



MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Accede a las pretensiones de nulidad de elección de Contralor Municipal de Valledupar

Consiste en determinar, de conformidad con los recursos de apelación interpuestos, si existe mérito suficiente para revocar la decisión del Tribunal Administrativo del Cesar mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda dirigidas a solicitar la nulidad del acto de elección del señor Omar Javier Contreras Socarras como Contralor Municipal de Valledupar contenido en el Acta del 28 de febrero de 2017. (...) En este punto es oportuno señalar que, conforme con el artículo 320 de la Ley 1564 de 2012, el fin que persigue el recurso de apelación es: “[Q]ue el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”. Quiere decir lo anterior que el recurso de apelación lo que busca es que el ad-quem examine lo decidido por la primera instancia con sujeción a los argumentos esbozados por la parte que se siente inconforme con la decisión adoptada. (...) La finalidad de esa inclusión era limitar la inhabilidad para que la misma no se configurara por haber ocupado cualquier cargo en los mencionados órdenes departamental, distrital o municipal, bajo la consideración de que con la amplitud que traía la causal ocasionaba una significativa restricción del derecho de acceso a los cargos públicos; por lo tanto, la limitación introducida tenía por finalidad que la inhabilidad se configurara sólo en aquellos cargos de mayor nivel dentro de la jerarquía administrativa. (...) Por lo mismo, si la finalidad de la norma era establecer dicha limitación para ajustar de mejor manera la inhabilidad a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en función de una ponderación más adecuada entre el propósito de protección de los principios que rigen la función pública y el derecho de acceso a cargos públicos de los asociados, está claro que al incluir la norma el nivel ejecutivo quiso fijar un límite inferior de aquellos cargos a partir de los cuales se desempeñan funciones que en verdad podrían ser objeto de control fiscal en cabeza de la respectiva contraloría territorial, control que podría llegar a desarticularse precisamente por la llegada a la cabeza del ente de control fiscal respectivo de alguien que haya ocupado cargos y desempeñado funciones que están dentro del ámbito de competencia de ese control, todo esto en detrimento del interés general y de los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad. (...) En esta perspectiva, se impone concluir que si ocupar un cargo en el nivel ejecutivo configura la inhabilidad, con mayor razón la misma se materializa si el cargo ocupado es de mayor nivel, como ocurre con los cargos de nivel directivo y asesor, porque en estos niveles la posibilidad de adelantar conductas y actuaciones que llegasen a ser objeto de control fiscal aumenta. (...) Al respecto, cabe reiterar que lo que busca dicho postulado normativo es evitar que quien ejerza la función de control fiscal en el respectivo orden territorial tenga la posibilidad de controlar sus propios actos adoptados en tiempo reciente en otra entidad pública del mismo orden. Esto con independencia de que actualmente por mandato del artículo 272 el proceso de elección deba hacerse por convocatoria pública o por concurso de méritos pues, se insiste, que lo que se pretende evitar es el control de su propia actuación. (...) De igual manera, se resalta que admitir una interpretación diferente en este sentido implicaría el desconocimiento de los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública, en razón a que los cargos que no correspondan al orden departamental, municipal, o distrital, pero que efectivamente el ejercicio de sus funciones se realiza dentro de este ámbito territorial, quedaría excluido sin justificación alguna del margen de restricciones establecido por el constituyente derivado, pues para la causal lo que importa además del nivel es donde se ejercita la función. (...) No cabe duda que los elementos de la inhabilidad prevista en el artículo 272 de la Carta Política se encuentran plenamente demostrados, ya que: i) el demandado ocupó un cargo del nivel directivo, -conducta proscrita; ii) dicho cargo se

ocupó en una entidad del orden departamental -elemento territorial- y iii) el señor Contreras Socarras ocupó el empleo en comento hasta un día antes de ser elegido como Contralor de Valledupar, habida cuenta de que su renuncia se aceptó el 27 de febrero de 2017 -elemento temporal

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 20001-23-39-003-2017-00147-01

Actor: ALVARO LUIS CASTILLA FRAGOZO Y CARLOS ALBERTO PALLARES BUELVAS

Demandado: OMAR JAVIER CONTRERAS SOCARRÁS - CONTRALOR DE VALLEDUPAR - PERÍODO 2016-2019

Asunto: Nulidad Electoral – Sentencia de segunda instancia. Recurso de apelación contra sentencia que negó pretensiones.

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por los señores Álvaro Luis Castilla Fragozo y Carlos Alberto Pallares Buelvas, contra la sentencia del 21 de septiembre de 2017 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Cesar negó las pretensiones de la demanda dirigidas a declarar la nulidad del acto de elección del señor Omar Javier Contreras Socarrás como Contralor Municipal de Valledupar (Cesar).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda en el proceso 2017-00147

El señor Carlos Alberto Payares presentó demanda¹ en ejercicio del medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, con el fin que se declare la nulidad del acto de elección de Omar Javier Contreras Socarrás, como Contralor Municipal de Valledupar.

1.1 Pretensiones

¹ Folios 1 a 5 del cuaderno No. 1 de reconstrucción.

1.1.1 Se declare nulo el acto contenido en el acta de sesión ordinaria de fecha 28 de febrero de 2017 a través del cual el Concejo Municipal de Valledupar (Cesar), designó como contralor del municipio al señor Omar Javier Contreras Socarrás.

1.1.2 Como consecuencia de la nulidad solicita que se expida una nueva convocatoria pública y abierta, efectos de elegir Contralor Municipal de Valledupar, por el periodo restante, con apego a la Constitución y la Ley.

1.2 Hechos

1.2.1 El Concejo Municipal de Valledupar eligió el 7 de enero de 2016 al señor Álvaro Luis Castilla Fragozo como Contralor para el período 2016- 2019, designación que fue declarada nula por el Consejo de Estado en providencia del 15 de diciembre de 2016². Lo anterior, por considerar que al haber adoptado el esquema de concurso de méritos se debió elegir a quien obtuvo el mayor puntaje y no al candidato que ocupó el tercer lugar.

1.2.2 El 16 de enero de 2017 el señor Álvaro Luis Castilla Fragozo presentó renuncia, la cual le fue aceptada por el Alcalde mediante Resolución No. 000139 de 18 de enero de 2017.

1.2.3 La sentencia proferida por el Consejo de Estado cobró ejecutoria el 26 de enero de 2017, después de haberse resuelto una solicitud de aclaración de sentencia, data que es posterior a la renuncia del citado contralor.

1.2.4 Adujo el accionante, que el Concejo Municipal de Valledupar en sesión de 28 de febrero de 2017 eligió al señor Omar Javier Contreras Socarrás por lo que resta del período, con violación a las normas constitucionales, legales y reglamentarias en que debía fundarse, por cuanto lo que procedía era realizar una nueva convocatoria por tratarse de una vacancia absoluta y no una elección.

1.3 Normas violadas y concepto de la violación

El accionante fundamentó su demanda en la causal de nulidad de violación de las normas en las que debía fundarse, pues consideró transgredidos los artículos 275.5 de la Ley 1437 de 2011 y 161 de la ley 163 de 1994, en tanto existiendo falta absoluta, la duma municipal debió realizar una nueva elección y conformar una nueva terna para elegir el contralor para el periodo restante.

1.4 Actuaciones Procesales

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

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo .Sentencia de 15 de diciembre de 2016. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad. 20001-23-33-000-2016-00089-01.

Mediante auto del 19 de abril de 2017³, el Tribunal Administrativo del Cesar, admitió la demanda y negó el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto demandado. Lo anterior por cuanto consideró:

“(…) No se avisa la configuración de un perjuicio irremediable que afecte a la parte demandante; así como tampoco, que ésta haya acreditado la existencia de serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida cautelar solicitada, los efectos de la sentencia sería nugatorios, motivo por el cual la misma será negada.”

1.4.2 Contestación de la demanda por parte del Concejo Municipal

En escrito radicado el 15 de mayo de 2017⁴ ante el Tribunal Administrativo del Cesar el apoderado del Concejo Municipal de Valledupar solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda al considerar que el acto de elección se profirió de conformidad con las órdenes impartidas por el Consejo de Estado en sentencia de 15 de diciembre de 2016.

Lo anterior al considerar que la duma departamental había realizado un proceso de selección que fue reglamentado atendiendo los parámetros legales, el cual generó una lista de elegibles con fuerza vinculante para el Concejo Municipal. En tal virtud y en consideración a que la orden judicial se dirigía a elegir a quien hubiese obtenido el mayor puntaje en dicho concurso, la petición de aclaración de sentencia o la presentación de la renuncia por parte del demandado no tenían la virtualidad de afectar el mandato contenido en esta providencia.

1.4.3 Contestación de la demanda del señor Omar Javier Contreras

En memorial de 5 de junio de 2017⁵ el demandado, mediante apoderado, solicitó negar las pretensiones de la demanda argumentando que la renuncia presentada por el señor Álvaro Luis Castilla Fragozo es inocua, pues ella fue presentada cuando ya existía pronunciamiento judicial que declaró la nulidad de su elección y ordenó la designación de quien había obtenido el mayor puntaje en el concurso de méritos.

Concluyó exponiendo que el Concejo Municipal de Valledupar se encontraba en la obligación de acatar las decisiones judiciales y asumir las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de las sentencias para los funcionarios públicos, en caso de no obedecer a la orden judicial.

2. La demanda en el proceso 2017-00148

El señor Álvaro Luis Castilla Fragozo presentó demanda⁶ en ejercicio del medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, con

³ Folios 40 al 42 de cuaderno No. 2

⁴ Folios 48 al 63 del cuaderno No. 2

⁵ Folios 71 al 77 del cuaderno No. 2

⁶ Folios 1 a 9 del cuaderno No. 3 de reconstrucción.

el fin que se declare la nulidad del acto de elección del señor Omar Javier Contreras Socarrás, como Contralor Municipal de Valledupar.

2.1 Pretensiones

2.1.1 Se declare la nulidad del acto contenido en el Acta No. 008 de sesión extraordinaria de fecha 28 de febrero de 2017 en la cual el Concejo Municipal de Valledupar (Cesar), eligió como contralor del municipio al señor Omar Javier Contreras Socarrás.

2.1.2 Como consecuencia de la nulidad, solicita que se tramite una nueva convocatoria pública y abierta efectos de elegir Contralor Municipal de Valledupar por el periodo restante, con apego a la Constitución y la Ley.

2.2 Hechos

2.2.1 La elección del señor Álvaro Luis Castilla Fragozo como Contralor Municipal de Valledupar para el período 2016- 2019 fue declarada nula por el Consejo de Estado en sentencia proferida el 15 de diciembre de 2016.

2.2.2 En sesión de 28 de febrero de 2017 el Concejo Municipal de Valledupar eligió a Omar Javier Contreras Socarrás como Contralor Municipal de Valledupar por lo que resta del período 2016-2019.

2.2.3 Al momento de su elección el señor Omar Javier Contreras Socarrás se encontraba desempeñando el cargo de Defensor Regional del Cesar, cuya naturaleza es de nivel directivo, según lo dispone el artículo 20 de la Ley 24 de 1992.

2.2.4 Conforme a lo expuesto la designación del Contralor Municipal de Valledupar violó el régimen de inhabilidades por cuanto desde un año antes viene ejerciendo el cargo de defensor regional y tiene parentesco con el señor Fredys Miguel Socarrás Reales - Alcalde del municipio de Valledupar.

2.3 Normas violadas y concepto de la violación

El accionante fundamenta su demanda en que el demandado incurrió en violación del régimen de inhabilidades previsto en el artículo 272 constitucional, artículo 95.2 de la Ley 136 de 1994 y el artículo 37.2 de la Ley 617 de 2000, por haber ejercido como empleado público de la Defensoría del Pueblo, con jurisdicción en el Departamento del Cesar, dentro de los 12 meses anteriores a su elección como contralor municipal.

Expone que se encuentra inhabilitado por tener parentesco en segundo grado de consanguinidad con un funcionario que dentro de los 12 meses anteriores ejerció autoridad, civil, política y administrativa en el municipio, esto es por cuanto el señor Fredy Miguel Socarrás Reales es tío del demandado y por tal razón se incurrió en la

conducta descrita en el artículo 95.3 de la Ley 136 de 1996 y 37.4 de la Ley 617 de 2000.

Concluye exponiendo que dicha elección vulneró el artículo 179.8 constitucional porque el accionado no presentó oportunamente su renuncia al cargo de Defensor Regional del Pueblo y por tanto fue elegido para más de una corporación o cargo público.

2.4. Actuaciones Procesales

2.4.1 De la admisión de la demanda y decisión de la medida cautelar

Mediante auto del 19 de abril de 2017⁷, el Tribunal Administrativo del Cesar, admitió la demanda y negó el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

Lo anterior por cuanto consideró:

“Así las cosas, la Sala al momento de analizar el acto acusado, confrontarlos con las normas invocadas y compararlos con las pruebas que fueron arrojadas observa de entrada, sin que ello amerite un prejuzgamiento, que en este momento procesal no es pertinente llegar a la conclusión señalada por la parte actora que permita decretar la medida de suspensión solicitada, pues no surge con certeza ni claridad absoluta, de que efectivamente en el señor OMAR JAVIER CONTRERAS SOCARRAS elegido como Contralor Municipal de Valledupar, encuadren causales de inhabilidad planteadas, razón por la cual se considera que para llegar al conocimiento certero de tales hechos, es necesario avanzar en el proceso, solicitando y decretando la práctica de nuevas pruebas que permitan corroborar o desvirtuar lo afirmado en el libelo demandatorio, es decir, es necesario llevar a cabo las demás etapas procesales y enriquecer de más elementos probatorios el proceso, dándole la oportunidad al demandado de ejercer su derecho de defensa y contradicción”.

2.4.2 Contestación de la demanda por parte del Concejo Municipal

En escrito radicado el 26 de mayo de 2017⁸ ante el Tribunal Administrativo del Cesar el apoderado del Concejo Municipal de Valledupar argumentó que el acto de elección se profirió de conformidad con las órdenes impartidas por el Consejo de Estado en sentencia de 15 de diciembre de 2016 y en tal virtud deben negarse las pretensiones de la demanda.

Explicó que la orden judicial se dirigía a nombrar a quien hubiese obtenido el mayor puntaje en el proceso de selección que generó una lista de elegibles con fuerza vinculante para el Concejo Municipal, circunstancia que relevaba cualquier análisis relacionado con las calidades subjetivas del demandado y purgó cualquier límite al ejercicio que pudiera concurrir en dicha persona.

2.4.3 Contestación de la demanda del señor Omar Javier Contreras

⁷ Folios 124 al 137 de cuaderno No. 3

⁸ Folios 143 al 164 del Cuaderno No. 3

En memorial de 5 de junio de 2017 ⁹el demandado, mediante apoderado, solicitó denegar las pretensiones de la demanda argumentando que la inhabilidad prevista en el artículo 272.8 constitucional no es aplicable en el presente caso, por cuanto el proceso de selección fue un concurso de méritos y no una convocatoria pública.

Respecto del grado de parentesco con el señor Fredy Miguel Socarrás explicó que es una relación sobrino- tío la cual se encuentra en el tercer (3º) grado de consanguinidad y por tanto el cargo debe ser despachado negativamente. Concluye afirmando que la inhabilidad prevista en el artículo 179.8 constitucional está dirigido a las inhabilidades de congresistas, razón por la cual no es aplicable al cargo de contralor que constituye el estudio en el presente caso y por tanto habrá de desecharse este cargo.

3. De la acumulación de los procesos

Por auto de 16 de junio de 2017 se ordenó la acumulación de los procesos No. 20001-23-39-003-2017-00147-00 y 20001-23-39-002-2017-00148-00 y el 5 de julio se realizó diligencia de sorteo de magistrado ponente¹⁰, correspondiendo el conocimiento del proceso a la magistrada Doris Pinzón Amado.

4. Audiencia inicial

En la audiencia inicial¹¹ celebrada el 18 de julio de 2017 la magistrada conductora del proceso, luego de constatar la presencia de las partes, estableció que en el plenario no se encontró causal que invalide lo actuado, razón por la cual procedió a: i) decidir las excepciones previas; ii) fijar el litigio y iii) el decidir el decreto de pruebas.

Respecto de las excepciones planteadas por el concejo municipal de Valledupar concluyó que éstas tienen la connotación de ser de mérito, razón por la cual se resolverían en la sentencia, sin que se avizore la configuración de excepciones previas o mixtas que deban ser declaradas de oficio.

En lo referente al litigio, éste se centró en determinar “...si en el proceso de selección de contralor Municipal de Valledupar, para el periodo 2016-2019, era necesario adelantar una nueva convocatoria pública, al haberse configurado una vacancia definitiva originada en la renuncia del cargo presentada por el señor ALVARO LUIS CASTILLA FRAGOZO, o si por el contrario, fue ajustada a derecho la designación del señor OMAR JAVIER CONTRERAS SOCARRAS, realizada por el Consejo Municipal de Valledupar, en cumplimiento de una providencia judicial.

En el mismo sentido, se deberá establecer si el señor OMAR JAVIER CONTRERAS SOCARRAS, se encontraba inhabilitado para ser nombrado en el cargo de Contralor Municipal de Valledupar, por las causales expuestas con antelación.”¹²

En cuanto a las pruebas decidió decretar las documentales allegadas con el escrito de demanda y la contestación de la demanda. Adicionalmente, denegó la práctica de la

⁹ Folios 166 al 177 del Cuaderno No. 3

¹⁰ Folio 266 del cuaderno No. 2 de reconstrucción.

¹¹ Artículo 283 concordante con artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, Folios 102 a 112 cuaderno No.2.

¹² Folio 108 del cuaderno No.2

inspección judicial y en su lugar solicitó copia auténtica con constancia de ejecutoria de la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado el 15 de diciembre de 2016. Del mismo modo denegó la prueba referida a los procesos por responsabilidad fiscal y los testimonios de Guido Castilla González y Wilber Hinojosa Borrego por improcedentes e inconducentes.

En esta misma diligencia se fijó como fecha para la audiencia de pruebas el 23 de agosto de 2017.

5. Audiencia de Pruebas

El 23 de junio de 2017¹³ se llevó a cabo la audiencia de pruebas en la que la magistrada directora realizó el control de asistencia, verificó el saneamiento y se incorporaron al proceso las pruebas documentales que fueron allegadas de forma oportuna y de las cuales se corrió traslado a las partes sin que ellas hicieran manifestación alguna.

En esta misma diligencia se decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se ordenó que las partes presentaran por escrito sus alegatos dentro de los 10 siguientes días, término dentro del cual el ministerio publicó también debía emitir concepto.

6. Alegatos de conclusión en primera instancia

En esta etapa procesal el señor Carlos Alberto Pallares Buelvas, en su condición de demandante, recorrió el término para alegar en el que hizo un recuento de los hechos de la demanda, insistió en que se configuró una vacancia definitiva del cargo desde el 18 de enero de 2018 y que la declaratoria de la nulidad de la elección quedó ejecutoriada con posterioridad por lo que procedía iniciar un nuevo proceso de elección. En tal virtud, solicitó acceder a las pretensiones plasmadas en el libelo introductorio¹⁴.

Por otra parte, el apoderado de la parte demandada argumentó que no es jurídicamente viable que el actor pretenda con la presentación de la renuncia cambiar el sentido de una orden judicial, desconociendo el ordenamiento constitucional, legal y jurisprudencial. Explicó que el régimen de inhabilidades no es aplicable al caso del proceso de selección de contralor pues no es posible ejercer influencia en un concurso de méritos y menos aún invocar una norma aplicable a los congresistas, como es el artículo 179.8 constitucional. Conforme a lo expuesto se deben denegar las pretensiones de la demanda.

Finalmente el apoderado del señor Álvaro Luis Castilla Fragozo, en calidad de demandante, insistió en la vulneración del régimen de inhabilidades, por cuanto el acervo probatorio demostró que ejerció un cargo directivo hasta el 28 de febrero de 2017, data en la que fue elegido como contralor municipal, por tal razón se debe acceder a las pretensiones de nulidad.

7. Concepto del Ministerio Público

¹³ Folio 1344 de 1355 del Cuaderno No. 6.

¹⁴ Folio 181 y 182 del cuaderno No. 2

El agente del Ministerio Público solicitó denegar las pretensiones de la demanda al considerar que la radicación de la renuncia de forma anticipada a la ejecutoria de la sentencia, tenía como finalidad neutralizar los efectos de la providencia que ya le había sido notificada al demandante. A pesar de ello es dable llegar a la conclusión que en caso de presentarse una vacancia absoluta ocasionada por la renuncia, se debe acudir a la lista de elegibles vigente y por tal razón no procede efectuar un nuevo proceso de selección como lo alega el demandante.

En relación con la violación al régimen de inhabilidades argumenta que no se demostró que el cargo de defensor regional del pueblo implicara el ejercicio de una autoridad civil o administrativa; el grado de parentesco entre tío y sobrino es de tercer grado de consanguinidad, el cual no se encuentra previsto como inhabilitante por la norma y la prohibición del ser elegido para más de una corporación o cargo público prevista en el artículo 179.8 constitucional está dirigida a quien pretenda ejercer el cargo de congresista y por tanto no es aplicable a la elección de contralor.

8. Sentencia recurrida

Mediante sentencia del 21 de septiembre de 2017¹⁵, el *a quo* resolvió negar las pretensiones de las demandas al considerar que:

8.1 En relación con la renuncia argumentó que no compartía los argumentos expuestos por el demandante porque si bien es cierto la presentación de la dimisión genera una falta absoluta del contralor, para la fecha en que esto ocurrió ya existía un pronunciamiento judicial que declaró la nulidad de esa designación y ordenó elegir al participante que se encontraba mejor puntuado en el proceso de selección que había culminado. En vista que de dicho concurso de méritos se generó una lista de elegibles que se encontraba vigente, la cual generó unos derechos adquiridos que no pueden ser desconocidos no es posible iniciar un nuevo proceso de selección como lo reclama el demandante y en tal virtud este argumento no puede prosperar.

8.2 Respecto de la violación al régimen de inhabilidades por haber ocupado un año antes un cargo de nivel directivo como Defensor Regional del Cesar se destaca que el artículo 272 constitucional se refiere a quien sea o haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal, casos en los que no se enmarca el cargo de Defensor del Pueblo de la Regional Cesar. Igualmente los artículos 95.2 y 163 de la Ley 136 de 1994 contemplan como inhabilidad haber ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar en cargo de dirección administrativa, circunstancia que no corresponde a los empleos de la defensoría pues se trata de una entidad que no pertenece al nivel central ni descentralizado.

8.3 En lo relacionado con el vínculo de consanguinidad existente con el señor Fredys Miguel Socarrás Reales destaca que se trata de un grado de parentesco de tercer grado de consanguinidad el cual no se encuentra descrito normativamente como causal de inhabilidad. Adicionalmente a lo expuesto el señor Socarrás Reales culminó su

¹⁵ Folios 221 al 242 del Cuaderno No. 2

período con más de 12 meses de anterioridad a la designación del señor Omar Javier Contreras.

9. Los recursos de apelación

9.1 Presentado por el señor Álvaro Luis Castilla Fragozo

Por escrito radicado el 29 de septiembre de 2017¹⁶ ante el Tribunal Administrativo del Cesar el demandante Álvaro Luis Castilla Fragozo, mediante apoderado, solicitó revocar la sentencia que negó las pretensiones e insistir que el acto se encuentra viciado de nulidad por violación al régimen de inhabilidades.

Insiste en que se configuró la inhabilidad prevista en el “*ARTÍCULO 95 LEY 136-1994, REFORMADO POR EL ART. 37 LEY 617 DE 2000 NUMERAL 2*” esto es “*POR HABER EJERCIDO DENTRO DE LOS 12 MESES SIGUIENTES A LA FECHA DE LA ELECCIÓN DE CONTRALOR MUNICIPAL, COMO EMPLEADO PUBLICO (DEFENSOR REGIONAL DEL PUEBLO DEL CESAR CÓDIGO 0040 GRADO 20 – CARGO DEL NIVEL DIRECTIVO) CON JURISDICCIÓN O AUTORIDAD POLÍTICA, CIVIL Y ADMINISTRATIVA...*”. Lo anterior por cuanto concurren los siguientes elementos:

- i) **Temporalidad** en tanto el demandado no debió ocupar un cargo público del nivel ejecutivo un año antes de la elección. Se cumple este requisito por cuanto el señor Contreras Socarras presentó la renuncia al cargo de Defensor Regional del Pueblo de Cesar el mismo día en que fue elegido.
- ii) **Territorial** el cargo de Defensor Regional del Pueblo de Cesar obedece a criterios de desconcentración administrativa y tiene alcance en todo el departamento.
- iii) **Modal** que hace referencia al nivel del cargo y que en el presente caso se extiende al nivel directivo, conforme se ha expuesto en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

9.2 Del recurso de apelación interpuesto por el señor Carlos Alberto Pallares Buelvas

En memorial de 29 de septiembre de 2017¹⁷ el accionante formuló recurso de apelación en el que solicitó revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia y acceder a las pretensiones de la demanda al considerar que a la fecha en que la sentencia proferida dentro del medio de control con radicado 20001-23-31-000-2016-00089-00 quedó ejecutoriada ya se había aceptado la renuncia presentada por el señor Álvaro Castilla Fragozo.

Insiste en que debió darse a aplicación al artículo 161 de la Ley 163 de 1994, pues al presentarse vacancia definitiva del empleo de contralor se debió proceder a una nueva elección y por tanto la decisión asumida por el Concejo Municipal de Valledupar genera la ilegalidad del acto demandado.

¹⁶ Folios 194 a 199 del Cuaderno No. 2

¹⁷ Folios 245 a 254 del Cuaderno No. 2

10. Trámite de instancia

Mediante auto del 2 de octubre de 2017¹⁸, la magistrada ponente del Tribunal Administrativo de Cesar concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por el señor Carlos Alberto Pallares Buelvas.

Según informe proferido por la Presidenta del Tribunal Administrativo del Cesar¹⁹ el expediente fue enviado con destino al Consejo de Estado mediante planilla de correo electrónico No. DCE 121 de 3 de octubre de 2017, sin que finalmente haya llegado a su destino. Debido a la imposibilidad del Tribunal de ubicar dicho expediente, el 20 de marzo de 2018²⁰ se llevó a cabo audiencia de reconstrucción del mismo y por oficio No. DCE 0030 de 22 de marzo de 2018²¹ el señalado Tribunal Administrativo envió el expediente reconstruido a esta Corporación. El 4 de abril de 2018²², se realizó el reparto correspondiente y le fue asignado el proceso a quien funge como ponente.

Por auto de 9 de abril de 2018²³ se admitió el recurso de apelación interpuesto por el señor Carlos Alberto Pallares Buelvas y se ordenó correr el traslado del memorial a la parte contraria por el término de tres (3) días. Frente a esta decisión el señor Álvaro Luis Castilla Fragozo, mediante apoderado, solicitó una adición a la anterior decisión²⁴, al considerar que se había omitido el pronunciamiento respecto de su recurso de apelación, petición que fuera denegada por auto de 19 de abril de 2018²⁵, en razón a que dicha impugnación no había surtido su trámite en la primera instancia y en tal virtud no podía ser admitida. Para solventar lo anterior se ordenó su remisión al tribunal de origen a efectos de que se profirieran las decisiones pertinentes.

El Tribunal Administrativo del Cesar mediante auto del 8 de mayo de 2018²⁶ concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por el señor Álvaro Luis Castilla Fragozo, mediante su apoderado Álvaro David Castilla Nuñez y ordenó su remisión al Consejo de Estado y en providencia del 22 de mayo de 2018²⁷ esta Corporación, admitió el recurso de apelación y ordenó los traslados de rigor.

11. Alegatos de conclusión en segunda instancia

11.1 Presentados por el demandado Omar Javier Contreras Socarrás²⁸

Argumentó que la sentencia debe ser confirmada por cuanto no puede someterse el efecto y cumplimiento de las providencias a la voluntad de la partes, de forma que al presentar la renuncia pueda evitar dar cumplimiento de la orden judicial que lo despojó de la calidad de funcionario y dispuso el nombramiento del aspirante que obtuvo el

¹⁸ Folio 255 del Cuaderno No. 2 de reconstrucción

¹⁹ Folios 2 al 10 del cuaderno de reconstrucción.

²⁰ Folios 49 al 53 del cuaderno de reconstrucción

²¹ Folio 256 del Cuaderno No. 1

²² Folio 257 del Cuaderno No.1

²³ Folio 260 al 261 del Cuaderno No. 1

²⁴ La solicitud fue radicada oportunamente mediante memorial del 13 de abril de 2018, visible a folio 273.

²⁵ Folio 282 al 284 del Cuaderno No. 1

²⁶ Folios 297 y 298 del Cuaderno No. 1

²⁷ Folios 302 al 304 del cuaderno No. 2

²⁸ Folios 1065 al 1074 del Cuaderno No. 2

mayor puntaje. Insistió que es imperativo que los funcionarios públicos acaten los fallos judiciales y por ello tiene justificación el actuar del concejo municipal en el presente caso.

Explicó que la inhabilidad referida a haber ejercido como empleado público en los 12 meses anteriores se encuentra prevista en el inciso 8 del artículo 272 constitucional, modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo 02 de 2015. Argumentó que esta restricción no tiene aplicabilidad en el presente caso pues el demandado fue elegido mediante concurso de méritos que obliga a nombrar a quien hubiere obtenido el mayor puntaje en pruebas de carácter objetivo y en tal virtud el ejercicio de un cargo no pudo haber influenciado en el resultado del proceso de selección.

Insistió que el elegido contralor tiene una vinculación en tercer grado de consanguinidad con el señor Fredy Socarras Reales, pero que dicho parentesco no se encuentra previsto como circunstancia inhabilitante en la norma, razón por la cual no puede prosperar este argumento.

Finalmente y en relación con la inhabilidad descrita en el artículo 178.7 Constitucional expuso que no puede ser aplicable a la elección de contralor pues este régimen de inhabilidades se encuentra prevista exclusivamente para los congresistas, lo que justifica que este cargo no pueda salir adelante.

11.2 Presentados por el demandante Álvaro Luis Castilla Fragozo²⁹

En escrito presentado el 8 de junio de 2018 ante la secretaria de la Sección Quinta del Consejo de Estado, el apoderado judicial del señor Álvaro Luis Castilla Fragozo, manifestó que insiste en los argumentos fácticos y jurídicos expuestos en el recurso de apelación, así como la línea jurisprudencial que ha marcado el Consejo de Estado en relación con el régimen de inhabilidades de contralores.

Adicionalmente solicita que se inicien las indagaciones preliminares disciplinarias para determinar los responsables de la pérdida del expediente original.

12. Concepto del Ministerio Público en segunda instancia.

El 18 de junio de 2018³⁰ la Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado, dentro del término de traslado para alegar de conclusión, solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Indicó que la renuncia presentada por el señor Castilla Fragozo no tenía la capacidad de infirmar la orden judicial proferida por el Consejo de Estado y forzar la expedición de una nueva convocatoria pública, pues para la fecha en que esta fue presentada – enero de 2017- el fallo judicial ya se había expedido -15 de diciembre de 2016- y por tanto se debía cumplir una vez quedara ejecutoriada.

²⁹ Folios 323 del Cuaderno No. 2

³⁰ Folios 324 al 328 del cuaderno No. 2.

Adicionalmente a lo expuesto, se debe considerar que el proceso de selección concluyó con la expedición de una lista de elegibles que genera derechos adquiridos de quien ocupó el primer puesto y en tal virtud no pueden ser desconocidos por el Concejo Municipal de Valledupar.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer del recurso de apelación interpuesto por los demandantes Álvaro Luis Castilla Fragozo y Carlos Alberto Pallares Buelvas contra el fallo del 21 de septiembre de 2017 proferido por el Tribunal Administrativo del Cesar, está fijada en los artículos 150 y 152.8 de la Ley 1437 de 2011; al igual que por lo normado en el Acuerdo No. 55 de 2003 expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

2. Cuestion Previa

Previo a decidir se destaca que el trámite del presente proceso excedió los términos previstos en el párrafo del artículo 264 constitucional, en razón a que la remisión del expediente al Consejo de Estado por parte del Tribunal Administrativo del Cesar, mediante planilla de correo electrónico No. DCE 121 de 3 de octubre de 2017, generó su pérdida. Por lo anterior, el 20 de marzo de 2018³¹ se llevó a cabo audiencia de reconstrucción del mismo y por oficio No. DCE 0030 de 22 de marzo de 2018³² el señalado Tribunal Administrativo envió el expediente reconstruido a esta Corporación.

Adicionalmente, mediante auto del 2 de octubre de 2017³³, la magistrada ponente del Tribunal Administrativo de Cesar concedió en el efecto suspensivo solo el recurso de apelación interpuesto por el señor Carlos Alberto Pallares Buelvas, omitiendo pronunciarse respecto del recurso de apelación del señor Álvaro Luis Castilla Fragozo. Para solventar lo anterior esta Corporación ordenó su remisión al tribunal de origen a efectos de que se profirieran las decisiones pertinentes, corporación que mediante auto del 8 de mayo de 2018³⁴ concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por el señor Álvaro Luis Castilla Fragozo, y ordenó su remisión al Consejo de Estado.

En razón de lo anterior se exhorta al tribunal para que en lo sucesivo guarde mayor diligencia en el trámite de los procesos de nulidad electoral con el fin de cumplir los cometidos constitucionales, que se materializan en que estos sean decididos de manera oportuna.

3. Problema jurídico

³¹ Folios 49 al 53 del cuaderno de reconstrucción

³² Folio 256 del Cuaderno No. 1

³³ Folio 255 del Cuaderno No. 2 de reconstrucción

³⁴ Folios 297 y 298 del Cuaderno No. 1

Consiste en determinar, de conformidad con los recursos de apelación interpuestos, si existe mérito suficiente para revocar la decisión del Tribunal Administrativo del Cesar mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda dirigidas a solicitar la nulidad del acto de elección del señor Omar Javier Contreras Socarras como Contralor Municipal de Valledupar contenido en el Acta del 28 de febrero de 2017.

En este punto es oportuno señalar que, conforme con el artículo 320 de la Ley 1564 de 2012³⁵, el fin que persigue el recurso de apelación es: “[Q]ue el superior examine la cuestión decidida, **únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante**, para que el superior revoque o reforme la decisión”. Quiere decir lo anterior que el recurso de apelación lo que busca es que el ad-quem examine lo decidido por la primera instancia con sujeción a los argumentos esbozados por la parte que se siente inconforme con la decisión adoptada.

En tal virtud en esta instancia solo se analizarán los argumentos referidos a la presunta incursión en inhabilidad por haber ejercido un cargo del nivel directivo en los 12 meses anteriores a la fecha de la elección – impugnación de Álvaro Luis Castilla Fragozo - y las consecuencias de la presentación de la renuncia del señor Castilla Fragozo con antelación a la ejecutoria de la sentencia proferida por esta Corporación el 15 de diciembre de 2016- apelación de Carlos Alberto Pallares Buelvas-.

No habrá lugar al análisis de la inhabilidad por parentesco con el Alcalde de Valledupar, ni la referida a haber sido elegido para más de una corporación o cargo público, argumentos planteados en el escrito de alegatos presentado por el apoderado del demandado, pues ellos no constituyeron objeto de impugnación por parte de los apelantes.

Para resolver las razones de inconformidad se consideran los siguientes aspectos: i) De la presunta violación del régimen de inhabilidades al haber ejercido un cargo del nivel directivo en los 12 meses anteriores a la fecha de la elección, cargo con autoridad, política, civil y administrativa; ii) De la renuncia del señor Castilla Fragozo con antelación a la ejecutoria de la sentencia proferida por esta Corporación el 15 de diciembre de 2016 y sus consecuencias frente a la orden judicial.

3.1. De la violación al régimen de inhabilidades

Expone el demandante, señor Álvaro Luis Castilla Fragozo en su libelo introductorio que el demandado vulneró el régimen de inhabilidades previsto en el artículo 272 de la Constitución³⁶ y en el artículo 95.2 de la Ley 136 de 1995³⁷, por cuanto fungió como

³⁵ Integración normativa que se hace en virtud de lo consagrado en los artículos 296 y 306 de la Ley 1437 de 2011.

³⁶ ARTICULO 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva. (...)

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

³⁷ **Artículo 95º.- Inhabilidades.** Modificado por el art. 37, Ley 617 de 2000. No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:

1. Haya sido condenado por más de dos años a pena privativa de la libertad entre los diez años anteriores a su elección, excepto cuando se trate de delitos políticos y culposos, siempre que no hayan afectado el patrimonio del Estado.

empleado público del nivel directivo de la Defensoría del Pueblo, con jurisdicción en el Departamento de Cesar, ejerciendo las facultades de dirigir, organizar, programar, coordinar, supervisar, disciplinar entre otras.

Sobre el particular la sentencia de primera instancia consideró que estas *“...prohibiciones no son oponibles al señor OMAR JAVIER CONTRERAS SOCARRAS, por haber desempeñado el cargo de Defensor del Pueblo de la Regional Cesar, antes de ser designado Contralor Municipal de Valledupar, ya que la Defensoría del Pueblo hace parte del Ministerio Público, es decir, no pertenece al nivel central ni al descentralizado”* del Ministerio Público,

Respecto de esta decisión denegatoria el demandante Álvaro Luis Castilla Fragozo insistió que se cumplen los elementos de temporalidad, de territorialidad y modal de la inhabilidad pues el señor Omar Javier Contreras Socarras presentó la renuncia al cargo de Defensor Regional del Pueblo Cesar el mismo día en que fue elegido, sin tener en cuenta que el cargo de Defensor Regional del Pueblo de Cesar obedece a criterios de desconcentración administrativa, con alcance en todo el departamento del Cesar, inhabilidad que se extiende al nivel directivo.

3.1.1 De la inhabilidad prevista en el artículo 272 constitucional.

Insiste el apelante que se vulneró el régimen de inhabilidades previsto en el artículo 272 Constitucional pues esta norma dispone que no podrá ser elegido contralor quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal.

Ahora bien para realizar el análisis de este precepto se debe atender sus dos connotaciones: la primera referida al nivel del cargo público y la segunda al orden que ostenta la entidad al cual pertenece el empleo controvertido.

3.1.1.1 Teleología de la norma

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

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

2. Se halle en interdicción judicial, inhabilitado por una sanción disciplinaria, suspendido en el ejercicio de su profesión o haya sido excluido de ésta.

3. Haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar a cargos de dirección administrativa en el respectivo municipio, dentro de los seis meses anteriores a la elección. (...)

Por lo mismo, si la finalidad de la norma era establecer dicha limitación para ajustar de mejor manera la inhabilidad a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en función de una ponderación más adecuada entre el propósito de protección de los principios que rigen la función pública y el derecho de acceso a cargos públicos de los asociados, está claro que al incluir la norma el nivel ejecutivo quiso fijar un límite inferior de aquellos cargos a partir de los cuales se desempeñan funciones que en verdad podrían ser objeto de control fiscal en cabeza de la respectiva contraloría territorial, control que podría llegar a desarticularse precisamente por la llegada a la cabeza del ente de control fiscal respectivo de alguien que haya ocupado cargos y desempeñado funciones que están dentro del ámbito de competencia de ese control, todo esto en detrimento del interés general y de los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad.

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

Así lo ha considerado la Sección Quinta del Consejo de Estado³⁸ en varias decisiones, entre ellas en la de unificación que en la materia se expidió, en los siguientes términos:

*“En el caso concreto existe una palmaria necesidad lógica y práctica de apartarse parcialmente del tenor literal de la norma que establece la inhabilidad para contralores departamentales referida al ejercicio de cargos del nivel ejecutivo en el año anterior, para entender incluida dentro de la misma el ejercicio de cargos de nivel superior a ese –como el caso del nivel directivo- sin que ello implique o se traduzca necesariamente en una interpretación extensiva de la misma”.*³⁹

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

En razón de ello esta Corporación no encuentra que el a quo haya justificado las razones por las cuales se separó de la reiterada línea jurisprudencial que ha elaborado la sección quinta del Consejo de Estado como órgano de cierre en la materia.

En consecuencia, el régimen de inhabilidades no impide la aplicación de las demás reglas de interpretación normativa como la lógica que aquí se ha utilizado en la forma en que se acaba de explicar, porque una postura en sentido contrario simplemente excluiría toda posibilidad de interpretación estableciendo para el efecto un sistema meramente exegético que resulta claramente incompatible con el carácter sistemático

³⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 23 de marzo de 2015, CP. Alberto Yepes Barreiro, Exp. No. 11001-03-28-000-2014-00034-00 (Acumulado).

³⁹ Este criterio fue reiterado en sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta, de 7 de diciembre de 2016, CP. Alberto Yepes Barreiro, Exp. No. 47001-23-33-000-2016-00074-02.

que se reconoce hoy al ordenamiento jurídico y con la condición de norma jurídica de carácter superior que ostenta la norma constitucional.

Teniendo en cuenta que el precepto superior, consagra la inhabilidad tanto para el nivel directivo, asesor como ejecutivo, procederá la Sala Electoral a verificar si para este caso en concreto se materializa en cabeza del demandado tal causal de inelegibilidad o si por el contrario no existe vicio alguno en el acto demandado.

3.1.1.2 Caso en concreto

Descendiendo al caso en particular se tiene que el señor Omar Javier Contreras Socarras fue nombrado en el cargo de Defensor Regional de Cesar, código 0040, grado 20, **empleo perteneciente al nivel directivo**, desde el 7 de mayo de 2013⁴⁰ hasta el 27 de febrero de 2018, fecha en que fue aceptada su renuncia por Resolución No. 409 de esa misma fecha.

Según el artículo 18 de la Ley 24 de 1992, "*Por la cual se establecen la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo y se dicta otras disposiciones en desarrollo del artículo 283 de la Constitución Política de Colombia*" en la estructura orgánica de la Defensoría existe el nivel jerárquico DIRECTIVO en el que se encuentran los cargos de Defensor del Pueblo, Secretario General, Defensor Delegado, Director Nacional y **Defensor Regional**, cargo que fue el desempeñado por el demandado.

Así mismo en la Resolución No. 658 de 7 de mayo de 2013, por la cual se hace un nombramiento en titularidad, se expresa que el cargo al que accede el señor Omar Javier Contreras Socarras es el denominado Defensor Regional de Cesar, código 0040, grado 20 cuyo nivel jerárquico es de naturaleza DIRECTIVA. En tal virtud la categoría del cargo ostentado por el demandado se encuentra incluida dentro de las previsiones normativas que pueden ser constitutiva de inhabilidad.

Ahora bien, en cuanto al segundo supuesto fáctico de la norma constitucional bajo análisis, según el cual la inhabilidad se configura por haber ocupado un cargo en el orden departamental, distrital o municipal, dentro del mismo marco de restricciones del régimen de interpretación de la norma, corresponde acudir de nuevo a su finalidad.

Al respecto, cabe reiterar que lo que busca dicho postulado normativo es evitar que quien ejerza la función de control fiscal en el respectivo orden territorial tenga la posibilidad de controlar sus propios actos adoptados en tiempo reciente en otra entidad pública del mismo orden. Esto con independencia de que actualmente por mandato del artículo 272 el proceso de elección deba hacerse por convocatoria pública o por concurso de méritos pues, se insiste, que lo que se pretende evitar es el control de su propia actuación.

Lo anterior porque de acuerdo con el diseño constitucional introducido por el constituyente de 1991, desde el punto de vista tanto orgánico como funcional el control fiscal en Colombia se ajusta a un modelo descentralizado de acuerdo con el cual a cada

⁴⁰ A folio 69 del expediente obra la Resolución No. 658 de 7 de mayo de 2017 mediante la cual se realizó el nombramiento.

orden territorial corresponde un ente de control fiscal que tiene autonomía e independencia⁴¹.

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

Haciendo referencia específica a esta decisión y a este mismo caso, y en corroboración de dicha posición jurisprudencial, recientemente la Sección Quinta del Consejo de Estado⁴² señaló:

*“Es de advertir que la Sala Electoral ha fijado el alcance de este elemento y ha establecido que para que aquel se encuentre materializado debe probarse **simplemente** que el cargo público se ocupó en una entidad del orden departamental, distrital o municipal, **sin que tenga incidencia alguna** la categoría de la entidad territorial en la que se aspira a ejercer contralor, ni si en el ejercicio del cargo de contralor, la persona podrá ejercer control sobre los dineros gestionados por la entidad en la que trabajaba./.../.*

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

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

En el caso en particular se tiene que el demandado ejerció el cargo de Defensor Regional de Cesar, código 0040, grado 20, empleo perteneciente al nivel directivo, cuyo propósito principal es el *“Dirigir, organizar y cumplir los planes, programas y proyecto, señalados por el Defensor del Pueblo, **relacionados con la Regional a su cargo**, así como coordinar, supervisar y controlar el desarrollo de las actividades correspondientes al cumplimiento de las funciones, misión, visión y objetivos institucionales dentro de la*

⁴¹ Lo anterior se desprende la interpretación armónica que ha predominado respecto de las normas que integran el Capítulo 1 del Título X de la Constitución, que encuentran desarrollo en particular en la Ley 42 de 1993 (sobre la organización del control fiscal financiero y los órganos que lo ejercen) y la Ley 267 de 2000, y la resolución orgánica No. 6541 de 2012 de la Contraloría General de la República.

⁴² Consejo de Estado, Sección Quinta, de 7 de diciembre de 2016, CP. Alberto Yepes Barreiro, Exp. No. 47001-23-33-000-2016-00074-02.

jurisdicción de la Regional” (se destaca), según lo dispone la Resolución 065 de 2014⁴³ que contiene el manual de funciones de la Defensoría del Pueblo.

En este punto se concluye que la Defensoría Regional de Cesar corresponde a la desconcentración prevista en la Carta Política⁴⁴ y, en tal medida, **el ámbito de ejercicio de sus funciones correspondió a todo este departamento, dentro del cual se encuentra incluido, por supuesto, el municipio de Valledupar**. En tal virtud se llega a la conclusión de que el demandado al haber desempeñado el cargo de Defensor Regional de Cesar dentro del año anterior a su elección, incurrió en la inhabilidad prevista en el inciso 8° del artículo 272 constitucional y en tal virtud, se encuentra configurada la causal de nulidad prevista en el artículo 275.5 de la Ley 1437 de 2011.

4. Conclusión

No cabe duda que los elementos de la inhabilidad prevista en el artículo 272 de la Carta Política se encuentran plenamente demostrados, ya que: i) el demandado ocupó un cargo del nivel directivo, **-conducta proscrita;** ii) dicho cargo se ocupó en una entidad del orden departamental **-elemento territorial-** y iii) el señor Contreras Socarras ocupó el empleo en comento hasta un día antes de ser elegido como Contralor de Valledupar, habida cuenta de que su renuncia se aceptó el 27 de febrero de 2017 **-elemento temporal-**.

Bajo este panorama, la Sala Electoral del Consejo de Estado revocará la sentencia del 21 de septiembre de 2017 a través de la cual el Tribunal Administrativo del Cesar negó las pretensiones de la demanda y en su lugar declarará la nulidad del acto mediante el cual se eligió al señor **Omar Javier Contreras Socarras** como Contralor de Valledupar para el periodo 2016-2019, toda vez que se encontraron acreditados todos y cada uno de los elementos que componen la inhabilidad contemplada en el inciso 8° del artículo 272 de la Constitución.

5. Efectos de la nulidad electoral

Por último, cabe precisar que respecto de la decisión de nulidad que mediante el presente pronunciamiento se ordena es necesario reiterar las consecuencias específicas que conlleva. Es así como se debe acatar lo dispuesto por esta Sala Jurisdiccional en sentencia de unificación de 6 de mayo de 2016⁴⁵, por lo que en razón a que el presente caso versa sobre un proceso de elección de contralor, atendiendo a la naturaleza del mismo, la Sala concluye que la declaratoria de nulidad del acto de elección del señor **Contreras Socarras** implica que el Concejo de Valledupar debe

⁴³ Folios 41 al 44

⁴⁴ ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

⁴⁵ “2. En otros casos en la sentencia solo se ha declarado la nulidad del acto electoral -por irregularidades en el trámite de su expedición-, pero no se hace modulación de los efectos. Al no darse una orden en concreto, se genera incertidumbre sobre los posibles efectos de dicha declaratoria, y por tanto la Sección ha establecido posturas diferentes al respecto: (...) b) También ha considerado, que los efectos de dicha declaratoria de nulidad implicaban continuar con el proceso, a partir de lo no afectado por la irregularidad en el trámite.”

elegir a un nuevo contralor en la forma como fue ordenada en la sentencia de 15 de diciembre de 2016, esto es, de la lista de elegibles conformada para el efecto, según el artículo 18 de la Resolución N° 044 de 2015, que esa misma corporación conformó para proveer el cargo de Contralor de Valledupar, con exclusión del señor **Contreras Socarrás** por las razones aquí expuestas.

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 21 de septiembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar y en su lugar dispone: **DECLARAR** la nulidad del acto contenido en el Acta N° 008 de 28 de febrero de 2017 a través del cual el Concejo de Valledupar eligió al señor **Omar Javier Contreras Socarras** como Contralor de tal entidad territorial para el periodo 2016-2019. La declaratoria de nulidad implica que el Concejo de Valledupar deberá elegir a un nuevo contralor de la lista de elegibles conformada para el efecto, según el artículo 18 de la Resolución N° 044 de 2015.

SEGUNDO: DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



ENTIDAD TERRITORIAL – Necesidad de precisar que el nivel ejecutivo desapareció dentro de la nomenclatura territorial

Anticipo que comparto la decisión a la que arribó la Sala, pero a mi juicio, debió precisarse que el nivel ejecutivo desapareció dentro de la nomenclatura territorial, al haber sido suprimido por el Decreto Ley 785 de 2005 para las entidades territoriales y con el Decreto 770 de 2005 para los nacionales. El primero declarado exequible por la Corte Constitucional en la C-1174 de 2005, frente a la demanda que se sustentó en la supuesta extralimitación de funciones del Presidente de la República al haber eliminado el nivel ejecutivo del régimen de los cargos en la función pública.

ACLARACIÓN DE VOTO

CONSEJERA: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 20001-23-39-003-2017-00147-01

Actor: ÁLVARO LUIS CASTILLA FRAGOZO Y CARLOS ALBERTO PALLARES BUELVAS

Demandado: OMAR JAVIER CONTRERAS SOCARRÁS - CONTRALOR DE VALLEDUPAR

Asunto: Aclaración de voto.

Con el debido respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto respecto de la sentencia proferida por la Sala, el 19 de julio de 2018, en la que se decidió revocar el fallo apelado y, en su lugar, declarar la nulidad del acto por medio del cual se eligió a **OMAR JAVIER CONTRERAS SOCARRÁS**, Contralor de Valledupar, período 2016-2019.

Anticipo que comparto la decisión a la que arribó la Sala, pero a mi juicio, debió precisarse que el **nivel ejecutivo** desapareció dentro de la nomenclatura territorial, al haber sido suprimido por el Decreto Ley 785 de 2005⁴⁶ para las entidades territoriales y con el Decreto 770 de 2005⁴⁷ para los nacionales. El primero declarado exequible por la Corte Constitucional en la C-1174 de 2005, frente a la demanda que se sustentó en la

⁴⁶ "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004."

⁴⁷ "Por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos E los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004".

supuesta extralimitación de funciones del Presidente de la República al haber eliminado el nivel ejecutivo del régimen de los cargos en la función pública.

Debe advertirse que observadas las Gacetas del Congreso que documentan los debates previos a la expedición del Acto Legislativo 2 de 2015, éstas no contienen motivación alguna del por qué el Constituyente derivado limitó la inhabilidad del artículo 272 Constitucional al nivel ejecutivo, siendo un nivel legalmente inexistente dentro de la nomenclatura de los empleos públicos territoriales y nacionales, a partir de los decretos referidos, pero esta situación no obsta para hacer la precisión a la que aludo, pues insisto es lo cierto que dicho nivel desapareció en los términos ya descritos.

En los anteriores términos aclaro mi voto.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera de Estado



SC5780-6-1



GP059-6-1

