

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Se confirma la sentencia que declaró la nulidad del acto que designó a la Secretaria General del Concejo Municipal de Ibagué

Corresponde a la Sala establecer si confirma, modifica o revoca el fallo apelado, para lo cual se hace necesario determinar si el acto de designación demandado refleja una posible violación de disposiciones de carácter constitucional y legal, por no atender criterios de mérito, según lo establecido en el artículo 126 de la Constitución modificado por el acto legislativo 02 de 2015. Para resolver dicho planteamiento, la Sala (i) reiterará su jurisprudencia respecto de las facultades regulatorias de las corporaciones nominadoras ante la ausencia de la ley que desarrolle el mecanismo de convocatoria pública consagrado en el artículo 126 de la Constitución, modificado por el acto legislativo 02 de 2015, y la necesidad de respetar los principios consagrados en dicha preceptiva, (ii) especialmente el de mérito, al cual se referirá con algún detalle, para, finalmente, abordar (iii) el fondo del asunto.

REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL – Facultad regulatoria de corporaciones nominadoras / CONVOCATORIA PÚBLICA – Ausencia de ley que la regule / MÉRITO – Desconocimiento del criterio funcional

Para esta Sección por un lado, la ausencia de una ley que regule la convocatoria pública no constituye un obstáculo insalvable para que los operadores jurídicos la lleven a cabo, pues hasta que el legislador llene tal vacío las corporaciones nominadoras cuentan con la autonomía suficiente para determinar sus parámetros en cada caso. Y por otro lado, también se infiere que dicha autonomía no puede desconocer, entre otros, los principios consagrados en el mismo artículo 126 de la Constitución, es decir, la “publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito” para la selección del servidor de que se trate. En otras palabras, es la ley la que debe determinar la forma en la que ha de realizarse la convocatoria de que trata el referido artículo constitucional. Sin embargo, a falta de esta, la corporación nominadora cuenta con un margen de autonomía que, en todo caso, está limitado por los principios enunciados en el párrafo anterior. Se podría decir entonces que la convocatoria pública, como está consagra en el artículo 126 Superior, es un nivel intermedio entre ese tipo de procedimientos en los que no necesariamente se debe designar a quien ocupe el primer lugar en una lista de elegibles –como sí ocurre en los concursos de mérito–, pero que, en todo caso, sí requiere de la fijación de unos procedimientos y requisitos mínimamente reglados –lo cual se evidencia en menor medida en los avisos de invitación– que consulten criterios de mérito.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 126

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., nueve (09) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 73001-23-33-000-2016-00261-03

Actor: WILSON LEAL ECHEVERRY

Demandado: DORIS CAVIEDES RUBIANO SECRETARIA GENERAL DEL CONCEJO MUNICIPAL DE IBAGUÉ

Asunto: Fallo de segunda instancia, confirma declaratoria de nulidad por desconocimiento del criterio constitucional del mérito

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por la demandada y el Concejo Municipal de Ibagué contra la sentencia del 15 de diciembre de 2016, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Tolima declaró la nulidad del acto que designó a la señora **DORIS CAVIEDES RUBIANO** como Secretaria General del Concejo Municipal de Ibagué para el año 2016.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. El señor **Wilson Leal Echeverry**, en nombre propio, presentó demanda de nulidad electoral el 4 de abril de 2016¹, ante el Tribunal Administrativo del Tolima, con las siguientes pretensiones:

“1.1. (...) declarar la nulidad de la elección de la Doctora DORIS CAVIEDES RUBIANO como SECRETARIA GENERAL DEL CONCEJO MUNICIPAL DE IBAGUE (sic) para el periodo 2016 contenida en el ACTA DE SESIÓN PLENARIA No. 006 de enero 07 de 2016 publicada el 17 de febrero de 2016.

1.2. Se inaplique la Resolución 002 de 2016 expedida por el Concejo Municipal de Ibagué”. (Fl. 68)

1.2. Como fundamentos fácticos, en la demanda se plantearon, en síntesis, los siguientes:

a) Al Concejo Municipal de Ibagué le corresponde realizar la elección de sus funcionarios dentro de los diez primeros días del mes de enero.

b) El Secretario General del Concejo Municipal de Ibagué es un funcionario del nivel directivo, elegido por la Corporación para periodos de un año.

c) Mediante Resolución No. 002 de 4 de enero de 2016 el Concejo Municipal abrió la convocatoria pública para la inscripción de hojas de vida de los aspirantes al cargo de Secretario General del Concejo Municipal de

¹ Folios 1 al 85.

Ibagué para el año 2016, y estableció las etapas eliminatorias y clasificatorias, así como el cronograma del trámite eleccionario.

d) La Resolución 002 de 2016, no reguló los aspectos propios del mérito que, además, requerían desarrollo legal.

e) El 7 de enero de 2016 se realizó la postulación, elección y posesión de la señora **DORIS CAVIEDES RUBIANO** como Secretaria General del Concejo Municipal de Ibagué.

f) El acto acusado se expidió vulnerando las disposiciones constitucionales en que debía fundarse porque no se ajustó a lo previsto en el artículo 2° del acto legislativo 02 de 2015.

1.3. El actor enunció como violados los artículos 25, 36 y 37 de la Ley 136 de 1994; los artículos 1, 2, 4, 6, 121 y 122 de la Constitución Política; y el artículo 20 del acto legislativo 2 de 2015 que modificó el artículo 126 de la Carta Política de 1991.

En este orden, el accionante fundamentó la violación de los anteriores preceptos normativos conforme a los siguientes razonamientos:

"El acto acusado cuya nulidad se pretende a través de este medio de control judicial, está viciado por la violación de la Constitución Política de 1991, como quiera que de manera palmaria y burda infringe las reglas previstas en el recién expedido acto legislativo 02 de 2015 mediante el cual se modificó el artículo 126 de la Constitución Política de 1991, pues a la fecha el legislador conforme a la facultad otorgada en dicho acto legislativo no ha previsto reglamentación alguna para la elección de servidores públicos atribuida a las corporaciones públicas, en este caso la Secretaria General del Concejo Municipal de Ibagué, la cual no puede ser desarrollada por la mesa directiva, máxime cuando no se previeran en el presente proceso de elección adelantado por el Concejo Municipal, reglas, pruebas, metodología o instrumentos que garanticen el principio del mérito.

De la misma manera se propone como concepto de violación, la infracción a las disposiciones constitucionales art 4 y art 2 acto legislativo 02 de 2015 como quiera que para la elección del Secretario General del Concejo Municipal de Ibagué periodo 2016, no se garantizó ni atendió el principio del MÉRITO previsto en el acto legislativo 02 de 2015 que modificó el artículo 126 de nuestra Carta Magna, por lo cual ante la necesidad de garantizar el principio del mérito en la elección, debió dar prevalencia al mandato constitucional consagrado en el referido acto legislativo conforme lo establece el artículo 4 del canon constitucional y no a las reglas previstas en el artículo 35 de la Ley 136 de 1994 y el artículo 43 del reglamento interno del Concejo (Resolución No. 061 de 2004 y el acuerdo 022 de 2006)".

2. Trámite del Proceso

Presentada la demanda, el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante auto del 23 de mayo de 2016, la admitió y decretó la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado.

El 7 de junio de 2016, el apoderado de la demandada y el del Concejo Municipal de Ibagué interpusieron recurso de apelación contra el auto que admitió la demanda, en lo relacionado con la suspensión provisional del cargo. El 27 de octubre de 2016, esta Sala confirmó la decisión del *a quo* sobre dicha medida cautelar.

3. Contestaciones

3.1. De la demandada señora DORIS CAVIEDES RUBIANO

El apoderado de la señora **DORIS CAVIEDES RUBIANO** propuso en su contestación las siguientes excepciones²:

a) Petición en indebida forma: al respecto argumentó que la ley se abstuvo de indicar el procediendo específico para elegir a los secretarios generales de los concejos municipales, por lo que resultaría forzoso concluir que la designación de esos funcionarios debe someterse *“a la decisión general de las corporaciones públicas de elección popular para que los concejales establezcan un contacto directo con los aspirantes en orden a apreciar directamente sus calidades, cualidades, destrezas y conocimientos, lo cual permite que cuente con un alto margen de autonomía y discrecionalidad y no en forma analógica como pretende el accionante”* (Folio 198)

b) Legalidad del acto demandado: manifestó que la elección de la Secretaria General del Concejo Municipal de Ibagué es exclusiva de dicha corporación pública y que no existe una norma que determine en forma concreta el procedimiento que se debe desplegar para la elección del secretario, por lo que el Concejo asumió la figura de la convocatoria pública.

c) Caducidad: Considera que el término empezó a correr al día siguiente de la realización de la elección, es decir el 8 de enero de 2016, por lo que tenía oportunidad de presentar la demanda el 22 de febrero de 2016, según el artículo 164.2 del CPACA, situación que no se configuró puesto que la misma se presentó el 5 de abril siguiente, cuando ya había operado el fenómeno de la caducidad.

3.2. Del Concejo Municipal de Ibagué

El apoderado del Concejo Municipal alegó las excepciones de i) ineptitud sustancial de la demanda por indebida interpretación de la violación de las normas constitucionales, ii) ineptitud sustancial de la demanda por falta de

² Folio 194 a 204.

motivación del concepto de violación de las normas de rango legal, iii) caducidad de la acción electoral, iv) el concejo municipal de Ibagué obró en estricto cumplimiento de un deber legal, v) indebida interpretación de la naturaleza del cargo de secretario general del concejo municipal de Ibagué, vi) falta de intervención del legislador, vii) la lógica de lo razonable, y viii) del principio de la buena fé en las actuaciones de las autoridades públicas.

4. Audiencia Inicial

Esta se llevó a cabo el 29 de julio de 2016³ y se desarrolló en la forma prevista en la Ley 1437 de 2011.

En dicha audiencia se dispuso el saneamiento de nulidades (que no hubo), se resolvieron las excepciones propuestas,⁴ y previo al decreto de pruebas se fijó el litigio, así:

Determinar “si el Concejo Municipal de Ibagué transgredió las normas constitucionales que rigen la convocatoria pública para la elección del Secretario General de dicha corporación pública al omitir aplicarlas ante el vacío legal de preceptos que regulen tal procedimiento con observancia del principio del mérito; es decir, se examinará si el acto de elección del Secretario General del Concejo Municipal de Ibagué para el periodo 2016, señora DORIS CAVIEDES RUBIANO, proferido por el Concejo de Ibagué en sesión plenaria del 07 de enero de 2016 se encuentra acorde a derecho.”⁵.

5. Alegatos de Conclusión de Primera Instancia

5.1. El demandante reiteró los argumentos señalados en el escrito de la demanda, según los cuales dentro del expediente está probado que la elección del Secretario General del Concejo Municipal no se sujetó a las reglas previstas en el artículo 2 del acto legislativo 02 de 2015 que modificó el artículo 126 de la Constitución Política de 1991.

Para terminar, solicitó que se declarara la nulidad de la elección de la señora **DORIS CAVIEDES RUBIANO** como Secretaria General del Concejo Municipal de Ibagué, período 2016.

5.2. El apoderado de la demandada precisó que el acto legislativo 2 de 2015 no revocó los artículos 35 y 37 de la Ley 136 de 1994, por lo que el secretario general debe ser elegido por el Concejo Municipal entre quienes cumpan con el perfil señalado en el artículo 137 de la misma normativa.

Por ello solicitó se desestimaran las pretensiones de la demanda de nulidad electoral.

³ Folio 222.

⁴ La demandada y el Concejo Municipal de Ibagué presentaron recurso de apelación contra la decisión que declaró no prospera la excepción de caducidad. Recurso que esta Sala resolvió el 27 de octubre de 2016 en el que confirmó la decisión recurrida.

5.3. El apoderado del Concejo Municipal de Ibagué reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, con base en ello, pidió se negaran las pretensiones de la demanda.

5.4. La Procuradora Judicial Delegada, solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda por encontrar que el Concejo Municipal de Ibagué no dio cumplimiento a las etapas para la elección del Secretario General.

6. Fallo de Primera Instancia

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia de 15 de diciembre de 2016, decidió:

“Primero. LEVÁNTASE la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, adoptada por la Sala en providencia adiada el 23 de mayo de 2016.

Segundo. DECLÁRASE LA NULIDAD del acto administrativo de elección de la señora DORIS CAVIEDES RUBIANO como SECRETARIA GENERAL DEL CONCEJO MUNICIPAL DE IBAGUÉ, el cual fuera expedido por el Concejo de Ibagué en sesión plenaria celebrada el día 07 de enero de 2016, por la causal de nulidad señalada en el inciso 1º del artículo 275 de la Ley 1437, en consonancia con los razonamientos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero. DENIÉGANSE las demás pretensiones invocadas en las demandadas de los procesos acumulados, conforme a lo establecido en la parte motiva del presente fallo.

(...)”

Como fundamento de su decisión manifestó que no obstante haberse cumplido formalmente con el procedimiento consagrado en la convocatoria No. 002 de 2016, la misma, más allá de relacionar los requisitos mínimos contemplados en la Ley para el cargo sometido a elección, no garantizó los principios de transparencia y de mérito para acceder al empleo público, al no evidenciarse regla alguna que permita inferir que se haya privilegiado criterio objetivo con miras a buscar la excelencia del servicio.

Por tal razón dedujo que en la práctica, el Concejo Municipal de Ibagué no se ocupó de reglamentar en debida forma la convocatoria pública de que trata el artículo 126 superior, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, por lo cual declaró la nulidad del acto de elección acusado.

7. Apelación

El apoderado de la demandada y el Concejo Municipal presentaron sendos recursos de apelación ante esta decisión, que la Sala resume así:

⁵ Folio 659 reverso.

7.1. De la demandada DORIS CAVIEDES RUBIANO

El apoderado de la señora **DORIS CAVIEDES RUBIANO** pidió que se revoque la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad de la elección de la señora **CAVIEDES RUBIANO** como Secretaria General del Concejo Municipal de Ibagué.

Manifestó que en la demanda y su contestación nunca se debatió si en la elección de la Secretaria General del Concejo Municipal de Ibagué existieron actos de violencia sobre los concejales de dicha Corporación, quienes son los electores o nominadores del Secretario General, por lo que no entiende como se ha decretado la nulidad de la elección con fundamento en la causal descrita en el inciso 1º del artículo 275 del CPACA.

Alegó que el cargo de violencia nunca fue objeto de debate dentro del proceso y por ello nunca tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto.

Asimismo, precisó que el artículo 35 de la Ley 136 de 1994 señaló que la elección del secretario debe hacerse dentro de los primeros diez días del mes de enero, previo señalamiento de la fecha con tres días de anticipación, por lo que el acto de elección se debe realizar en siete días, motivo que según él hace imposible realizar una convocatoria o concurso con tiempo para cada etapa.

Indicó que el concejo cumplió con las etapas de convocatoria, reclutamiento, sustentación hoja de vida, elaboración de lista de elegibles y la elección en los términos señalados por la ley, porque de no haber cumplido con estos se habría iniciado una investigación disciplinaria y penal.

Argumentó que la Resolución 002 de enero 4 de 2016 fue expedida dentro de los términos señalados en la norma legal, por lo que reiteró lo expuesto en el trascurso del proceso.

Recalcó que el Tribunal Administrativo de Ibagué no resolvió las excepciones que se propusieron con la contestación de la demanda, sin indicar cuáles habían sido las que faltaron por decidir.

Finalizó resaltando que a los 19 aspirantes inscritos se les escuchó en audiencia pública, en la que sustentaron sus hojas de vida, y en la que los concejales pudieron mirar la experiencia y estudio de cada uno de los aspirantes agotando así el criterio de mérito.

7.2. Del Concejo Municipal de Ibagué

El apoderado del Concejo Municipal de Ibagué solicitó tener como parte de la sustentación del recurso de apelación las razones de hecho y de derecho esbozadas en la contestación de la demanda.

De igual forma reiteró que el Concejo Municipal podía regular el procedimiento de la elección demandada para suplir dicho cargo, ya que aún

no ha sido desarrollado por el Legislador y por lo que eligió la realización de una convocatoria pública en la que en ningún momento existió alguna violación.

Finalizó solicitando se revoque la sentencia dictada en primera instancia.

8. Alegatos de Conclusión en Segunda Instancia

8.1. Del demandante

El demandante reiteró los argumentos expuesto en el desarrollo de la primera instancia por lo que solicitó que se confirme la nulidad declarada por el Tribunal.

Indicó que la elección del Secretario General del Concejo Municipal no se sujetó a las reglas previstas en el artículo 2 del acto legislativo 02 de 2015 que modificó el artículo 126 de la Constitución Política de 1991, situación que se probó en el transcurso del proceso.

Para terminar, solicitó confirmar la nulidad de la elección de la señora **DORIS CAVIEDES RUBIANO** como Secretaria General del Concejo Municipal de Ibagué, período 2016.

9. Concepto del Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado

El Agente del Ministerio Público realizó un breve recuento de la demanda y del trámite surtido hasta el fallo de primera instancia, y luego de estudiar las normas aplicables al caso, concluyó que la designación de la Secretaria del Concejo Municipal de Ibagué no se ajustó al ordenamiento jurídico por lo que solicitó se confirme la decisión de primera instancia que declaró la nulidad del acto de elección de la señora **DORIS CAVIEDES RUBIANO** como Secretaria General del Concejo.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De la competencia⁶

De conformidad con los artículos 150 y 292⁷ del CPACA, como también en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999 –Reglamento del

⁶ Cabe resaltar que el proceso de la referencia, en virtud a lo dispuesto en el artículo 152-9 del CPACA, es de aquellos que conoce el Tribunal Administrativo en primera instancia, por ser la Secretaria del Concejo Municipal una “autoridad municipal” que ejerce las funciones de tesorero pagador-almacenista y Jefe de personal en la referida corporación político administrativa de un municipio con más de 70.000 habitantes que, además, es capital de departamento.

⁷ 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. Sustentado el recurso, se enviará al superior a más tardar al día siguiente para que decida sobre su admisión. Si reúne los requisitos legales, será admitido mediante auto en el que ordenará a la Secretaría poner el memorial que lo fundamente a disposición de la parte contraria, por tres (3) días. Si ambas partes apelaren, los términos serán comunes.

Consejo de Estado-, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003, esta Corporación es competente para conocer de las apelaciones interpuestas contra el fallo de primera instancia dictado por el Tribunal Administrativo del Tolima que declaró la nulidad del acto de elección de la señora **DORIS CAVIEDES RUBIANO** como Secretaria General del Concejo Municipal de Ibagué, periodo 2016.

2. Oportunidad del recurso

Se hace notar que las apelaciones fueron presentadas oportunamente, por cuanto las notificaciones personales del fallo que declaró la nulidad de la elección en cuestión se realizaron el 16 de diciembre de 2016, y los recursos se interpusieron el 16 de enero de 2017.

3. Acto demandado

Se trata del acto de elección de la señora **DORIS CAVIEDES RUBIANO** como Secretaria General del Concejo Municipal de Ibagué, periodo 2016, contenido en el acta de sesión plenaria No. 006 de enero 07 de 2016 de esa Corporación.

4. Problema Jurídico

En la audiencia inicial, se fijó el litigio en determinar *“si el Concejo Municipal de Ibagué transgredió las normas constitucionales que rigen la convocatoria pública para la elección del Secretario General de dicha corporación pública al omitir aplicarlas ante el vacío legal de preceptos que regulen tal procedimiento con observancia del principio del mérito; es decir, se examinará si el acto de elección del Secretario General del Concejo Municipal de Ibagué para el periodo 2016, señora DORIS CAVIEDES RUBIANO, proferido por el Concejo de Ibagué en sesión plenaria del 07 de enero de 2016 se encuentra acorde a derecho.”*⁸

Y comoquiera que la discordancia entre el fallo de primera instancia y las apelaciones se contraen a resolver el mismo interrogante, concierne a la Sala pronunciarse, en segunda instancia, en tales términos.

Por lo tanto, corresponde a la Sala establecer si confirma, modifica o revoca el fallo apelado, para lo cual se hace necesario determinar si el acto de designación demandado refleja una posible violación de disposiciones de carácter constitucional y legal, por no atender criterios de mérito, según lo establecido en el artículo 126 de la Constitución modificado por el acto legislativo 02 de 2015.

Contra el auto que concede y el que admite la apelación no procede recurso.
Parágrafo. Los Secretarios serán responsables de las demoras que ocurran en el envío de los expedientes.

⁸ Folio 228.

Para resolver dicho planteamiento, la Sala (i) reiterará su jurisprudencia respecto de las facultades regulatorias de las corporaciones nominadoras ante la ausencia de la ley que desarrolle el mecanismo de convocatoria pública consagrado en el artículo 126 de la Constitución, modificado por el acto legislativo 02 de 2015, y la necesidad de respetar los principios consagrados en dicha preceptiva, (ii) especialmente el de mérito, al cual se referirá con algún detalle, para, finalmente, abordar (iii) el fondo del asunto.

5. Reiteración jurisprudencial de la facultad regulatoria de las corporaciones nominadoras ante la ausencia de la ley que desarrolle el mecanismo de convocatoria pública consagrado en el artículo 126 de la Constitución, modificado por el acto legislativo 02 de 2015.

El cuarto inciso del artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 02 de 2015, dispone que:

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

Para esta Sección, la convocatoria pública que se consagra en el Acto Legislativo *“...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”*⁹.

En efecto, las pautas con las 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 permean y son transversales a toda la actuación administrativa, sino que además vinculan a la administración”*¹⁰.

Tales exigencias *“... se erigen como un marco jurídico de obligatorio acatamiento para las partes que en ella intervienen, razón por la cual los lapsos, requisitos, formas de calificación, entre otros aspectos, que en ella se consagren son de estricta observancia...”*

Por otro lado, es claro que la norma constitucional establece que tales convocatorias deben sujetarse a una ley. No obstante, por lo reciente de la reforma constitucional que introdujo dicha figura, aquella no ha sido expedida.

⁹ C. P. Alberto Yepes Barreiro, rad. 11001-03-28-000-2014-00128-00, demandado: SECRETARIO DE LA COMISION SEXTA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL SENADO DE LA REPUBLICA.

¹⁰ *Ibidem*.

Esta Sección, en providencia de 31 de marzo de 2016, refiriéndose al vacío normativo existente para la convocatoria pública mediante la cual debía designarse el Contralor de Santander, recalcó *“que el mandato contenido en el artículo 272 de la Carta no ha sido objeto de desarrollo legislativo, lo cual implica que no existe actualmente un mecanismo que permita determinar el procedimiento que debe seguirse a partir de la convocatoria pública que corresponde hacer a las corporaciones territoriales para la elección, en este caso, de los contralores.”*¹¹,

Consideró que *“este vacío normativo en el cual insistió el actor no permite concluir, en esta etapa inicial del proceso, que el trámite adelantado por la Asamblea de Santander para la elección del contralor departamental haya sido irregular, ni que la convocatoria pública hecha para tales efectos sea ilegal en sí misma.”*¹²

Por lo que concluyó que *“no puede decirse que la Asamblea haya sustituido al legislador pues lo que hizo fue abrir la convocatoria, en virtud del principio general contenido en el artículo 272 de la Constitución, para sustentar el procedimiento que culminó con la elección del contralor. El hecho de no haber actuado así hubiese implicado **el incumplimiento de la obligación que tiene de elegir al funcionario.**”* (Negrilla por fuera de texto)¹³

En este mismo sentido se pronunció la Sala en la sentencia de 21 de julio de 2016¹⁴, cuando se refirió de forma concreta al vacío legal que existe frente a lo consagrado en el artículo 126 Superior. En aquella oportunidad se dijo:

*“La Sala considera que en desarrollo del artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, hasta tanto el Legislador no regule los procedimientos de las convocatorias públicas para la elección de servidores públicos atribuida a las corporaciones públicas, como la elección de los Directores Generales de las CAR, **dichas corporaciones deben adoptar procedimientos que permitan garantizar los principios constitucionales consagrados en dicha norma**”.*

De lo anterior surge, con total certeza, que para esta Sección por un lado, la ausencia de una ley que regule la convocatoria pública no constituye un obstáculo insalvable para que los operadores jurídicos la lleven a cabo, pues hasta que el legislador llene tal vacío las corporaciones nominadoras cuentan con la autonomía suficiente para determinar sus parámetros en cada caso.

Y por otro lado, también se infiere que dicha autonomía no puede desconocer, entre otros, los principios consagrados en el mismo artículo 126

¹¹ C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio, rad. 68001-23-33-000-2016-00149-01, demandado: DIEGO FRAN ARIZA PÉREZ - CONTRALOR DE SANTANDER.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

¹⁴ C. P. Alberto Yepes Barreiro, rad. 11001-03-28-000-2015-00032-00, demandado: JORGE ENRIQUE CARDOSO RODRÍGUEZ – DIRECTOR GENERAL DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL TOLIMA.

de la Constitución, es decir, la “*publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y **critérios de mérito***” para la selección del servidor de que se trate.

En otras palabras, es la ley la que debe determinar la forma en la que ha de realizarse la convocatoria de que trata el referido artículo constitucional. Sin embargo, a falta de esta, la corporación nominadora cuenta con un margen de autonomía que, en todo caso, está limitado por los principios enunciados en el párrafo anterior.

Se podría decir entonces que la convocatoria pública, como está consagrada en el artículo 126 Superior, es un nivel intermedio entre ese tipo de procedimientos en los que no necesariamente se debe designar a quien ocupe el primer lugar en una lista de elegibles –como sí ocurre en los concursos de mérito–, pero que, en todo caso, sí requiere de la fijación de unos procedimientos y requisitos mínimamente reglados –lo cual se evidencia en menor medida en los avisos de invitación– que consulten criterios de mérito.

6. Criterios de mérito

Tal y como se mostró, en la convocatoria pública de que trata el artículo 126 Constitucional deben fijarse requisitos y procedimientos que garanticen criterios de mérito.

Este principio es cardinal de la función pública, e irradia nuestro Ordenamiento Supremo, a partir de premisas también consagradas en otros artículos, como el 125, 266 y 279 de la Carta.

El mérito está asociado a condiciones de efectividad a la hora de encarnar los distintos roles a través de los cuales el Estado propende por la consecución de sus fines y a diferencia de las condiciones de elegibilidad, que son parámetros mínimos de acceso a cargos y funciones públicas, aquel traduce la búsqueda de máximos, en la medida en que propende por la designación de quien tiene las mejores condiciones –personales y/o laborales– y habilidades para lograrlo de acuerdo con el perfil que se haya establecido para el cargo o con las necesidades generales y específicas del servicio.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-123 de 2013¹⁵, efectuó algunas precisiones sobre el “mérito” que debe acompañar a quienes participan del ejercicio de la función pública. En lo pertinente, explicó:

“... la provisión de empleos mediante concurso no es exclusiva de la carrera administrativa y tampoco lo es el mérito, por lo que, en consecuencia, la acreditación de las respectivas calidades también se exige respecto de cargos que no sean de carrera, ya sea mediante

¹⁵ M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

concursos adelantados para tal efecto o en virtud de mecanismos distintos cuya finalidad sea establecer la idoneidad de los aspirantes. (...) Ahora bien, el mérito que se requiere para entrar a ejercer la función pública no corresponde al surgido del reconocimiento o de la estima que el conglomerado social suele discernir a quien ha realizado acciones merecedoras de encomio, ni al actuar loable generador de un justo premio o recompensa, sino a las **condiciones subjetivas o de formación configuradoras del perfil que el candidato ha de tener para ejercer las competencias o cumplir las labores o actividades propias del empleo que se va a proveer**, razón por la cual debe apreciarse en concreto, vale decir en relación con el cargo específico al que se aspira y con las necesidades del servicio que se deban atender mediante su ejercicio. Refiriéndose a la carrera administrativa y al concurso público, **con palabras aplicables a cualquier proceso, la Corte ha puntualizado que ‘el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos’** (...). El proceso de selección se orienta a la ‘determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias del cargo’” (negritas propias)

De lo anterior se deduce que tal cualidad (mérito) desborda la órbita del concurso, que es apenas una de las tantas formas de provisión del empleo público y, por ende, el hecho de que se apele al mérito en la selección, no quiere decir que necesariamente se debe realizar un concurso.

El mismo discernimiento le dio el Constituyente a la reforma de 2015, cuando en el artículo 126 Superior señaló que *“Salvo los **concursos** regulados por ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una **convocatoria pública reglada por la ley**”*.

Ello significa que, si bien el mecanismo de convocatoria consagrado en la Carta y el concurso público tienen como común denominador el “mérito”, uno y otro no son equiparables, pues, mientras este último es la regla general, el primero constituye un procedimiento exceptivo y, por tal, con características propias.

Tal y como lo indicó la Sala de Consulta Civil en los dos conceptos que sobre esta materia rindió en noviembre de 2015, por solicitud del Ministro del Interior, concluyó que *“el constituyente derivado quiso diferenciar la convocatoria pública del concurso público de méritos del artículo 125 de la Constitución Política, particularmente porque en los procesos de elección mediante convocatoria pública no existe un orden obligatorio de escogencia entre los candidatos que superan las etapas de selección, tal como ocurre en los concursos de méritos. (...) Sin embargo, en lo demás (publicidad de la convocatoria, reclutamiento de los mejores perfiles, transparencia, aplicación de criterios objetivos y de mérito, etc.) puede decirse que no existen*

*diferencias sustanciales entre uno y otro mecanismo de selección de servidores públicos*¹⁶.

Aunado a lo anterior, es lo cierto que quien resulte designado a través de cualquiera de tales formas eleccionarias debe cumplir con condiciones de capacidad e idoneidad que le permitan atender con solvencia las necesidades propias del cargo al que accede.

Estos atributos se pueden mirar en función de diversos factores, algunos de ellos¹⁷, las (i) calidades académicas, (ii) la experiencia o (iii) las competencias, cuya ponderación podrá variar de conformidad con las especificidades del concurso o de la convocatoria. Así, en un determinado proceso de selección se puede mirar cualquiera de ellos, en el orden y con el valor que el nominador previamente le asigne, de suerte que, por ejemplo, mientras en una convocatoria la prueba de conocimientos tenga la mayor incidencia en la elección, puede que en otra no sea un factor influyente o, inclusive, puede que ni siquiera sea un punto a tener en cuenta, en la medida en que para el nominador sean determinantes solo la experiencia y la formación.

Empero, se insiste, en todo caso, eso es algo que corresponde definir a la autoridad convocante, que, como se explicó en el acápite anterior, goza de cierta autonomía para definir y organizar tales criterios, en el entretanto en que el legislador expida la ley en la que los regule de forma general o específica.

7. Fondo del asunto

El Tribunal de primera instancia declaró la nulidad del acto que designó a la señora **DORIS CAVIEDES RUBIANO**, al encontrar que la convocatoria realizada a través de la Resolución No. 002 de 4 de enero de 2016 no respetó el criterio constitucional de mérito, pues si bien, el Concejo Municipal de Ibagué tenía la facultad de elegir para el cargo de Secretario General de la Corporación a quien cumpliera los requisitos mínimos, debía justificar bajo parámetros objetivos por qué la accionada era la persona idónea para ocupar nuevamente el cargo y reunía el mejor perfil de todos los inscritos para desempeñarlo.

¹⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de noviembre diez (10) de 2015, radicación No. 2274, expediente No. 11001-03-06-000-2015-0182-00, C.P. Álvaro Namen Vargas.

¹⁷ Con relación a varios de estos, en punto a sus características, modalidades y formas de acreditarlos esta Sección se ha pronunciado en diferentes sentencias, que, a títulos ilustrativo, pueden ser consultadas: (i) C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 27 de junio de 2013, rad. 11001-03-28-000-2012-00033-00, demandado: JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES - VICEFISCAL GENERAL DE LA NACIÓN; (ii) C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 17 de octubre de 2013, rad No. 25000-23-24-000-2012-00870-01, demandado: EUCLIDES MANCIPE TABARES - DIRECTOR TÉCNICO GRADO 09 DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS; (iii) C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 6 de agosto de 2014, rad No. 11001-03-28-000-2013-00021-00, demandado: LUIS FERNANDO LOZANO FORERO – SUPERINTENDENTE DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA; y (iv) C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 3 de diciembre de 2015, rad. 11001-03-28-000-2014-00135-00, demandado: ALEXANDER VEGA ROCHA - MAGISTRADO CONSEJO NACIONAL ELECTORAL.

Los recursos de apelación, se fundan, en síntesis, en que: i) el Tribunal decidió la nulidad del acto acusado conforme al artículo 275.1 de la Ley 1437 de 2011, violencia en el elector, siendo un cargo nuevo que nunca se propuso en la demanda y del cual la parte demandada no ejerció su derecho de defensa, ii) el Concejo Municipal dio cumplimiento a lo consagrado en el artículo 35 de la Ley 136 de 1994 que señala que la elección de los secretarios debe hacerse dentro de los 10 primeros días del mes de enero por lo que era imposible realizar una convocatoria larga o concurso público, iii) el Tribunal no resolvió las excepciones que se propusieron con la contestación de la demanda iv) por haberse escuchado en audiencia pública a los 19 ciudadanos inscritos para que sustentaran su hoja de vida se cumplió con los principios de mérito, y v) por tratarse de una convocatoria pública no era posible atender las reglas de un concurso de méritos y las dispuestas para la elección del Personero Municipal

En cuanto al primer argumento, la Sala evidencia que el mismo surge de una lectura errada por parte del apoderado de la demandada, ya que lo dicho por el Tribunal en el fallo de primera instancia, no hace referencia al numeral 1º del artículo 275 del CPACA, como lo indica el recurrente, sino a su inciso primero.

Se encuentra que en el punto 3.4 de la sentencia de primera instancia¹⁸ el Tribunal precisó que la causal de nulidad invocada por el demandante era la prevista en el inciso 1º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, que señala:

“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 (...)”.

Y procedió a dejar claro que lo alegado por el actor fue la expedición del acto demandado con infracción de las normas en que debía fundarse, al omitir la aplicación de lo previsto en el artículo 126 superior modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, como se puede evidenciar en el acápite 4.2 de la demanda.¹⁹

En razón de lo anterior, este cargo no está llamado a prosperar, ya que la causal de nulidad señalada por el *a quo* fue la misma que propuso el demandante y de la cual ejerció su derecho de defensa la demandada y el Concejo Municipal de Ibagué en sus respectivas contestaciones²⁰.

En relación al segundo alegato, que el Consejo Municipal dio cumplimiento a lo consagrado en el artículo 35 de la Ley 136 de 1994 que señala que la elección de los secretarios debe hacerse dentro de los 10 primeros días del mes de enero por lo que era imposible realizar una convocatoria larga o concurso público, y al desconocer dicho término podían incurrir en falta disciplinaria o penal.

¹⁸ Folio 271, reverso.

¹⁹ Folio 74.

²⁰ Contestaciones visibles a folios 172-193 y 194-204.

Se tiene que, como se estudió de forma previa en el capítulo “5” en las consideraciones de esta providencia, hasta que el legislador no disponga un trámite general o especial para la convocatoria pública, las Corporaciones nominadoras tiene un margen de autonomía para fijar los requisitos y procedimientos de la misma, siempre que no resulten contrarios al ordenamiento jurídico y respeten el principio constitucional del mérito.

Por lo que en ningún momento el Tribunal señaló que el Concejo Municipal de Ibagué debía desconocer el término señalado por el legislador e incurrir en alguna falta disciplinaria o en un delito, por el contrario, reitero la posición de esta Sala e indicó que la duma municipal podía establecer un procedimiento de elección precedido de una convocatoria pública sin que ello implicara la aplicación obligatoria de los procedimientos previstos para los concursos de mérito, por lo que este cargo no prospera.

Respecto al tercer alegato, que el Tribunal no resolvió las excepciones que se propusieron con la contestación de la demanda, la Sala procede a comprobar tal situación como sigue.

Mediante escrito presentado el 27 de junio de 2016, el apoderado de la señora **DORIS CAVIEDES RUBIANO** contestó la demanda y propuso las siguientes excepciones:

1. **Petición en indebida forma:** La fundamentó argumentando que las pretensiones de la demanda tienen como fundamento esencial la aplicación analógica del acto legislativo 002 de 2016 (artículo 126 de la Constitución), lo cual en su criterio constituye un desafuero jurídico.
2. **Legalidad del acto demandado:** Indicó que la Resolución 002 de enero 4 de 2016 fue expedida por la autoridad competente dentro de los reglamentos y términos legales señalados
3. **Caducidad:** Consideró que el término empezó a correr al día siguiente de la realización de la elección, es decir el 8 de enero de 2016, por lo que el actor tenía oportunidad de presentar la demanda hasta el 22 de febrero de 2016, según el artículo 164.2 del CPACA, situación que no se configuró puesto que la misma se presentó el 5 de abril siguiente, cuando ya había operado el fenómeno de la caducidad.

El Tribunal en audiencia inicial realizada el 29 de julio de 2016 indicó que la excepción de caducidad carecía de vocación de prosperidad, decisión que fue confirmada por esta Sala el 27 de octubre de 2016, y señaló que las otras dos excepciones propuestas serían estudiadas en el fallo, comoquiera que están orientadas a atacar las pretensiones de la demanda.

Situación que se configuró en la sentencia de 15 de diciembre de 2016, donde el *a quo* resolvió las excepciones indicando que *“no obstante haberse cumplido formalmente con el procedimiento consagrado en la convocatoria No. 002 de 2016, la misma, más allá de relacionar los requisitos mínimos contemplados en la Ley para el cargo sometido a elección, no garantizó los*

principios de transparencia y de mérito para acceder al empleo público, al no evidenciarse regla alguna que permita inferir que se haya privilegiado criterio objetivo alguno con miras a buscar la excelencia del servicio, deduciéndose que en la práctica, el Consejo Municipal de Ibagué no se ocupó de reglamentar en debida forma la convocatoria pública de que trata el artículo 216 superior, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015”.

Por lo que no le asiste razón al apoderado de la accionada, puesto que, como pudo comprobar la Sección, el Tribunal resolvió todas las excepciones propuestas con los escritos de contestación de la demanda.

En cuanto al cuarto alegato, esto es, que por haber escuchado en audiencia pública a los 19 ciudadanos inscritos para que sustentaran su hoja de vida se cumplió con los principios de mérito, encuentra la Sala, que este argumento de defensa tampoco está llamado a prosperar, por cuanto los concejeros municipales se limitaron a escuchar las exposiciones de las hojas de vida de los candidatos, sin entrar a estudiar ni hacer ningún tipo de alusión a los criterios de mérito, más allá de lo que la ley establece como condición mínima de elegibilidad.

Respecto al quinto y último cargo, referente a que por tratarse de una convocatoria pública no era posible atender las reglas de un concurso de méritos y las dispuestas para la elección del Personero Municipal como se basa en los mismos argumentos alegados en el trascurso del proceso y estudiados al momento de confirmar la suspensión provisional del acto de designación aquí atacado, esta Sala se permite reiterar lo expuesto en aquella oportunidad, teniendo en cuenta que no han perdido vigencia.

Pues bien, según se explicó previamente, mientras el legislador no disponga un trámite general o especial para la convocatoria pública, las Corporaciones nominadoras gozan de un margen de autonomía para fijar los requisitos y procedimientos de la misma, siempre que no resulten contrarios al ordenamiento jurídico y respeten el principio constitucional del mérito.

Por lo que para poder verificar si se cumplió con lo anterior, es necesario acudir al texto de la convocatoria, cuyo carácter vinculante resulta innegable, y así determinar si se presentaron tales criterios de mérito.

Pues bien, una vez analizada la Resolución 002 de 4 de enero de 2016, *“Por medio de la cual se realiza una convocatoria pública para inscripción de hojas de vida de aspirantes al cargo de Secretario(a) del Concejo Municipal de Ibagué para el año 2016”*, se aprecia que su tenor literal consta de unos considerandos que remiten a los requisitos para ser Secretario del Concejo y a la naturaleza del cargo.

Así mismo, una parte resolutive que la Sala reseña así:

- Artículo primero: ordena realizar convocatoria.
- Artículo segundo: describe las funciones del cargo

- Artículo tercero: Estructura de la convocatoria, de acuerdo con el siguiente cuadro que es del mismo tenor que el de la resolución reseñada:

Inscripción Hojas de vida	Radical la hoja de vida en la oficina de la Secretaría General ubicada en el Palacio Municipal Oficina 202, presentando junto con la hoja de vida los soportes correspondientes, certificado de antecedentes disciplinarios y fiscales y para el caso de los hombres fotocopia de la libreta militar.	4 de enero al 6 de enero de 2016, en horario comprendido entre las 08:00 am a 11:30am y de las 2:00 pm a las 5:00pm.
Lista inscritos	Publicación en la página web del Concejo	6 de enero 2016 a las 6:00 pm.
Sustentación hoja de vida aspirantes	En el recinto del Concejo ante la plenaria, en un término de 5 minutos por aspirante y el mismo día será la elección	7 de enero de 2016 a partir de las 8:00 am.

- Artículo cuarto: Para la posesión se deberán acreditar requisitos de ley y presentar la documentación exigida.
- Artículo quinto: Publíquese en la página web para que la ciudadanía conozca.
- Artículo sexto: vigencia de la resolución.

Como puede verse, ninguna alusión se hizo a criterio de mérito alguno; no se atendieron factores diferenciales de experiencia, formación académica, conocimientos, ni de ninguna otra índole y mucho menos su forma de ponderación, más allá de lo que la ley establece como condición mínima de elegibilidad.

Cabe aclarar que ello no implica que tales criterios debieran establecerse en orden a parámetros cuantitativos. Así se explicó en la sentencia de 4 de agosto de 2016²¹, en la que se resolvió una demanda contra un acto de elección de corporación pública porque el acto de convocatoria que le precedió no tenía “criterios cuantitativos” de mérito reflejados en pruebas y antecedentes. En aquella ocasión, la Sala negó la pretendida nulidad, luego de concluir que el margen que tienen las corporaciones para regular el mecanismo del artículo 126 en cada caso, a falta de ley, no puede ignorar los criterios de mérito que la misma norma prefija, pero ello no significa que estos debieran expresarse en términos “cuantitativos” o en la forma que lo reclamaba el entonces actor.

Por ello, no es posible establecer que la selección que desembocó en el proceso de la referencia estuviera destinada a recaer sobre los aspirantes

²¹ C. P. Alberto Yepes Barreiro, rad. 11001-03-28-000-2016-00009-00, demandado: JOHNNY ALBERTO AVENDAÑO ESTRADA- DIRECTOR GENERAL DE CARSUCRE.

más idóneos para ocupar el cargo, toda vez que supeditar los criterios de mérito al cumplimiento de los requisitos normativos mínimos implica desconocer la teleología de la reforma introducida al artículo 126 de la Constitución y su efecto útil, pues antes de la misma, igualmente, para el acceso a todo cargo público –independientemente de su naturaleza– también era menester cumplirlos, inclusive, si se omite por completo la lectura del artículo ibídem, en nada cambiaría el referido hecho.

Así las cosas, para esta Sala es claro que se reúnen las condiciones necesarias para confirmar la nulidad del acto acusado, pues, de la documentación aportada en el trascurso del proceso, es posible vislumbrar una violación del artículo 126 de la Constitución, por desconocimiento del criterio constitucional del mérito.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 15 de diciembre de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima.

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

TERCERO: ADVERTIR que contra esta providencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDE
Consejera de Estado

