

municipales, ya que los concejos ahora deben efectuar una convocatoria pública en la que, entre otros, se privilegie el mérito para acceder al cargo.

Refieren que ante la inexistencia de una norma que regulara dicho procedimiento, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación se pronunció el 10 de noviembre de 2015 concluyendo que al caso se pueden aplicar las reglas del concurso para elegir los personeros. En similares términos se expidió la Circular Conjunta 100-005-2015 expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, el Ministerio del Interior y la Escuela Superior de Administración Pública.

Indican que mediante Resolución 508 de 2015 (diciembre 10) la mesa directiva del Concejo de Armenia dio apertura a la convocatoria pública para elegir el contralor y estableció la estructura de la misma, teniendo en cuenta los actos mencionados.

Dicha Resolución fue modificada debido a la solicitud del primer Vicepresidente del Concejo a través de la Resolución 511 de 2015 (17 de diciembre), agregando un numeral a la estructura de la convocatoria, denominado “pruebas”.

A partir de lo anterior el Concejo eligió al ciudadano JAMES MEDINA URREA como contralor municipal, lo cual quedó consignado en el acta de sesión ordinaria número 006 del 7 de enero de 2016. El elegido se posesionó inicialmente ante el presidente y el segundo vice presidente de la entidad y el 23 de enero de 2016 ante la plenaria.

1.3.- Normas violadas y concepto de violación

Los demandantes advierten que el proceso implementado por el Concejo de la ciudad de Armenia únicamente tuvo en cuenta los estudios y la experiencia de los aspirantes, y consideran que solo con la práctica de una prueba de conocimientos o un examen similar se aseguraba el cumplimiento de los principios de objetividad y el mérito.

Estiman que el acto de elección demandado es contrario a los artículos 126 y 272 de la Constitución Política, modificados por el acto legislativo 2 de 2015. Adicionalmente plantean que como

consecuencia del concepto proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil también se desconocieron los artículos 2.2.27.1 y 2.2.27.2 del Decreto 1083 de 2015. Además se arguye que la Circular 100-005-2015 tiene fuerza vinculante para la administración y, por tanto, era obligatorio adelantar el concurso de méritos para proveer el cargo.

Encuentran que esas normas fueron desconocidas a pesar de hacer parte del sustento de la Resolución 00508 de 2015, pues no se definieron los criterios objetivos de valoración de las pruebas de conocimientos de manera que se garantizara la prevalencia del mérito dentro de la convocatoria. A partir de lo anterior consideran que se incurrió en una falsa motivación y concluyen que el acto demandado fue expedido de manera irregular pues se desconoció el debido proceso de los participantes al no garantizar que el mérito fuera el principio rector de la convocatoria.

1.4. Trámite del Proceso

1.4.1. La demanda del ciudadano ARBELÁEZ QUIROGA (Rad.: 2106-0043) fue inadmitida mediante auto del 24 de febrero de 2016. Posteriormente, una vez fue ajustada la pretensión fue admitida mediante providencia del 2 de marzo de 2016.

1.4.2. La demanda presentada por el ciudadano RODRÍGUEZ FRANCO fue admitida mediante auto del 24 de febrero de 2016 (firmada por el magistrado ponente) en el que también se negó la medida de suspensión provisional debido a que no se evidenció que la realización de la convocatoria pública bajo parámetros diferentes a los establecidos en la Ley 1551 de 2012 y el Decreto Reglamentario 1083 de 2015 constituyera una irregularidad.

Esa providencia fue declarada nula el 29 de febrero siguiente debido a que ella debía ser firmada por la Sala de Decisión de conformidad con el artículo 277-6 del CPACA. Como consecuencia esa Sala procedió a admitir la demanda el 2 de marzo de 2016 y negó la medida de suspensión por las mismas razones de la providencia anulada.

Posteriormente, mediante decisión del 14 de abril de 2016, el Tribunal rechazó la reforma de la demanda y una nueva solicitud de suspensión provisional por ser extemporáneas y decretó la acumulación de los procesos en los que figuran como

actores los ciudadanos Arbeláez Quiroga (Rad: 2016-0043-00) y Rodríguez Franco (Rad: 2016-0055-00).

1.5. Contestaciones

1.5.1. El municipio de Armenia

En oposición a la pretensión de las demandas este ente territorial manifestó que no hay disposición legal que defina el mérito y que conlleve a la aplicación obligatoria de una prueba de conocimientos. Afirmó que el acto legislativo 2 de 2015 fijó los principios bajo los cuales se debe realizar la elección de los contralores territoriales y sostuvo que el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil solo establece que es una potestad acudir a las normas del concurso de los personeros.

Argumentó que con la ejecución de las etapas de establecidas en la Resolución 508 de 2015 se garantizaron los principios establecidos por la Constitución y refiere que ese procedimiento fue compatible con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 909 de 2004. Solicitó que la Circular Conjunta 100-005-2015 sea inaplicada por inconstitucional en la medida en que a través de ella no se pueden definir reglas obligatorias para la elección de contralores.

1.5.2. El demandado JAMES MEDINA URREA

A través de apoderada el demandado se opuso a la pretensión contenida en las demandas, manifestó que los requisitos valorados en la convocatoria constituyen criterios objetivos y aclaró que la prueba escrita no es la única forma de determinar el mérito. También adujo que no hay que confundir las convocatorias abiertas con los concursos de méritos y advirtió que la primera fue la figura que estableció el constituyente en el artículo 272 superior.

Explicó que el procedimiento fijado por el Concejo determinó fases que permitieron la participación de muchos ciudadanos, que llevaron a la calificación de los méritos académicos y profesionales de cada uno, realizando la elección con quienes tenían la mejor puntuación.

Refirió que en virtud de la igualdad, la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 2485 de 2014 no son aplicables a estos casos, ya que

esas normas definen el concurso de méritos con un orden específico de elegibilidad, situación que no aplica a la elección de los contralores.

II. AUDIENCIA INICIAL

Con auto del 25 de abril de 2016 se fijó como fecha para la audiencia inicial el 5 de mayo de 2016 (fl. 215), la cual se desarrolló en la forma prevista en la Ley 1437 de 2011.

Dicha audiencia se surtió como lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para sanear nulidades (que no hubo), establecer la competencia para fallar y se fijó el litigio de la siguiente manera:

Fijación del Litigio del *a quo*

“¿De conformidad con los cargos de la demanda, debe declararse la nulidad del acto por el cual el Concejo Municipal de Armenia Quindío, y previa convocatoria pública, eligió al Doctor JAMES MEDINA URREA como Contralor Municipal de Armenia para el periodo 2016-2019?

(...)

Según el marco normativo que sirve de soporte al acto acusado, debe declararse la nulidad de la elección del Contralor Municipal de Armenia por las causales de violación de la ley y falsa motivación porque no se realizó una prueba objetiva de valoración como es la prueba de conocimientos?”.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

En su orden, los alegatos de conclusión presentados dentro del proceso fueron los siguientes:

3.1. El demandante Paulo César Rodríguez Franco reiteró los argumentos consignados en la demanda, haciendo énfasis en que la Resolución 508 de 2015 está fundamentada en el Acto Legislativo 02 de 2015, el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil y la Circular Conjunta y, por tanto, dicho acto incurrió en una falsa motivación ya que en perjuicio de esas normas fijó la estructura de la convocatoria omitiendo la prueba de conocimientos. Agregó que la ausencia de esa etapa conllevó a que el cargo no fuera ocupado por alguien con las competencias adecuadas y la independencia necesaria.

3.2. El municipio de Armenia insistió en que la aplicación del concepto de la Sala de Consulta es facultativo y agregó que no se definió qué norma de la Circular Conjunta fue desconocida, teniendo en cuenta que fue garantizada la objetividad del análisis de antecedentes y la asignación de puntaje por estudios y experiencia.

3.3. El demandado, JAMES MEDINA URREA reiteró que el criterio del mérito no puede ser entendido de la misma manera para las convocatorias públicas y los concursos, ya que para el primero la Constitución estableció un margen de discrecionalidad en cabeza de los concejos municipales.

3.4. Concepto del Ministerio Público. El Procurador 157 judicial II para asuntos administrativos solicitó sean negadas las pretensiones de la demanda en la medida en que el acto legislativo 2 de 2015 fijó la competencia para la elección de los contralores municipales en los concejos, quienes tienen el deber de adelantar una convocatoria pública bajo los principios que allí se señalaron. Esgrimió que el concepto de la Sala de Consulta no es obligatorio y aclaró que la Constitución no exige la aplicación de un concurso de méritos a este caso, lo que conlleva a que la aplicación del régimen de selección de personeros sea una alternativa para las entidades territoriales.

IV. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Quindío, Sala de Decisión Segunda, mediante sentencia del 5 de agosto de 2016, decidió negar la pretensión de las demandas. Como fundamento de su decisión indicó que la convocatoria para la elección del Contralor de Armenia no es contraria a la Constitución por lo que no hay lugar a declarar la excepción de inconstitucionalidad, y, respecto del acto de elección, consignado en el acta 006 de 2016, argumentó que las reglas de la convocatoria pública no conllevaban a la aplicación obligatoria de la prueba de conocimientos, y la ausencia de la misma no constituye una vulneración al criterio del mérito.

Para sustentar su decisión el Tribunal se apoyó en algunas sentencias de esta Sección (fallo del 3 de agosto de 2015, expediente 2014-00128 y providencia del 31 de marzo de 2016, expediente 2016-00149), así como en el pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 10 de noviembre de 2015

(rad: 2015-00182). A partir de estas decisiones concluyó que las figuras de la convocatoria pública y el concurso de méritos son diferentes; las reglas para la elección de los personeros no son aplicables imperativamente a la elección de contralores territoriales; la prueba de conocimientos no es la única forma de garantizar el mérito dentro de una convocatoria y no existe un referente legal obligatorio a partir del cual se pueda inferir la ilegalidad de la convocatoria y la elección.

Lo anterior llevó a que concluyera que no hay elementos para aplicar la excepción de ilegalidad y tampoco para evidenciar la existencia de una falsa motivación. Esto último en la medida en que los fundamentos de la Circular Conjunta 100-005-2015 sí fueron aplicados bajo la autonomía de la entidad territorial.

V. APELACIONES

Los demandantes presentaron recurso de apelación dentro del término previsto en el artículo 292 del CPACA.

Juan Sebastián Arbeláez Quiroga se limitó a afirmar que el mérito se encuentra consagrado en el artículo 126 de la Constitución Política y que este es un valor esencial del Estado de Derecho. Consideró que la elección del Contralor de Armenia desconoce ese valor porque no incluyó *“criterios objetivos de valoración para los interesados como pruebas de conocimiento, a partir de las cuales se garantizara el principio del mérito inmanente a la convocatoria pública”*.

Por su parte, **Paulo César Rodríguez Franco** manifestó que en este caso los actos que definieron la convocatoria para la elección del Contralor de Armenia incurren en una falsa motivación, en la medida en que no hay congruencia entre su parte motiva y la resolutive, ya que en la primera se incluyó que por no haber regulación legal sobre esta convocatoria, lo procedente es aplicar analógicamente la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 2485 de 2014, en virtud de lo ordenado en el concepto 2274 proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y la Circular Conjunta 100-005-2015.

Puntualizó que en contravía de estas normas, en este caso no se efectuó la prueba de conocimientos académicos y explicó que la fuerza vinculante del concepto y de la Circular Conjunta se

origina en los propios actos administrativos de la convocatoria al incorporar esos instrumentos como sus fundamentos jurídicos.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

6.1. El demandado, JAMES MEDINA URREA, a través de apoderado, presentó un resumen de los argumentos que ha presentado a lo largo del proceso. Posteriormente indicó que en este caso el Concejo municipal cumplió con sus competencias a cabalidad, incluyendo los principios del artículo 209 de la Constitución. También precisó que ante la falta de regulación de la elección por parte del Legislador, la Sala de Consulta y Servicio Civil profirió un Concepto en el que se indica que a este evento son aplicables por analogía las reglas del concurso de personeros aunque – previno- se debe tener en cuenta que existen diferencias entre la convocatoria pública y el concurso de méritos.

Expuso que para el primer caso existe un margen de discrecionalidad en cabeza del órgano que debe efectuar la elección “*que se traduce en que no existe un orden de mérito estricto que debe seguir por parte del nominador*”. Además afirmó que dicho Concepto no es obligatorio de conformidad al artículo 28 del CPACA.

Finalmente, consideró que en el presente caso se presenta una indebida acumulación de pretensiones ya que en las demandas (i) se solicita la nulidad del acto de elección y no de las resoluciones que definieron la convocatoria pública; y (ii) se identificó el acto demandado como la elección para el periodo 2016-2019, sin tener en cuenta que de acuerdo a la Constitución ese periodo oscila entre los años 2016-2020¹.

6.2. La apoderada del municipio de Armenia indicó que el Concepto y la Circular no son vinculantes ni obligatorios, sino que “*son criterios auxiliares para la interpretación y aplicación de normas*”. Además aseguró que el proceso de elección del Contralor aseguró el mérito ya que se valoraron los estudios, la experiencia y se realizó una entrevista a cada aspirante. Señaló que el artículo 126 de la Constitución solamente estableció dos requisitos que se deben cumplir en la elección de los contralores: (i) la convocatoria pública y (ii) el cumplimiento de

¹ En realidad el periodo del Contralor es el mismo del Gobernador o el Alcalde, según el caso (art. 272 Superior). Por tanto, en este caso lo correcto en este asunto es que el periodo es 2016-2019.

los principios de transparencia, publicidad, participación ciudadana, equidad de género, objetividad y mérito.

Finalmente consideró que la mayoría de los argumentos presentados por el actor tienen origen en una confusión conceptual y en la indebida formulación de sus pretensiones.

6.3. El demandante Paulo César Rodríguez Franco reiteró que ante la ausencia de regulación de la convocatoria por parte de la ley, fueron expedidos un Concepto y una Circular Conjunta que ordenan la aplicación por analogía de la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 2485 de 2014, que codifican el concurso público para la elección de los personeros.

Insistió en que la Resolución 0508 de 2015 está motivada en esos dos instrumentos en varias ocasiones y, sin embargo, en la parte resolutive no se adoptan las reglas del concurso de méritos, lo que prueba la existencia de la falsa motivación. Hace énfasis en que la estructura de la convocatoria omitió la prueba de conocimientos académicos, que es una de las etapas más importantes a las previstas en las normas que ordenan aplicar el Concepto y la Circular Conjunta (puntualmente transcribe el artículo 2º literal “c”, numeral 1, del Decreto 2485 de 2014).

6.4. El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío sea confirmada. Reprodujo las normas que sustentan la demanda, citó el concepto que rindió ese Despacho en el caso de la nulidad del Contralor del Departamento de Casanare y concluyó que las normas dictadas para la elección de los personeros tienen un objetivo diferente (regular un sistema de mérito en sentido estricto), lo que conlleva a que no se deba aplicar mecánicamente la analogía referida en el Concepto citado en la demanda.

Manifestó que no se deben equiparar la convocatoria pública y el concurso de méritos y, para el efecto, citó los antecedentes que soportaron la expedición del Acto Legislativo número 2 de 2015, para finalmente deducir que aplicar la analogía total de las normas que regulan la elección de los personeros es contrario “*al querer del autor de la norma*”.

Finalmente advirtió que los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil son ilustrativos y, como consecuencia, no revisten

obligatoriedad ni constituyen precedente. Bajo esas condiciones coligió que, como lo hizo el *a quo*, en este caso no se ha vulnerado la normatividad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el artículo 150 del CPACA, como también en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999 – Reglamento del Consejo de Estado-, modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 de 2003, esta Corporación es competente para conocer de la apelación interpuesta por los demandantes contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, Sala de Decisión Segunda, que negó la pretensión de la demanda.

Previo a estudiar los reparos formulados en los recursos se hace necesario advertir que en esta etapa no es procedente estudiar la indebida acumulación de pretensiones referida por el demandado, ya que el momento procesal pertinente para ese análisis ya pasó, declarándose saneado el trámite del presente asunto.

1. Acto demandado

En la demanda presentada por los ciudadanos Paulo César Rodríguez Franco y Juan Sebastián Arbeláez Quiroga se solicita la nulidad del acto de elección del señor **JAMES MEDINA URREA** como Contralor del municipio de Armenia para el periodo 2016-2019, contenido en el acta número 006 del 7 de enero de 2016, proferida por el Concejo municipal de esa ciudad.

2. Problema jurídico

De acuerdo al recurso de apelación presentado por los demandantes, corresponde a la Sala verificar si la elección del señor **JAMES MEDINA URREA** como Contralor del municipio de Armenia se encuentra viciada (arts. 137 y 275 CPACA) por infracción de las normas en que debería fundarse ese acto y/o la falsa motivación del mismo, en la medida en que no se habría atendido un parámetro (la prueba de conocimientos) para garantizar el mérito y, en la misma medida, no se habrían aplicado las reglas que soportaron el acto de convocatoria.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará el estudio de los siguientes aspectos: **i)** la elección de los contralores municipales como consecuencia de la modificación del artículo 272 de la Constitución Política por parte del Acto Legislativo 2 de 2015; **ii)** solución al caso concreto, determinando el valor del concepto proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil y la Circulares Conjunta, teniendo en cuenta los argumentos planteados en los recursos de apelación.

3. La elección de los contralores municipales como consecuencia de la modificación del artículo 272 de la Constitución Política.

El artículo 272 de la Constitución regula el control de la gestión fiscal de las entidades territoriales. Establece que esa función corresponde, por regla general, a la contraloría de cada ente, de acuerdo a las pautas generales que establezca el Legislador. No obstante, la intervención del Congreso en este asunto es limitada, ya que la Carta dispone que corresponde a las asambleas y concejos *“organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal”*.

Como profundización de esta regla, es decir, como complemento de las funciones y la autonomía de las corporaciones territoriales, el Constituyente derivado modificó el régimen de elección de los contralores territoriales, que en antaño eran elegidos de una terna enviada por la Rama Judicial (el Tribunal Superior [2] y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo [1] correspondientes), para que desde el año 2015 fueran elegidos a partir de una “convocatoria pública” regida por la ley y presidida por la Asamblea o el Concejo respectivo. El Acto Legislativo 2 de 2015 (art. 23) introdujo este mandato en los siguientes términos:

“Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso”.

Adicionalmente se debe tener en cuenta que el mismo Acto Legislativo modificó el artículo 126 Superior, en el que definió

los componentes básicos de las convocatorias, diferenciándolas de los concursos públicos (art. 125 CP) y estableciéndolas como la regla general para la elección de los servidores a cargo de las corporaciones públicas en los siguientes términos:

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

Sin embargo, la ley general o específica que oriente la convocatoria para elegir a los contralores territoriales no ha sido expedida por el Congreso de la República² lo cual -ha sostenido esta Sección- implica que *“no existe actualmente un mecanismo que permita determinar el procedimiento que debe seguirse a partir de la convocatoria pública que corresponde hacer a las corporaciones territoriales para la elección, en este caso, de los contralores”*³.

Así las cosas, aunque la Constitución establece en los dos artículos mencionados que la “convocatoria pública” debe efectuarse bajo los términos establecidos en la ley, lo que conlleva a advertir que el asunto es materia de reserva de ley, lo cierto es que el Congreso no ha regulado el asunto lo que afecta la definición de los patrones adscritos a la elección de los contralores territoriales.

La cuestión que surge de ese escenario es la siguiente: ¿dicha ausencia de regulación conlleva a que las entidades territoriales no cumplan con las obligaciones que se han definido en la Carta Política y, puntualmente, impide que se proceda a implementar un procedimiento administrativo que cumpla con los elementos y los valores incluidos en la disposición y que conlleve a la elección de los contralores territoriales?

Esta Sección considera que la respuesta a esa pregunta es negativa por dos razones principales. En primer lugar, el artículo 4º establece el carácter normativo de la Carta y, en virtud del mismo, obliga a que sus preceptos sean acatados por

² Ver auto del 30 de junio de 2016, MP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad: 2016-00063-01, Actor: Carlos Andrés Sanabria Gómez y otro. Demandado: Contralor del departamento de Casanare.

³ Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 70001-23-33-000-2016-00011-02. Fallo del 29 de septiembre de 2016. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

todas las autoridades sin condicionamientos. Segundo, impedir que los contralores territoriales sean elegidos a tiempo, afectaría otros valores constitucionales como el equilibrio de los poderes públicos, el cumplimiento efectivo de los deberes de las entidades territoriales, el control de la gestión fiscal y la protección del patrimonio público.

Así las cosas, a pesar de esa omisión legislativa y en virtud del carácter normativo de la Constitución Política, los concejos y las asambleas del país deben cumplir con la definición de una “convocatoria” que tenga como fin elegir al contralor del ente territorial respectivo, cumpliendo a cabalidad los principios incluidos en los artículos 126 y 272 constitucionales.

Vale la pena destacar que ante el vacío legal referido, la determinación de las normas que deben regir ese trámite ha intentado ser concretada a través de un Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil y a partir de una Circular Conjunta expedida por la ESAP, el Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

En primer lugar, a partir de una consulta elevada por el Ministerio del Interior, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación profirió Concepto dentro del radicado 2274, el 10 de noviembre de 2015. En él diferenció los concursos públicos de méritos y las convocatorias públicas, advirtiendo que en este último existe un grado mínimo de discrecionalidad a favor de la corporación pública para elegir al servidor, ya que esto lo puede efectuar legítimamente con cualquiera de las personas que haya satisfecho los requisitos establecidos previamente para ocupar el cargo. En lo demás, esa Sala manifestó que los concursos y las convocatorias son “compatibles” en cuanto a los principios, los métodos y los procedimientos que los componen.

A partir de lo anterior y de conformidad con el artículo 8⁴ de la Ley 153 de 1887, que fue declarado exequible en la sentencia C-083 de 1995, se señaló que la analogía puede ser usada en el ámbito del derecho administrativo siempre que se tengan en cuenta los límites de la figura⁵. Bajo esta condición concluyó

⁴ **ARTÍCULO 8.** Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

⁵ Al respecto, en el Concepto se argumentó lo siguiente: “Particularmente, la primera y más importante limitación tiene que ver, como ha advertido el Consejo de Estado, con la imposibilidad de

que la elección de los contralores territoriales sí puede ser orientada mediante la analogía, por las normas que reglan el concurso de los personeros (Ley 1551 de 2012 y el Decreto Reglamentario 2485 de 2014), ya que estas disposiciones garantizan el cumplimiento de los principios enlistados en el artículo 272 inciso 4 de la Constitución. Sobre el particular vale la pena reproducir el siguiente párrafo:

“Así las cosas y como quiera que según lo analizado anteriormente la convocatoria pública de los artículos 126 y 272 de la Constitución Política responde en esencia a los mismos principios y finalidades de los concursos públicos de méritos, la Sala encuentra perfectamente viable que mientras el Congreso de la República regula de manera específica la materia, las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales cumplan la función constitucional de elegir contralores territoriales mediante la aplicación analógica de las normas que regulan los concursos, con la salvedad, como se dijo, de que no habría orden de prelación en la lista de elegibles. Lo contrario -no aplicar la reforma constitucional o dar completa liberalidad a los órganos electores para adelantar las convocatorias públicas dirigidas a seleccionar los candidatos a contralor- iría en contra del carácter vinculante de la Constitución y del efecto útil de la norma, además de que desconocería, precisamente, el principio de legalidad”.

Como consecuencia de lo anterior se expidió la Circular Conjunta 100-005-2015 el 24 de noviembre de 2015, por parte del Ministerio del Interior, el Departamento Administrativo de la Función Pública y la ESAP. Mediante este acto simplemente se reiteró la conclusión del Concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil en los siguientes términos:

“En consecuencia, las actuales Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales deberán adelantar la convocatoria pública para la elección de contralores por parte de los miembros de las Corporaciones que se posesiones el 1º de enero de 2016, siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 1551 de 2012 y en el Decreto 1083 de 2015”.

Como se observa, al momento de efectuarse la elección del contralor de Armenia existían dos instrumentos que

asignar competencias a una autoridad pública por analogía (...) También por virtud del principio de legalidad y de las garantías al debido proceso, la jurisprudencia ha considerado que la analogía tiene restricciones en materia tributaria³⁷, sancionatoria³⁸, de inhabilidades e incompatibilidades³⁹ y, en general cuando se utiliza para extender el ámbito de aplicación de normas exceptivas⁴⁰ o prohibitivas⁴¹.

recomendaban la aplicación analógica de las reglas que rigen el concurso de los personeros al mandato consagrado en el artículo 272 Superior. Ahora bien, atendiendo los argumentos de los apelantes y de las demás partes procesales, esta Sección procederá a determinar si hay lugar a revocar o confirmar la sentencia de primera instancia.

4. Estudio de los reparos consignados en los recursos de apelación.

4.1. El primer reparo que esta Sección estudiará se refiere a la presunta existencia de la falsa motivación de la Resolución 508 del 2015, proferida por el Concejo de Armenia, que definió la convocatoria para elegir al Contralor de esa ciudad. Recordemos, el argumento se limita a asegurar que como ese acto consignó en sus consideraciones al Concepto 2274 del 10 de noviembre de 2015 y la Circular Conjunta 100-005-2015, era obligatorio aplicar la totalidad de normas que rigen el concurso de los personeros, especialmente la prueba de conocimientos.

Como consecuencia, en primer lugar se procederá a definir si el Concepto y la Circular eran de obligatorio acatamiento y si de las mismas se infiere que era imperativo reproducir las normas del concurso de personeros, especialmente la prueba de conocimientos.

El artículo 112 del CPACA estipula que la Sala de Consulta y Servicio Civil no ejerce funciones jurisdiccionales y que, por regla general, no expide conceptos que sean vinculantes⁶. Esa norma también establece que la única fuente capaz de cambiar esta característica es la ley.

Siguiendo ese mandato, en Auto del 31 de marzo de 2016⁷ esta Sección determinó que el Concepto dictado por dicha Sala como consecuencia de la consulta elevada por el Ministerio del Interior no tiene que ser acogido por las asambleas o los concejos para elegir válidamente a los contralores territoriales. De esa providencia vale la pena destacar los siguientes párrafos:

“Ahora, precisa la Sala que no es acertado afirmar, como insistentemente lo hizo el actor, que la Asamblea de Santander

⁶ La norma dispone lo siguiente: “Los conceptos de la Sala no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario”.

⁷ Rad: 2016-00149-01. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Actor: Miguel Darío Cárdenas Mancera. Demandado: CONTRALOR DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER.

desacató las directrices trazadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil en los dos (2) conceptos que sobre esta materia rindió en noviembre de 2015, por solicitud del ministro del Interior.

(...).

Precisa la Sala que los conceptos emitidos por la Sala de Consulta no tienen efectos vinculantes, por lo cual no puede decirse que los criterios expuestos en torno de la elección de los contralores tengan que ser necesariamente acogidos por las asambleas y concejos para la escogencia de los citados funcionarios.

La alternativa de aplicar analógicamente las normas reguladoras de los concursos de méritos, particularmente de aquellas dictadas para la designación de los personeros municipales, era una posibilidad que podía materializar la incorporación para la escogencia del contralor, sin que fuera la única opción para que la elección pueda ser válida”.

Así pues, en contraste con el reparo de la apelación, es evidente y categórico que, salvo disposición legal en contra, los conceptos que profiere la Sala de Consulta y Servicio Civil son meramente ilustrativos y que, por tanto, para el caso de la elección de los contralores territoriales esta Sección consideró que la aplicación analógica de las reglas que regulan el concurso de méritos de los personeros constituye una **mera posibilidad**, es decir, es una potestad de las corporaciones territoriales decidir si aplican esas normas o si expiden otras disposiciones que cumplan con los principios establecidos en la Constitución y que permitan elegir al contralor.

Ante la ausencia de una ley especial que rija la convocatoria pública, lo procedente es maximizar las funciones y la autonomía de las entidades territoriales para que sean ellas mismas las que concreten con claridad los términos en que será elegido el contralor, para lo cual deben tener en cuenta como soporte mínimo o pauta básica obligatoria el procedimiento administrativo general regulado en la parte primera del CPACA.

Adicionalmente, como lo señalaron el Tribunal de primera instancia y la Sala de Consulta y Servicio Civil, citando los antecedentes legislativos del Acto Legislativo 02 de 2015, se tendrá que tener presente que la convocatoria pública tiene como finalidad diferenciadora del concurso que “*al final de*

proceso de selección las corporaciones públicas conservan la posibilidad de valorar y escoger entre los candidatos que han sido mejor clasificados”.

Así mismo, se deberán atender las condiciones mínimas definidas por esta Sección para la configuración válida de la convocatoria pública; al respecto es necesario citar, por ejemplo, la sentencia del 3 de agosto de 2015 en la que se argumentó lo siguiente:

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

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

En efecto, los términos en los que se convoca a la ciudadanía a participar en el proceso de selección, generan deberes y derechos recíprocos tanto para los interesados, como para la entidad pública que está llevando a cabo el respectivo procedimiento, razón por la cual dichas condiciones no solo permean y son transversales a toda la actuación administrativa, sino que además vinculan a la administración.

Así las cosas, es evidente que los términos y condiciones en los que se expida una convocatoria pública se erigen como un marco jurídico de obligatorio acatamiento para las partes que en ella intervienen, razón por la cual los lapsos, requisitos, formas de calificación, entre otros aspectos, que en ella se consagren son de estricta observancia, y en consecuencia, su modificación o variación solo se permite en casos excepcionalísimos, pues de lo contrario los principios de buena fe y confianza legítima se verían resquebrajados”⁸.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro, tres (03) de agosto de dos mil quince (2015), Radicación: 11001-03-28-000-2014-00128-00. Actor: John Efrén Rodríguez Barrera y otro. Demandado: Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República.

Sumado a lo anterior, toda vez que el Concepto es ilustrativo y que la Circular se limitó a informar a las corporaciones públicas sobre la conclusión tomada en aquel, la Sección comprueba que la Circular Conjunta 100-005-2015 tampoco puede ser considerada como obligatoria y, por tanto, la entidad territorial contaba con la autonomía derivada directamente de la Constitución Política para estructurar la convocatoria teniendo en cuenta los artículos 126 y 272 constitucionales y la parte primera del CPACA.

Bajo esas condiciones la Sección deduce que el reparo formulado en la apelación no tiene fundamento, ya que la Resolución 00508 de 2015, dictada por el Concejo de Armenia, no incurrió en una falsa motivación en la medida en que podía aplicar o no los argumentos y las conclusiones consagradas en el Concepto del 10 de noviembre de 2015, dictado dentro de la Rad: 2274, así como la Circular Conjunta 100-005-2015. En esa medida, dentro del procedimiento de elección del Contralor de esa ciudad no era imperativo cumplir con las reglas que rigen la elección de los personeros, incluyendo la aplicación de una prueba de conocimientos.

4.2. Ahora bien, aunque se haya establecido que para la estructuración válida de la convocatoria pública no era obligatorio incluir la prueba de conocimientos establecida en para el concurso de los personeros, se procederá a establecer si –como lo señala el otro apelante- la ausencia de esa prueba desconoció el principio del mérito establecido dentro de la elección del contralor de Armenia.

Ante todo es necesario indicar que el apelante soporta su reparo en una deducción errada: todo proceso de selección o elección en el que se pretenda acatar el principio constitucional del mérito conlleva obligatoriamente a la aplicación de una prueba de conocimientos a cada uno de los aspirantes.

Se debe aclarar que el alcance del concepto del mérito no implica necesariamente la ejecución de las pruebas de conocimientos. En otras palabras, tanto en los concursos como en las convocatorias públicas establecidas para acceder a los cargos de Estado, las entidades pueden implementar diferentes

estrategias para cumplir con ese principio y determinar quién o quienes merecen ser nombrados o elegidos⁹.

En esas condiciones vale la pena tener en cuenta que la Corte Constitucional ha definido al mérito como un factor cardinal dentro del procedimiento de ingreso al servicio público a partir del cual se valoran mediante pautas objetivas a todos los participantes y se desechan las variables ajenas a las cualidades y las capacidades de las personas para ocupar determinado cargo. En la sentencia C-123 de 2013 se explicó el principio de la siguiente manera:

“Ahora bien, el mérito que se requiere para entrar a ejercer la función pública no corresponde al surgido del reconocimiento o de la estima que el conglomerado social suele discernir a quien ha realizado acciones merecedoras de encomio, ni al actuar loable generador de un justo premio o recompensa, sino a las condiciones subjetivas o de formación¹⁰ configuradoras del perfil que el candidato ha de tener para ejercer las competencias o cumplir las labores o actividades propias del empleo que se va a proveer, razón por la cual debe apreciarse en concreto, vale decir en relación con el cargo específico al que se aspira y con las necesidades del servicio que se deban atender mediante su ejercicio”.

Para esta Sección la convocatoria establecida a partir de la Resolución número 00508 del 10 de diciembre de 2015 (fls 12 a 27), expedida por la mesa directiva del Concejo Municipal de Armenia no desconoce el principio del mérito en la medida en que adicional a los requisitos mínimos para acceder al cargo, estableció parámetros para clasificar y determinar un grupo de personas con el mejor perfil posible para acceder al cargo.

En efecto, en la Resolución referida se estableció e identificó claramente la naturaleza del cargo, los requisitos mínimos que debían ser acreditados, así como el cronograma que rigió el proceso, entre otros. De todo ello vale la pena referir que la estructura básica de la convocatoria (modificada por la Resolución 511 de 2015, fls. 28 y 29) fue la siguiente:

⁹ Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C-123 de 2013 argumentó lo siguiente: “Surge de lo anterior que los procesos de selección entre varios aspirantes son de variada índole, no obstante lo cual las distintas vías conducentes a escoger a quienes han de acceder al desempeño de cargos públicos tienen un común denominador, cual es el propósito de asegurar que finalmente resulte seleccionado el candidato que, en concurrencia con los demás y habiéndose sometido al mismo proceso de selección, haya demostrado poseer las mejores condiciones, atendidos los requerimientos del cargo al que se aspire”.

¹⁰ Sentencia C-040 de 2005.

1. Convocatoria
2. Reclutamiento
 - i) Inscripción y recepción de hojas de vida de los candidatos
 - ii) Verificación de requisitos mínimos, validación.
3. Pruebas
 - i) Valoración de estudios superiores a los requisitos del empleo
 - ii) Valoración de experiencia superior al requisito del empleo.
 - iii) Entrevista
4. Consolidación de resultados y publicación lista final de aspirantes al cargo
5. Elección

La Resolución también definió las bases de verificación de las hojas de vida otorgando valor especial a la experiencia específica demostrada en los organismos del control (art. 18). Adicionalmente, para la formación académica de posgrado asignó un puntaje de hasta 40 puntos (para quienes cuenten con maestría o doctorado), la profesional otros 40 puntos y la entrevista se valoró con un máximo de 20 puntos. En términos similares, en lo que se refiere a la experiencia, dividió la profesional general (20 puntos, calculada a partir de los años demostrados) y la específica en organismos de vigilancia y control (hasta 20 puntos).

En lo que se refiere a la entrevista (art. 19) se fijaron la siguientes estrategias de valoración: *“El tipo de entrevista que se utilizará es la entrevista de selección por competencias funcionales, cuya finalidad es verificarla actuación eficaz de una persona en aquellas situaciones clave para el cargo objeto de la convocatoria (...)”*. Por último se debe tener en cuenta que la Resolución también estableció un marco objetivo de referencia a partir de los cuales se definiría el grupo de candidatos al cargo: *“Se conformará un listado con aquellos candidatos que hubieren obtenido entre Setenta (70) y Cien (100) puntos”*.

Bajo dichas condiciones, teniendo en cuenta que el apelante no aportó reparos más específicos al incumplimiento del principio del mérito, para esta Sección es evidente que dentro del proceso de elección del Contralor de Armenia, sí se establecieron pautas diferenciales para valorar objetivamente las capacidades de cada uno de los aspirantes, lo que permite inferir el cumplimiento del principio constitucional mencionado. Esto es suficiente para que la Sala confirme la sentencia del 5 de agosto de 2016, dictada

por la Sala de Decisión Segunda del Tribunal Administrativo del Quindío.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 5 de agosto de 2016, dictada por la Sala de Decisión Segunda del Tribunal Administrativo del Quindío.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

ALBERTO YEPES BARREIRO