



Radicado: 68001-23-33-000-2020-00060-01
Demandante: Roberto Ardila Cañas
Demandado: Héctor Rolando Noriega Leal

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Magistrado Ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 68001-23-33-000-2020-00060-01
Demandante: Roberto Ardila Cañas
Demandado: Héctor Rolando Noriega Leal – contralor encargado de Bucaramanga

Temas: Competencia y oportunidad para encargo de contralor municipal.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 13 de julio de 2021, por la cual el Tribunal Administrativo de Santander denegó la pretensión de nulidad de la Resolución 197 del 30 de diciembre de 2019, expedida por la Mesa Directiva del Concejo de Bucaramanga para encargar al señor Héctor Rolando Noriega Leal como contralor municipal.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor Roberto Ardila Cañas, obrando en su propio nombre, instauró demanda¹ en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, previsto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Resolución 197 del 30 de diciembre de 2019, mediante la cual la Mesa Directiva del Concejo de Bucaramanga encargó como contralor municipal de esa ciudad al señor Héctor Rolando Noriega Leal, hasta que se supliera la vacancia del cargo por terminación del periodo del funcionario que lo ocupaba.

¹ Aunque en el expediente digital remitido por el Tribunal Administrativo de Santander no consta la fecha de presentación de la demanda, se observa que la misma fue repartida al despacho del magistrado ponente en dicha corporación el 24 de enero de 2020. Documento identificado como "4_ED_EXPEDIENTE_011EXPEDIENTED IGI(.pdf)".



1.1. Hechos

La parte actora relató que el Concejo de Bucaramanga eligió al señor Jorge Gómez Villamizar como contralor municipal para el periodo 2015 – 2019, que culminaba el 31 de diciembre de 2019. El 30 de diciembre de 2019, es decir, sin haber finalizado el periodo constitucional, la Mesa Directiva del Concejo profirió la Resolución 197, por la cual encargó como contralor al señor Héctor Rolando Noriega Leal, quien se posesionó en esa misma fecha. Durante su encargo, el funcionario realizó nombramientos y solicitó la renuncia de servidores del órgano de control.

1.2. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante señaló que los artículos 272 y 313, numeral 8 de la Constitución Política atribuyen a los concejos municipales y distritales la elección del contralor, por un periodo de cuatro (4) años. Así mismo, con base en el artículo 161 de la Ley 136 de 1994, advirtió que el alcalde deberá proveer con un funcionario de la respectiva contraloría las faltas absolutas de los contralores, que se produzcan durante el receso del concejo.

Además, a partir de lo dispuesto en el artículo 160 *ibídem*, indicó que el contralor toma posesión ante el concejo, salvo que no se encuentre sesionando, según las fechas previstas en el artículo 23 de la misma ley, caso en el cual lo hará ante el juez civil o promiscuo municipal, y durante la vacancia judicial, ante el alcalde.

Con este marco normativo, bajo el rótulo de la causal de nulidad por **expedición irregular**, advirtió que no se podía encargar a un contralor antes de terminar el periodo del anterior, pues en este escenario, aún no se ha producido la vacancia absoluta. En tal sentido, subrayó que el encargo del demandado se produjo el 30 de diciembre de 2019, a pesar de que el periodo del titular del cargo vencía el día 31 siguiente. Además, destacó que esa situación administrativa no debió ser definida por la Mesa Directiva del Concejo de Bucaramanga, sino por la plenaria de la corporación, aunado a que la posesión tenía que surtirse ante el alcalde.

Al respecto, manifestó que *“Este tipo de actos de encargo, proferidos por servidores públicos sin competencia, generarán como consecuencia, despidos nulos, sanciones nulas, investigaciones nulas, precisamente por la ilegitimidad de quien ostenta la condición irregular de contralor municipal encargado, nombrado irregularmente vulnerando las normas citadas en la presente demanda”*.

Por otra parte, en cuanto a la **falta de competencia**, interpretó que, de haberse presentado la vacancia absoluta, esta habría ocurrido a partir del 1º de enero de 2020, fecha para la cual el Concejo aún no estaba instalado, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 136 de 1994, así que la designación temporal correspondía efectuarla al alcalde. En este caso, la posesión debía llevarse a cabo ante el mismo



mandatario local en esa fecha, o ante la corporación administrativa el 2 de enero, una vez iniciadas sus sesiones.

Finalmente, sobre los cargos de **desviación de poder e infracción de normas**, el demandante se limitó a alegar la violación de la Constitución Política y la Ley 136 de 1994 y sostuvo que *“se evidencia un presunto interés personal de los miembros de la mesa directiva en tener un contralor municipal de su propia posición política”*.

2. Actuaciones procesales

2.1. Admisión de la demanda

Mediante auto de 6 de febrero de 2020, el Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda y negó la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, formulada por la parte actora. Esta última decisión estuvo soportada en la necesidad de surtir las etapas del proceso, especialmente la probatoria, para determinar la prosperidad de lo pretendido, pues el *a quo* no vislumbró *“a priori”* en el acto acusado la transgresión normativa propuesta.

2.2. Contestaciones de la demanda

2.2.1. El señor Héctor Rolando Noriega Leal asumió su propia defensa, manifestando para el efecto que el propio acto acusado reconoció que el periodo del contralor anterior, señor Jorge Gómez Villamizar, vencía el 31 de diciembre de 2019. Explicó que el encargo efectuado por la Mesa Directiva del Concejo de Bucaramanga el 30 de diciembre de 2019 estuvo justificado en la necesidad de no dejar acéfala la Contraloría Municipal mientras se llevaba a cabo el proceso de selección del funcionario en propiedad, el cual se encontraba suspendido por decisión judicial.

Así mismo, adujo que era la Mesa Directiva la que ostentaba la representación legal de la corporación para la época en que fue proferido el acto impugnado, por encontrarse en receso. Además, señaló que, de conformidad con el Acuerdo 045 de 2000 de esa corporación, *“por el cual se regulan las faltas temporales del contralor de Bucaramanga”*, el encargo debe proveerse con el servidor que ocupe el cargo de subcontralor municipal, del que es titular.

De otra parte, frente a los cuestionamientos de la parte actora sobre la autoridad competente para la posesión, observó que este no es un acto administrativo, sino de naturaleza protocolaria, no sometido al control judicial. También indicó que, en su caso, el acto de posesión advirtió que surtía sus efectos desde el 1º de enero de 2020. Sobre el punto, trajo a colación la situación del gobernador de Santander, quien tomó posesión del cargo el 27 de diciembre de 2019, con la salvedad de comenzar su ejercicio el 1º de enero de 2020.



Radicado: 68001-23-33-000-2020-00060-01
Demandante: Roberto Ardila Cañas
Demandado: Héctor Rolando Noriega Leal

Por último, sobre la supuesta afectación de los actos que profirió durante el encargo, especialmente los nombramientos de personal, recordó la teoría del funcionario de hecho y el principio constitucional de la realidad sobre las formas, para resaltar que esas decisiones gozan de presunción de legalidad. Sumado a lo anterior, consideró que la demanda debió instaurarse contra la entidad que expidió el acto acusado y no directamente en su contra, en la condición de encargado.

2.2.2. El apoderado del municipio de Bucaramanga propuso la excepción falta de legitimación en la causa por pasiva, debido a que las actuaciones objeto de la demanda fueron realizadas por una entidad pública distinta y no eran de competencia de su representado, sino del Concejo Municipal.

2.2.3. El Concejo de Bucaramanga, a través de apoderada judicial, se opuso a la pretensión de la parte actora refutando, en primer lugar, que la posesión del señor Noriega Leal como contralor municipal encargado hubiese ocurrido sin que terminara el periodo del anterior funcionario. Sobre el punto, explicó que en el acta de posesión del 30 de diciembre de 2019 se contempló que la misma tendría efectos a partir del 1º de enero de 2020, es decir, ya producida la vacancia absoluta del cargo por vencimiento del periodo de quien lo venía ocupando desde el año 2015.

En lo referente a la competencia del nominador, defendió la actuación de la Mesa Directiva de la corporación administrativa por fuera del periodo de sesiones en la necesidad de garantizar la continuidad de la función pública, a través de la provisión transitoria del cargo, conforme con los principios de armonización, prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y el efecto útil de la norma. De esta forma, procedió a atender una situación previsible y reglada, como lo era la vacancia del cargo de contralor, por vencimiento del periodo de su titular, sin ejercer discrecionalidad ni requerir el consenso de toda la corporación, pues el Acuerdo 045 de 2000 contempla claramente con qué funcionario se debe suplir la vacancia.

Precisó, además, que la intervención del alcalde durante el receso del concejo está prevista en el artículo 161 de la Ley 136 de 1994 para las faltas absolutas, hipótesis distinta a la acontecida en este caso, teniendo en cuenta que la convocatoria pública iniciada estaba suspendida por orden judicial y en esa medida, *“se trata de un supuesto que formalmente correspondería a una vacancia absoluta pero que materialmente solo admitiría una provisión transitoria”*.

Para finalizar, con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado², indicó que la posesión es una actuación posterior al acto de nombramiento controlable, de modo que no puede tenerse como una causal de anulación del mismo.

² Citó la sentencia del 23 de noviembre de 2017, Rad. 2017-0053-01, sin informar la sala ni datos adicionales.



2.3. Otras actuaciones de la primera instancia

2.3.1. El magistrado conductor del proceso en primera instancia declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el municipio de Bucaramanga, de conformidad con el auto del 9 de septiembre de 2020, sustentado en la capacidad de la entidad territorial para concurrir al proceso y en que el Concejo Municipal carece de personería jurídica, según lo dispuesto en los artículos 311 y 312 de la Constitución Política y 1º, 21 y 28 de la Ley 136 de 1994.

2.3.2. Mediante auto del 5 de octubre de 2020, el magistrado ponente del Tribunal Administrativo de Santander resolvió prescindir de la audiencia inicial, *“pues las etapas procesales a surtirse bien pueden desatarse mediante decisión escrita que las partes tendrán oportunidad de controvertir dentro del término de ejecutoria con el fin de salvaguardar su derecho de defensa y contradicción”*.

Con tal precisión, en la misma providencia decretó pruebas y fijó el litigio en el sentido de *“determinar si debe declararse la NULIDAD de la Resolución No. 197 del 30 de diciembre de 2019 mediante la cual se nombra como Contralor Municipal encargado al señor HECTOR ROLANDO NORIEGA LEAL, por configurarse las causales de nulidad denominadas: expedición irregular, falta de competencia, desviación de poder e infracción de normas en las que debería fundarse, o si por el contrario, debe mantenerse incólume el referido acto administrativo por cuanto no se acreditan ninguna de las causales de nulidad invocadas en el escrito de demanda”*.

2.4. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Santander denegó las pretensiones de la demanda, a través de la sentencia del 13 de julio de 2021, teniendo como fundamento los siguientes argumentos:

Para el *a quo*, no hubo expedición irregular del acto de encargo del demandado, toda vez que resulta válido, legalmente admisible y acorde con los principios orientadores de la función administrativa que el Concejo Municipal de Bucaramanga, ante el inminente vencimiento del periodo del contralor, reglado en la Constitución y en la ley, se anticipe a este evento y ejerza su potestad nominadora para proveer el cargo, con el fin de evitar la discontinuidad en el órgano de control.

En cuanto a la censura de la competencia, consideró que correspondía a la corporación administrativa suplir la vacancia definitiva por vencimiento del periodo constitucional, pues mientras se realiza el procedimiento de elección el cargo debe ser provisto de forma transitoria y no se genera una falta absoluta, evento este último que sí compete al alcalde. Adicionalmente, el Concejo podía actuar a través de su



Radicado: 68001-23-33-000-2020-00060-01

Demandante: Roberto Ardila Cañas

Demandado: Héctor Rolando Noriega Leal

Mesa Directiva para estos efectos, como quiera que no se trataba de un acuerdo que requiriera deliberación y discrecionalidad de la plenaria, según los artículos 73 y 83 de la Ley 136 de 1994, sino de cubrir mediante resolución la ausencia temporal del contralor con el funcionario que indica el Acuerdo 045 de 2000.

Finalmente, descartó el cargo de desviación de poder ante la falta de prueba del interés personal de tener un contralor de su propia posición política que atribuyó la parte actora a los miembros de la Mesa Directiva del Concejo de Bucaramanga.

2.5. El recurso de apelación

Inconforme con la decisión de instancia, el demandante interpuso recurso de apelación, en el que insiste en la competencia del concejo, en pleno, no de su Mesa Directiva, para ejercer la facultad nominadora respecto del contralor municipal, con base en lo dispuesto en los artículos 272 de la Constitución Política, 160 y 161 de la Ley 136 de 1994. También anotó que el Tribunal guardó silencio frente al hecho de que el Concejo de Bucaramanga no estaba sesionando para el 30 de diciembre de 2019, cuando fue proferido el acto de encargo del demandado.

De igual forma, sostuvo que el Tribunal Administrativo de Santander ha anulado elecciones de personeros realizadas por la mesa directiva del concejo, por considerar que el titular de la competencia es toda la corporación³. Así mismo, citó un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁴ sobre la aplicación analógica de la ley y otro del Departamento Administrativo de la Función Pública⁵, relacionado con el nombramiento en propiedad y en encargo de un contralor departamental por parte de la asamblea.

2.6. Trámite de la apelación

El recurso contra la sentencia de primera instancia fue concedido en el Tribunal mediante auto del 3 de febrero de 2022. Efectuado el reparto⁶, por medio de providencia del 17 de febrero de 2022, el magistrado ponente en segunda instancia admitió la apelación interpuesta por la parte actora y ordenó correr los traslados de rigor.

³ Hizo referencia al auto de 23 de junio de 2016, Rad. 2016-8301. También mencionó una providencia de 10 de mayo de 2017, en la cual fue resuelto un conflicto negativo de competencias entre el alcalde y el concejo para designar al personero ante una vacancia temporal del empleo y por fuera del periodo de sesiones de dicha corporación.

⁴ Concepto de 10 de noviembre de 2015, Rad. 11001-03-06-000-2015-00182-00(2274).

⁵ De acuerdo con lo informado por el apelante, se trata del concepto que responde a los radicados No. 20162060122272 y 20169000122472.

⁶ Actuación del 15 de febrero de 2022.



2.7. Alegatos de conclusión en segunda instancia⁷

El señor Héctor Rolando Noriega Leal, en su condición de demandado, presentó escrito de alegatos de conclusión en esta instancia, que reiteran, en su mayoría, los argumentos de la contestación de la demanda. En tal sentido, subrayó que el acto de nombramiento en encargo indicó claramente que el periodo del contralor en propiedad culminaba el 31 de diciembre de 2019.

Por lo tanto, interpretó que este cargo debía proveerse por el Concejo que se encontraba instalado para esa época, con el funcionario señalado en el Acuerdo 045 de 2000⁸, de forma transitoria, porque el proceso de elección seguiría suspendido por orden judicial para el 1º de enero de 2020 y resultaba necesario impedir que el órgano de control quedara acéfalo. Además, justificó la expedición del encargo por parte de la Mesa Directiva de la corporación, porque es la que ostenta su representación durante el receso de sesiones, sin ofrecer razones adicionales para sustentar esta interpretación.

En cuanto a la posesión, advirtió nuevamente que sus efectos fueron postergados para el 1º de enero de 2020 y que, en cualquier caso, es un acto protocolario no demandable.

Igualmente, fue enfático en que no hubo acuerdo entre él y el Concejo para obtener su encargo, antes bien, la corporación procedió de conformidad con las normas aplicables para la provisión transitoria de las vacantes del contralor.

De otra parte, propone *“ponderar la afectación final a la administración pública, la eficacia de sus decisiones, el formalismo del nombramiento y el fin sustancial del medio de control de nulidad electoral”*, teniendo en cuenta que actualmente no funge como contralor encargado y además, así hubiese hecho el encargo la plenaria del Concejo, el funcionario habría sido él mismo, en su condición de subcontralor, en virtud del Acuerdo 045 de 2000.

Culminó sus alegatos refutando una vez más los cuestionamientos de legalidad que hace el demandante a los actos que suscribió durante el tiempo que fungió como contralor encargado, a partir de la teoría del “funcionario de hecho”. Así mismo, insistió en que el destinatario de la demanda no debió ser él, sino el municipio de Bucaramanga – Concejo Municipal, por corresponder a las autoridades que expidieron el acto acusado.

⁷ En esta etapa únicamente intervino la parte actora.

⁸ *“Por el cual se regulan las faltas temporales del contralor de Bucaramanga”*.



2.8. Concepto del Ministerio Público

La señora procuradora séptima delegada ante esta Corporación emitió concepto que comparte la decisión apelada y aboga por su confirmación en esta instancia. Al respecto, observó que, a diferencia de lo que afirma la parte actora, el *a quo* sí se pronunció sobre la competencia de la Mesa Directiva del Concejo de Bucaramanga para proferir el acto acusado, la cual está respaldada en el artículo 83 de la Ley 136 de 1994. A su juicio, estas disposiciones permiten a la Mesa Directiva tomar decisiones que no requieren acuerdo, justamente como la que se examina, porque el Acuerdo 045 de 2000 eliminó el elemento deliberatorio al indicar al funcionario con el que se debía proveer la falta temporal.

Sobre la censura relacionada con la expedición de la resolución de encargo durante el receso de la corporación administrativa, concluyó a partir del artículo 35 de la referida Ley 136 de 1994 que correspondía actuar a la Mesa Directiva, toda vez que la falta se produjo por fuera del periodo de sesiones y no resultaba procedente que el alcalde convocara una sesión extraordinaria, pues no se trataba de proveer una falta absoluta.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 13 de julio de 2021, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Santander negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con los artículos 150 y 152, numeral 8º del CPACA⁹, en armonía con lo previsto en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta los fundamentos de la decisión apelada y los términos en que fue formulado el recurso de apelación, corresponde a la Sala definir si hay lugar a confirmar, modificar o revocar el fallo de primera instancia, que negó la nulidad de la Resolución 197 del 30 de diciembre de 2019, por la cual la Mesa Directiva del

⁹ Según el texto vigente antes de la entrada en vigencia de las reglas de competencia del artículo 28 de la Ley 2080 de 2021, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda. Al respecto, resulta pertinente recordar que, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, “La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”. Similarmente, el artículo 86 de la Ley 2080 de 2021 advirtió que “La presente ley rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley”.



Radicado: 68001-23-33-000-2020-00060-01
Demandante: Roberto Ardila Cañas
Demandado: Héctor Rolando Noriega Leal

Concejo de Bucaramanga encargó al señor Héctor Rolando Noriega Leal como contralor municipal, por terminación del periodo del titular del cargo.

Para el efecto, es preciso abordar brevemente, en primer lugar, la génesis de la función pública de control fiscal y su finalidad, para luego repasar las reglas de provisión del cargo de contralor, especialmente en el nivel territorial. Con este derrotero, se procederá a analizar el caso concreto, a partir de las normas invocadas que resultan pertinentes a la actuación cuestionada y las pruebas aportadas al expediente, con el fin de determinar la autoridad competente para proveer en encargo el cargo de contralor de Bucaramanga, ante la vacancia definitiva por la terminación del periodo del titular, ocurrida durante el receso de la corporación administrativa.

3. Breve reseña sobre la génesis y finalidad de la función pública de control fiscal en Colombia

En los estados contemporáneos el sistema de separación de poderes ha evolucionado de una división tripartita rígida, bajo el modelo clásico de las ramas ejecutiva, legislativa y judicial, hacia un esquema en el que las competencias tradicionales de una son excepcionalmente ejercidas por las otras y además, coexisten organismos adicionales, encargados de funciones de control o de naturaleza diversa.

El Estado colombiano acoge este diseño en el artículo 113 de la Constitución Política, que reconoce los tres poderes públicos y otros órganos, *“autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado”*, que *“colaboran armónicamente para la realización de sus fines”*. Una de estas instituciones es la Contraloría General de la República, encargada de desempeñar la función pública de vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración y los particulares que administran recursos públicos, de conformidad con los artículos 119 y 267 *ibídem*.

Esta entidad tiene su antecedente más remoto en la historia republicana del país en la corte de cuentas, que respondía a la necesidad de organizar la contabilidad oficial y supervisar la administración del erario¹⁰. En los años veinte del siglo pasado, con la Ley 42 de 1923, fue creado el Departamento de la Contraloría y se instituyó el cargo de contralor general, como resultado de las recomendaciones de la Misión Kemmerer, gestionada por el gobierno del presidente Pedro Nel Ospina, con la siguiente justificación:

El pueblo, que contribuye con su dinero para los gastos del Estado, muchas veces a costa de grandes privaciones, tiene el derecho de saber en todo momento cómo se recauda, maneja y administra ese dinero, que (sic) garantía

¹⁰ Bogotá, M. (2000). Control fiscal: herramienta de gestión. Bogotá: Editorial Carrera 7ª. Pág. 13-14.



Radicado: 68001-23-33-000-2020-00060-01

Demandante: Roberto Ardila Cañas

Demandado: Héctor Rolando Noriega Leal

de honorabilidad y competencia dan los empleados responsables del Erario y cómo se hacen efectivas las disposiciones fiscales dictadas por el Congreso para garantizar esos fondos. Y como el pueblo por sí mismo no puede ejercer esa fiscalización y supervigilancia, necesita un delegado suyo constituido por medio de sus representantes autorizados, que es el Contralor General de la República, para que ejerza aquellas importantes funciones¹¹.

En lo sucesivo, la Contraloría asume el rol crucial de exigir la rendición de cuentas sobre el manejo de los bienes y recursos del Estado (Decreto 911 de 1932) y se le otorga rango constitucional (Reforma de 1945). Con la Constitución Política de 1991 y la Ley 42 de 1993, se concibe la Contraloría General de la República como una entidad técnica, con autonomía presupuestal y administrativa, que ejerce el control y la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, de forma posterior y selectiva, en todos los niveles, con base en los principios de eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales. A su turno, de acuerdo con el artículo 272 Superior, corresponde a las asambleas y concejos organizar las contralorías que asumirán la vigilancia de la gestión fiscal en los departamentos, municipios y distritos, en forma concurrente con la Contraloría General.

El artículo 2 del Decreto Ley 403 de 2020, *“Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”*, define el control fiscal en los siguientes términos:

Artículo 2. Definiciones. (...) **Control fiscal:** Es la función pública de fiscalización de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa, con el fin de determinar si la gestión fiscal y sus resultados se ajustan a los principios, políticas, planes, programas, proyectos, presupuestos y normatividad aplicables y logran efectos positivos para la consecución de los fines esenciales del Estado, y supone un pronunciamiento de carácter valorativo sobre la gestión examinada y el adelantamiento del proceso de responsabilidad fiscal si se dan los presupuestos para ello.

Según lo ha explicado la Corte Constitucional¹², este control es posterior, pues se adelanta una vez ejecutadas las operaciones, actividades y procesos que constituyen su objeto y es selectivo, porque se realiza sobre un grupo representativo de operaciones, cuentas y otros procesos, según la técnica de muestreo, en lugar de abarcar la totalidad de actuaciones del sujeto vigilado.

Así mismo, a partir del Acto Legislativo 4 de 2019, que modificó las normas constitucionales que se ocupan de este tópico, este control también podrá ser preventivo y concomitante, de forma excepcional y en tiempo real, cuando resulte

¹¹ “La Misión Kemmerer”, en: “Banrepcultural”. Recuperado de:

<https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-184/la-mision-kemmerer>

¹² Corte Constitucional, sentencia C-648 de 2002.



Radicado: 68001-23-33-000-2020-00060-01

Demandante: Roberto Ardila Cañas

Demandado: Héctor Rolando Noriega Leal

necesario para la defensa y protección del patrimonio público, sin que implique coadministración, es decir, que no debe extenderse al análisis de conveniencia de las decisiones de la administración.

Igualmente, esta función pública comprende un sistema de controles financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de revisión de cuentas y de evaluación de control interno¹³, que puede derivar en la responsabilidad fiscal de quien, por acción u omisión y en forma dolosa o gravemente culposa, cause un daño al patrimonio del Estado en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta¹⁴.

En suma, el objeto de la vigilancia de la gestión fiscal, en cabeza de la Contraloría General y las contralorías en el nivel territorial, es la protección del patrimonio público, orientado al seguimiento permanente de los recursos y su uso adecuado y, si es del caso, a su recuperación plena¹⁵.

4. Reglas para la provisión del cargo de contralor

El artículo 267 de la Constitución Política encomienda la dirección del órgano autónomo e independiente de control fiscal al contralor general, elegido por el Congreso en pleno, previa convocatoria pública, para un periodo de cuatro (4) años, no reelegible. Esta modalidad de selección fue introducida por el Acto Legislativo 2 de 2015, que también modificó el artículo 126 *ibídem*, reemplazando al anterior diseño de ternas de las Altas Cortes:

Artículo 126. (...) Salvo los concursos regulados por la 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.

La Ley 1904 de 2018 regula este procedimiento de selección, señalando sus etapas, el contenido mínimo de la convocatoria, los criterios de selección, los plazos para la elección, entre otras provisiones necesarias para el debido ejercicio de esta función electoral.

De otra parte, en los órdenes departamental, distrital y municipal, el artículo 272 superior advierte que para ser elegido contralor en el nivel territorial se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, mayor de 25 años, acreditar título universitario, no haber sido en el último año miembro de la asamblea o concejo a la que corresponde la elección ni haber ocupado en ese lapso cargo público en la rama ejecutiva del respectivo orden. Así mismo, esta norma confía a las respectivas

¹³ Ley 42 de 1993, artículo 9º.

¹⁴ Ley 610 de 2000, artículo 1º.

¹⁵ Al respecto, ver, entre otras: Corte Constitucional, sentencia C-648 de 2002 y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 28 de mayo de 2020, Rad. 2242.



corporaciones político-administrativas la elección de los contralores, en los siguientes términos:

Artículo 272. (...) Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, de terna conformada por quienes obtengan los mayores puntajes en convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para un periodo de cuatro años¹⁶ que no podrá coincidir con el periodo del correspondiente gobernador y alcalde.

En concordancia, el artículo 11 de la Ley 1904 de 2018 prevé que las disposiciones para la elección del contralor general serán aplicables en lo que corresponda a los demás contralores, *“en tanto el Congreso de la República expida disposiciones especiales para la materia”*. Sumado a lo anterior, en virtud del artículo 6º *ibídem*, la Resolución 0728 de 2019 de la Contraloría General de la República estableció los términos generales de las convocatorias públicas de selección de contralores territoriales.

De manera que, tanto el contralor general, como los contralores departamentales, distritales y municipales, son elegidos como resultado de una convocatoria pública reglada, que permite una participación ciudadana más amplia en la postulación que en el esquema anterior por ternas de una autoridad judicial, e introduce un criterio meritocrático objetivo, en clave con el derecho fundamental de acceso a cargos públicos, consagrado en el numeral 7 del artículo 40 constitucional.

Con todo, la jurisprudencia de esta Sección¹⁷ ha observado que, si bien estas reglas de selección están orientadas por factores cualitativos para la evaluación del aspirante, no transforman la convocatoria pública en un concurso de méritos, como el previsto para la elección de personeros, pues en este último el nominador siempre está obligado a designar al primero de la lista, es decir, al candidato que obtenga el mayor puntaje como resultado de las diferentes pruebas aplicadas. En contraste, en el sistema que precede la elección de los contralores la corporación competente mantiene un margen de discrecionalidad política que le permite escoger entre los ciudadanos que alcancen los tres primeros puntajes, a partir de la autonomía administrativa de la autoridad que ostenta tal atribución.

Ahora bien, como ocurre con todo cargo o empleo público, el de los contralores puede experimentar vacancias, faltas y situaciones administrativas que imponen su provisión de forma transitoria o permanente, según sea el caso. Así, tratándose del

¹⁶ Es de advertir que el párrafo transitorio 1º del artículo 272 de la Constitución Política dispuso que “La siguiente elección de todos los contralores territoriales se hará para un período de dos años”.

¹⁷ Al respecto, ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 29 de septiembre de 2016, Rad. 70001-23-33-000-2016-00011-02, MP. Alberto Yepes Barreiro. Sentencia de 29 de abril de 2021, Rad. 15001-23-33-2020-00100-01, MP. Rocío Araújo Oñate. Sentencia de 30 de septiembre de 2021, Rad. 66001-23-33-000-2020-00499-03, MP. Rocío Araújo Oñate.



contralor general, el artículo 267 de la Constitución Política contempla la posibilidad de su renuncia y reconoce al Congreso la competencia para admitirla y proveer las faltas absolutas y temporales del cargo.

Complementariamente, el artículo 22 y el párrafo del artículo 23 de la Ley 5ª de 1992 imponen una nueva elección, en caso de vacancia definitiva, mientras que el artículo 39 del Decreto Ley 267 de 2000 relaciona las causales de falta temporal, entre otras, los permisos, las licencias o la incapacidad física transitoria cuando superen un (1) mes, al igual que la suspensión provisional de su elección o del desempeño de sus funciones, por las autoridades competentes en cada evento.

En lo que atañe a las ausencias de los contralores del orden departamental, el artículo 5º de la Ley 330 de 1996 establece lo siguiente:

Artículo 5o. PERIODO, REELECCIÓN Y CALIDADES. Los Contralores Departamentales serán elegidos para un período igual al del Gobernador. En ningún caso el Contralor será reelegido para el período inmediato ni podrá continuar en el ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo. En este evento lo reemplazará el funcionario que le siga en jerarquía.

Las faltas temporales serán llenadas por el Subcontralor o el Contralor auxiliar y a falta de éstos por el funcionario de mayor jerarquía de la Contraloría Departamental. Las faltas absolutas serán llenadas de acuerdo con lo prescrito en la Constitución y en la ley (...).

Y para los contralores municipales, el artículo 161 de la Ley 136 de 1994 regula el tema como se indica a continuación:

Artículo 161. Régimen del contralor municipal. (...) Sólo el concejo puede admitir la renuncia que presente el contralor distrital o municipal y proveer las vacantes definitivas del cargo. Las faltas temporales serán provistas en la forma que establezca el Concejo al momento de organizar la Contraloría. En los casos de falta absoluta o suspensión del contralor distrital o municipal que se produjeran durante el receso del Concejo, serán provistas por el alcalde respectivo, designando provisionalmente un funcionario de la Contraloría.

Los contralores distritales o municipales sólo podrán ser removidos antes del vencimiento de su período por providencia judicial, decisión o solicitud de la Procuraduría General de la Nación.

En los casos de suspensión solicitada por autoridad competente, el Concejo Municipal dará cumplimiento a la orden y procederá a designar en forma provisional.

En casos de falta absoluta deberá realizarse nueva elección, de nueva terna y para el período restante. (...)

De acuerdo con la norma transcrita, los concejos son competentes para proveer las “vacantes definitivas” o “faltas absolutas” de los contralores, realizando una nueva elección, salvo que se encuentre en receso, hipótesis en la cual corresponde al



alcalde designar provisionalmente a un funcionario de la contraloría respectiva. Así mismo, el legislador delega en los propios concejos la forma de provisión de las faltas temporales.

Sobre la provisión transitoria del cargo de contralor, específicamente la que tiene lugar para cubrir su ausencia por terminación del término constitucional y a propósito de la revisión del mencionado artículo 5º de la Ley 330 de 1996, la Corte Constitucional justificó la exequibilidad de esa forma de solucionar la interinidad, como sigue:

Los funcionarios llamados a reemplazar al contralor departamental saliente, en virtud de la terminación del período de éste, deben ser, entonces, exclusivamente aquellos que, por su idoneidad y responsabilidades derivadas en el ejercicio de funciones, ostentan una aptitud que les permite ejercer temporalmente las funciones de titular, lo que significa que el reemplazo tendrá que efectuarse por aquellos funcionarios que le siguen en jerarquía y mando y no por cualquier otro perteneciente a un nivel distinto al directivo que aquél representa. Por consiguiente, la disposición resulta exequible no sólo porque con esta provisión se respeta el derecho del contralor a permanecer en su cargo por el término constitucionalmente establecido, y no más allá de éste, sino que además impide un ejercicio excesivo e indefinido del mismo, permitiendo que se asegure sin tropiezos y en forma transitoria la continuidad y eficacia en el cumplimiento de la función pública de control fiscal y la defensa de los intereses generales en el ámbito territorial departamental, a causa de la ausencia de su titular, hasta tanto se produzca la elección de su reemplazo¹⁸.

Ahora bien, aunque para la fecha de expedición de la sentencia invocada no se había erigido la convocatoria pública como uno de los presupuestos para la elección de los contralores, sin duda alguna el razonamiento allí expuesto no ha perdido su fuerza argumentativa con ocasión del actual panorama normativo, pues aun en el escenario actual es posible que surja la hipótesis que contempla la norma estudiada por la Corte, caso en el cual se impone el inaplazable deber de cubrir temporalmente dicho cargo por vencimiento del término constitucional y mientras se elige a los citados servidores en la forma en que lo disponen la Constitución y la ley. De esta manera, el reemplazo transitorio con el funcionario que sigue en jerarquía resulta ser la actuación idónea para evitar, por doble vía, que el titular del cargo permanezca en el mismo más allá del periodo institucional y que la función pública termine afectada por la ausencia de un responsable de conducirla.

Sobre el mismo punto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el marco de una consulta que le fue formulada sobre la procedencia de efectuar encargos mientras se regulaba el entonces novedoso sistema de convocatoria pública, conceptuó sobre la necesidad de acudir a dicha figura, toda vez que el vencimiento del periodo institucional produce la separación inmediata del cargo¹⁹.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-060 de 1998.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto No. 2276 de 19 de noviembre de 2015, MP. Álvaro Namen Vargas.



Se concluye de lo expuesto que la competencia para elegir al contralor general de la República y a los contralores del orden territorial fue conferida por la Constitución Política al Congreso, a las asambleas y a los concejos, respectivamente. También por disposición del texto superior, esta potestad nominadora requiere la realización de una convocatoria pública reglada, que permita una amplia participación de los ciudadanos interesados, que cumplan con los requisitos igualmente previstos a nivel constitucional. En esta forma de selección confluyen criterios de mérito y de conveniencia, que mantienen cierto margen de discrecionalidad política a los órganos electores para definir al candidato ganador entre los tres primeros puntajes de las pruebas aplicadas.

Por otra parte, corresponde a las mismas corporaciones nominadoras cubrir las faltas absolutas y temporales, en el primer caso, a través de un nuevo proceso de selección y en el segundo, con el encargo del funcionario de la respectiva contraloría que definan la Constitución, la ley o el reglamento. Así mismo, esta facultad la debe ejercer el respectivo alcalde de manera excepcional en aquellos casos de falta absoluta o suspensión del contralor distrital o municipal que se produjeran durante el receso del concejo.

5. El caso concreto

En el *sub examine*, se tiene que la Mesa Directiva del Concejo de Bucaramanga expidió la Resolución 197 del 30 de diciembre de 2019, “*Por la cual se hace un encargo de contralor municipal de Bucaramanga*”, en la que resolvió lo siguiente:

ARTÍCULO PRIMERO: Súplase la vacancia del Contralor Municipal de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Acuerdo Municipal 045 del año 2000, hasta tanto se supla la vacancia absoluta del cargo por terminación del periodo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar el encargo al Doctor **HECTOR ROLANDO NORIEGA LEAL**, identificado... Código 09, Grado 078 de la Planta de personal de la entidad de conformidad al artículo 1º del Acuerdo Municipal 045 del año 2000, hasta tanto se supla la vacancia absoluta del cargo por terminación del periodo. Una vez acepte el encargo procédase de manera inmediata a posesionarlo en dicho cargo.

Al respecto, se recuerda que el Tribunal Administrativo de Santander, mediante sentencia del 13 de julio de 2021, desestimó las censuras de la demanda y negó la nulidad del acto acusado, por considerar, de una parte, que era posible disponer el encargo antes del vencimiento del periodo, para evitar la discontinuidad en el ejercicio de la función. De otra parte, concluyó que la Mesa Directiva del Concejo de Bucaramanga podía válidamente adoptar tal decisión, toda vez que no requería deliberación ni acuerdo, de conformidad con los artículos 73 y 83 de la Ley 136 de 1994.



Radicado: 68001-23-33-000-2020-00060-01
Demandante: Roberto Ardila Cañas
Demandado: Héctor Rolando Noriega Leal

Frente a la anterior decisión, el señor Roberto Ardila Cañas insiste en su pretensión anulatoria por dos razones. La primera obedece a la falta de competencia de la Mesa Directiva para proveer en encargo el cargo de contralor, en cuanto interpreta que la función nominadora corresponde al Concejo, en pleno, según el artículo 272 de la Constitución Política. La segunda razón se sustenta en la expedición irregular del acto, por cuanto fue proferido mientras la corporación se encontraba en receso, atendiendo a los periodos de sesiones regulados en el artículo 23 de la Ley 136 de 1994, argumento que fue no fue abordado por el *a quo*. Agrega frente a este aspecto que el artículo 161 de la Ley 136 de 1994 reconoce al alcalde la competencia para designar provisionalmente al contralor, cuando la vacancia definitiva acontece mientras el concejo no se encuentra sesionando.

Sobre el particular, la Sala considera que le asiste razón al apelante, toda vez que el Concejo de Bucaramanga actuó en contravía de las reglas previstas en la ley para proveer las faltas absolutas del contralor municipal durante el receso de la corporación.

Al respecto, sea lo primero recordar que la competencia es una manifestación del principio de legalidad, que exige su ejercicio conforme a las normas que establecen las atribuciones de las autoridades públicas. En efecto, los artículos 6º, 122 y 123 de la Constitución Política ordenan a los servidores públicos el cumplimiento de sus funciones en el estricto marco de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. De ahí que una de las causales de nulidad de los actos administrativos sea, justamente, su expedición sin competencia, como lo consagra el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011. Acerca de este elemento esencial de las actuaciones de quienes detentan funciones administrativas, esta Sección ha explicado lo siguiente:

(...) Sobre este primer asunto, resulta oportuno precisar conceptualmente que la competencia, entendida como la atribución dada a los sujetos públicos para actuar como legítimo portador de la voluntad administrativa, no solo constituye, dentro de la dogmática jurídica, un elemento de la estructura del acto administrativo, sino un fundamento del Estado constitucional y democrático de derecho, en tanto que da validez y legitima la acción de las autoridades.

Este presupuesto procesal tiene sus raíces en un principio medular del Estado demoliberal propio del siglo XVIII, producto de la revolución francesa, el principio de legalidad, según el cual, todo acto que emane del Estado debe estar regido por la ley y no por la voluntad o arbitrio de las personas. En nuestra Carta Política de 1991, este principio fue consagrado en varias disposiciones, como límite al ejercicio del poder político, que busca proscribir todo tipo de actos arbitrarios o contrarios a derecho, para garantizar la vigencia de un orden político, económico y social justo.

Así entonces, se afirma por la doctrina y la jurisprudencia que la competencia es un concepto que se refiere a la titularidad de una determinada potestad, la cual es fijada por el ordenamiento jurídico, toda vez que es el propio derecho el que prescribe el modo, forma y condiciones de producción de las normas jurídicas y su ejercicio por parte de los órganos públicos. De lo anterior deviene



Radicado: 68001-23-33-000-2020-00060-01

Demandante: Roberto Ardila Cañas

Demandado: Héctor Rolando Noriega Leal

que la competencia es expresa, por lo que debe estar prescrita en la ley, lo que implica que no se presume, ni puede deducirse por analogía; es improrrogable, esto es, que no puede ser renunciada ni extendida, sea por acuerdo entre particulares o entre ellos y la administración, y es indelegable, lo que significa que las autoridades no pueden despojarse de una atribución, sino por autorización expresa de la ley. De observarse lo anterior, se tendrá que la competencia ejercida o atribuida se cumplió de forma adecuada; en caso contrario, el acto jurídico producido estaría afectado de un vicio invalidante que acarrea su nulidad²⁰ (Negrillas adicionales).

En el *sub judice*, la Sala observa que el artículo 161 de la Ley 136 de 1994, referido en el acápite anterior, indica con claridad la forma en que deben proceder los concejos municipales y distritales ante la vacancia del cargo de contralor, norma que resulta conveniente transcribir de nuevo en lo pertinente:

Artículo 161. Régimen del contralor municipal (...) Sólo el concejo puede admitir la renuncia que presente el contralor distrital o municipal y proveer las vacantes definitivas del cargo. Las faltas temporales serán provistas en la forma que establezca el Concejo al momento de organizar la Contraloría. En los casos de falta absoluta o suspensión del contralor distrital o municipal que se produjeren durante el receso del Concejo, serán provistas por el alcalde respectivo, designando provisionalmente un funcionario de la Contraloría. (...)

Adicionalmente, el artículo 35 *ibídem* provee el momento para hacer la elección de funcionarios de competencia de los concejos, en los términos que se ilustran a continuación:

ARTÍCULO 35. ELECCIÓN DE FUNCIONARIOS. Los concejos se instalarán y elegirán a los funcionarios de su competencia en los primeros diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos constitucionales, previo señalamiento de fecha con tres días de anticipación. En los casos de faltas absolutas, la elección podrá hacerse en cualquier período de sesiones ordinarias o extraordinarias que para el efecto convoque el alcalde.

Siempre que se haga una elección después de haberse iniciado un período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso.

Atendiendo a lo dispuesto en estos preceptos, es necesario precisar que en el *sub judice* se presentó la falta absoluta del cargo de contralor, por vencimiento del periodo para el que fue elegido su titular. Así lo establece el artículo 2.2.5.2.1. del Decreto 1083 de 2015, que relaciona entre las situaciones que ocasionan la vacancia definitiva de un empleo público, precisamente, la “*terminación del periodo para el que fue nombrado*” (numeral 14).

A esta conclusión también llegó esta Sección al ocuparse en segunda instancia de la demanda contra el nombramiento en provisionalidad del personero “transitorio” de Cúcuta, donde se dijo que “*el vencimiento del periodo institucional de los*

²⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 24 de febrero de 2022, Rad. 11001-03-28-000-2020-00037-00 (Acumulado con Rad. 2020-00036), MP. Luis Alberto Álvarez Parra.



Radicado: 68001-23-33-000-2020-00060-01

Demandante: Roberto Ardila Cañas

Demandado: Héctor Rolando Noriega Leal

*personeros, que se encuentra previsto en el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, genera una falta absoluta que impone desarrollar el concurso de méritos ordenado en esta norma*²¹. Consecuente con ello, la vacancia debe cubrirse temporalmente, mientras se escoge al aspirante ganador en el proceso de selección, según las directrices normativas instituidas para las situaciones administrativas específicas del contralor y las generales previstas para los servidores públicos, en lo pertinente.

Dilucidado lo anterior, se tiene que, de acuerdo con las normas citadas, para este caso, corresponde al concejo, en primer término, proveer las vacancias definitivas del cargo, bien en sesiones ordinarias o bien en una extraordinaria. Sin embargo, el artículo 161 de la Ley 136 de 1994 contempla una situación excepcional, que reconoce la competencia a una autoridad distinta y que acontece cuando dicha ausencia absoluta se presenta durante el receso de la corporación, evento en el cual el competente es el alcalde.

Al respecto, se advierte que el artículo 23 de la Ley 136 de 1994 regula las sesiones de los concejos de la siguiente manera:

ARTÍCULO 23. PERIODO DE SESIONES. Los concejos de los municipios clasificados en categorías Especial, Primera y Segunda, sesionarán ordinariamente en la cabecera municipal y en el recinto señalado oficialmente para tal efecto, por derecho propio y máximo una vez por día, seis meses al año, en sesiones ordinarias así:

a) El primer periodo será en el primer año de sesiones, del dos de enero posterior a su elección, al último día del mes de febrero del respectivo año.

El Segundo y tercer año de sesiones tendrá como primer período el comprendido entre el primero de marzo y el treinta de abril;

b) El Segundo período será del primero de junio al último día de julio;

c) El tercer período será del primero de octubre al treinta de noviembre, con el objetivo prioritario de estudiar, aprobar o improbar el presupuesto municipal.

Los concejos de los municipios clasificados en las demás categorías, sesionarán ordinariamente en la cabecera municipal y en el recinto señalado oficialmente para tal efecto, por derecho propio, cuatro meses al año y máximo una vez (1) por día así: febrero, mayo, agosto y noviembre.

Si por cualquier causa los concejos no pudieran reunirse ordinariamente en las fechas indicadas, lo harán tan pronto como fuere posible, dentro del período correspondiente.

PARÁGRAFO 1o. Cada período ordinario podrá ser prorrogado por diez días calendario más, a voluntad del respectivo Concejo.

²¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 12 de agosto de 2021, Rad. 54001-23-33-000-2020-00506-02, MP. Luis Alberto Álvarez Parra.



PARÁGRAFO 2o. Los alcaldes podrán convocarlos a sesiones extraordinarias en oportunidades diferentes, para que se ocupen exclusivamente de los asuntos que se sometan a su consideración.

(...) (Negrillas adicionales).

De la norma transcrita se comprende que los concejos municipales pueden desarrollar sus competencias en dos escenarios, por un lado, las sesiones ordinarias, distribuidas en tres periodos y por otro, en las sesiones extraordinarias que convoque el alcalde para asuntos previamente definidos. De tal suerte que, más allá de estos contextos, dichas corporaciones no están legalmente autorizadas para actuar.

En particular, se destaca que el tercer periodo de sesiones de los concejos inicia el 1º de octubre y termina el 30 de noviembre. Siendo así, en el caso concreto resulta claro que el 30 de diciembre de 2019, cuando fue proferido el acto acusado, el Concejo de Bucaramanga estaba en receso. Tampoco existe prueba ni se mencionó que el alcalde hubiese convocado al corporativo a sesiones extraordinarias ese día y para atender ese específico asunto.

Por lo tanto, en ese momento, el Concejo no estaba habilitado legalmente para ejercer la potestad nominadora que, en condiciones normales, le corresponde. En su lugar, por expreso mandato del legislador, era el alcalde de Bucaramanga el que debía suplir la vacancia absoluta, “*designando provisionalmente un funcionario de la Contraloría*”, mientras se superaba la suspensión de la convocatoria pública y la corporación escogía al ganador, como sin lugar a equívocos lo indica el artículo 161 de la Ley 136 de 1994.

Se trata, entonces, de una competencia *ratione temporis*, confiada por la ley al alcalde, para que este funcionario asuma una función que ordinariamente es del concejo, únicamente en la oportunidad prevista por la norma, esto es, por fuera de los periodos de sesiones ordinarias de la corporación y en un escenario distinto al de una sesión extraordinaria. Por esta razón, es evidente que el Concejo de Bucaramanga, a través de su Mesa Directiva, actuó sin competencia al expedir un acto administrativo de encargo durante el receso de sus actividades, desconociendo la fórmula dictada por el legislador, que no ofrece una interpretación distinta a lo allí provisto.

Sumado a lo anterior, el artículo 24 de la Ley 136 de 1994 establece la invalidez de cualquier decisión como consecuencia de la actuación de los concejales al margen de las reglas que gobiernan el desempeño de sus funciones:

ARTÍCULO 24. INVALIDEZ DE LAS REUNIONES. Toda reunión de miembros del Concejo que con el propósito de ejercer funciones propias de la corporación, se efectúe fuera de las condiciones legales o reglamentarias, carecerá de



Radicado: 68001-23-33-000-2020-00060-01
Demandante: Roberto Ardila Cañas
Demandado: Héctor Rolando Noriega Leal

validez y los actos que realicen no podrá dársele efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones serán sancionados conforme a las leyes.

Conforme con el marco normativo trazado, no cabe duda para la Sala que el 30 de diciembre de 2019, fecha en la que se expidió el encargo demandado, no corresponde a un día legalmente válido para que los concejos adopten decisiones. Justamente por esta circunstancia insuperable, no es de recibo el argumento del Concejo de Bucaramanga con el que busca explicar la actuación de la Mesa Directiva, según el cual la intención era evitar que el cargo quedara acéfalo, ante la ocurrencia de una vacancia absoluta por vencimiento del periodo del contralor elegido para ejercer esta dignidad entre los años 2015 y 2019.

Acorde con lo anterior, este colegiado tampoco admite el argumento esgrimido en defensa del acto acusado por el *a quo*, prohijado por el Ministerio Público, según el cual la Mesa Directiva del Concejo de Bucaramanga podía realizar el encargo del demandado por tratarse de una decisión que no requería acuerdo, en los términos del artículo 83 de la Ley 136 de 1994.

Por el contrario, siendo las competencias regladas y expresas, no pueden deducirse ni interpretarse, so pretexto de encontrarse limitada la discrecionalidad de la corporación para decidir sobre la persona encargada, como aconteció en este caso, máxime cuando existe una norma expresa, a saber, el artículo 161 de la Ley 136 de 1994, que traza con precisión el camino que deben seguir las autoridades ante la falta absoluta del contralor que se presenta durante el receso del concejo, conforme a la cual la designación provisional corresponde al alcalde, con un funcionario de la contraloría.

Contrario a esta diáfana directriz normativa, la Mesa Directiva del Concejo de Bucaramanga erró por doble vía, primero, al aplicar el reglamento interno para proveer las faltas temporales, es decir, el Acuerdo 045 de 2000, siendo que se trataba de una vacancia absoluta o definitiva, de conformidad con el artículo 161 de la Ley 136 de 1994, en concordancia con el numeral 14 del artículo 2.2.5.2.1. del Decreto 1083 de 2015. El segundo yerro se configura por disponer el encargo de un funcionario, a pesar de que la corporación no se encontraba sesionando, arrogándose de esta forma una competencia que de forma excepcional la ley asignó al alcalde.

Consecuencia de lo anterior es que deba revocarse la sentencia apelada y declararse la nulidad de la Resolución 197 del 30 de diciembre de 2019, ante la falta de competencia del Concejo de Bucaramanga para adoptar la decisión allí contenida.



6. Cuestiones adicionales

El demandado reiteró en los alegatos de conclusión un argumento expuesto en la contestación de la demanda, según el cual no debió dirigirse en su contra sino exclusivamente contra la autoridad que expidió el acto que dispuso su encargo como contralor de Bucaramanga.

Al respecto, se recuerda que la naturaleza de esta inconformidad impone su discusión por vía de excepciones y el momento para decidir las ya está ampliamente vencido. Sin perjuicio de lo anterior, baste recordar que en el contencioso de nulidad electoral se cuestiona la legalidad de una elección o nombramiento, el numeral 1 del artículo 277 de la Ley 237 de 2011 dispone expresamente que la demanda debe notificarse personalmente “*al elegido o nombrado*”, lo cual redundaría en la garantía de defensa y contradicción del interesado, razón por la cual no le asiste razón al accionado en el citado aspecto.

De otra parte, en la misma oportunidad el demandado destacó que ya no funge como contralor en encargo, razón por la cual propone considerar que no hubo afectación a la función pública, pues se encargó, en últimas, al funcionario que señala el Acuerdo 045 de 2000, es decir, el subcontralor, cargo que él ocupaba para la época en que fue expedido el acto acusado.

Sobre este punto, se impone reiterar que el control de legalidad de los actos administrativos no resulta afectado por la pérdida de su vigencia o por el cumplimiento del propósito que motivó a la administración a proferirlo. Por el contrario, la intervención del juez sigue siendo procedente frente a los efectos que produjo la decisión acusada durante su vida jurídica y además, redundaría en un fin pedagógico de la mayor relevancia para el ejercicio de la función administrativa.

Con relación a la posibilidad de juzgar un acto administrativo que ha logrado su objeto, Penagos (1996) advierte que “*el acto administrativo, aunque haya cumplido su cometido, tiene existencia jurídica y puede ser acusado ante la jurisdicción contencioso – administrativa, aunque sea por motivos de moralidad jurídica... ello no obsta para que la justicia falle sobre la nulidad y componga la doctrina correspondiente para que quienes están obligados a cumplir la ley no incurran en el futuro en la misma falta, así sea por razones meramente morales*”²².

La jurisprudencia de esta Sección se ha pronunciado en sentido similar:

Al margen del agotamiento de la vigencia del acto administrativo, el deber de conocer el reproche de legalidad sobre el mismo no se afecta por esa circunstancia, no sólo por la evidente inexistencia de norma que así lo señale, sino también porque el juicio de legalidad de los actos administrativos procura

²² Penagos, G. (1996). Nulidades y acciones del acto administrativo. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, Pág. 52.



Radicado: 68001-23-33-000-2020-00060-01
Demandante: Roberto Ardila Cañas
Demandado: Héctor Rolando Noriega Leal

controlar objetivamente su producción legal al momento de su expedición, sin que para ello interesen hechos sobrevinientes como el agotamiento del acto por cumplimiento del término para el que fueron expedidos²³.

De tal suerte que *“la derogatoria, modificación, subrogación o suspensión de un acto administrativo no es motivo per se para abstenerse de estudiar su legalidad, bajo la declaratoria de carencia actual de objeto por sustracción de materia, en la medida en que la eficacia del acto administrativo solo hace que sea inoponible a los administrados –de pleno derecho-, pero no impide que el juez de lo contencioso administrativo estudie su validez”*²⁴. En consecuencia, no le asiste razón al demandado en su apreciación, dirigida a persuadir sobre la inocuidad de enjuiciar el acto por el cual fue encargado como contralor de Bucaramanga.

Con fundamento en 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: REVOCAR la sentencia del 13 de julio de 2021 del Tribunal Administrativo de Santander. En su lugar, **DECLARAR** la nulidad de la Resolución 197 del 30 de diciembre de 2019, por la cual la Mesa Directiva del Concejo de Bucaramanga encargó al señor Héctor Orlando Noriega Leal como contralor municipal.

SEGUNDO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra esta decisión no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

PEDRO PABLO VANEGAS GIL
Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

²³ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 6 de marzo de 2008, Rad. 07001-23-31-000-2007-00062-01, MP. María Nohemí Hernández Pinzón. Ver, además, sentencia de 15 de julio de 2010, Rad. 11001-03-28-000-2009-00009-00, MP. Susana Buitrago Valencia.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 25 de noviembre de 2021, Rad. 11001-03-28-000-2020-00056-00, MP. Luis Alberto Álvarez Parra.



Radicado: 68001-23-33-000-2020-00060-01
Demandante: Roberto Ardila Cañas
Demandado: Héctor Rolando Noriega Leal

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”