

COADYUVANCIA – Límites / SOLICITUD DE NULIDAD – Rechazada al haber sido formulada por tercero interviniente

[El artículo 228 de la Ley 1437 de 2011] prevé la posibilidad de intervención de terceros en el proceso de nulidad electoral, no establece los límites de la misma, por lo que en aplicación del artículo 296 de la Ley 1437 de 2011, norma especial del trámite electoral, resulta pertinente el artículo 223 de la misma ley, que a propósito de la coadyuvancia en los procesos de simple nulidad, señala que “(e)l coadyuvante podrá independientemente efectuar todos los actos procesales permitidos a la parte en la que ayuda, en cuanto no esté en oposición con los de esta” (...), disposición que está en consonancia con el artículo 71 del Código General del Proceso, según el cual el coadyuvante “tomará el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención y podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio” (...). [E]s dable concluir que en el proceso de nulidad electoral está permitida la participación de terceros, pero ésta se encuentra limitada: (i) sólo aquellas actuaciones permitidas a la parte a la que adhiere, (ii) no se deben oponer a los que realice la parte que coadyuva y (iii) no deben implicar disposición del derecho en litigio. (...). [C]omoquiera que la solicitud de nulidad de lo actuado desde el auto que concedió la apelación contra la providencia que suspendió los efectos de la elección acusada, no fue elevada por las partes sino exclusivamente por el coadyuvante del demandante, se estima que dicha petición constituye un exceso en el límite de la postulación de los terceros intervinientes, por lo que la misma resulta improcedente y por ende no es un impedimento para continuar con la actuación judicial. En tal sentido la mentada petición se rechazará.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Contra acto de elección de Contralora Departamental del Chocó / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Requisitos para su decreto

[E]l artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 consagró la facultad, en cabeza del juez de lo contencioso administrativo, para decretar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. (...). [L]a Ley 1437 de 2011 establece expresamente la finalidad de tales medidas cautelares, cuales son, la necesidad de garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, superando de esta forma la concepción tradicional de mera garantía de control de la legalidad de las actuaciones de la Administración, tal y como se circunscribió en su momento la única de aquéllas: la suspensión provisional. Ello, sin duda alguna, repercute favorablemente en la búsqueda de la materialización del denominado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Dentro de tales medidas, se encuentra consagrada entre otras, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de acuerdo con las voces del numeral 3° del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011. Esta institución se configura además como una de las causales de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, teniendo incidencia particularmente respecto de su carácter ejecutorio. (...). A partir de las normas citadas [artículo 231 y 277 de la Ley 1437 de 2011], se colige respecto de la suspensión provisional del acto en materia electoral que: (i) la solicitud del accionante procede por violación de las disposiciones normativas constitucionales o legales invocadas en el escrito correspondiente; (ii) dicha violación surge del análisis del acto demandado y su cotejo con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud; (iii) dicha petición debe resolverse en el mismo auto admisorio de la demanda. (...). Con la expedición de la Ley 1437 de 2011, basta que se presente una violación a las disposiciones

señaladas como desconocidas, en la demanda o en escrito separado antes de la admisión de la misma, contravención que debe surgir del análisis por parte del juez, del acto demandado con las normas esgrimidas como violadas o, del estudio de las pruebas aportadas por el accionante con su solicitud para que sea procedente la medida precautelar. Así las cosas, el juez de lo contencioso administrativo debe efectuar un estudio y análisis de los argumentos expuestos por el demandante y confrontarlos con los argumentos y pruebas sumarias presentadas en esta etapa del proceso para efectos de proteger la efectividad de la sentencia. Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, no constituye prejuzgamiento ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que ab initio se adoptó.

RECURSO DE APELACIÓN – Contra auto que decretó la suspensión provisional / INHABILIDAD DE CONTRALOR DEPARTAMENTAL POR CONTRATACIÓN – Aplicación del principio *iura novit curia* / RECURSO DE APELACIÓN – Se revoca decisión

[E]l inciso al que se hace alusión del artículo 272 de la Constitución Política bajo la vigencia del Acto Legislativo N° 02 de 2015, establecía que la referida inhabilidad [celebración de contratos] se predicaba de la persona que en el año anterior a la elección como contralor ocupó un cargo público del nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal, haciendo énfasis en ese momento, a la jerarquía del empleo desempeñado con anterioridad a la mentada elección, ingrediente de la causal de inhabilidad que dejó de consagrarse con el Acto Legislativo 04 de 2019, que en su reemplazo circunscribió la limitación a ser elegido contralor, respecto de quienes en el año anterior a la elección ocuparon un cargo público de la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal. (...). En ese orden de ideas, lo primero que debe tenerse presente en el análisis del caso de autos, es que la norma presuntamente transgredida en su contenido corresponde a la modificación que introdujo el Acto Legislativo 04 de 2019, (...) vigente desde el 18 de septiembre de 2019, esto es, antes de iniciarse la convocatoria que dio origen a la elección controvertida, precisión que resulta imperativa independientemente que los sujetos procesales no la hubieren realizado, en virtud del principio *iura novit curia*. (...). [E]n segundo lugar evidencia la Sala que varios de los antecedentes jurisprudenciales que invocó la parte demandante e incluso el Tribunal Administrativo del Chocó para sustentar la procedencia de la medida cautelar, hacen referencia al contenido del artículo 272 Superior antes de la reforma introducida por el Acto Legislativo N° 04 de 2019. (...). [S]in perjuicio del análisis que se realice en la sentencia luego de que se adelante el debate jurídico y probatorio pertinente, que en virtud de la reforma introducida por el Acto Legislativo N° 04 de 2019 al artículo 272 de la Constitución Política, por lo menos a partir del tenor literal de la anterior disposición, el nivel del cargo que con anterioridad a la elección se desempeñó, dejó de preverse como uno de los elementos de la situación de inhabilidad, pues en su lugar se estableció que debe constatarse si el cargo que se ocupó en el año anterior a la designación del contralor, pertenece o no a la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal. (...). La falta de claridad del mencionado asunto, se insiste, derivada de la falta de precisión del contenido de la norma invocada como desconocida, impiden considerar en esta etapa del proceso que las razones expuestas por el juez de primera instancia ofrecen certeza sobre el desconocimiento del artículo 272 constitucional como para acceder a la solicitud de suspensión provisional. (...). Asimismo se evidencia que existe otro asunto de significativa importancia

respecto de la eventual configuración de la causal de inhabilidad alegada que tampoco fue abordado con profundidad por el juez de primera instancia. Se hace alusión a si hay o no lugar a predicar que la demandada, en virtud del contrato de prestación de servicios que suscribió con la Secretaría Departamental del Chocó para asesorarla, ocupó o no un cargo público, toda vez que el artículo 272 constitucional expresamente prevé como uno de los elementos de la referida inhabilidad que aquél se haya ocupado en el año anterior a la elección del contralor. En efecto, al revisar la providencia controvertida el Tribunal Administrativo del Chocó si bien no desconoce que la demandada se desempeñó en la Secretaría de Educación del Departamental del Chocó en virtud de un contrato de prestación de servicios, y no con ocasión de un nombramiento o un contrato laboral, simplemente indicó que la finalidad “altruista” del artículo 272 constitucional era evitar que quienes desempeñaron cargos o responsabilidades de alto nivel dentro de la jurisdicción del contralor que sería elegido, se postularan a dicha dignidad, pues de lo contrario tendrían la posibilidad de fiscalizar sus propios actos, como estimó podía ocurrir con la demandada en atención a que fue nombrada contralora departamental del Chocó pese a que antes se desempeñó como asesora de la Secretaría Educación de la misma entidad territorial. (...). [N]o se advierte análisis alguno tendiente a precisar si en virtud del contrato de prestación de servicios que suscribió y ejecutó la señora Tatiana Valencia, podía estimarse o no que la misma ocupó un cargo público, pese a que tal constituye uno de los elementos expresamente previstos en la norma que contiene la inhabilidad invocada. (...). [S]e destaca que la norma que se estima desconocida recientemente fue modificada, por lo que debe estudiarse con detenimiento cuáles fueron los cambios realizados, su motivación e incidencia en la presente actuación, lo que a su vez implica evaluar la pertinencia de los antecedentes proferidos antes del Acto Legislativo 04 de 2019, aspectos que están llamados abordarse en la sentencia y respecto de los cuales no se tiene plena claridad en este momento como para decretar la suspensión provisional de la elección de la señora Tatiana Valencia Asprilla como contralora departamental del Chocó, lo que justifica la revocatoria de la providencia impugnada en cuanto accedió a la medida cautelar.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la improcedencia de la intervención de terceros, consultar, entre otros: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 27 de marzo de 2014, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 54001-23-31-000-2012-00001-03; y Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 25 de septiembre de 2019, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 63001-23-33-000-2019-00029-01. De las solicitudes no permitidas a un tercero interviniente en un proceso de nulidad electoral, porque no fueron realizadas en primera medida por alguna de las partes, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 23 de octubre de 2019, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 11001-03-28-000-2018-00621-00 (2018-00625-00 Y 2018-00616-00); Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 26 de enero de 2017, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 20001-23-33-000-2016-00089-01; Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 7 de septiembre de 2015, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 11001-03-28-000-2014-00051-00; Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 7 de marzo de 2011, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón, radicación 11001-03-28-000-2010-00006-00; Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 2 de mayo de 2019, M.P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-28-000-2018-00623-00; Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 25 de septiembre de 2019, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 63001-23-33-000-2019-00029-01. Sobre la procedencia de la solicitud de suspensión provisional, consultar, entre otros: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 4 de mayo de 2017, M.P. Rocío Araujo



Oñate, radicación 11001-03-28-000-2017-00011-00; y, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 30 de junio de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 85001-23-33-000-2016-00063-01. Sobre un caso similar al aquí estudiado, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de febrero de 2005, M.P. Darío Quillones Pinilla, radicación 88001-23-31-000-2004-00001-02.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 272 / ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2015 / ACTO LEGISLATIVO 04 DE 2019 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 228 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 229 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 230 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 277 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 71

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de abril de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 27001-23-31-000-2020-00013-01

Actor: ANUAR HERNÁNDEZ ROA

Demandado: TATIANA VALENCIA ASPRILLA - CONTRALORA DEPARTAMENTAL DEL CHOCÓ, PERÍODO 2020-2021

Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Medida cautelar – suspensión provisional de los efectos del acto de elección demandado – Apelación

AUTO QUE RESUELVE RECURSO DE APELACIÓN

La Sala procede a resolver los recursos de apelación propuestos por la parte demandada y los terceros impugnadores, contra el auto de 26 de febrero de 2020, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Chocó admitió la demanda electoral formulada contra la contralora departamental del Chocó (periodo 2020-2021¹) y decretó la suspensión provisional de los efectos del acto declarativo de la elección cuestionada.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda

¹ Sobre el período de los contralores, ver el artículo 272 Superior, parágrafo transitorio 1°, luego de la reforma introducida por el Acto Legislativo 04 de 2019.

1. El señor Anuar Hernández Roa, actuando en nombre propio, interpuso el 19 de febrero de 2020 demanda de nulidad electoral², con el fin de que se anule el acto de elección de la señora Tatiana Valencia Asprilla como contralora departamental del Chocó, para el período 2020-2021.

2. Como consecuencia de lo anterior, también solicitó, de un lado, que se ordene integrar una terna de candidatos que estén constitucional y legalmente habilitados para ocupar el referido cargo, a fin de que la Asamblea Departamental de Chocó enmiende los errores en que incurrió en el momento de la elección y, de otro lado, que se compulsen copias a la Procuraduría General de la Nación para que adelante la investigación disciplinaria correspondiente.

1.2. Hechos y omisiones fundamento de la acción

3. Manifestó que la señora Tatiana Valencia Asprilla el 2 de enero de 2019 suscribió un contrato de prestación de servicios con la Secretaría de Educación Departamental del Chocó para desempeñarse como asesora de dicha entidad, condición que afirma ostentó hasta el 31 de diciembre de 2019³.

4. Narró que mediante Resolución N° 287 del 4 de diciembre de 2019 la Asamblea Departamental del Chocó, estableció las reglas generales, los criterios de selección y evaluación y el cronograma de la convocatoria pública para la elección del cargo de contralor departamental para el período 2020-2021.

5. Relató que a dicha convocatoria acudió la señora Tatiana Valencia Asprilla, quien luego de surtidas las etapas correspondientes, cuyo impulso y evaluación correspondió a la Universidad de Córdoba, hizo parte de la terna de preseleccionados que sería sometida ante la Asamblea Departamental del Chocó.

6. Destacó que por unanimidad los miembros de la anterior Asamblea en sesión del 9 de enero de 2020 eligieron a la señora Tatiana Valencia Asprilla como contralora departamental del Chocó, a pesar que la misma estaba inhabilitada para el desempeño del referido cargo por las razones que a continuación se sintetizan.

1.3. Concepto de violación

7. Argumentó que la referida elección es contraria al artículo 272 de la Constitución Política, luego de su modificación por el Acto Legislativo 02 de 2015, en cuanto **indicaba**⁴ que no podrá ser elegido contralor “*quien sea o haya sido en el*

² Folios 1 a 31, C.1.

³ Según afirmaciones contenidas a folios 11, 20 y 25 del cuaderno N° 1.

⁴ El artículo 272 **indicaba** que no podrá ser elegido contralor “quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, **ni quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal**”, por cuanto tal **era** el contenido del inciso octavo de la anterior norma constitucional, en virtud de la reforma introducida a través del Acto Legislativo N° 2 del 1° de julio de 2015.

Sin embargo, es imperativo destacar que lo prescripto por la anterior circunstancia de inelegibilidad fue **modificado por el Acto Legislativo N° 04 del 18 de septiembre de 2019**, para en su lugar indicar que no podrá ser elegido contralor “quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, **ni quien haya ocupado cargo público en la rama ejecutiva** del orden

último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, **ni quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal**" (destacado fuera de texto).

8. Lo anterior en la medida que la demandada durante el año anterior a la elección, concretamente del 2 de enero al 31 de diciembre de 2019, se desempeñó, en virtud de un contrato de prestación de servicios, como asesora de la Secretaría de Educación Departamental del Chocó, lo que significaba que en contravía de la finalidad de la disposición constitucional antes señalada, como contralora del referido departamento podría fiscalizar actuaciones respecto de las cuales ella fue parte, que es precisamente lo que busca evitar el artículo 272 *ibídem*.

9. Sobre la norma antes señalada, teniendo en cuenta la modificación efectuada por el Acto Legislativo 02 de 2015, destacó que el Consejo de Estado precisó que si bien es cierto la misma hace referencia a las personas que hayan ocupado un cargo público en el **nivel ejecutivo** del orden departamental, distrital o municipal en el que el contralor elegido ejercería sus funciones, la referida inhabilidad también se materializa si en el año anterior a la designación el elegido desempeñó en la entidad territorial respectiva cargos del **nivel asesor y directivo**, dadas las mayores responsabilidades que tienen éstos. Lo anterior, luego de efectuar una interpretación sistemática, que a su vez tiene en cuenta el efecto útil de la circunstancia de inelegibilidad en comento.

10. Sobre la aplicación de la interpretación del Consejo de Estado, consistente en que los cargos del nivel asesor y directivo de la entidad territorial en la que el contralor elegido ejercerá sus funciones, también deben tenerse en cuenta para verificar o desvirtuar la configuración de la referida causal de inhabilidad, el demandante trajo a colación algunas consideraciones de los siguientes pronunciamientos:

- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 19 de julio de 2018, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 20001-23-39-0003-2017-00147-01.
- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 13 de julio de 2017, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 27001-23-33-000-2016-00028-01
- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de diciembre de 2016, Rad. 47000-23-33-002-2016-00074-02
- Corte Constitucional, sentencia C-126 del 21 de noviembre de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.
- Departamento Administrativo de la Función Pública, concepto N° 288441 de 2019.
- Departamento Administrativo de la Función Pública, concepto N° 118871 de 2019.

departamental, distrital o municipal", cambio normativo que el actor en su libelo introductorio al parecer no tuvo en cuenta, en tanto al citar el artículo 272 de la Constitución sobre el particular, siempre hace referencia a la reforma introducida en su momento por el Acto Legislativo N° 02 del 1° de julio de 2015.

11. En ese orden de ideas, reprochó que en contra del artículo 272 Superior, la interpretación que se ha hecho del mismo y del deber consistente en cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución contenido en el artículo 34 de la Ley 734 de 2002, la Asamblea Departamental del Chocó eligió como contralora a la demandada, a pesar que se encontraba inhabilitada para tal efecto, por el hecho de haberse desempeñado en el año inmediatamente anterior como asesora de la Secretaría de Educación Departamental.

1.4. Solicitud de medida cautelar

12. En el libelo introductorio⁵ el demandante solicitó la suspensión provisional del acto cuya nulidad se pretende, reiterando el concepto de violación antes expuesto.

1.5. Admisión de la demanda y resolución de la medida cautelar

13. Mediante auto del 26 de febrero de 2020 el Tribunal Administrativo del Chocó, de un lado, admitió la demanda al considerar que cumple con los requisitos legalmente establecidos y, de otro lado, decretó la suspensión provisional de los efectos del acto de elección de la señora Tatiana Valencia Asprilla como contralora departamental del Chocó para el período 2020-2021, esto último por las razones que a continuación se sintetizan:

14. Destacó que se encuentra probado que la demandada el 2 de enero de 2019 suscribió un contrato para desempeñarse como asesora de la Secretaría Departamental del Chocó, el cual si bien culminaba el 31 de diciembre de 2019, fue liquidado de común acuerdo el 10 de octubre del mismo año.

15. Resaltó que según el artículo 5° de la Resolución N° 287 del 4 de diciembre de 2019 de la Asamblea Departamental del Chocó, para participar en el proceso de designación del contralor, uno de los requisitos consistía en no estar incurso en causales de inhabilidad e incompatibilidad. Agregó que la lista de inscritos al referido proceso fue producida el 20 de diciembre de 2019.

16. Sostuvo que en el caso de autos se evidencia una contradicción entre el acto que eligió a la señora Tatiana Valencia como contralora departamental y el artículo 272 de la Constitución Política, *“que fue modificado por el acto legislativo 02 de 2015, luego modificado por el artículo 4 del Acto legislativo 4 de 2019, en atención de que la misma, dentro del año inmediatamente anterior a la inscripción al cargo del contralora departamental del Chocó, ejerció como asesora de la secretaría de Educación Departamental del Chocó, esto es, el 2 de enero de 2019, y como quiera que la fecha de inscripción data del 20 de diciembre del mismo año, la Sala evidencia una clara contradicción entre las normas superiores y el caso sometido bajo estudio”*.

17. Seguidamente sobre la causal de inhabilidad invocada trajo a colación algunas consideraciones de las sentencias dictadas el 19 de julio de 2018⁶ y el 26 de

⁵ Folios 23-32, C.1.

⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 19 de julio de 2018, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 20001-23-39-0003-2017-00147-01.

marzo de 2015⁷ de la Sección Quinta del Consejo de Estado, a efectos de hacer énfasis en que la circunstancia de inelegibilidad también cobija a quienes ejercieron cargos del nivel asesor y directivo del orden departamental, distrital o municipal.

18. Lo anterior para destacar que si bien es cierto la demandada “se desempeñaba como contratista de la Secretaría de Educación Departamental, la finalidad altruista de la norma, entiende que las funciones que desempeñaba la misma, la hace estar incurso en la inhabilidad reseñada a lo largo de esta providencia, toda vez, que lo que se quiere evitar es que ejerza función de control fiscal en el respectivo orden departamental quien se haya desempeñado en un nivel ejecutivo o asesor dentro de la jurisdicción, y tenga la posibilidad de controlar sus propios actos”.

1.6. Apelaciones contra el auto que decretó la medida cautelar

1.6.1. De la parte demandada⁸

19. La señora Tatiana Valencia Asprilla, a través de apoderado, solicitó la revocatoria de la providencia que suspendió los efectos del acto mediante el cual fue elegida contralora departamental del Chocó por las siguientes razones:

20. Argumentó que el juez de primera instancia erró al considerar que había incurrido en desconocimiento del artículo 272 constitucional por el hecho de haberse desempeñado como asesora de la Secretaría de Educación Departamental del Chocó durante el año anterior a su elección como contralora, pues desconoció que la anterior responsabilidad la desarrolló como contratista de prestación de servicios, y por ende, en virtud de la misma no ocupó empleo público alguno, que constituye uno de los elementos esenciales que deben verificarse para predicar la configuración de la causal de inhabilidad invocada en su contra.

21. Para tal efecto resaltó que conforme con lo previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos de prestación de servicios no generan relación laboral ni prestaciones sociales y que los contratistas son independientes en el ejercicio de las tareas que deben desarrollar, razón por la cual no puede considerarse que en virtud del contrato que suscribió con la referida secretaría de educación ocupó un cargo público, que según se desprende de los artículos 123 y 125 constitucionales y 2° del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, son creados por ley y la misma define sus funciones.

22. Trajo a colación algunos apartes de una sentencia del 24 de febrero de 2005 de la Sección Quinta del Consejo de Estado⁹, para destacar que en un caso con supuestos fácticos similares al presente asunto, se determinó que la celebración un contrato de prestación de servicios no implica el ejercicio de un cargo público,

⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 26 de marzo de 2015, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 11001-03-28-000-2014-00034-00.

⁸ Folios 126-144, C.1.

⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de febrero de 2005, M.P. Darío Quillones Pinilla, Rad. 88001-23-31-000-2004-00001-02.

y, por ende, tampoco da lugar a la configuración de la situación de inelegibilidad prevista en el artículo 272 (anterior inciso 8°) de la Constitución Política.

23. En ese orden de ideas, arguyó que en la providencia controvertida se efectuó una interpretación extensiva y analógica de la causal de inhabilidad invocada, en desconocimiento del debido proceso, el principio “*in dubio pro disciplinado, en este caso pro demandado*”, del principio de taxatividad y de la interpretación restrictiva que según la jurisprudencia constitucional¹⁰ rige la materia.

24. Agregó que precisamente bajo la confianza legítima de no estar incurso en la referida situación de inhabilidad, teniendo en cuenta lo expuesto por la Constitución y la jurisprudencia del Consejo Estado, se presentó al proceso de elección del contralor departamental, pero que con la medida de suspensión provisional controvertida se defraudó dicho principio, así como la seguridad jurídica, pese a que tratándose de medidas cautelares, para su decreto se requiere tener certeza de la infracción del ordenamiento jurídico, pues en caso de duda debido a que los asuntos ventilados requieren un análisis propio de la sentencia, el operador jurídico se debe abstener de acceder a la petición cautelar.

1.6.2. Del tercero interviniente Yuri Yesid Peña Valencia¹¹

25. Invocando la condición impugnador de la demanda, apeló la providencia que decretó la suspensión provisional de la elección controvertida, exponiendo fundamentalmente los argumentos desarrollados por la parte accionada, tendientes a demostrar que (i) para la configuración de la causal de inhabilidad invocada contenida en el artículo 272 de la Constitución Política, se requería acreditar que la persona elegida como contralor durante el año anterior hubiere ocupado un cargo público en el nivel departamental, distrital o municipal correspondiente y, (ii) que del hecho que la señora Tatiana Valencia haya suscrito un contrato de prestación de servicios con la Secretaria Departamental del Chocó, en modo alguno puede considerarse que ocupó un cargo público, en especial cuando de dicho contrato al tenor del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no se genera relación laboral alguna, como también lo destacó la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009 y en un caso similar al de autos lo precisó la Sección Quinta del Consejo de Estado en fallo del 24 de febrero de 2005¹².

26. De otra parte, hizo alusión al comunicado de prensa N° 048 del 27 de noviembre de 2019 de la Corte Constitucional, sobre la sentencia SU 566 de 2019 de la misma corporación, que estima es pertinente en atención a que reiteró la aplicación del principio de taxatividad en materia de inhabilidades¹³.

1.6.3. Del tercero interviniente Fundación Misión Jurídica Ojos de Cristal – MIJUROSCRI¹⁴

¹⁰ Citó las sentencias T-1039 de 2006 y SU-566 de 2019 de la Corte Constitucional.

¹¹ Folios 110-120, C.1.

¹² Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de febrero de 2005, M.P. Darío Quillones Pinilla, Rad. 88001-23-31-000-2004-00001-02.

¹³ Folios 146-148, C.1.

¹⁴ Folios 149-162, C.1.

27. A través de su representante legal, el señor Yadir Antonio Torres Palacios, e invocando la condición de impugnador de la demanda, a través del recurso de apelación solicitó la revocatoria de la medida cautelar decretada por las siguientes razones:

28. A partir de los artículos 123 de la Constitución Política, 1° de la Ley 909 de 2004, 32 de la Ley 80 de 1993 y algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional¹⁵, la Corte Suprema de Justicia¹⁶ y de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹⁷, sostuvo que *“los particulares que prestan sus servicios bajo la modalidad del Contrato de Prestación Servicios a los que se refiere la Ley 80 de 1993, colaboran con el Estado y no se les puede atribuir la calidad genérica de servidor público y mucho menos la de funcionario o empleado público ni trabajador oficial del Estado, en otras palabras los contratistas, no están incluidos en el concepto de la función pública, y si ello es así, no se puede decir que por prestar sus servicios como Asesorando y Apoyando a un servidor público, mediante tal modalidad contractual, ello de suyo implicaría el ejercicio de un “cargo público”, sería terrible contradecir lo que ha sido claro en la historia de la jurisprudencia colombiana”*.

29. Sobre el particular indicó que frente a los servidores públicos, que son quienes ocupan cargos públicos, su relación es legal y reglamentaria, se nombran y posesionan para el ejercicio las funciones legalmente previstas y perciben un salario en virtud de la relación laboral que establecen con el Estado, los contratistas de prestación de servicios son particulares cuya participación tiene lugar en virtud de un contrato que no genera un vínculo laboral, en tanto son autónomos e independientes para la ejecución de la tareas contratadas, con ocasión de las cuales reciben honorarios y sólo intervienen cuando las labores contratadas no pueden realizarse con personal de planta o se requieren conocimientos especializados.

30. Lo anterior para subrayar que por ningún motivo puede considerarse que la demandada por el hecho de haber suscrito un contrato de prestación servicios ocupó un cargo público.

31. En ese orden de ideas, señaló que la causal de inhabilidad es clara en indicar que no puede ser elegido contralor quien en el año inmediatamente anterior ocupó un cargo público, y que no incluyó dentro de la referida situación de inelegibilidad a los contratistas de prestación de servicios, por lo que el Tribunal Administrativo del Chocó interpretó y aplicó de manera extensiva e incorrecta el artículo 272 al caso en concreto, aunque la misma autoridad judicial destacó que la relación de la demandada con la Secretaría de Educación Departamental tuvo lugar en virtud de la suscripción de un contrato de prestación de servicios.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de agosto de 2010, M.P. María del Rosario González de Lemos, Rad. 31986.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 144 del 10 de mayo de 2001, Rad. 1344, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

32. Finalmente, consideró que el *A quo* de manera impertinente para respaldar su decisión, citó un fallo del 19 de junio de 2018 de la Sección Quinta del Consejo Estado, aunque en el mismo el demandado a diferencia del caso de autos, durante el año anterior a la elección del contralor se había desempeñado como empleado público.

1.6.4. De la Asamblea Departamental del Chocó¹⁸

33. De manera extemporánea, esto es, luego de transcurridos 3 días hábiles desde la notificación de la providencia que decretó la suspensión provisional del acto acusado¹⁹, la Asamblea Departamental del Chocó interpuso recurso de apelación²⁰ contra la anterior decisión, insistiendo en que no podía considerarse que la demandada por el hecho de haber suscrito y ejecutado un contrato de prestación de servicios con la Secretaría de Educación del departamento ocupó un cargo público, por lo que por esta causa no incurrió en la causal de inhabilidad que invocó el actor.

1.7. Intervención del señor César Alfonso Moreno Asprilla²¹

34. Invocando la condición de coadyuvante de la parte demandante alegó que la suspensión del acto acusado se ajusta a derecho, para lo cual reiteró las razones expuestas por el actor para considerar que la señora Tatiana Valencia al haberse desempeñado como asesora de la Secretaría de Educación Departamental del Chocó durante el año anterior a su elección como contralora de la misma entidad territorial, incurrió en la referida causal de inhabilidad contenida en el artículo 272 de la Constitución Política, que en garantía de los principios de imparcialidad, moralidad y prevalencia del interés general, busca que evitar que el funcionario que ejerce el control fiscal realice dicha labor sobre sus propios actos.

35. Trajo a colación las consideraciones más relevantes de los fallos dictados por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 11 de agosto de 2016²² y 19 de julio de 2018²³, sobre la interpretación que se ha efectuado de la anterior norma, a efectos de indicar que la mencionada inhabilidad también comprende a quienes hayan ocupado cargos públicos del nivel directivo y asesor, sin que ello signifique que se haya realizado una interpretación extensiva del precepto constitucional.

1.8. Trámite procesal

36. El Tribunal Administrativo del Chocó mediante auto del 6 de marzo de 2020²⁴ concedió en el efecto devolutivo los recursos de apelación contra la providencia que decretó la suspensión provisional de la elección acusada, interpuestos por la

¹⁸ Folios 209-215, C.2.

¹⁹ Notificada el 27 de febrero de 2020, como puede apreciarse a folios 104 reverso a 109 del cuaderno N° 1 del expediente.

²⁰ El referido medio de impugnación fue interpuesto el 4 de marzo de 2020.

²¹ Folios 168-183, C.1.

²² Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de agosto de 2016, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 880001-23-31-000-2016-00026-01.

²³ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 19 de julio de 2018, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 20001-23-39-0003-2017-00147-01.

²⁴ Folios 226-227, C.2

demandada, el señor Yuri Yesid Peña Valencia y el representante legal de la Fundación Misión Jurídica Ojos de Cristal.

37. De otro lado, rechazó por extemporáneo el recurso de apelación presentado contra la misma decisión por la Asamblea Departamental del Chocó.

1.9. Solicitud de nulidad

38. Remitido el proceso al Consejo de Estado, el señor César Alfonso Moreno Asprilla solicitó la nulidad de lo actuado a partir del auto del 6 de marzo de 2020, lo anterior porque de los recursos de apelación interpuestos por la demandada, el señor Yuri Yesid Peña Valencia y el representante legal de la Fundación Misión Jurídica Ojos de Cristal, no se corrió traslado a los sujetos procesales, conforme lo establece el numeral 2° del artículo 244 de la Ley 1437 de 2011, que estima es aplicable al proceso de nulidad electoral en virtud de lo dispuesto en el artículo 296 de la misma ley, lo que a su juicio constituye una circunstancia contraria a los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

39. A la anterior solicitud se opuso el señor Yuri Yesid Peña Valencia²⁵ argumentado en síntesis, (I) que no es necesario la apertura de un incidente para resolver la petición de nulidad, en atención a que el mismo no es compatible con la naturaleza expedita del proceso de nulidad; (II) que como tal requerimiento no fue efectuado por la parte demandada, el coadyuvante con la referida solicitud excedió los límites establecidos para los terceros intervinientes como en casos similares lo han establecido las Secciones Primera²⁶ y Quinta²⁷ del Consejo de Estado y; (III) que no obstante lo anterior, la irregularidad alegada no constituye una situación que dé lugar a anular lo actuado, en tanto si juez de segunda instancia lo estima necesario, puede correr traslado del recurso de apelación contra el auto que concedió la medida cautelar²⁸.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

40. La Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para tramitar el presente proceso, en segunda instancia, en virtud de lo establecido en los artículos 150 y 152.8 de la Ley 1437 de 2011, al igual que lo normado en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019 –Reglamento del Consejo de Estado–, expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

²⁵ Mediante memorial allegado por correo electrónico el 17 de abril de 2020.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, auto del 5 de febrero de 2020, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, Rad. 13001-23-31-000-2006-00503-01.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 24 de agosto de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 73001-23-33-000-2016-00079-03.

²⁸ Sobre el particular citó: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 25 de febrero de 2014, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 76001-23-33-000-2013-01316-03.

41. De igual manera, la Sala es competente para resolver en el proceso de nulidad electoral sobre la apelación de la medida cautelar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 125 y 277 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. Cuestión previa - Sobre la intervención de terceros en el proceso de nulidad electoral

42. Antes de resolver sobre las impugnaciones interpuestas contra el auto que decretó la medida cautelar, resulta necesario pronunciarse sobre la supuesta configuración de una causal de nulidad alegada por el señor César Alfonso Moreno Asprilla, en su calidad de tercero interviniente, por el hecho que el *A quo* no corrió traslado de los recursos de apelación presentados contra la providencia que decretó la medida cautelar, lo que a su juicio impidió que los sujetos procesales, particularmente la parte demandante, ejerciera frente a dicha actuación el derecho a la defensa.

43. En atención a que la anterior solicitud no fue elevada por una de la partes sino por uno de los terceros intervinientes, resulta necesario traer a colación el artículo 228 de la Ley 1437 de 2011, que establece:

“En los procesos electorales cualquier persona puede pedir que se la tenga como impugnador o coadyuvante. Su intervención solo se admitirá hasta el día inmediatamente anterior a la fecha de celebración de la audiencia inicial”.

44. Aunque la anterior norma prevé la posibilidad de intervención de terceros en el proceso de nulidad electoral, no establece los límites de la misma, por lo que en aplicación del artículo 296 de la Ley 1437 de 2011, norma especial del trámite electoral, resulta pertinente el artículo 223 de la misma ley, que a propósito de la coadyuvancia en los procesos de simple nulidad, señala que **“(e)I coadyuvante podrá independientemente efectuar todos los actos procesales permitidos a la parte en la que ayuda, en cuanto no esté en oposición con los de esta”** (negritas fuera del texto), disposición que está en consonancia con el artículo 71 del Código General del Proceso, según el cual el coadyuvante *“tomará el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención y podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio”* (el destacado es nuestro).

45. Corolario de lo expuesto y de conformidad con la integración normativa citada, es dable concluir que en el proceso de nulidad electoral está permitida la participación de terceros, pero ésta se encuentra limitada: (i) sólo aquellas actuaciones permitidas a la parte a la que adhiere, (ii) no se deben oponer a los que realice la parte que coadyuva y (iii) no deben implicar disposición del derecho en litigio.

46. Asimismo, con fundamento en las normas antes citadas, esta Sección ha considerado improcedente que un tercero interviniente asuma posturas que son

propias de la parte a la cual adhiere y, por tanto, que al coadyuvante solo le es dable nutrir argumentativamente al sujeto procesal que apoya²⁹.

47. En ese entendido la Sala Electoral del Consejo de Estado ha rechazado peticiones de terceros intervinientes como las consistentes en la aclaración de providencias³⁰, que se declaren nulidades procesales³¹ o se expongan cargos nuevos³², cuando tales peticiones no fueron realizadas en primera medida por alguna de las partes.

48. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, comoquiera que la solicitud de nulidad de lo actuado desde el auto que concedió la apelación contra la providencia que suspendió los efectos de la elección acusada, no fue elevada por las partes sino exclusivamente por el coadyuvante del demandante, se estima que dicha petición constituye un exceso en el límite de la postulación de los terceros intervinientes, por lo que la misma resulta improcedente y por ende no es un impedimento para continuar con la actuación judicial. En tal sentido la mentada petición se rechazará.

2.3. Marco normativo de la medida cautelar de suspensión provisional en el proceso de nulidad electoral

49. Como un aspecto novedoso, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 consagró la facultad, en cabeza del juez de lo contencioso administrativo, para decretar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

50. A diferencia del Decreto-Ley 01 de 1984 derogado, la Ley 1437 de 2011 establece expresamente la finalidad de tales medidas cautelares, cuales son, la necesidad de garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, superando de esta forma la concepción tradicional de mera garantía de control de la legalidad de las actuaciones de la Administración, tal y como se circunscribió en su momento la única de aquéllas: la suspensión provisional. Ello, sin duda alguna, repercute favorablemente en la búsqueda de la materialización del denominado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

51. Dentro de tales medidas, se encuentra consagrada entre otras, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de acuerdo con las voces

²⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 27 de marzo de 2014, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 54001-23-31-000-2012-00001-03. Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 24 de agosto de 2016. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez. Rad. 73001-23-33-000-2016-00079-03. Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 2 de mayo de 2019, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2018-00623-00. Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 25 de septiembre de 2019, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 63001-23-33-000-2019-00029-01.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 23 de octubre de 2019, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio Rad. 11001-03-28-000-2018-00621-00 (2018-00625-00 Y 2018-00616-00).

³¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 26 de enero de 2017, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 20001-23-33-000-2016-00089-01. Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 7 de septiembre de 2015, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 11001-03-28-000-2014-00051-00.

³² Consejo de Estado, Sección Quinta auto de 7 de marzo de 2011, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón, Rad. 11001-03-28-000-2010-00006-00. Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 2 de mayo de 2019, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2018-00623-00. Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 25 de septiembre de 2019, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 63001-23-33-000-2019-00029-01.

del numeral 3° del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011³³. Esta institución se configura además como una de las causales de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, teniendo incidencia particularmente respecto de su carácter ejecutorio³⁴.

52. Los requisitos para decretar esta medida cautelar, fueron consagrados expresamente por el legislador en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos:

“Artículo 231.- Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)”

53. Particularmente, en relación con el proceso de nulidad electoral, el artículo 277 establece una regla específica respecto de la suspensión provisional en los siguientes términos:

“...Artículo 277.- En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación...”

54. A partir de las normas citadas, se colige respecto de la suspensión provisional del acto en materia electoral que: (i) la solicitud del accionante procede por violación de las disposiciones normativas constitucionales o legales invocadas en el escrito correspondiente; (ii) dicha violación surge del análisis del acto demandado y su cotejo con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud; (iii) dicha petición debe resolverse en el mismo auto admisorio de la demanda.³⁵

55. Añádase a lo anterior, que en atención a los términos perentorios para la formulación de cargos contra los actos susceptibles de revisión a través del medio

³³ Ley 1437 de 2011. Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

(...) 3. Suspende provisionalmente los efectos de un acto administrativo (...)

³⁴ Ley 1437 de 2001. Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

³⁵ Sobre el particular ver entre otros: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 4 de mayo de 2017, M.P. Rocío Araujo Oñate, radicado No. 11001-03-28-000-2017-00011-00, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 30 de junio de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 85001-23-33-000-2016-00063-01; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 25 de abril de 2016, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 11001-03-28-000-2015-00005-00; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 4 de febrero de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 1001-03-28-000-2015-00048-00; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 21 de abril de 2016, C.P. Rocío Araujo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2016-00023-00.

de control de nulidad electoral, la solicitud de suspensión provisional de aquéllos debe formularse dentro del término de caducidad, como lo ha subrayado esta Sección³⁶.

56. Asimismo, la doctrina ha destacado³⁷ que con la antigua codificación, -Código Contencioso Administrativo-, se requería para la procedencia de la suspensión provisional, la existencia de una manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como violadas, esto es, una infracción grosera, de bulto, observada *prima facie*³⁸. Con la expedición de la Ley 1437 de 2011, basta que se presente una violación a las disposiciones señaladas como desconocidas, en la demanda o en escrito separado antes de la admisión de la misma, contravención que debe surgir del análisis por parte del juez, del acto demandado con las normas esgrimidas como violadas o, del estudio de las pruebas aportadas por el accionante con su solicitud para que sea procedente la medida precautelar.

57. Así las cosas, el juez de lo contencioso administrativo debe efectuar un estudio y análisis de los argumentos expuestos por el demandante y confrontarlos con los argumentos y pruebas sumarias presentadas en esta etapa del proceso para efectos de proteger la efectividad de la sentencia.

58. Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, **no constituye prejuzgamiento** ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que *ab initio* se adoptó.

2.4 Caso concreto

59. De los antecedentes expuestos se tiene que el problema jurídico a resolver gira en torno a establecer si existe o no mérito suficiente en esta etapa del proceso, para considerar que la demandada incurrió en la causal de inhabilidad de que trata el artículo 272 de la Constitución Política, por el hecho que durante el año anterior a la elección cuestionada celebró y ejecutó un contrato de prestación de servicios con la Secretaría Departamental del Chocó, que tenía por objeto el siguiente:

“PRESTAR LOS SERVICIOS PROFESIONALES CON PLENA AUTONOMÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA PARA ASESORAR Y APOYAR AL SECRETARIO DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CHOCÓ CON EL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES NECESARIAS PARA DAR CUMPLIMIENTO A LAS RECOMENDACIONES EFECTUADAS POR EL MINISTERIO DE HACIENDA A TRAVÉS DE LA DAF, MEDIANTE RESOLUCIÓN

³⁶ Ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 20 de febrero de 2020, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2019-00087-00. Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 31 de mayo de 2018, M.P. Rocío Araújo Oñate, radicado No. 11001-03-28-000-2018-00047-00.

³⁷ BENAVIDES José Luis. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo comentado y concordado. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2013 pg. 496.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 29 de enero de 2014, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Rad. 11001-03-27-000-2013-00014-00 (20066).

NÚMERO 4441 DEL 26 DE DICIEMBRE DE 2017, COORDINAR EL EQUIPO DE SUPERVISIÓN PARA LA CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EDUCATIVA CON CABILDOS, INDÍGENAS Y ORGANIZACIONES INDÍGENAS EN EL MARCO SIEP Y LA REALIZADA CON CONFESIONES RELIGIOSAS Y EL SEGUIMIENTO A LAS ACTIVIDADES CONTENIDAS EN EL PLAN DE ACCIÓN DE LA SEDCHOCÓ (sic)³⁹.

60. Para la parte demandante y su coadyuvante, la celebración y ejecución del anterior contrato significó que la señora Tatiana Valencia Asprilla durante el año anterior a su elección como contralora, se desempeñara como asesora de la Secretaria Departamental de Chocó, en contravención del siguiente inciso del artículo 272 de la Constitución, luego de su reforma por el Acto Legislativo 02 de 2015:

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

61. Por otro lado, para la demandada y quienes se oponen a la medida cautelar decretada, no se configuró la referida causal de inhabilidad, debido a que uno de los elementos esenciales de la misma es que el elegido haya ocupado **un cargo público** en el año anterior a la elección cuestionada, lo cual no tiene lugar cuando aquél simplemente celebró y ejecutó un contrato de prestación de servicios, como ocurrió en el caso de autos.

62. En cuanto a la norma que se estima desconocida, resulta necesario precisar que su contenido a partir del 18 de septiembre de 2019, en virtud del Acto Legislativo de 04 de la misma fecha, no corresponde al que el demandante invoca en su libelo introductorio, sino al siguiente:

*“No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, **ni quien haya ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal**”* (El subrayado es nuestro).

63. Como puede apreciarse, el inciso al que se hace alusión del artículo 272 de la Constitución Política bajo la vigencia del Acto Legislativo N° 02 de 2015, establecía que la referida inhabilidad se predicaba de la persona que en el año anterior a la elección como contralor ocupó un cargo público del **nivel ejecutivo** del orden departamental, distrital o municipal, haciendo énfasis en ese momento, a la jerarquía del empleo desempeñado con anterioridad a la mentada elección, ingrediente de la causal de inhabilidad que dejó de consagrarse con el Acto Legislativo 04 de 2019, que en su reemplazo circunscribió la limitación a ser elegido contralor, respecto de quienes en el año anterior a la elección ocuparon un cargo público de la **rama ejecutiva** del orden departamental, distrital o municipal.

³⁹ La transcripción corresponde al contrato de prestación de servicios N° 0002 del 2 de enero de 2019 (fls. 73-77), que suscribió la señora Tatiana Valencia Asprilla en su condición de contratista, con el secretario de educación departamental del Chocó, el cual fue liquidado por las partes de común acuerdo el 31 de octubre de 2019, según copia del acta correspondiente visible a folios 78-80 del cuaderno N° 1.

64. La anterior diferenciación que no fue destacada por los sujetos procesales ni por el juez de primera instancia, que simplemente mencionó el Acto Legislativo 04 de 2019 sin precisar su contenido, es de significativa importancia, en tanto es deber del juez conocer y precisar el contenido y la vigencia de la disposición que se estima desconocida, que en este caso corresponde al artículo 272 constitucional, que para la fecha de la elección acusada e incluso para el momento en que se efectuó la convocatoria que dio lugar a la misma, a través de la Resolución 287 del 4 de diciembre de 2019 de la Asamblea Departamental del Chocó⁴⁰, corresponde al descrito en el Acto Legislativo 04 de 2019, que según su artículo 7° rige desde su promulgación, lo cual tuvo lugar el 18 de septiembre de 2019, data en la que también fue publicado en el Diario Oficial No. 51.080.

65. En ese orden de ideas, lo primero que debe tenerse presente en el análisis del caso de autos, es que la norma presuntamente transgredida en su contenido corresponde a la modificación que introdujo el Acto Legislativo 04 de 2019, que al parecer el actor desconocía en la medida que siempre hizo referencia al artículo 272 de la Constitución antes de la mencionada reforma constitucional, aunque se insiste, la misma está vigente desde el 18 de septiembre de 2019, esto es, antes de iniciarse la convocatoria que dio origen a la elección controvertida, precisión que resulta imperativa independientemente que los sujetos procesales no la hubieren realizado, en virtud del principio *iura novit curia*, según el cual *“corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente, la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen”*⁴¹.

66. Esclarecido lo anterior, en segundo lugar evidencia la Sala que varios de los antecedentes jurisprudenciales que invocó la parte demandante e incluso el Tribunal Administrativo del Chocó para sustentar la procedencia de la medida cautelar⁴², hacen referencia al contenido del artículo 272 Superior antes de la reforma introducida por el Acto Legislativo N° 04 de 2019, particularmente en lo atinente al entendimiento que deba dársele a la expresión **“quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo”**, a efectos de precisar bajo un criterio de interpretación teleológico, que en la mentada inhabilidad también deben

⁴⁰ Folios 34-51, C.1.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia T-851 del 28 de octubre de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sobre el particular la Corte Constitucional ha destacado: el “principio *iura novit curia*, que significa *el juez conoce el derecho*. Con este principio *“el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aún cuando las partes no las invoquen expresamente”*. Corte Constitucional sentencias T-146 de 2010 y T-047 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa; T-533 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴² Concretamente se hace referencia a los siguientes pronunciamientos: (I) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 19 de julio de 2018, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 20001-23-39-0003-2017-00147-01. (II) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 13 de julio de 2017, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 27001-23-33-000-2016-00028-01. (III) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de diciembre de 2016, Rad. 47000-23-33-002-2016-00074-02. (IV) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de agosto de 2016, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 880001-23-31-000-2016-00026-01. (V) Corte Constitucional, sentencia C-126 del 21 de noviembre de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

entenderse incluidas las personas que ocuparon cargos de mayor jerarquía al nivel ejecutivo, esto es, los de los niveles asesor y directivo.

67. Sobre dichos antecedentes se destaca sin perjuicio del análisis que se realice en la sentencia luego de que se adelante el debate jurídico y probatorio pertinente, que en virtud de la reforma introducida por el Acto Legislativo N° 04 de 2019 al artículo 272 de la Constitución Política, por lo menos a partir del tenor literal de la anterior disposición, el nivel del cargo que con anterioridad a la elección se desempeñó, dejó de preverse como uno de los elementos de la situación de inhabilidad, pues en su lugar se estableció que debe constatarse si el cargo que se ocupó en el año anterior a la designación del contralor, pertenece o no a la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal.

68. Se hace énfasis en el anterior aspecto, en atención a que ligado a falta de precisión del contenido de la norma constitucional presuntamente transgredida, la parte demandada y el *A quo* para sustentar la procedencia de la medida cautelar se apoyaron en antecedentes jurisprudenciales que de manera puntual hicieron referencia al nivel del cargo público que se desempeñó durante el año anterior a elección del contralor, elemento que no aparece expresamente en la norma que contiene la inhabilidad vigente para el momento en que se profirió la decisión, sin que se ofrezca explicación alguna de las eventuales razones por las cuales a pesar de la modificación introducida por el Acto Legislativo 04 de 2019, el nivel del cargo público sigue siendo un aspecto relevante a considerar y por consiguiente, por qué hay lugar a afirmar que los pronunciamientos judiciales citados siguen siendo pertinentes.

69. La falta de claridad del mencionado asunto, se insiste, derivada de la falta de precisión del contenido de la norma invocada como desconocida, impiden considerar en esta etapa del proceso que las razones expuestas por el juez de primera instancia ofrecen certeza sobre el desconocimiento del artículo 272 constitucional como para acceder a la solicitud de suspensión provisional. Por el contrario, las circunstancias hasta aquí desarrolladas dan cuenta de tópicos que requieren ser abordados en el fallo luego del debate jurídico y probatorio pertinente.

70. Asimismo se evidencia que existe otro asunto de significativa importancia respecto de la eventual configuración de la causal de inhabilidad alegada que tampoco fue abordado con profundidad por el juez de primera instancia. Se hace alusión a si hay o no lugar a predicar que la demandada, en virtud del contrato de prestación de servicios que suscribió con la Secretaría Departamental del Chocó para asesorarla, ocupó o no un cargo público, toda vez que el artículo 272 constitucional expresamente prevé como uno de los elementos de la referida inhabilidad que aquél se haya ocupado en el año anterior a la elección del contralor.

71. En efecto, al revisar la providencia controvertida el Tribunal Administrativo del Chocó si bien no desconoce que la demandada se desempeñó en la Secretaría de Educación del Departamental del Chocó en virtud de un contrato de prestación de

servicios, y no con ocasión de un nombramiento o un contrato laboral, simplemente indicó que la finalidad “altruista” del artículo 272 constitucional era evitar que quienes desempeñaron cargos o responsabilidades de alto nivel dentro de la jurisdicción del contralor que sería elegido, se postularan a dicha dignidad, pues de lo contrario tendrían la posibilidad de fiscalizar sus propios actos, como estimó podía ocurrir con la demandada en atención a que fue nombrada contralora departamental del Chocó pese a que antes se desempeñó como asesora de la Secretaría Educación de la misma entidad territorial.

72. No obstante lo anterior y como lo resaltan quienes impugnaron la providencia que decretó la medida cautelar, no se advierte análisis alguno tendiente a precisar si en virtud del contrato de prestación de servicios que suscribió y ejecutó la señora Tatiana Valencia, podía estimarse o no que la misma ocupó un cargo público, pese a que tal constituye uno de los elementos expresamente previstos en la norma que contiene la inhabilidad invocada. En tal sentido tampoco se evidencia algún estudio tendiente a establecer qué se entiende por cargo público y quiénes pueden ocupar los mismos.

73. Sobre los anteriores aspectos y sin perjuicio del análisis que se efectúe en la sentencia que le ponga fin al proceso, debe tenerse en cuenta lo dicho por esta Sección en sentencia del 24 de febrero de 2005⁴³ frente a un caso similar al de autos, que fue destacado por los apelantes, en el que también el actor consideró que el contralor elegido había incurrido en la causal de inhabilidad del artículo 272 constitucional, porque en el año anterior a la elección suscribió un contrato de prestación de servicios en virtud del cual ejerció funciones en el territorio en el que se desempeñaría como contralor. En dicha oportunidad esta Sala de decisión indicó:

“En ese sentido, el demandante considera que el acto electoral impugnado debe anularse porque el Señor Hernández Rojas se encontraba inhabilitado para ser elegido Contralor del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, puesto que tuvo la calidad de servidor público y, por tanto, ejerció función pública en dicho Departamento dentro del año anterior a su elección, en cuanto celebró el contrato de prestación de servicios personales número 023 del 2 de enero de 2003 con el Hospital Timothy Britton E.S.E.

(...)

Ahora bien, para la demostración de los supuestos fácticos de la inhabilidad que se analiza obra en el expediente copia del contrato de prestación de servicios número 023 celebrado el 2 de enero de 2003 entre el Hospital Timothy Britton E.S.E. y el Señor César Augusto Hernández Rojas, con el objeto de prestar los servicios en el manejo de costos, cuyo plazo de ejecución fue de tres meses (folios 108 y 109). Dicha copia, al igual que la de otros documentos relacionados con la ejecución del mencionado contrato (póliza de seguro de cumplimiento, certificado de disponibilidad presupuestal, certificaciones de recibo a satisfacción de los servicios prestados y facturas, folios 110 a 123), fueron recaudadas en la inspección judicial practicada por el a quo en las instalaciones del mencionado Hospital.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de febrero de 2005, M.P. Darío Quiñones Pinilla, Rad. 88001-23-31-000-2004-00001-02(3480).

En esta forma, para la Sala es claro, como lo fue para el Tribunal, que con tales documentos no puede tenerse por demostrado que el Señor César Augusto Hernández Rojas haya ocupado un cargo público dentro del año anterior a su elección como Contralor del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, pues si bien es cierto que celebró contrato con una empresa social del Estado, esa circunstancia no implicó para él ejercicio de cargo público alguno, según se explica a continuación.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución Política, la calidad de servidor público se predica de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

De manera que esta disposición adopta la denominación genérica de servidores públicos para referirse a las personas que prestan sus servicios al Estado, pues ésta comprende las siguientes categorías: la de los miembros de las corporaciones públicas, la de los empleados públicos, que se vinculan al servicio oficial mediante una relación legal y reglamentaria, y la de los trabajadores oficiales, cuyo vínculo con el Estado se genera en virtud de un contrato de trabajo.

Ahora bien, el artículo 32 de esa misma Ley define el contrato de prestación de servicios como aquel que “celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

De manera que el contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser desarrollada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante, es decir por servidores públicos, o cuando se requieren conocimientos especializados. Es claro, entonces, la autonomía y la independencia de la persona que actúa en desarrollo de un contrato de prestación de servicios, pues ello constituye el elemento esencial de este contrato. Por tanto, no es posible admitir confusión alguna con los elementos configurativos de la relación laboral, principalmente los que se relacionan con la continuada subordinación laboral que se exige en un contrato de trabajo.

Por lo tanto, este primer cargo no prospera.”

74. Como puede apreciarse, la Sección estimó que para el ejercicio de un cargo público se requiere la vinculación oficial al Estado, ya sea mediante una relación legal y reglamentaria o a través de un contrato de trabajo, vínculos que no pueden predicarse del contrato de prestación de servicios como expresamente lo establece el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en atención a la manera autónoma e independiente en la que el contratista ejerce las tareas que fueron pactadas, lo que impide considerar que éste ejerce un cargo público o que en virtud de la suscripción y/o ejecución de dicha modalidad de contratación puede incurrir en la causal de inhabilidad invocada en esta oportunidad.

75. Ahora bien, respecto de la anterior perspectiva tampoco desconoce la Sala que al interior del Consejo de Estado existen otros pronunciamientos según los cuales el ejercicio de un cargo o empleo no está necesariamente circunscrito a la existencia de una relación laboral, en tanto otra acepción válida de tales términos corresponde a la de dignidad, tarea o encargo, sin que para tal efecto deba mediar

una relación de trabajo propiamente dicha⁴⁴, como puede apreciarse entre otras, en las sentencias del 10 de noviembre de 2009⁴⁵ y 7 de diciembre de 2010⁴⁶ de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, aunque debe aclararse, tal postura interpretativa ha sido desarrollada respecto de causales de inhabilidad o incompatibilidad distintas a la invocada a esta oportunidad.

76. Se pone de presente que en casos similares esta Sección ha considerado que la suscripción y ejecución de un contrato de prestación de servicios no implica el ejercicio de un cargo público, pero también que la definición de empleo o cargo no siempre se ha relacionado con la existencia de una relación laboral, a fin de ilustrar que en la etapa inicial en la que se encuentra la controversia planteada, contrario a lo que determinó el *A quo*, no existe certeza sobre la presunta configuración de la causal de inhabilidad alegada, por el contrario, que existen asuntos atinentes a los elementos normativos de la mencionada situación de inelegibilidad que deben ser analizados a la luz de las particularidades del asunto *sub examine*, lo que incluye la valoración detallada del acervo probatorio que se recaude, así como de los antecedentes jurisprudenciales que pueden resultar aplicables.

77. Además, se destaca que la norma que se estima desconocida recientemente fue modificada, por lo que debe estudiarse con detenimiento cuáles fueron los cambios realizados, su motivación e incidencia en la presente actuación, lo que a su vez implica evaluar la pertinencia de los antecedentes proferidos antes del Acto Legislativo 04 de 2019, aspectos que están llamados a abordarse en la sentencia y respecto de los cuales no se tiene plena claridad en este momento como para decretar la suspensión provisional de la elección de la señora Tatiana Valencia Asprilla como contralora departamental del Chocó, lo que justifica la revocatoria de la providencia impugnada en cuanto accedió a la medida cautelar.

⁴⁴ Por ejemplo, en el fallo del 7 de diciembre de 2010 que seguidamente se cita, reiterando lo expuesto en una providencia del 22 de marzo de 1994, Expediente AC-1351, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se destacó lo siguiente:

"(...)Así mismo, "cargo" es, jurídicamente, "responsabilidad que se atribuye a alguien" / Dignidad, empleo u oficio que confiere la facultad de ejercer determinada función pública y la de percibir, en su caso, ciertos derechos." (Guillermo Cabanellas; obra citada, tomo II; C - D).

Otros autores como Joaquín Escriche y Eduardo J. Couture definen de manera similar estos dos vocablos, en sus respectivos diccionarios.

Esto significa, entonces, que ambas denominaciones, cargo y empleo, tienen por lo menos dos connotaciones que son relevantes enfrente de la disposición constitucional en estudio; la primera, la de vínculo laboral; y la segunda, la de dignidad, tarea o encargo.

En tratándose de la primera, estaremos en presencia de un contrato de trabajo o de una relación legal y reglamentaria, o de derecho público; y en lo que hace con la segunda, ante una persona que no tiene una relación laboral, pero que por la importancia o trascendencia de la dignidad o encargo que se le ha confiado podría verse abocada a tomar partido en una u otra dirección; y por ende, a comprometer los intereses de ese ente u organismo, y eventualmente, los suyos propios.

Del texto de la Carta parece derivarse la interpretación de que ningún congresista puede detentar, simultáneamente con esa investidura, una relación contractual laboral con empleadores privados o públicos; ni una relación de derecho público distinta con un organismo oficial.

Sin embargo, podría tener una dignidad, tarea o encargo con entes del sector privado, en tanto no se vea afectada su tarea como congresista, ni comprometida su responsabilidad enfrente del pueblo que lo eligió, por manera que pudiese terminar defendiendo o representado, al mismo tiempo, intereses privados y los públicos propios de su calidad de vocero popular."

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de noviembre de 2009, M.P. María Claudia Rojas Lasso, Rad. 11001-03-15-000-2008-01181-00(PI).

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de diciembre de 2010, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 11001-03-15-000-2010-00872-00(PI).



En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

III. RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR la solicitud de nulidad procesal formulada por el señor César Alfonso Moreno Asprilla, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 2° de la parte resolutive del auto del 26 de febrero de 2020 del Tribunal Administrativo del Chocó, mediante el cual se suspendió provisionalmente el acto de elección de la señora Tatiana Valencia Asprilla como contralora departamental de dicho departamento, para el período 2020-2021.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo del Chocó para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado