Folios 763 a 792.

elementos que conformaron un concurso de méritos y, por lo tanto, esa Corporación pública quedó obligada a respetar el resultado de la lista de elegibles conformada como culminación del mismo.

El artículo 17 de la convocatoria (resolución No. 330 del 7 de diciembre de 2015), modificado por el artículo 6º de la resolución No. 333 del 14 de diciembre de 2015, así lo revela:

ARTÍCULO 17º. PRUEBAS A APLICAR, CARÁCTER Y PONDERACIÓN EN LA CONVOCATORIA. Las pruebas o instrumentos que se emplearán en la convocatoria tienen como finalidad evaluar la capacidad, idoneidad, aptitudes, habilidades y experiencia que permita determinar que las condiciones de los participantes, correspondan con la naturaleza y el perfil del empleo a proveer, de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley. Así mismo, permiten la clasificación de los participantes para integrar la lista de elegibles.

En la convocatoria se aplicarán las siguientes pruebas, cuyo carácter, calificación y valor porcentual se determina así:

PRUEBAS	CARACTER	CALIFICACION APROBATORIA	VALOR
CONOCIMIENTOS	Eliminatorio	Esta prueba se supera con 75 puntos sobre 100	70%
COMPETENCIAS COMPORTAMENTALES	Clasificatoria	N/A	10%
VALORACION DE ESTUDIOS Y EXPERIENCIA	Clasificatoria	N/A	10%
ENTREVISTA	Clasificatoria	N/A	10%
TOTAL		100%	

**Nota aclaratoria: Los participantes que obtengan un puntaje final total igual o superior al 80% del total porcentual equivalente al 100%, integrarán la lista de elegibles*

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad, con parámetros previamente establecidos. Las pruebas aplicadas o a utilizarse en la convocatoria tienen carácter reservado.

Las pruebas de conocimientos y competencias comportamentales serán escritas, aplicadas el mismo día y evaluadas en una escala estándar que oscila entre cero (0) y cien (100) puntos.

La prueba de análisis de Valoración de estudios y experiencia se calificará entre cero (0) y cien (100) puntos, teniendo en cuenta los documentos adjuntados en la inscripción a la convocatoria, se evaluará en la misma oportunidad para evaluar las competencias comportamentales respecto de quienes superen la prueba de conocimiento y a quienes se les efectúa la evaluación de competencias comportamentales.

Formarán parte de la lista de elegibles quienes logren un puntaje final igual o superior a 80% del total del valor porcentual equivalente al 100%. El puntaje final del participante resulta de multiplicar los puntos obtenidos en cada una de las pruebas por el valor porcentual asignado en las mismas y de sumar los valores que arrojen las operaciones anteriores”.

Lo anterior resulta corroborado con lo que el mismo concejo municipal dispuso en el artículo 27 de la convocatoria así:

“ARTÍCULO 27º.- LISTA DE ELEGIBLES. Conocido el resultado de las pruebas, el concejo municipal, elaborará la lista de elegibles, de manera que la Corporación, pueda hacer la elección del contralor dentro del plazo que establece la ley”.

Aún más con lo que estableció en el artículo 28, de acuerdo con el cual:

“ARTÍCULO 28º. EMPATE. El Concejo Municipal, mediante acto administrativo, definirá los criterios de desempate. Este acto se publicará en la misma fecha en que se publiquen las citaciones para presentación de la prueba de entrevista”.

Por supuesto, si se estableció un conjunto de pruebas de distintos orden, si se estableció el carácter eliminatorio y clasificatorio de cada una de ellas, si se definió el valor porcentual de las mismas, si se describieron con todo detalle cada uno de los elementos que conformaban los diferentes criterios y pruebas, si se determinó que de acuerdo con el resultado se conformaría la lista de elegibles y si, además, se previó un criterio de desempate, de estas reglas de la convocatoria se entiende claramente que el concejo municipal al hacer la elección estaba obligado a respetar tales resultados en orden de calificación y según las condiciones prevista para tener derecho a hacer parte de la lista de elegibles.

Para confirmación definitiva de esta conclusión, obsérvese el reflejo de todas estas reglas en la que pretendió luego denominarse “lista de aspirantes”⁸⁰:

CALIFICACION Y	MARCELA	PORCENTAJ	VALOR
----------------	---------	-----------	-------

⁸⁰ Folios 720 y 721.

VALOR PORCENTUAL (100%)	JARAMILLO	E	PORCENTAJE
Conocimientos (70%)	84	70%	58,8
Competencias Comportamentales (10%)	86	10%	8,6
Valoración De Estudios Y Experiencia (10%)	90	10%	9
Entrevista (10%) Concejo Municipal	67.2	10%	6,72
PUNTAJE FINAL		100%	83,12

CALIFICACION Y VALOR PORCENTUAL (100%)	RAMIRO SANCHEZ	PORCENTAJE	VALOR PORCENTAJE
Conocimientos (70%)	78	70%	54,6
Competencias Comportamentales (10%)	30	10%	3
Valoración De Estudios Y Experiencia (10%)	80	10%	8
Entrevista (10%) Concejo Municipal	77,15	10%	7,715
PUNTAJE FINAL		100%	73,31

CALIFICACION Y VALOR PORCENTUAL (100%)	LUIS G PEREZ	PORCENTAJE	VALOR PORCENTAJE
Conocimientos (70%)	78	70%	54,6
Competencias Comportamentales (10%)	30	10%	3
Valoración De Estudios Y Experiencia (10%)	90	10%	9
Entrevista (10%) Concejo Municipal	64,63	10%	6,463
PUNTAJE FINAL		100%	73,06

CALIFICACION Y VALOR PORCENTUAL (100%)	ARIEL MEDIINA	PORCENTAJE	VALOR PORCENTAJE
Conocimientos (70%)	80	70%	56
Competencias Comportamentales (10%)	50	10%	5
Valoración De Estudios Y Experiencia (10%)	75	10%	7,5
Entrevista (10%) Concejo Municipal	52,73	10%	5,273
PUNTAJE FINAL		100%	73,77

Esta es una regla de oro de la democracia, es decir, constituye elemento esencial del principio democrático que determina la sagrada intangibilidad de la decisión manifestada en las urnas, intangibilidad que acompaña a todo ejercicio de función pública que constituya manifestación del vínculo representativo que se conforma con la elección, como ocurre con las funciones electorales atribuidas a corporaciones públicas.

De manera que en verdad la variación de las reglas del juego una vez consolidado un proceso de selección para proveer un cargo o función pública, en cuanto está de por medio el principio democrático, es una posibilidad completamente excepcional que, por lo tanto, sólo se justifica ante circunstancias sobrevinientes, imprevisibles, que hagan imposible la culminación del respectivo proceso según las reglas previamente establecidas, o cuando aparezca una circunstancia del tal envergadura que en verdad impida de manera sustancial la realización de los principios de igualdad, imparcialidad, transparencia y moralidad.

En relación con la función electoral y su reconocimiento como expresión del principio democrático, la Corte Constitucional⁸¹ ha señalado:

“El ejercicio de la función electoral por el Congreso de la República permite asegurar la debida composición de otros órganos del Estado y contribuye a brindar de legitimidad democrática a otras instancias del poder público. Esta función –lejos de perturbar el principio de separación de funciones– es una manifestación concreta de la colaboración armónica que debe existir entre los diferentes órganos del Estado.

6.5.2. La función electoral se convierte entonces en una manifestación concreta del principio democrático. En efecto, las normas constitucionales que la desarrollan no son propiamente una expresión de la regla de la mayoría sino un conjunto de medidas dirigidas a asegurar el desarrollo del

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia C-1017 del 28 de noviembre de 2012, MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

*juego democrático basado en la alternancia del poder y en la protección de las minorías*⁸². Al respecto, en la Sentencia C-145 de 1994, se sostuvo que:

“el respeto de las reglas electorales es entonces lo que permite que la democracia se constituya en un mecanismo por medio del cual las sociedades tramitan de manera pacífica sus conflictos y resuelven sus diferencias. (...) Por eso, como lo han mostrado múltiples analistas, los temas electorales, cuando no han sido el fruto de amplios acuerdos políticos sino instrumentos utilizados por ciertos sectores para excluir a sus oponentes, han generado recurrentes fenómenos de violencia no sólo en Colombia sino en numerosos países”. (Negrillas fuera del texto)

Ahora bien, no es de recibo la afirmación presentada en su recurso de apelación por el apoderado del Concejo municipal de Ibagué según la cual la introducción dentro de las reglas de la convocatoria de ese puntual criterio de mérito fue un “mico” de la mesa directiva saliente para favorecer a una participante. Lo anterior, no sólo porque ninguna prueba allegó para soportar el aserto, sino porque el mismo resulta absurdo si se tiene en cuenta que en el momento en que se expidió la resolución No. 330 del 7 de diciembre de 2015 que efectuó la convocatoria e introdujo esa criterio de mérito, no había posibilidad de anticipar quiénes atenderían la convocatoria, cuál sería el resultado de las diferentes pruebas, cuál sería el puntaje final de cada quien y cómo quedaría conformada la lista de elegibles.

De esta manera, el Concejo municipal de Ibagué afectó la validez del proceso de allí en adelante, irregularidad que se materializó (i) cuando, mediante la resolución No. 005 del 8 de enero de 2016⁸³, conformó la ahora llamada “lista de aspirantes” en la cual incluyó personas que no obtuvieron un puntaje final igual o superior al 80% del total del valor porcentual equivalente al 100%, por cuanto no desarrolló el principio del mérito, y (ii) cuando el 9 de enero de 2016 eligió como Contralor municipal al señor Ramiro Sánchez, quien no obtuvo el puntaje referenciado y, además, vulneró el derecho subjetivo en cabeza de quien ocupó el primer puesto en la lista de elegibles.

En función de lo anterior procede establecer las consecuencias de la nulidad electoral.

6. La definición de las consecuencias de la nulidad del acto de elección en el caso concreto

Recientemente la Sección Quinta del Consejo de Estado⁸⁴ ha venido precisando los términos en los que es pertinente definir en concreto las consecuencias de la declaratoria de nulidad de una elección, de la siguiente forma:

⁸² Véase, al respecto, la sentencia C-141 de 2010.

⁸³ Folios 759 a 762.

⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 16 de diciembre de 2016, CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Exp. No. 20001-23-33-000-2016-00089-01.

“Ahora bien, de conformidad con la sentencia de unificación de 26 de mayo de 2016,⁸⁵ la Sala precisa que como consecuencia de la declaratoria de la nulidad del acto acusado, el Concejo Municipal de Valledupar deberá proceder a realizar la elección del Contralor de esa localidad, teniendo en cuenta el orden de la lista de elegibles conformada para el efecto, según el artículo 18 de la Resolución N° 044 de 2015, esto es, en la persona que ocupó el primer lugar por representar el más alto de los puntajes de los participantes.

Al respecto la referida sentencia de unificación estableció:

*“Si la irregularidad **no afecta todo el procedimiento de elección**, y se puede establecer concretamente el momento a partir del cual se ocasionaron las irregularidades, podría, ante la falta de un pronunciamiento en la sentencia:*

1. *Retomarse el procedimiento justo en el momento antes de que se presentó la irregularidad, bajo el entendido de que se sabe con certeza que parte de la actuación no estuvo viciada.*

2. *Llevarse a cabo un nuevo procedimiento y una nueva convocatoria, siempre y **cuando no se desconozcan derechos adquiridos**. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que la **lista de elegibles es inmodificable una vez ha sido publicada y está en firme, toda vez que los aspirantes que figuran en dicho listado no tienen una mera expectativa de ser nombrados sino que, en realidad, son titulares de derechos adquiridos**, empero en aquellos casos en los cuales solo se ha adelantado la etapa de inscripción, no puede hablarse de derechos adquiridos, porque hasta ese momento solo se tiene una mera expectativa de participar y eventualmente de acceder al cargo al que se postula. Sobre el particular esta Corporación ha dicho:*

*“En lo relativo a la supuesta vulneración del derecho al trabajo, se debe resaltar que la presentación del concurso de méritos **constituye una mera expectativa que sólo puede concretarse con la superación de todas las etapas del mismo**, por lo que no se puede hablar de la vulneración del derecho al trabajo sino de la presunta afectación de una aspiración de acceder a un empleo público. Distinto sería cuando la persona acreedora a un nombramiento en un cargo de carrera no es designada pese a integrar la lista de elegibles y haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso.”⁸⁶ (Negrillas fuera del texto original)*

⁸⁵ Sentencia de 26 de mayo de 2016. Demandado: Secretario de la Comisión Sexta del Senado de la República. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Exp. N° 11001-03-28-000-2015-00029-00.

⁸⁶ Sentencia de 29 de noviembre de 2012, expediente número: 23001-23-33-000-2012-00067-01. M.P. Gerardo Arenas Monsalve

En aplicación del principio de igualdad material, frente a una misma circunstancia fáctica esta Corporación considera en este caso procedente aplicar la misma consecuencia en derecho, razón por la cual el Concejo municipal de Ibagué deberá proceder a realizar la elección de Contralor municipal, teniendo en cuenta el orden de la lista de elegibles conformada para el efecto el 8 de enero de 2016, esto es, la persona que ocupó el primer lugar por haber obtenido el más alto puntaje entre los participantes, y quien superó el criterio de mérito aludido y determinado en el inciso final del artículo 6º de la resolución No. 333 del 14 de diciembre de 2015⁸⁷.

7. Conclusión

Lo discurrido por la Sala permite colegir que no procede la revocación del fallo apelado que declaró la nulidad del acto de elección del Contralor municipal de Ibagué adoptado por el Concejo de esa municipalidad en sesión del 9 de enero de 2016, pero por las causales y razones que acaban de ser expuestas con detalle; y, en virtud de lo consignado en el último acápite de estas consideraciones, se aplicarán las descritas consecuencias específicas de esa decisión anulatoria para precaver que el proceso se rehaga sólo en aquello que resultó viciado y, al tiempo, se respeten los derechos subjetivos que nacieron con la conformación de la lista de elegibles y que, adicionalmente, comportan debida protección en el caso concreto del principio de equidad de género rector de estos procedimientos de convocatoria pública según lo dispuesto en los artículos 126 y 272 de la Carta Política.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 12 de septiembre de 2016, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Tolima declaró la nulidad del acto de elección de Ramiro Sánchez como Contralor municipal de Ibagué adoptado por el Concejo de esa ciudad el 9 de enero de 2016, por las causales y razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la decisión anterior, se ordena que se comunique esta decisión al Presidente del Concejo municipal de Ibagué para que esa Corporación pública, de acuerdo con su competencia, proceda a realizar la elección de Contralor municipal, teniendo en cuenta el orden de la lista de elegibles conformada para el efecto el 8 de enero de 2016, respetando el más alto puntaje según lo determinado en el inciso final del artículo 6º de la resolución No.

⁸⁷ "Formarán parte de la lista de elegibles quienes logren un puntaje final igual o superior al 80% del total del valor porcentual equivalente al 100%. El puntaje final del participante resulta de multiplicar los puntos obtenidos en cada una de las pruebas por el valor porcentual asignado a las mismas y de sumar los valores que arrojen las operaciones anteriores".

333 del 14 de diciembre de 2015, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado
Aclara voto

INHABILIDAD DE CONTRALOR – No opera remisión automática a las inhabilidades de los alcaldes / INHABILIDAD DE ALCALDE – A contralor municipal en lo que sea aplicable / ELECCION DE CONTRALOR MUNICIPAL – Prevalece la inhabilidad especial

Si bien el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución Política sufrió una modificación en lo relacionado con la inhabilidad para la elección de contralores distritales, municipales y departamentales por el ejercicio de los cargos públicos, como se advierte en el proyecto, considero que la ratio decidendi de la sentencia de 22 de octubre de 2009 sigue siendo aplicable hoy en día. En efecto, se destaca que para el caso de la elección de los contralores departamentales, distritales y municipales, sigue existiendo una inhabilidad especial y de rango constitucional originada en el ejercicio de cargos públicos, por lo que resulta inaplicable para la elección de contralores municipales la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000. En ese sentido, se reitera que en la elección de contralores municipales debe prevalecer la causal de inhabilidad especial y de rango constitucional consagrada en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución Política sobre aquella consagrada en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 272 / LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 95 NUMERAL 2 / LEY 617 DE 2000

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero: ALBERTO YEPES BARREIRO

Radicación número: 73001-23-33-000-2016-00107-02

Actor: MARCELA JARAMILLO TAMAYO

Demandado: CONTRALOR DE IBAGUÉ

Con el acostumbrado respeto por las providencias de esta Sección, me permito señalar que comparto el sentido de la decisión adoptada en la providencia de la referencia, esto es, el de confirmar la sentencia de 12 de septiembre de 2016, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Tolima declaró la nulidad del acto de elección de Ramiro Sánchez como Contralor municipal de Ibagué adoptado por el Concejo de esa ciudad el 9 de enero de 2016.

En efecto, como acertadamente lo concluyó la providencia objeto de aclaración de voto, existieron graves irregularidades en la expedición del acto anulado, especialmente por el desconocimiento de las reglas fijadas en la convocatoria, al tiempo que radicaba en el demandado la causal de inhabilidad especial del artículo 272 Constitucional. Los anteriores aspectos eran motivos más que suficientes para confirmar la decisión anulatoria.

Ahora, en relación con la causal de inhabilidad contenida en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000,⁸⁸ que también se le atribuía al demandado, respetuosamente considero que aquella no es aplicable a los contralores municipales y que si bien en el fallo que se aclara la Sección reitera su posición fijada previamente fijada en el Contralor de Neiva, debo aclarar que no tuve oportunidad de participar en aquel debate y que no coincido con la posición mayoritaria de la Sala.

De acuerdo con el artículo 163 de la Ley 136 de 1994, *“No podrá ser elegido Contralor, quien: (...) c) Esté incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y párrafo de esta Ley, en lo que sea aplicable.”* Como se observa,

⁸⁸ **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.

la remisión contenida en esta norma a las causales de inhabilidad de los alcaldes no es automática ya que solamente hace referencia a aquellas que sean aplicables.

Bajo la vigencia del artículo 272 de la Constitución Política, en su versión original, la Sección concluyó en sentencia de 22 de octubre de 2009 que la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000, no era aplicable a la elección de los contralores municipales por los siguientes motivos:

“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."⁸⁹

Como se observa a partir del anterior precedente, la razón por la cual la Sección consideró en ese entonces que la inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000, era inaplicable a la elección de contralores municipales radicó en la existencia de una inhabilidad especial y de rango constitucional, relacionada con el ejercicio de cargos públicos.

⁸⁹ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 2008-0052-03. Sentencia de 22 de octubre de 2009. Demandado: Rafael Enrique Bernal Poveda (Contralor Municipal de Ibagué).

Sin embargo, el Acto Legislativo 02 de 2015 modificó la inhabilidad para ser elegido como contralor departamental, distrital o municipal regulada en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución Política, así: *“No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal.”*

Esta norma restringió la inhabilidad constitucional originalmente consagrada en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución Política solamente al ejercicio de cargos públicos en el nivel ejecutivo, manteniendo en lo demás el texto originario de la Constitución.

En atención a lo expuesto, si bien el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución Política sufrió una modificación en lo relacionado con la inhabilidad para la elección de contralores distritales, municipales y departamentales por el ejercicio de los cargos públicos, como se advierte en el proyecto, considero que la *ratio decidendi* de la sentencia de 22 de octubre de 2009 sigue siendo aplicable hoy en día.

En efecto, se destaca que para el caso de la elección de los contralores departamentales, distritales y municipales, sigue existiendo una inhabilidad especial y de rango constitucional originada en el ejercicio de cargos públicos, por lo que resulta inaplicable para la elección de contralores municipales la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000.

En ese sentido, se reitera que en la elección de contralores municipales debe prevalecer la causal de inhabilidad especial y de rango constitucional consagrada en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución Política sobre aquella consagrada en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000.

Fecha ut supra,

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado